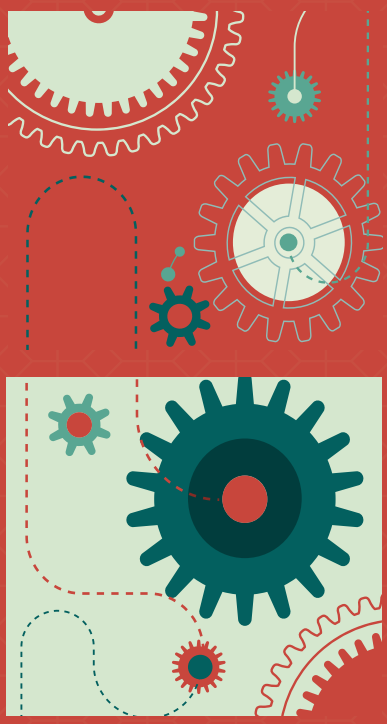
DIALOGHI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

LAVORI DEL LABORATORIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO 2020-2021



a cura di

Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone, Enrico Zampetti

40 Collana | L'Unità del Diritto

RomaTrE-Press

2022

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. Benigni (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. Massaro, M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. Cardia, R. Benigni (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. Nuzzo, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019
19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), La Costituzione...aperta a tutti, 2021 (III ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), La Costituzione...aperta a tutti, 2022 (IV ed.)

21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), *Questioni di fine vita,* 2020

22. G. Resta (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica,* 2020

23. F. Lattanzi (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

24. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020

25. B. Cortese, *La tutela in caso di vizio della* res empta *e della* res locata*: inadempimento rispondenza* ex fide bona, 2020

26. M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali,* 2020

27. G. Grisi, F. Rassu (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie,* 2020

28. F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020

29. S Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020

30. A. Massaro (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020

31. R. Benigni (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021

32. E. Calzolaio, R. Torino, L. Vagni (a cura di), Liber amicorum *Luigi Moccia*, 2021

33. A. Carratta (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021

34. M. Catenacci, R. Rampioni, V.N. D'Ascola (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, 2021

35. F. Grassi, O. Hagi Kassim (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, 2021

36. B. Cortese (a cura di), *Il diritto dei beni culturali. Atti del Convegno OGIPAC in memoria di Paolo Giorgio Ferri. Roma 27 maggio 2021*, 2021

37. V. Mannino, *Governo misto romano e repubblicanesimo americano*, 2022

38. V. Bontempi (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano di ripresa e resilienza,* 2022

39. E. Battelli, M. Lottini, G. Spoto, E.M. Incutti, (a cura di), *Nuovi orizzonti sulla tutela degli animali*, 2022

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

DIALOGHI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

LAVORI DEL LABORATORIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO 2020-2021

a cura di
Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone, Enrico Zampetti

40 L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

RomaTrE-Press
2022

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Roberto Baratta, Concetta Brescia Morra, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Tommaso Dalla Massara, Carlo Fantappiè, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Giulio Napolitano, Giuseppe Palmisano, Annalisa Pessi, Giorgio Pino, Alberto Franco Pozzolo, Giampiero Proia, Giorgio Resta, Francesco Rimoli, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Chris Thomale, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, ottobre 2022
ISBN: 979-12-5977-117-9
http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

La Collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo, perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi, ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare un'adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la Collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari, ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La Collana entra a far parte della struttura di Roma Tr*E-Press*, che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in formato cartaceo quella in formato digitale in *open access*, contribuisce ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

Introduzione 11

STUDI

Davide Palazzo, *L'assetto pluralistico delle giurisdizioni alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del diritto europeo* 15

Mauro Renna, Stefano Vaccari, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali* 55

Marco Cappai, *Dal* ne bis in idem *europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione: un possibile itinerario di studio* 107

Giuseppe Andrea Primerano, *L'amministrazione condivisa dei "beni comuni" urbani* 139

SENTENZE E ATTUALITÀ

Luca Bordin, *La giurisdizione contesa in materia di danno da lesione dell'affidamento incolpevole. Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, n. 20* 163

Enrico Zampetti, *Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso* Randstad *sui profili problematici della nomofilachia differenziata* 207

CONTRIBUTI

Filippo D'Angelo, *Traiettorie concettuali per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa* 229

Clara Napolitano, *L'amministrazione condivisa: note sparse su co-progettazione ed enti del terzo settore* 267

Gianmarco Poli, *In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo* 295

Introduzione

Il *Laboratorio di diritto amministrativo* nasce alla fine del 2018 come iniziativa di incontro e scambio tra giovani studiosi della materia per discutere delle ricerche in corso di svolgimento. L'idea, ispirata dall'esperienza di quanto avviene in altre realtà, soprattutto al di fuori del nostro Paese, si fonda sulla necessità di collocare, nell'ambito di un percorso di ricerca sovente caratterizzato dalla 'solitudine' di chi lo intraprende, un momento di confronto dialettico all'interno della comunità di giovani studiosi; un momento in cui, cioè, la comunità stessa metta a disposizione del singolo le proprie eterogenee esperienze e conoscenze, di modo che questi possa conseguire un più proficuo sviluppo del suo lavoro, nell'ottica di un complessivo arricchimento reciproco. Il *Laboratorio*, infatti, consente di sottoporre alla comunità uno schema indicativo del proprio tema di ricerca, o anche, più compiutamente, una bozza di saggio, così da ricavarne commenti e spunti attraverso un costruttivo dialogo comune.

Dopo la pubblicazione di analogo lavoro per l'anno 2019 (introdotto dalla prof.ssa Maria Alessandra Sandulli), gli esiti delle ricerche, per gli anni 2020-2021, sono oggetto di pubblicazione del presente volume nella sezione "Studi"; mentre, nelle ulteriori sezioni, sono collocati contributi - in forma di note a sentenza quanto alla sezione "Sentenze e attualità" e di saggi quanto alla sezione "Contributi" - correlati ai primi e ispirati dall'attività del *Laboratorio*.

Flaminia Aperio Bella
Andrea Carbone
Enrico Zampetti

STUDI

Davide Palazzo*

L'assetto pluralistico delle giurisdizioni alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del diritto europeo

Sommario: 1. Introduzione – 2. La giurisprudenza costituzionale sull'art. 111, comma 8, Cost. – 3. L'individuazione delle situazioni protette e della loro natura nell'ambito della verifica del difetto relativo ed assoluto di giurisdizione – 4. La difficile distinzione tra giurisdizione e legittimazione ad agire nel processo amministrativo – 5. I limiti della giurisdizione rispetto all'attività amministrativa – 6. I limiti della giurisdizione rispetto al potere legislativo – 7. Il caso Randstad: l'art. 111, comma 8, Cost. al cospetto della Corte di giustizia UE – 8. L'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto UE – 9. Rapporto tra norme costituzionali e ordinamento dell'unione europea – 10. Autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea ed effettività della tutela giurisdizionale – 11. La garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel sistema processuale amministrativo italiano – 12. La violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Critica – 13. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'art. 111, ult. comma, Cost., che limita ai motivi inerenti alla giurisdizione il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti[1], è stato negli ultimi tempi oggetto di un vasto dibattito originato da una giurisprudenza evolutiva diretta a estendere i confini tradizionali di tale sindacato[2] e dai successivi

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Dipartimento di scienze giuridiche, Università Sapienza di Roma.

[1] Nella normazione primaria v. art. 360 del codice di procedura civile; art. 110 del Codice del Processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104); art. 177, comma 1, del Codice di giustizia contabile (d. lgs. 26 agosto 2016, n. 174).

[2] In senso critico verso tale orientamento v. A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 689 ss.; R. Villata, «*Lunga marcia*» *della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1694 ss. In

interventi della Corte Costituzionale[3] e della Corte di Giustizia dell'Unione europea[4] che hanno in qualche misura, e secondo i rispettivi ruoli e punti di vista, "frenato" tale tendenza.

Con il presente contributo si intende delineare i termini attuali della questione, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, ed evidenziare i profili che restano ancora "aperti" alla discussione e forieri di persistenti incertezze sull'assetto complessivo dei rapporti tra le giurisdizioni.

La trattazione seguirà il seguente ordine. In primo luogo, si analizzeranno i confini del sindacato della Corte di Cassazione *ex* art. 111, ult. comma, Cost., come definiti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 6/2018. Si sottolineeranno, in particolare, i margini di incertezza che risultano da tale pronuncia, con particolare riferimento alle ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione (parr. 2-6). Successivamente, ci si soffermerà sulla

senso favorevole v. A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 353 ss.; con maggiore cautela, C.E. Gallo, *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017 Cfr. anche F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 8 ss., che sottolinea come il nuovo indirizzo possa leggersi come "reazione" all'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva affidate al giudice amministrativo. Nota in proposito A. Travi, *Un intervento della Corte Costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1118-1119, che tale ampliamento determina la "*sovrapposizione sempre più frequente della giurisprudenza civile e della giurisprudenza amministrativa nell'interpretazione di norme in tema di diritti soggettivi*", sicché "*in casi del genere appare ragionevole l'esigenza di una nomofilachia unica*". In tema v. anche A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione fra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 46 e 53; M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 222-223.

[3] Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6, su cui vedi i commenti di F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1537 ss.; G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi,* in *Giur. cost.*, 2018, p. 122 ss.; A. Travi, *Un intervento della Corte Costituzionale*, cit., 1111 ss.

[4] Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia s.p.a. c. Umana s.p.a. e altri, con nota di E. Zampetti, *Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso Randstad*, in questo Volume, e di R. Martino, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla querelle, tutta italiana, circa l'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 8, Cost.: note a prima lettura*, in *Il processo*, 2021, 566 ss. La Corte si è pronunciata sulle questioni sollevate con rinvio pregiudiziale da Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 18 settembre 2020, n. 19598. Sull'ampio dibattito scaturito da tale pronuncia v. A. Carratta (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021.

compatibilità del sistema attuale con il diritto dell'Unione europea, alla luce della recente sentenza *Randstad* (parr. 7-12). Infine, si proporranno delle considerazioni conclusive.

2. *La giurisprudenza costituzionale sull'art. 111, comma 8, Cost.*

L'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. presenta rilievo centrale nel complessivo sistema giurisdizionale, in quanto definisce il punto di equilibrio tra le giurisdizioni supreme dell'ordinamento[5].

Nell'arco di circa un decennio, una parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione ha interpretato "estensivamente" i "motivi inerenti alla giurisdizione", ricomprendendo alcune ipotesi riconducibili tradizionalmente ai "limiti interni": stravolgimento (radicale) delle norme di riferimento[6] o violazione diritto dell'Unione che conduca al diniego dell'accesso alla tutela giurisdizionale[7], sentenze anomali o abnorme, omessa attuazione delle "forme di tutela" previste dall'ordinamento processuale[8].

Il giudice delle leggi, con la sentenza n. 6/2018, ha escluso che tali ipotesi rientrino nel sindacato della Cassazione rispetto alle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti. In aderenza all'orientamento più tradizionale, la Corte Costituzionale ha statuito che il controllo *ex* art. 111. Comma 8, Cost., comprende esclusivamente le ipotesi riconducibili alla violazione dei "limiti esterni" della giurisdizione, ossia quando il giudice amministrativo o contabile, con riferimento ad una determinata

[5] Cfr. L. Verrienti, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)* (*ad vocem*), in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, III, 388 e 393 ss.

[6] Corte di Cassazione, ss. uu., 29 dicembre 2017, n. 31226; Corte di Cassazione, ss. uu., 9 maggio 2016, n. 9282, che nel caso di specie nega la sussistenza del vizio.

[7] Corte di Cassazione, ss. uu., 6 febbraio 2015, n. 2242. V. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 17 gennaio 2017, n. 956, che nel caso di specie dichiarano inammissibile il ricorso.

[8] V. Corte di Cassazione, ss. uu., 20 gennaio 2014, n. 1013, sul sindacato nei confronti delle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Corte di Cassazione, ss. uu., 23 dicembre 2008, n. 30254, in tema di pregiudizialità amministrativa, su cui v. il commento critico di R. Caponi, in *Foro it.*, 2009, 732-733. Sullo stesso tema v. Corte di Cassazione, ss. uu., 13 giugno 2006, n. 13659. V. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 12 marzo 2012, n. 3854, sulla richiesta di definizione agevolata della controversia dinanzi alla Corte dei Conti. In senso critico verso questo orientamento, v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 345; R. Villata, «*Lunga marcia*» *della Cassazione*, cit., 336 ss.

controversia: 1) affermano o negano la propria giurisdizione, la quale invece spetta ad altro giudice (c.d. difetto relativo di giurisdizione); 2) affermano la propria giurisdizione in ambiti riservati all'autorità amministrativa o al legislatore; 3) negano erroneamente la giurisdizione propria e di ogni altro giudice, in quanto la materia non potrebbe formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale[9].

Da ciò discende che la Corte di Cassazione non possa sindacare la corretta applicazione del diritto sostanziale e processuale da parte del Consiglio di Stato, dovendosi limitare a verificare il rispetto delle norme che regolano il rapporto tra le giurisdizioni e la possibilità stessa di avere una decisione giurisdizionale (e non amministrativa o meglio forse politica) su una controversia[10]. In particolare, anche quando l'errore del giudice impedisca la "conoscibilità nel merito della domanda", il controllo in Cassazione dovrebbe escludersi, salvo che si tratti di una questione di giurisdizione nei termini sopra delineati[11], risultando altresì irrilevante la gravità del vizio contestato, in quanto tale criterio sarebbe eccessivamente indeterminato e quindi poco rispettoso del principio di certezza del diritto[12]. Poiché l'ambito del controllo della Cassazione non si determina sulla base di un criterio quantitativo (la gravità appunto), ma qualitativo (il tipo di vizio o di norma violata), anche la fonte violata (legge, norma costituzionale, diritto UE, trattati internazionali) dovrebbe risultare

[9] L'orientamento del giudice delle leggi è stato recepito, generalmente, dalla giurisprudenza successiva della Cassazione. V., *ex plurimis*, Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 8 aprile 2022, n. 11456; Corte di Cassazione, 3 novembre 2021, n. 31311.

[10] Corte Costituzionale n. 6/2018, par. 11 del considerato in diritto: "*non è compatibile con la lettera e lo spirito*" dell'art. 111, comma 8, Cost., "*la tesi che il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (…) comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando*". Nella giurisprudenza anteriore v. Corte Costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52.

[11] Corte Costituzionale n. 6/2018, par. 17 del considerato in diritto: "*alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda*". V. anche l'*obiter dictum* della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 11/2018, la quale afferma che l' "eccesso di potere giudiziario" non può "*estendersi all'ipotesi in cui, l'esistenza della giurisdizione è incontroversa, ma il giudice amministrativo nell'esercitarla, ravvisi la sussistenza di impedimenti di natura processuale all'esame nel merito della lite*".

[12] In proposito v. già A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 346. Cfr. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11, la quale, con riferimento all'individuazione dei casi di rimessione della causa al giudice di primo grado (art. 105 c.p.a.), esclude l'utilizzabilità del *"criterio 'sostanzialistico' (opinabile ed incerto) della 'gravità' del vizio*".

irrilevante[13]. Su quest'ultimo punto ci si soffermerà più avanti analizzando la sentenza *Randstad*[14].

La sentenza n. 6 del 2018 si pone in continuità con la giurisprudenza, costituzionale diretta a salvaguardare l'assetto pluralistico delle giurisdizioni[15], organicamente separate pur se funzionalmente unitarie[16].

È l'interpretazione più coerente con la soluzione prevalsa in Assemblea costituente, che rifiutò l'ipotesi della giurisdizione unica, confermando l'assetto precedente in forza del quale si individuava il giudice amministrativo come il "giudice naturale" degli interessi legittimi[17], dinanzi al quale, come ora dispone il Codice del processo amministrativo, si concentra "*ogni forma di tutela*" degli stessi[18].

[13] In tal senso v. Corte di Cassazione, ss. uu., 4 febbraio 2014, n. 2403.

[14] Sul punto v. fin d'ora M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia,* in www.giustiziainsieme.it, il quale nota che non sussistono "*particolari differenze tra la violazione di legge nazionale e la violazione del diritto UE: l'operazione logica compiuta dal giudice che interpreta erroneamente la normativa è identica in entrambi i casi*".

[15] Sul punto v. A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 44 ss. e 54-55, che richiama il relativo dibattito in Assemblea Costituente e sottolinea l'importanza del valore pluralistico, "*anche quando è riferito all'organizzazione della tutela giurisdizionale*". V. anche M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 215 ss. Sulla continuità dell'orientamento del giudice costituzionale v. M. Chiti, *La Corte Costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 2021, 14.

[16] Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204. V. anche Corte Costituzionale, 12 marzo 2007, n. 77, sugli effetti della c.d. *translatio iudicii*.

[17] Cfr. Corte Costituzionale, 27 aprile 2007, n. 140, che definisce il giudice amministrativo come "*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*". In dottrina v. F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, piazza del Quirinale piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in A. Carratta (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 81; F. Cannada-Bartoli, *Giurisdizione (conflitti di) (ad vocem)*, in *Enc. dir*., 1970, 301-302. Tale prospettiva è condivisa anche da coloro che hanno criticato la scelta del costituente e hanno auspicato il superamento del riparto di giurisdizione, mediante una riforma costituzionale; cfr. U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it*., 1984, 219-220, che ricollega il superamento della giurisdizione speciale all'attuazione del principio democratico.

[18] Art. 7, comma 7, c.p.a.: "*Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi".* Tale disposizione riprende il *dictum* della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 che considerò compatibile l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, in quanto "*il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo),*

Nella prospettiva accolta dal giudice delle leggi, il sindacato della Cassazione *ex* art. 111, ult. comma, Cost. si incentra sulla garanzia del complessivo assetto dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato[19] (su cui, tuttavia, "l'ultima parola" spetta alla Corte Costituzionale[20]) e, all'interno del potere giudiziario, tra i diversi ordini giurisdizionali[21]. La Corte Costituzionale ha prediletto una lettura "*attenta alla dimensione istituzionale*" di tale strumento, secondo la sua logica originaria[22], rispetto a una visione incentrata "*sulla tutela dei singoli individui*"[23]. Ha rifiutato, in altri termini, la tesi per cui il ricorso in Cassazione costituisce non solo "*un rimedio per risolvere un conflitto, ma [anche] lo strumento per controllare che la tutela giurisdizionale sia resa in maniera effettiva*"[24].

da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

[19] In questa prospettiva le sezioni unite della Corte di Cassazione assumono una "rilevanza costituzionale", come osservava M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002 (VI ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro), 176.

[20] Spetta alla Corte Costituzionale la competenza sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato (art. 134 Cost.; artt. 37-38, legge 11 marzo 1953, n. 87). Ciò comporta che le sentenze della Corte di Cassazione che si ritengano lesive delle attribuzioni di altri poteri dello Stato possano essere oggetto di un ricorso alla Corte Costituzionale, cui spetta in ultima analisi stabilire i "confini" tra i diversi poteri. Sul punto v. F. Dal Canto, Il ricorso in Cassazione, cit., 1542 ss.; R. Lucifredi, *Attribuzioni (conflitto di) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, 1959, 294 ss. In giurisprudenza v. Corte Costituzionale., sentenza n. 52/2016.

[21] Cfr. F. Chirico, A. Police, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il processo*, n. 1, 2019, 122-123; F. Cannada-Bartoli, *Giurisdizione*, cit., 302, il quale nota che il giudizio sulla giurisdizione, affidato alla Cassazione, realizza il "*coordinamento fra i complessi giurisdizionali*". Secondo parte della dottrina, tuttavia, anche in questo ambito l'ultima parola spetterebbe alla Corte Costituzionale, cui il Consiglio di Stato potrebbe rivolgersi, sollevando un conflitto di attribuzione, qualora la Cassazione esercitasse il proprio controllo oltre il limite segnato dai motivi di giurisdizione. In tal senso v. L. Maruotti, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 720; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 703-704; V. Caianiello, *Il limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Scritti in onore di G. Miele. Il processo amministrativo*, Milano, 1979, 99.

[22] Sul punto v. Santi Romano, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, Milano, 1900, 79, il quale con riferimento alla legge n. 3761/1877 affermava che la competenza delle sezioni unite della Cassazione, con riferimento ai rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali (o tra questi ultimi), dovesse intendersi come ristretta alla garanzia della "*osservanza da parte di ciascuna giurisdizione dei suoi confini*". Lo stesso Autore aggiungeva (p. 84) che si trattava di un "*rimedio del tutto straordinario e d'ordine, per così dire, pubblico*".

[23] Così F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1562, da cui è tratto il corsivo. V. anche A. Travi, *Un intervento della Corte Costituzionale*, cit., 1120; V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 86.

[24] Cfr., con riferimento alla giurisprudenza precedente al 2018, G. Verde, *La Corte*

Di qui la conseguenza che alla Corte di Cassazione non è riconosciuta la funzione nomofilattica sulle controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa[25] (e dunque anche sui diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva). Non è possibile un sindacato generalizzato sulle "forme di tutela" assicurate dal giudice amministrativo. Ciò è peraltro riconosciuto anche con riferimento alle controversie dinanzi al giudice ordinario, per le quali la Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, esclude di poter verificare il rispetto dei limiti interni stabiliti dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo[26].

L'approccio "restrittivo" accolto dal giudice delle leggi non esclude, tuttavia, che entro i limiti delle questioni "ammesse" dalla Corte Costituzionale sussistano margini non trascurabili entro cui la Corte di Cassazione può verificare la corretta applicazione del diritto sostanziale e processuale da parte del giudice amministrativo o contabile. Occorre procedere all'esame di tali spazi, che costituiscono in certa misura il risultato dell'essere la formulazione compromissoria dell'art. 111, comma 8, Cost.[27], alla luce del "diritto vivente", poiché da essi dipende l'ampiezza del controllo in Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti e la possibilità che esso costituisca un mezzo per rimediare alle violazioni del diritto sostanziale e processuale.

3. *L'individuazione delle situazioni protette e della loro natura nell'ambito della verifica del difetto relativo ed assoluto di giurisdizione*

L'analisi dei motivi inerenti alla giurisdizione che, secondo la classificazione operata dalla Corte Costituzionale, sono ammessi all'esame della Cassazione evidenzia sotto vari aspetti la difficoltà di operare una

di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito), in *Dir. proc. amm.*, 2013, 369, il quale aggiungeva in senso critico (p. 383) che "*la Corte di cassazione da giudice regolatore dei conflitti fra giudici si è andata trasformando in organo di vertice delle magistrature*".

[25] V. già Corte Costituzionale, 7 marzo 1984, n. 52. In dottrina v. A. Carbone, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, II, Napoli, 2019, 723 ss.

[26] Artt. 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ord., 15 febbraio 2011, n. 3670. In dottrina v. M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1710 ss.

[27] In tal senso v. R. Martino, *La Corte di Giustizia*, cit., 575 ss.; M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 221.

netta cesura tra questioni di giurisdizione e interpretazione del diritto sostanziale e processuale.

Ciò emerge in primo luogo con riferimento al difetto relativo di giurisdizione, in relazione al quale il sindacato della Cassazione è limitato al superamento dei confini tra i diversi ordini giurisdizionali. Con riferimento ai rapporti tra giudice ordinario e amministrativo, ciò comporta che alla Cassazione sia, in ultima analisi, devoluta l'individuazione della natura e dei rispettivi confini delle situazioni giuridiche che formano, ordinariamente, l'oggetto della giurisdizione ordinaria e amministrativa: i diritti soggettivi e gli interessi legittimi[28]. La distinzione tra tali figure, che inevitabilmente involge il modo di interpretare il potere amministrativo[29], è delineata dalla Corte di Cassazione, che così esercita un'influenza significativa sul nucleo centrale del diritto amministrativo. Il tentativo di limitare tale influenza mediante l'estensione dell'ambito della giurisdizione esclusiva e dunque la sostituzione del criterio della "materia" a quello della situazione giuridica soggettiva come fondamento del riparto, è stato, come noto, frenato dalla Corte Costituzionale[30]. La recente giurisprudenza in tema di responsabilità dell'Amministrazione per lesione dell'affidamento del privato[31] dimostra come la Cassazione possa incidere sul modo di interpretare il potere

[28] In questa prospettiva v. F. Cannada-Bartoli, *Giurisdizione*, cit., 305 ss.

[29] Sul punto v. S. Gattamelata, *Interesse da tutelare: problema di giurisdizione o di merito?*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 57: "*nell'ipotesi in cui la posizione legittimante è un interesse legittimo, l'indagine che il giudice della giurisdizione deve effettuare involge necessariamente e, direi, automaticamente, il potere che è preposto a tutelarlo*". Cfr. anche F.G. Scoca, *Scossoni e problemi*, cit., 14 ss., secondo cui nel diritto vivente il riparto di giurisdizione si fonda sull'esistenza del potere autoritativo. Sulla nozione di potere si veda per tutti Santi Romano, *Poteri. Potestà, in Id., Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss. Sulla permanente incertezza dei criteri di distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi v. M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 227; A. Corpaci, *Note per un dibattito*, cit., 347; E. Capaccioli, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978, 352 e 357 ss. In tema v. anche L. Maruotti, *Questioni di giurisdizione*, cit., 705 ss. In giurisprudenza v., tra le pronunce più recenti, Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 13 gennaio 2022, n. 929.

[30] Sentenza n. 204/2004.

[31] Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 28 aprile 2020, n. 8236. In precedenza, v. ordinanze 23 marzo 2011 nn. 6954, 6955 e 6956. In senso critico verso questo orientamento v. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi*, cit., 23 ss.; M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 677; R. Villata, *«Lunga marcia» della Cassazione*, cit., 348-349. Cfr. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, con nota di L. Bordin, *La giurisdizione contesa in materia di danno da lesione dell'affidamento incolpevole*, in questo Volume.

amministrativo e la relazione tra quest'ultimo e i comportamenti[32]. In termini più generali, la distinzione tra diritto pubblico e privato è influenzata significativamente dagli orientamenti della Cassazione in sede di controllo sulla giurisdizione, risultando così artificiosa una rigida distinzione tra questioni di giurisdizione e interpretazione del diritto sostanziale e processuale[33].

Ma i profili rispetto ai quali emerge in maniera più netta la difficoltà di separare la"spettanza" del potere giurisdizionale e le modalità di esercizio dello stesso o, in altri termini, i limiti esterni ed interni alla giurisdizione, attengono al c.d. difetto assoluto di giurisdizione, che si realizza, secondo quanto affermato dal giudice costituzionale, nelle ipotesi di "invasione" della sfera riservata al legislatore o all'amministrazione o nell' "arretramento" della tutela fondato sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale.

Per dirla con Nigro, i "lineamenti concettuali" o teorici di tale figura appaiono abbastanza chiari[34]. Il giudice amministrativo non può pronunciarsi su vicende che sono rimesse o riservate all'autorità (e alla responsabilità) dell'Amministrazione; né tantomeno su decisioni o atti politici; né può "creare" norme giuridiche, prendendo il posto del legislatore. In questi casi il giudice non si pronuncia bene o male, ma esercita un potere che non gli spetta, dunque viola quelle norme che definiscono i limiti della giurisdizione rispettivamente nei confronti dell'amministrazione e della legislazione[35].

Un'analisi attenta di tali ipotesi mostra, tuttavia, che esse lasciano uno spazio, non ampio ma nemmeno angusto, per il controllo in Cassazione dell'applicazione del diritto sostanziale e procedurale da parte del giudice

[32] Cfr. Corte di Cassazione n. 30254/2008, con riferimento alle controversie sulla c.d. accessione invertita.

[33] In questa prospettiva v. M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1706 il quale, pur nell'ambito di una posizione tesa a limitare il sindacato della Cassazione *ex* art. 111, comma 8, Cost. riconosce che "*al di là del tralaticio riferimento alle posizioni soggettive, la decisione sul riparto che si muove attorno alla qualificazione pubblicistica o privatistica dell'atto e/o del rapporto porta ad incidere sul rilievo delle regole di diritto evocate con l'azione o con il ricorso*". In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., 23 novembre 2012, n. 20727, sull'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica.

[34] Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 167.

[35] Sulla distinzione tra decisioni giurisdizionali e politiche v. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, 161 ss. Sulla "giuridificazione" (e giurisdizionalizzazione) delle decisioni politiche nell'ambito della teoria sociale dei diritti fondamentali v. E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Neu Juristische Wochenschrift*, 1974, 1536.

amministrativo o contabile. La distinzione tra limiti interni ed esterni, oltre a destare perplessità sul piano teorico[36], si presenta piuttosto "ambigua"[37] e "sfumata" sul piano applicativo.

In primo luogo, nelle controversie tra privati e Pubblica Amministrazione[38], stabilire se un interesse è meritevole di tutela, e dunque suscettibile di cognizione giurisdizionale, vuol dire verificare se esso è riconosciuto da una norma, da un gruppo di norme o anche dal sistema giuridico nel suo complesso[39]. Si afferma, in proposito, che l'accertamento della titolarità di una situazione protetta richiede l'analisi degli assetti di interessi e posizioni ricavabili, in via interpretativa, dall'ordinamento; assetti variabili in funzione non solo di espresse scelte normative, ma anche delle trasformazioni "culturali" che investono l'ordinamento medesimo[40] e che definiscono il rapporto tra quest'ultimo e ordinamenti diversi, ma collegati[41]. Si tratta, dunque, di una valutazione particolarmente complessa[42] e che inevitabilmente coinvolge l'interpretazione del diritto

[36] Osserva convincentemente G. Verde, *La Corte di Cassazione*, cit., 375, che "*la stessa contrapposizione tra limite esterno e limite interno è equivoca, dato che un limite, se è tale, non può che indicare la linea di demarcazione tra due sfere autonome di attribuzioni e, quindi, non può che rappresentare il confine tra ciò che è interno e ciò che è esterno alla singola giurisdizione*".

[37] Sull'ambiguità e vaghezza terminologica che caratterizza la disciplina processuale dei conflitti di giurisdizione v. A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 640 e 643.

[38] Nell'ambito delle controversie tra privati si tende ad escludere che la Corte di Cassazione possa sindacare in sede di controllo sulla giurisdizione la c.d. improponibilità assoluta della domanda, ritenendosi la questione attinente al merito del giudizio. In proposito v. Corte di Cassazione, ss. uu., 15 giugno 1987, n. 5256, che ha modificato il precedente orientamento giurisprudenziale, maggiormente "estensivo". Su tale pronuncia v. la nota di L. Iannicelli, *Il c.d. difetto assoluto di giurisdizione fra privati per mancanza di posizione giuridica astrattamente tutelabile*, in *Foro it.*, 1988, 3393 ss. Cfr. anche V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 88 ss.

[39] In giurisprudenza v. *ex multis* Corte di Cassazione, ss. uu., 8 maggio 1978, n. 2207, con nota critica di L. Zanuttigh, *«Italia nostra» davanti alla Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1979, 167 ss., sulla tutela in giudizio degli interessi diffusi.

[40] Sul punto, v. A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 231-232. Cfr. inoltre V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 364 ss.; C. Cudia, *Interessi diffusi e collettivi (dir. amm.)*, in *www.treccani.it*, 2014; F. Satta, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 975 ss.

[41] Sul rapporto tra ordinamento statuale e ordinamento sportivo, con riferimento alla tutela delle situazioni giuridiche, v. *ex multis* Corte di Cassazione, 28 dicembre 2020, n. 29654. Il rapporto tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento nazionale è alla base della complessa e nota vicenda della tutelabilità del concorrente escluso nell'ambito di una gara pubblica, che ha dato origine tra gli altri al caso *Randstad*, su cui ci soffermerà *infra*.

[42] Sottolinea criticamente questo aspetto M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale*, cit., 226-227. V. anche L. De Lucia, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere*

sostanziale[43], pur se si tratta, secondo la classificazione operata dalla Corte Costituzionale, di una questione di giurisdizione, di competenza della Corte di Cassazione[44].

Così, per fare un esempio, stabilire se la decisione del Consiglio dei Ministri di non avviare le trattative per stipulare un'intesa con una confessione religiosa sia un atto amministrativo o un atto politico e dunque, rispettivamente, possa formare o meno oggetto di sindacato giurisdizionale, è questione (di giurisdizione) la cui risoluzione non può prescindere ed anzi dipende in maniera decisiva dall'interpretazione del quadro costituzionale vigente in materia di libertà religiosa, libertà di associazione, principio di eguaglianza[45]. La questione di giurisdizione richiede, in questo come in molti altri casi relativi all'individuazione della "politicità" di un atto[46], l'interpretazione del diritto sostanziale e finanche dei principi fondamentali dell'ordinamento[47].

La difficoltà di "*secernere ciò che attiene alla sfera delle valutazioni del giudice naturale della controversia da ciò che riguarda la sua sfera di attribuzioni*"[48] determina la centralità del ruolo della Cassazione come interprete del diritto oggettivo nell'ambito dei giudizi sulla giurisdizione e specialmente in relazione al difetto assoluto di giurisdizione. Tale prospettiva merita di essere ulteriormente indagata esaminando la complessa distinzione tra (questioni di) giurisdizione e (questioni di) legittimazione ad agire nel processo amministrativo.

4. *La difficile distinzione tra giurisdizione e legittimazione ad agire nel processo amministrativo*

Risulta controverso nel processo amministrativo come il profilo della giurisdizione si distingua dall'accertamento della legittimazione processuale

al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi, in *Pol. dir*., 2022, 92-93.

[43] In tal senso v. A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 645.

[44] In senso critico v. V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 64 ss.

[45] Corte di Cassazione, ss. uu., 28 giugno 2013, n. 16305.

[46] Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 8 gennaio 1993, n. 124, sugli impegni assunti dal Governo nell'ambito di un accordo con organizzazioni sindacali per la riforma del settore scolastico.

[47] Non casualmente la questione che si è descritta è pervenuta, in esito al conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, all'esame della Corte Costituzionale, che si è pronunciata con sentenza del 10 marzo 2016, n. 52.

[48] Così G. Verde, *La Corte di Cassazione*, cit., 377.

attiva nel processo amministrativo, ove quest'ultima sia intesa, secondo l'orientamento prevalente, come titolarità di una situazione giuridica protetta[49]. Alla luce della giurisprudenza, la distinzione sembra correre sul sottile confine tra tutelabilità "in astratto" (o "in via assoluta") e titolarità in concreto (o "effettiva") di una data situazione[50]. Si tratterebbe, in altri termini, della distinzione tra il "chiesto" e il "dovuto" che già fu oggetto di dibattito nei lavori preparatori della legge n. 3761/1877, che attribuì alla Corte di Cassazione la competenza sui conflitti tra autorità giudiziaria e pubblica amministrazione[51].

Ma che si tratti di questione tutt'altro che risolta si desume dal diffuso orientamento dottrinale secondo cui interpretando in senso ampio il concetto di "arretramento" della funzione giurisdizionale si sarebbero risolte assicurando la piena tutela le controversie che, invece, hanno dato luogo alla sentenza della Corte Costituzionale 6/2018 e al rinvio pregiudiziale alla

[49] Sul punto v. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva"*, cit., 354.

[50] Cfr, *ex multis*, Corte di Cassazione, n. 31311/2021; Corte di Cassazione, ss. uu., 27 luglio 1998, n. 7339, con nota di F. Cipriani, *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in Foro it., 1999, 2010 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 6 maggio 1993, n. 5238, con nota di S. Gattamelata, *Interesse da tutelare*, cit., 48 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 20 gennaio 1993, n. 651; Corte di Cassazione, ss. uu., 8 agosto 1989, n. 3657; Corte di Cassazione, ss. uu., 9 maggio 1983, 3145; Corte di Cassazione, ss. uu., 1° luglio 1981, n. 4256; Corte di Cassazione, ss. uu., 15 marzo 1972, n. 745; Corte di Cassazione, ss. uu., 12 gennaio 1966, n. 207. In dottrina v. L. Verrienti, *Conflitti*, cit., 394-395; R. Lucifredi, *Attribuzioni*, cit., 290 e 295, il quale come esempio di difetto assoluto di giurisdizione cita il caso in cui un cittadino chiedesse all'amministrazione di trasferire un monumento in un determinato luogo, poiché "*su una tale domanda mai nessun organo giurisdizionale potrà pronunciarsi*". Cfr. altresì M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 183-184, che evidenzia come la distinzione tra verifica in astratto e in concreto in alcuni casi risulti incerta.

[51] In particolare, l'art. 4 della legge n. 3761/1877 disponeva che "*la decisione sulla competenza è determinata dall'oggetto della domanda, e, quando prosegua il giudizio, non pregiudica le quistioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell'azione*". La disposizione è stata poi riprodotta, con lievi modifiche, nell'art. 386 c.p.c.: "*La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda*". Sul punto v. F. Cannada-Bartoli, *Giurisdizione*, cit., 297; F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Roma, 1910, 446-447; Santi Romano, *I giudizi sui conflitti*, cit., 34 ss. Per un'ampia ricostruzione storico-giuridica v. F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, 2 ss. In giurisprudenza v. Corte Costituzionale n. 77/2007: "*il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 11, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione*".

CGUE nel caso Randstad[52] e che hanno generato il relativo cortocircuito istituzionale[53]. Questo orientamento tenderebbe a identificare o almeno ad "avvicinare", per ciò che concerne il controllo in Cassazione, i problemi della legittimazione a ricorrere e della giurisdizione. Problemi che, invece, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente[54] e secondo parte della dottrina[55] dovrebbero essere distinti, sebbene non possa trascurarsi che la distinzione tra accertamento in astratto e in concreto di una data situazione giuridica si presti a rilevanti incertezze applicative[56] ed attribuisca alla Corte

[52] Cfr. F. Francario, *Quel pasticciaccio*, cit., 91 ss., il quale ritiene che la Cassazione, nel caso che ha dato origine alla questione pregiudiziale dinanzi alla CGUE, avrebbe dovuto limitarsi a decidere se l'interesse vantato dalla ricorrente esclusa fosse di mero fatto (secondo l'indirizzo del Consiglio di Stato) o giuridicamente protetto (secondo l'orientamento del giudice europeo). In senso analogo, A. Proto Pisani, *Su Cass. S.U. 19598/2020*, in *Judicium.it*, 2020, con riferimento al caso *Randstad*; R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti?" A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti di giurisdizione*, in *federalismi.it*, 2020, 9. Cfr. anche A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 49, limitatamente però ai casi riguardanti il diritto nazionale. In una prospettiva diversa, G. Tropea, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. Un., ord., 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020.

[53] Cfr. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020, e in A. Carratta (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 147, secondo cui il sindacato della Cassazione comprenderebbe le ipotesi, riconducibili all'eccesso di potere giudiziario nei confronti del potere legislativo, di " *'arretramento' – aprioristico e astratto – dall'obbligo di fornire tutela giurisdizionale a una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, adducendo ostacoli in rito manifestamente confliggenti con il sistema normativo primario*". In senso analogo v. R. Martino, *La Corte di Giustizia*, cit., 590.

[54] V. la menzionata sentenza della Cassazione n. 3145/1983, la quale qualifica come questione di legittimazione ad agire quella relativa all'ammissibilità del ricorso proposto da un'impresa estranea a un procedimento di gara con riferimento alla legittimità di quest'ultimo. Cfr. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 11 maggio 2006, n. 10828; Consiglio di Stato, Ad. plen., 19 settembre 1979, n. 24, con nota di A. Romano, in *Foro it.*, 1980, 1 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 25 maggio 1971, n. 1541. In senso parzialmente diverso sembra collocarsi la recente sentenza della Corte di Cassazione, ss. uu., 5 ottobre 2021, n. 26920, che in un *obiter dictum* afferma che "*la questione della legittimazione è, per così dire, radicale nella formazione del fenomeno processuale, onde una sua ontologica prossimità con il diniego della giurisdizione potrebbe essere sostenibile, dovendosi peraltro approfondire se una siffatta prossimità rimanga tale oppure se la questione venga proprio 'attratta' e inclusa nella identificazione della giurisdizione*".

[55] Cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 180; V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 94-95.

[56] In tal senso v. già Santi Romano, *I giudizi sui conflitti*, cit., 35. Cfr. anche V. Caianiello, *op. ult. cit.*, 91 ss.

di Cassazione un margine decisionale piuttosto indeterminato[57]. Proprio sottolineando quest'ultimo aspetto, altra parte della dottrina ritiene che sia in generale esclusa dal sindacato della Cassazione la qualificazione, pur "in astratto," dell'interesse fatto valere per il ricorso dinanzi al giudice amministrativo, ritenendo che si tratti di questione di merito o, perlomeno, strettamente connessa con il merito della controversia[58].

Il tema viene così a coinvolgere la figura centrale, assieme al potere, del diritto processuale amministrativo: l'interesse legittimo, come situazione strumentale o finale[59]. Esso esorbita, per la sua estensione, i confini del presente scritto[60]. Parimenti, non si potrebbe qui approfondire la complessa configurazione della legittimazione ad agire che si agita tra la teoria della titolarità[61] e quella della prospettazione[62] di una situazione giuridica protetta.

Però sembra potersi dire che, in assenza di più precise indicazioni da parte del giudice costituzionale, i limiti del sindacato in Cassazione, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia dipendono, in ultima analisi, dalla stessa Corte di Cassazione e dal modo in cui essa interpreta la figura dell'interesse legittimo[63] ed intende il sottile confine tra accertamento in astratto e in concreto. Sicché, sotto questo profilo, non così ristretti appaiono i margini di intervento sulle sentenze del giudice amministrativo e contabile. Tale prospettiva appare rafforzata qualora si considerino le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione rispetto alla sfera riservata all'amministrazione e al legislatore, su cui ci si soffermerà nelle pagine seguenti.

[57] Si vedano ad esempio Corte di Cassazione, ss. uu., 10 ottobre 1974, n. 2756 e Corte di Cassazione, ss. uu., 9 ottobre 1974, n. 2714, annotate da C.M. Barone, in *Foro it*., 1974, 3317 ss., che si soffermano diffusamente sulle situazioni giuridiche dei consiglieri di Stato in relazione al provvedimento di assegnazione dei consiglieri di nomina governativa alle sezioni giurisdizionali.

[58] In tal senso M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1709 ss.

[59] Cfr. F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour*, cit., 95 ss.

[60] In tema v., da ultimo, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, 2020.

[61] A favore di tale orientamento v. A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it*., 2020. In giurisprudenza, *ex multis*, Corte di Cassazione, ss. uu., 2 agosto 2019, n. 20820. v.

[62] A favore della tesi della prospettazione v. F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss.; L. Ferrara, *Un errore di fondo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 919 ss.

[63] In questa prospettiva v. S. Gattamelata, *Interesse da tutelare*, cit., 61.

5. *I limiti della giurisdizione rispetto all'attività amministrativa*

Con riferimento all'attività amministrativa, le questioni di giurisdizione si esprimono, secondo l'orientamento tradizionale e ribadito dalla Corte Costituzionale, come invasione di una sfera riservata all'Amministrazione (anche "europea"[64]) o, viceversa, "arretramento" della tutela giurisdizionale in base all'erroneo presupposto che sussista tale riserva[65]. Tali questioni attengono, di regola, alla natura e ai limiti del potere discrezionale della PA[66], che è, secondo parte della dottrina, il potere vero e proprio[67] o almeno quello in cui si esprime l'autonomia dell'Amministrazione[68].

Che si tratti di questione di giurisdizione in senso proprio è da lungo tempo e autorevolmente contestato in dottrina, la quale ha notato che la declaratoria del difetto di giurisdizione rispetto al potere amministrativo costituisce l'esito di una valutazione (di merito) per cui il giudice "*riconosce che l'amministrazione ha il diritto di agire con la massima discrezionalità possibile e, quindi, chi vi si oppone ha torto*"[69]. Sotto questo aspetto, la

[64] Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 11 marzo 2020, n. 7012, sulla invasione dei poteri riservati alla Commissione europea in materia di aiuti di Stato.

[65] In giurisprudenza v. *ex multis* Corte di Cassazione, ss. uu., 10 settembre 2019, n. 22568; Corte di Cassazione, ss. uu., 19 ottobre 2012, n. 17936; Corte di Cassazione, ss. uu., 22 settembre 1997, n. 9344, con nota di B. Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it*., 1998, 1567 ss. Relativamente alle ragioni del sindacato sul rifiuto di giurisdizione, nella forma dell'arretramento del controllo rispetto ai provvedimenti amministrativi v. F. Francario, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *federalismi.it*, 2020, 103.

[66] Come osserva M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 119, "*se il potere è integralmente vincolato* (…)*, lo spazio del merito* (dunque lo spazio «riservato» all'Amministrazione, ndr) *è nullo*". In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., 15 marzo 1999, n. 137; Corte di Cassazione, ss. uu., 4 aprile 1997, n. 1908; Corte di Cassazione, ss. uu., 14 gennaio 1997, n. 313; Corte di Cassazione, ss. uu., 3 luglio 1993, n. 7288.

[67] A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1988, 3 ss.

[68] Cfr. A. Romano, *"L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm*., 2011, 252 ss.; Id., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1987, 179-180.

[69] F. Cannada-Bartoli, *Giurisdizione*, cit., 306. Lo stesso Autore aggiunge (p. 308) che "*la statuizione sulla giurisdizione viene formulata* (…) *improponibilità assoluta dell'azione* (…)*; ciò accade perché, anche in tal caso, il giudice enuncia il principio, statuisce, cioè, sulla tutela dei diritti e degli interessi*". In senso analogo v. M. Mazzamuto, *L'eccesso di*

posizione della Corte Costituzionale appare ancorata a quella rigida concezione del principio della divisione dei poteri che, come notava Santi Romano, ha largamente influenzato l'originaria disciplina dei "conflitti" di attribuzione e di giurisdizione[70], conducendo a "*un concetto inesatto della funzione giudiziaria*"[71]. Concezione che sembra mantenere la propria capacità di condizionamento fino ai nostri giorni, pur in un quadro di rapporti tra amministrazione e giurisdizione, e più in generale tra cittadini e Stato, modificato dalla Carta Costituzionale[72].

Nonostante i menzionati ostacoli logico-giuridici[73], seguendo il ragionamento della Corte Costituzionale, che trova sostegno nella normazione primaria e nell'orientamento tradizionale della giurisprudenza, rientra tra i motivi di giurisdizione stabilire se il giudice abbia invaso la sfera di attribuzioni propria dell'autorità amministrativa. Tale valutazione richiede di definire il confine tra discrezionalità e merito[74]. Ma se il merito è lo spazio libero dell'attività amministrativa, una volta rispettati i principi e le norme sulla discrezionalità[75], allora l'estensione del merito dipende in

potere giurisdizionale, cit., 1707 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 169 ss.; L. Iannicelli, *Il c.d. difetto assoluto di giurisdizione*, cit., 3398; F. Cammeo, *Commentario*, cit., 443 ss., che richiama anche le posizioni espresse da Mantellini e Mancini nel corso dei lavori parlamentari; Santi Romano, *I giudizi sui conflitti*, cit., 28 ss. Cfr. anche F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 61 e 298 ss., che prospetta l'incostituzionalità del regolamento di giurisdizione dinanzi alla Cassazione delle questioni di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, atteso che "*la questione è di giurisdizione solo perché il legislatore la chiama così; in realtà si tratta di una questione di merito che col regolamento viene distolta dal processo e rimessa alla cognizione delle Sezioni unite*". V. pure Id., *Sul difetto di giurisdizione*, cit., 2010-211. Nello stesso senso v. A. Proto Pisani, *Appunti sulla giurisdizione*, in *Foro it*., 1994, 22-23. Più di recente v. Id., *Su Cass. S.U.*, cit., par. 3.

[70] Cfr. Santi Romano, *op. ult. cit*., 2-3. V. anche A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 648-649; V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 71 ss.

[71] Santi Romano, *op. ult. cit*., 8.

[72] Sottolinea gli aspetti innovativi della Costituzione rispetto alla tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione A. Corpaci, *Note per un dibattito*, cit., 342 ss.

[73] Sul punto v., per tutti, Santi Romano, *I giudizi sui conflitti*, cit., 19 ss. il quale nega la possibilità di un vero e proprio conflitto tra autorità giudiziaria e amministrativa e di "invasione" della prima rispetto alla sfera propria della seconda in ragione del fatto che "*il giudice è autorizzato a definire se e quando un'autorità amministrativa agisce legittimamente nella sfera della competenza attribuitale*". A maggior ragione tale ragionamento è valido ora che in forza dell'art. 113, comma 1, Cost., come nota F. Cipriani, *Sul difetto di giurisdizione*, cit., 2011, "*è a priori escluso che il giudice ordinario possa mai essere privo di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*".

[74] Cfr. V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 83.

[75] M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 119, definisce il merito come l' "*eventuale ambito di scelta spettante all'amministrazione che si pone al di là dei limiti coperti*

maniera decisiva dall'interpretazione di tali principi e norme[76], a partire dai principi di ragionevolezza e proporzionalità. La Cassazione svolge, dunque, un ruolo centrale nella interpretazione dei principi e delle regole che definiscono i confini della nozione di discrezionalità[77] e, sotto il profilo patologico, dell'eccesso di potere[78].

Ne consegue che qualora la Cassazione decidesse di approfondire le "sottili distinzioni" tra discrezionalità e merito, come talvolta accade[79], essa potrebbe esercitare un controllo piuttosto intenso sulle sentenze del giudice amministrativo[80]. Se ciò, di regola, non avviene, sembra più imputabile a

dall'area della legalità (cioè dai vincoli giuridici posti dalle norme e dai principi dell'azione amministrativa)".

[76] In questa prospettiva v. Santi Romano, *I giudizi sui conflitti*, cit., 25: "*senza alcun dubbio, l'autorità amministrativa ha una sfera di funzioni il cui esercizio è ad essa affidato, ma non è nemmeno dubbio che il definire se questa sfera di poteri discrezionali esista e fino a che punto si estenda è compito dell'autorità giudiziaria*". Cfr. anche V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 93.

[77] Cfr. B. Tonoletti, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 1569 ss., il quale nota come l'orientamento della Cassazione abbia ampliato gli spazi del sindacato di legittimità del giudice amministrativo con particolare riferimento all'accertamento e alla valutazione dei fatti. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., 7 settembre 2020, n. 18592, sull'attribuzione dell'abilitazione scientifica nazionale a professore ordinario nel caso di "esaurimento" della discrezionalità tecnica; Corte di Cassazione n. 1013/2014.

[78] Rilievo paradigmatico assume, in proposito, Corte di Cassazione, ss. uu., 26 luglio 1990, n. 7560, che si sofferma ampiamente sui limiti del sindacato di legittimità rispetto alle decisioni amministrative su avanzamenti di carriera di dipendenti pubblici. Su tale materia v. anche Corte di Cassazione, ss. uu., 8 gennaio 1997, n. 91. Cfr. inoltre Corte di Cassazione, ss. uu., 8 marzo 2012, n. 3622, sul conferimento di incarichi direttivi da parte del Consiglio superiore della magistratura; Corte di Cassazione, ss. uu., 15 luglio 1993, n. 7841, con nota di C.M. Barone, in *Foro it.*, 15 luglio 1993, n. 7841; Corte di Cassazione, ss. uu., 14 maggio 1987, n. 4442; Corte di Cassazione, ss. uu., 15 marzo 1972, n. 745; Corte di Cassazione, ss. uu., 21 marzo 1934, con nota critica di L. Mortara, *Sindacato delle sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1934, 495 ss. V. anche O. Ranelletti, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 68 ss., critico verso due sentenze della Cassazione che limitavano eccessivamente la portata dell'eccesso di potere.

[79] Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 17 febbraio 2012, n. 2312, sulla valutazione di affidabilità di un operatore economico, con nota critica di B. Sassani, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1589 ss.; Corte di Cassazione, ss. uu., 9 novembre 2011, n. 23302, sui limiti della giurisdizione di merito nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Su

[80] Cfr. in chiave critica F. Chirico, A. Police, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione»,* cit., *127-128.* V. anche G. Verde, *La Corte di Cassazione*, cit., 381, secondo cui lo spazio di intervento consentito alla Cassazione appare, in queste ipotesi, "*assai vasto*".

un atteggiamento di *self-restraint* o di "prudenza"[81] che ai confini (generici) della nozione di difetto assoluto di giurisdizione, come delineata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 6/2018.

Non sembra un caso che le posizioni maggiormente "protettive" verso la giurisdizione amministrativa ritengano che dovrebbe essere escluso dal sindacato della Cassazione il controllo sul difetto assoluto di giurisdizione rispetto all'attività amministrativa discrezionale[82]. Tale tesi, sebbene possa ritenersi la più coerente sotto il profilo logico-giuridico, sembra scontrarsi col *dictum* della sentenza n. 6/2018 del giudice delle leggi.

Il giudizio *ex* art. 111, comma 8 Cost., *sub specie* di verifica del difetto assoluto di giurisdizione rispetto al potere amministrativo, consente alla Corte di Cassazione margini non trascurabili di controllo sulla corretta applicazione delle norme e dei principi che regolano l'attività discrezionale[83]. Ciò, se da un lato sembra smentire la rigida separazione tra attribuzione e modalità di esercizio del potere giurisdizionale[84], dall'altro permette di porre rimedio perlomeno alle più gravi violazioni del diritto oggettivo poste in essere dal giudice amministrativo quando assume rilievo l'esercizio di poteri amministrativi discrezionali.

[81] Giudicano positivamente l'atteggiamento prudenziale delle Sezioni Unite, pur da punti di vista diversi, A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 678 ss.; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1685 e 1688; A. Corpaci, *Note per un dibattito*, cit., 357-358. Una particolare prudenza era parimenti invocata da Santi Romano, *I giudizi sui conflitti*, cit., 85 ss., nell'ambito però di un contesto istituzionale piuttosto diverso. Cfr. anche R. Lucifredi, *Attribuzioni*, cit., 290, il quale notava che la "*Corte di Cassazione ha fatto ottimo uso dei poteri a lei attribuiti, e non ha in alcun modo giustificato quei timori di intrusione sua nei campi di spettanza dell'esecutivo, che in passato tanto si prospettavano*", aggiungendo però che "*questa sua cautela*" appariva "*talvolta fin eccessiva*".

[82] In tal senso v. M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite*, cit., 677; Id., *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1677 ss.

[83] In proposito v. A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 646: "*le sezioni unite possono (…) riesaminare le caratteristiche strutturali e gli effetti del sindacato di legittimità compiuto dal Consiglio di Stato: il che conferisce alla Cassazione il potere di stabilire il regime sostanziale dell'attività amministrativa attraverso l'individuazione dei limiti della sua sindacabilità*".

[84] Cfr. Corte Costituzionale n. 77/2007, par. 7 del considerato in diritto: "*deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito (al quale appartengono anche gli effetti della domanda) demandato al giudice munito di giurisdizione*". Contesta la possibilità di operare una netta separazione A. Cassatella, *op. ult. cit.*, 642.

6. *I limiti della giurisdizione rispetto al potere legislativo*

La sentenza n. 6/2018 ha ribadito l'orientamento tradizionale secondo cui l'invasione da parte del giudice della sfera riservata al legislatore costituisce una questione di giurisdizione sindacabile dalla Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. Individuare quando tale ipotesi, così genericamente delineata, si realizza appare particolarmente complesso. Alla luce del diritto vivente, si ha difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti del potere legislativo, allorché viene alterato il rapporto legge-giudice, delineato dall'art. 101, comma 2, Cost. Ciò avviene, ad esempio, quando il giudice amministrativo annulla (o gli viene richiesto di annullare) una legge-provvedimento[85] o allorché applica una legge che ritiene incostituzionale, senza rimettere la questione alla Corte Costituzionale[86]. Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, inoltre, tale ipotesi si verifica allorché "*il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete*". Siffatta situazione dovrebbe distinguersi da quella in cui il giudice "*si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo ovvero abbia comportato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, eventualmente, un error in iudicando, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione*"[87].

La distinzione tra (eventualmente errata) interpretazione e creazione di norme giuridiche, sebbene teoricamente comprensibile, si presenta sul piano applicativo piuttosto sfuggente e sembra risolversi in una valutazione di gravità del vizio, ossia dell'*error in procedendo* o *in iudicando*. Il tema interseca il problema, fondamentale nell'ambito della teoria generale del diritto, dell'interpretazione, la cui analisi, per la sua complessità ad ampiezza, eccederebbe i confini del presente scritto[88]. Nei limiti di quanto necessario per l'individuazione del difetto di assoluto di giurisdizione nei confronti del potere legislativo si ritiene comunque opportuno proporre le

[85] Cfr. Consiglio di Stato, 22 marzo 2021, n. 2409.

[86] In proposito v. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura*, cit., 122.

[87] Corte di Cassazione, ss. uu., 4 dicembre 2020, n. 27770, relativa all'equiparazione, operata dal Consiglio di Stato ai fini della annotazione sul casellario informatico, tra omissione e falsità della dichiarazione in relazione alla partecipazione a una procedura di gara. In senso analogo v. Corte di Cassazione, n. 11456/2022.

[88] In tema v. M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione (ad vocem)*, in *Enc. dir*., 2016, 391 ss.; R. Alexy, *Interpretazione giuridica (ad vocem)*, in *Enc. sc. soc.*, 1996, 64 ss.

seguenti osservazioni.

Se la disposizione è una proposizione normativa (*Normsatz*) da cui si ricava, per via interpretativa, la norma giuridica[89], l'erronea interpretazione conduce a dedurre dalla disposizione una norma diversa da quella "corretta"[90]. In questa prospettiva, la distinzione tra erronea interpretazione e creazione di norme sembrerebbe basarsi sul "grado" o "intensità" dell'errore operato dal giudice, dunque su un elemento "quantitativo" che, in quanto tale, non appare idoneo a fondare la stessa su basi solide e razionali (e perciò controllabili e verificabili)[91].

La Corte di Cassazione rifiuta tale tesi, affermando che la creazione di una norma è l'attribuzione alla disposizione di un significato che non rientra nelle "*possibili varianti di senso consentite dal testo*"[92]. Ma stabilire quali siano tali possibili varianti è ancora una questione di interpretazione[93], sicché in definitiva non sembra sfuggirsi all'impressione che la distinzione tra creazione ed erronea applicazione di una norma giuridica dipenda da un dato "quantitativo", quale l'"allontanamento" dal significato corretto che si ritiene ricavabile da una disposizione[94]. Non si può trascurare che nel "diritto vivente" tale vizio sia riconosciuto in casi eccezionali[95]. Ma

[89] Cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012 (ed. originale: Id., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994), 67 ss.

[90] Cfr. R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, cit., 66: "*come attività l'interpretazione non tende a un risultato qualsiasi ma a un risultato corretto: l'interpretazione corretta*".

[91] Cfr. R. Alexy, *op. ult. cit.*, 70, secondo cui "*anche l'integrazione del diritto in senso stretto* [che comprende l'ipotesi di creazione di una norma, ndr] *è interpretazione*". V. anche, con riferimento al tema della indeterminatezza dei concetti giuridici M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 108 ss. Cfr. altresì A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, 93 ss.

[92] Corte di Cassazione n. 27770/2020.

[93] Sul punto v. M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., 98.

[94] Non sembra sfuggire al criterio delineato nel testo la tesi di F. Olla, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548 ss., secondo cui "*solo quando il giudice nell'interpretare la legge ponga la stessa fuori del sistema, e quindi neghi il sistema, può ragionevolmente ritenersi che egli fuoriesca dai limiti dell'interpretazione per sconfinare nella zona dell'arbitraria «creazione» del* diritto". Stabilire quale sia il "sistema" e quali siano i suoi confini sembra, ancora, una questione di interpretazione giuridica.

[95] Il più delle volte si esclude l'invasione della sfera riservata al legislatore da parte del giudice amministrativo. Cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, ss. uu., 3 marzo 2020, n. 5905; Corte di Cassazione, ss. uu., 25 marzo 2019, n. 8311; Corte di Cassazione, ss. uu., 26 marzo 2012 n. 4769; Corte di Cassazione, ss. uu., 28 febbraio 2019 n. 6059. In dottrina v. F. Chirico, A. Police, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione»,* cit., 126*;* M. Nigro, *Giustizia amministrativa,* cit., 179.

questo sembrerebbe derivare più da un atteggiamento di "prudenza" della Cassazione[96] che dalla definizione teorica dei contorni del difetto assoluto di giurisdizione, il quale da un lato sembra piuttosto fondarsi su criteri piuttosto ambigui, specialmente in un contesto ordinamentale ove assumono grande rilevanza i principi (anzitutto costituzionali) e le clausole generali, dall'altro poggia su un parametro quantitativo che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto in linea di principio inidoneo a individuare l'ambito dei "motivi inerenti alla giurisdizione".

Alla luce dell'analisi svolta, la rigida separazione tra "essenza" e modo di esercizio della funzione giurisdizionale si scontra col fatto che le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione ammesse dalla Corte Costituzionale presentano confini parzialmente incerti e indeterminati[97].

Tale rilievo si presta a valutazioni opposte. Da un lato, sotto il profilo istituzionale, l'assetto dei rapporti tra le "giurisdizioni superiori" presenta taluni aspetti di "fluidità" che dipendono dal modo in cui la Corte di Cassazione interpreta il proprio ruolo di giudice della giurisdizione. Ciò vale particolarmente se si ritiene che il giudice costituzionale non possa spingersi al punto di individuare nel dettaglio quali siano i motivi inerenti alla giurisdizione, menzionati ma non definiti nella Carta costituzionale[98], riservandosi tale compito alla Corte di Cassazione[99].

D'altro lato, sotto il profilo della tutela degli interessi protetti, la predetta incertezza fornisce alla Cassazione non irrilevanti margini di manovra[100] per la correzione delle più gravi ipotesi di "diniego di giustizia"

[96] Per una lettura critica della "prudenza" della Corte di Cassazione nell'esercizio del sindacato sulle questioni di giurisdizione v. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura*, cit., 131 ss. Cfr. anche A. Travi, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 513 ss., che individua alcune ipotesi di creazione del diritto da parte del Consiglio di Stato.

[97] In questa prospettiva v. F. Chirico, A. Police, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione», cit., 125.* Cfr. anche F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1561: "*il compito di presidiare i c.d. limiti esterni delle giurisdizioni comport[a] spesso, inevitabilmente, una 'incursione' sulle modalità di esercizio della stessa*"; V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 63-64.

[98] Sul punto v. L. Verrienti, *Conflitti*, cit., 393.

[99] In tal senso F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione*, cit., 1556 ss. V. anche E. Picozza, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, 62, il quale nota che la Corte Costituzionale "*non è competente a compiere 'direttamente' un riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: questo è piuttosto un risultato, ma non un effetto giuridico vincolante, dei suoi orientamenti*". In questa prospettiva v. anche M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 187. Auspica, invece, un intervento più incisivo del giudice costituzionale al fine di contrastare "*l'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*" M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 1703-1704.

[100] Sottolineava come "*il campo dei motivi attinenti alla giurisdizione è, nell'applicazione pratica, assai vasto*" E. Capaccioli, *Unità della giurisdizione*, cit., 349-350

o per assicurare l'attuazione del principio di effettività della tutela e del giusto processo[101] o ancora per garantire che la funzione giurisdizionale sia esercitata conformemente al quadro dei valori costituzionali[102]. In altri termini, la Corte di Cassazione piuttosto che tentare di ampliare il proprio controllo a motivi diversi rispetto a quelli riconosciuti dall'orientamento tradizionale e da ultimo confermato dal giudice delle leggi, potrebbe "sfruttare" le "pieghe" del difetto assoluto di giurisdizione per porre rimedio alle più gravi forme di *errores in procedendo* o *in iudicando*[103].

7. *Il caso Randstad: l'art. 111, comma 8, Cost. al cospetto della Corte di Giustizia UE*

Le Sezioni unite, con ordinanza n. 19598/2020, hanno chiesto alla Corte di Giustizia UE di stabilire se l'impossibilità per la Cassazione di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato sotto il profilo della violazione del diritto dell'Unione, come interpretato dal relativo giudice, contrastasse con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, specialmente nelle ipotesi in cui risultasse così impedito l'accesso del ricorrente alla tutela giurisdizionale. Hanno chiesto altresì di verificare se l'esclusione dal sindacato *ex* art. 111, comma 8, Cost. del controllo sul rispetto dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del supremo giudice amministrativo si ponesse in contrasto col diritto sopranazionale. Infine, con riferimento al merito della controversia, se contrastasse con il diritto UE l'omesso esame di motivi del ricorso principale per l'annullamento di una procedura di gara, in ragione dell'esclusione del ricorrente da detta gara per il mancato superamento della "soglia di sbarramento".

La pronuncia *Randstad*, con cui la Grande sezione della Corte di Giustizia ha risposto ai menzionati quesiti, presenta notevole importanza in quanto riporta i termini del dibattito sull'art. 111, ult. comma, Cost. entro i confini nazionali, fornendo altresì, in continuità con l'orientamento

[101] In questa prospettiva v. R. Martino, *La Corte di Giustizia*, cit., 588 ss.; E. Picozza, *Il difficile equilibrio*, cit., 70-71.

[102] Cfr. A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 656 ss. e 685 ss.

[103] Cfr. F. Dal Canto, *Il ricorso in Cassazione*, cit.,1560-1561, il quale nota che "*il giudizio per motivi inerenti alla giurisdizione ha assunto stabilmente dimensioni che vanno ben oltre la stretta definizione di ambiti di competenza; e ciò ben prima dell'affermarsi dell'orientamento*" respinto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 6/2018. V. anche A. Travi, *Un intervento della Corte Costituzionale*, cit., 1122-1123.

precedente, importanti precisazioni sul rapporto tra ordinamento interno e ordinamento sopranazionale in materia processuale e sul concetto di effettività della tutela giurisdizionale in chiave europea.

Sotto il primo aspetto, viene in rilievo, da un lato, la relazione tra la sovranità nazionale e l'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto dell'Unione europea (v. *infra*, par. 8), dall'altro il rapporto tra quest'ultimo e le norme nazionali di rango costituzionale (par. 9). Sotto il secondo aspetto, si esaminerà il significato e la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale nel contesto eurounitario in rapporto alla garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati membri (par. 10), verificando se tale principio è rispettato nell'ordinamento processuale amministrativo italiano (par. 11). Si analizzerà, inoltre, la specifica questione relativa alla possibilità di qualificare l'omesso rinvio pregiudiziale come motivo inerente alla giurisdizione (par. 12).

8. *L'esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie regolate dal diritto UE*

La Corte di Giustizia nella sentenza *Randstad* ha espunto dall'oggetto della prima questione pregiudiziale l'art. 2 TFUE, che regola il riparto di competenze legislative tra Unione e Stati membri[104]. Tale precisazione, tutt'altro che marginale, contrasta la tesi proposta dall'ordinanza di rimessione[105], secondo la quale il giudice che pronunci una sentenza in contrasto con il diritto UE[106] eserciterebbe "*un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo*", poiché nelle materie di competenza (esclusiva) dell'Unione gli Stati membri avrebbero rinunciato all'esercizio della sovranità[107].

[104] Sentenza *Randstad*, punto 45.

[105] Ordinanza n. 19598/2020, par. 32. Commenta positivamente tale passaggio, collegandolo al "*processo di integrazione europea, come fenomeno che conduce a ripensare la statualità stessa e i suoi cardini, superando lo schema paradigmatico dell'ordinamento nazionale inteso come espressione di sovranità assoluta*" E. Calzolaio, *La violazione del diritto dell'Unione europea come "motivo di giurisdizione"*, in *Foro it.*, 2020, 3419 ss.

[106] Dalla lettura dell'ordinanza sembrerebbe intendersi ogni norma, sostanziale o processuale, dell'Unione europea. Sul punto M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione*, cit.

[107] Nonostante alcune ambiguità dell'ordinanza, tale tesi sembrerebbe valere anche per le ipotesi in cui, in assenza di un orientamento consolidato della CGUE sulla questione di diritto rilevante per la risoluzione della controversia, il giudice nazionale è legittimato (obbligato, se di ultima istanza) a sollevare questione pregiudiziale dinanzi al giudice europeo. In tal senso, M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione*, cit. V. anche M. Chiti, *La*

Siffatta ricostruzione ha destato consistenti perplessità nei primi commenti all'ordinanza, poiché da essa sembrava discendere che le sentenze che applicano erroneamente il diritto UE sarebbero emanate in assenza di potere giurisdizionale e dunque radicalmente nulle, in quanto emesse *a non iudice*, e da disapplicare in ogni momento[108]. Data la sua generalità, tale principio sarebbe stato applicabile anche alle sentenze della stessa Cassazione[109] e finanche agli atti amministrativi in contrasto con il diritto UE[110]. Tali drastiche conseguenze[111], accresciute dalla "pervasività" del diritto europeo in ampi settori dell'ordinamento nazionale e dell'attività amministrativa[112], apparivano in conflitto con il principio di certezza del diritto, rilevante non solo nell'ordinamento nazionale ma anche nell'Unione europea[113].

Corte Costituzionale, cit., 19.

[108] È curioso che una tesi simile sia stata proposta, per così dire, "a parti invertite" da V. Caianiello, *Il limite esterno*, cit., 98-99, il quale sosteneva che qualora una sentenza della Cassazione oltrepassasse i limiti definiti dall'attuale art. 111, comma 8, Cost. essa invaderebbe "*la riserva costituzionale di giurisdizione spettante ad un giudice diverso*", sicché la relativa pronuncia "*potrebbe essere considerata tanquam non esset, secondo il principio in base al quale la carenza di potere in radice dà luogo ad un atto inesistente*".

[109] Come afferma M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 7, non sembrerebbe corretto ritenere che "*la Corte di Cassazione, sotto l'aspetto strutturale, sia titolare di una particolare legittimazione eurounitaria, quale "garante naturale" della sovranità europea, diversa da quella spettante al Consiglio di Stato, nel quadro costituzionale del pluralismo delle giurisdizioni*". L'Autore aggiunge poi che il contrasto con il diritto UE potrebbe verificarsi anche con riferimento alle sentenze della Cassazione, in mancanza di "*dati oggettivi capaci di far prevedere che la Cassazione abbia un minore tasso di fallibilità*". In senso analogo v. M. Chiti, *La Corte Costituzionale*, cit., 20; M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite*, cit., 680.

[110] Sul punto, M. Lipari, *ibidem*.

[111] Secondo M. Lipari, *op. ult. cit.*, l'allargamento del sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato a tutte le violazioni del diritto UE avrebbe determinato "*la necessità di rimeditare globalmente la lettura dell'art. 111, co. 8, secondo una sorta di inversione logica del principio di equivalenza nella tutela di posizioni giuridiche riconosciute dal diritto UE e dal diritto nazionale, espresso dalla CGUE. È, in effetti, restando sul piano delle supposizioni, resterebbe difficile spiegare il diverso trattamento delle altre violazioni: in primis del diritto della CEDU e, in secondo luogo, dell'intero diritto nazionale, in forza del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Cost.*". Un ampliamento del sindacato della Cassazione *ex* art. 111, comma 8, Cost., renderebbe inoltre dubbia la possibilità di considerare il Consiglio di Stato come giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267 TFUE. In tal senso v. A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 71.

[112] Sul punto, M. Lipari, *op. ult. cit.*, par. 15. In tema v. anche L. De Lucia – B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.

[113] L'esigenza di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche, in particolare a seguito di

La Cassazione sembrava applicare principi giurisprudenziali sviluppati con riferimento a rapporti tra norme a rapporti tra sentenze e norme o tra sentenze nazionali e sentenze europee. Concependo la sentenza come atto normativo, la violazione del diritto UE da parte della stessa sarebbe equivalsa a usurpazione del potere legislativo attribuito all'Unione, con il conseguente obbligo di disapplicazione.

Il tema, così posto, sembra intersecare complesse questioni di teoria generale del diritto relative alla natura delle sentenze come atti che producono norme (particolari e concrete)[114] e alla distinzione tra creazione e applicazione del diritto, che costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto[115]. Al di là del problema generale, il cui esame esorbiterebbe dai confini del presente scritto, si pone la questione, più circoscritta, se l'orientamento giurisprudenziale formatosi con riferimento ai rapporti tra norme interne e norme UE aventi efficacia diretta, che impone la disapplicazione delle prime in caso di conflitto, si possano estendere ai rapporti tra sentenze nazionali e norme UE. L'analisi della giurisprudenza europea e nazionale sembra fornire una risposta negativa.

La nota sentenza *Simmenthal*[116] riferiva il potere-dovere di disapplicazione giudiziale esclusivamente alle leggi o agli atti di normazione interni che si ponessero in contrasto con disposizioni del diritto UE direttamente efficaci[117]. La Corte distingueva in maniera molto

controversie decise con sentenza definitiva, emerge in una pronuncia emessa in pari data alla sentenza *Randstad* (Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, cause riunite C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, PM e altri) nella quale si afferma l'incompatibilità col diritto UE di una normativa nazionale che disponeva la nullità assoluta di un'ampia gamma di sentenze definitive in materia di reati finanziari, rischiando di compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione e la tutela dei suoi interessi finanziari. In dottrina v. M. Chiti, *La Corte Costituzionale*, cit., 5.

[114] V.H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000 (ed. orig. 1934), 108-109, che coerentemente relativizza (pp. 111-112) la distinzione tra produzione e applicazione del diritto. In tema v. anche M. Luciani, *Interpretazione*, cit., 391 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 301 ss. e 356 ss.

[115] Cfr. C. Schmitt, *Legalität und Legitimät*, Berlin, 1968 (ed. orig. 1932), 8. V. anche M. Luciani, *op. ult. cit.*, 403.

[116] Corte di Giustizia delle Comunità europee, 9 marzo 1978, causa 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Spa Simmenthal.

[117] Punto 17 della sentenza *Simmenthal*: "*in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l ' effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne,*

chiara la funzione legislativa (o di normazione), di "creazione" del diritto oggettivo, dalla funzione giudiziaria, di interpretazione, applicazione e, eventualmente, disapplicazione delle norme interne e sopranazionali. Tale posizione si è consolidata nella giurisprudenza successiva, ove il potere di disapplicazione è stato esclusivamente riferito ad atti normativi[118]. Non sembra, inoltre, inutile notare che nella sentenza *Simmenthal* il giudice europeo precisava che il potere-dovere di disapplicazione ricade solo sui giudici che siano, secondo il diritto nazionale, competenti a risolvere una determinata controversia; solo questi ultimi sono tenuti a compiere "*tutto quanto è necessario"* per assicurare l'attuazione del diritto UE[119].

Analoga conclusione sembra potersi raggiungere sulla base della giurisprudenza costituzionale. La nota sentenza *La Pergola*[120] fa leva sulla "cessione di sovranità" all'ordinamento europeo, concepito come autonomo e distinto rispetto a quello nazionale[121], per negare che, nelle materie attribuite alla competenza della Comunità (ora Unione) europea, la legislazione interna possa "costituire ostacolo" all'applicazione dei regolamenti europei. Tale pronuncia, dunque, al pari della giurisprudenza

dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie".

[118] Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sentenza 18 maggio 2021, cause riunite C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 e C397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c. Inspecția Judiciară e altri, punti 244 ss.

[119] Sentenza *Simmenthal*, punti 21-22: "*qualsiasi giudice nazionale , adito nell' ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria; è quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie*".

[120] Corte Costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170.

[121] La Corte afferma (par. 4) che "*vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato*". Sul punto, la costruzione del giudice costituzionale si differenzia da quella assunta dal giudice europeo nella sentenza *Simmenthal*, la quale, come già notato, concepisce le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni europee come "parte integrante" degli ordinamenti nazionali.

successiva[122], ha ad oggetto il rapporto tra legislazione (o normazione) nazionale e legislazione (o normazione) europea.

In base alla giurisprudenza, dunque, la cessione di sovranità riguarda l'attribuzione del potere normativo che, in determinate materie, è attribuita agli organi dell'Unione europea, peraltro secondo presupposti e modalità diversificate a seconda che si tratti di ambiti di competenza esclusiva o concorrente[123]. La cessione dei poteri sovrani non riguarda, o riguarda in misura diversa e minore, il piano dell'applicazione giudiziale delle norme, formate secondo i criteri di competenza sopra menzionati. Ciò in quanto l'Unione europea ha sì instituito organi giudiziali propri, ma ha altresì precisamente delimitato le loro competenze in modo da non esautorare affatto gli organi giurisdizionali nazionali del potere di giudicare le controversie che concernano l'applicazione del diritto UE[124]. Anzi, il sistema istituzionale dell'Unione europea presuppone e richiede che gli Stati membri, secondo il principio di autonomia, approntino gli organi deputati all'applicazione in via giudiziale del diritto UE, che si pongono così come giudici "comuni" del diritto dell'Unione europea[125], e definiscano le procedure tramite cui le controversie debbano essere risolte, pur entro i limiti dei principi di effettività ed equivalenza[126].

In altri termini, l'attribuzione della competenza legislativa all'Unione europea non esclude affatto la competenza del giudice nazionale ad applicare il relativo diritto; l'attività dei giudici nazionali è anzi strumento essenziale per garantire l'effettività dell'ordinamento europeo. La diversità dei criteri di distribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali induce a non poter accogliere la tesi proposta dalla Cassazione, che viceversa tende a sovrapporre i piani della produzione e della interpretazione/applicazione del diritto[127].

[122] Cfr. Corte Costituzionale, 7 novembre 1995, n. 482; Corte Costituzionale, 11 luglio 1989, n. 389. Nella giurisprudenza amministrativa v., *ex multis*, Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2018, n. 9.

[123] Art. 2 TFUE.

[124] Sul punto v. A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 51.

[125] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza *Randstad*, punto 46. V. anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 22 febbraio 2022, causa C-430/21, RS, punto 62; Corte di Cassazione, ss. uu., ord. n. 24107/2020. In dottrina v. G. Tesauro, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 2020, 243.

[126] Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte Costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94. Cfr. anche A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 51-52.

[127] In questa prospettiva v. A. Pajno, *op. ult. cit.*, 49-50; A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 69-70.

In effetti, non si può trascurare che la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Randstad* affermi che a fronte di una giurisprudenza nazionale contrastante con l'ordinamento dell'Unione sussiste l'obbligo del giudice (nazionale) di discostarsene (punto 54) e "disapplicarla" (punto 79)[128]. Ma qui l'obbligo di disapplicazione è riferito non ad una sentenza determinata, bensì a un determinato orientamento giurisprudenziale o, forse più precisamente, ai principi di diritto che esso afferma. La stessa Corte, infatti, chiarisce che il soggetto leso dall'errata interpretazione del diritto UE, in assenza di ulteriori mezzi di impugnazione della sentenza, può solo chiedere il risarcimento del danno facendo valere la responsabilità dello Stato membro per inesatta applicazione del diritto sopranazionale (punto 80). Su quest'ultimo punto ci si soffermerà *infra*.

Dall'espunzione dell'art. 2 TFUE dall'oggetto della prima questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Cassazione sembra potersi desumere l'impossibilità di equiparare le sentenze agli atti normativi in relazione al contrasto col diritto dell'Unione europea. Una siffatta equiparazione comporterebbe, infatti, il disconoscimento della diversità dei criteri di distribuzione delle competenze legislative e giurisdizionali nei rapporti tra UE e Stati membri; in altri termini, un'alterazione dell'assetto istituzionale tra i due ordinamenti, come definito dai Trattati. Non sembra possibile, dunque, giustificare sulla base di una generica e indeterminata "cessione di sovranità" l'indiscriminata e assoluta prevalenza del diritto UE e delle sentenze degli organi giurisdizionali europei sul diritto nazionale e sulle sentenze dei giudici nazionali[129]. Sembra metodologicamente più corretto verificare in che misura e in che termini la cessione di sovranità si realizza, distinguendo, secondo quanto si è osservato, il piano della funzione legislativa da quello della funzione giurisdizionale.

[128] Nella versione inglese si utilizza in entrambi i passaggi lo stesso termine: *disregard*.

[129] In questa prospettiva v. M. Chiti, *La Corte Costituzionale*, cit., 23. Sul rapporto tra sovranità e diritto oggettivo v. L. Ferri, *Nozione giuridica di autonomia di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 165.

9. *Rapporto tra norme costituzionali e ordinamento dell'Unione europea*

La pronuncia *Randstad* fornisce importanti precisazioni anche rispetto al rapporto tra norme costituzionali e diritto dell'Unione in materia processuale. La Corte di Giustizia ribadisce l'orientamento consolidato secondo cui in base al principio del primato del diritto dell'Unione è inammissibile che norme di diritto interno, quand'anche di rango costituzionale, ne pregiudichino l'unità e l'efficacia[130]. Con una pronuncia emessa nella stessa data della sentenza *Randstad*, la Corte ha ribadito la centralità di tale principio come cardine dell'ordinamento giuridico europeo e garanzia della sua effettività, nonché dell'uguaglianza tra gli Stati membri (e dunque tra i cittadini europei)[131]. Con riferimento alla materia processuale, ciò comporta che "*gli effetti derivanti dal principio del primato del diritto dell'Unione si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi*"[132].

Tale posizione si contrappone alla tesi, talvolta sostenuta o quantomeno "suggerita" dalla dottrina nazionale, secondo cui le questioni del riparto (interno) di giurisdizione sarebbero sottratte al sindacato del giudice europeo in quanto regolate dalla Costituzione[133]. Si richiama, in questa prospettiva, la dottrina dei controlimiti[134], ascrivendo ai principi fondamentali dell'ordinamento l'assetto organizzativo pluralistico della funzione giurisdizionale e i relativi meccanismi di coordinamento, in collegamento con l'art. 25, comma 1, Cost., che sancisce il principio del giudice naturale precostituito per legge[135].

[130] Sentenza *Randstad*, punto 52. V. anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 23 novembre 2021, C-564/19, IS, punti 78 ss.

[131] Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, cause riunite C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, PM e altri, punti 245 ss.

[132] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, sentenza 18 maggio 2021, cause riunite C83/19, C127/19, C195/19, C291/19, C355/19 e C397/19, Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c. Inspecția Judiciară e altri, punto 245. Nel caso di specie, la Corte utilizza tale formula per affermare il principio, ampiamente consolidato nel diritto UE, per cui qualsiasi giudice nazionale è autorizzato a disapplicare una norma nazionale in contrasto col diritto UE; possibilità negata da un orientamento della Corte costituzionale rumena che negava la prevalenza del diritto UE sul diritto costituzionale interno.

[133] Sottolinea l'inopportunità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia su siffatte questioni F.G. Scoca, *Scossoni e problemi*, cit., 12-13.

[134] Cfr., pur in chiave ipotetica, R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti?"*, cit., 10.

[135] Cfr. G. Tropea, *Il Golem europeo*, cit., par. 4.

Tale posizione non appare condivisibile nella misura in cui tende ad estendere la portata dei controlimiti oltre casi del tutto eccezionali[136] che minerebbero alle fondamenta i principi costitutivi essenziali dell'ordinamento, tra i quali può senz'altro includersi il principio di effettività della tutela giurisdizionale (v. meglio *infra*), ma non la specifica modalità con cui esso trova realizzazione (l'assetto plurale della giurisdizione e i relativi rapporti tra gli ordini giurisdizionali)[137].

In questa prospettiva, pur non negandosi la delicatezza di un intervento del giudice europeo in tale materia[138], non può escludersi *a priori* la possibilità di valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione della disciplina costituzionale in materia di riparto di giurisdizione. Si tratta piuttosto di esaminare se tale disciplina si pone in conflitto con l'ordinamento eurounitario. Sul punto occorre soffermarsi analizzando la portata e i limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri e il significato del principio di effettività della tutela giurisdizione in chiave europea.

10. *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea ed effettività della tutela giurisdizionale*

Il rapporto tra Unione europea e Stati membri in materia processuale si fonda sull'autonomia riconosciuta a questi ultimi in relazione alla predisposizione di rimedi processuali idonei ad assicurare la tutela dei diritti dei singoli nelle materie regolate dal diritto UE. Tale autonomia

[136] In tema v., da ultimo, R. Giovagnoli, *Rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale: è ancora attuale la teoria dei controlimiti?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

[137] In questa prospettiva v. Corte Costituzionale n. 77/2007, par. 5 del considerato in diritto, ove si afferma che la pluralità dei giudici, ordinari e speciali "*non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale*", in quanto questa costituisce un "*principio fondamentale dell'ordinamento*". In dottrina v. R. Martino, *La Corte di Giustizia*, cit., 579 ss., il quale nota che l'assetto organizzativo pluralistico non può oscurare il principio dell'unità della giurisdizione sul piano funzionale, in quanto necessario ad assicurare ai cittadini la tutela delle loro situazioni protette. L'Autore aggiunge poi (p. 588) che "*l'unità funzionale della giurisdizione e le garanzie ad essa correlate rappresentano principi fondamentali della nostra Costituzione, come tali prevalenti sulle altre disposizioni che non assurgono al loro rango*".

[138] Di ciò risulta consapevole l'Avvocato Generale Hogan allorché nelle sue conclusioni (punto 5) osserva che "*con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale* (…) *la Corte è implicitamente chiamata a dirimere un conflitto tra i tre organi giurisdizionali supremi italiani*". In dottrina v. M. Chiti, *La Corte Costituzionale*, cit., 23-24.

non è illimitata, trovando limite nei principi di equivalenza ed effettività, i quali impongono rispettivamente che le modalità di tutela giurisdizionale non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Unione[139]. In determinati settori, quali quello dei contratti pubblici, è stata introdotta una disciplina processuale di diritto derivato che gli Stati membri sono tenuti ad applicare e recepire, secondo una tendenza che secondo alcuni commentatori dovrebbe essere rafforzata, nella prospettiva della creazione di un "diritto processuale europeo"[140].

La verifica della compatibilità dell'art. 111, comma 8, Cost. con il diritto dell'Unione richiede, dunque, di verificare se la limitazione del sindacato della Cassazione ai "motivi inerenti alla giurisdizione" pregiudichi i principi menzionati o la disciplina di diritto derivato.

Sotto il profilo dell'equivalenza, la pronuncia *Randstad* esclude l'incompatibilità con l'ordinamento europeo poiché "*la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato*" non varia a seconda "*che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione*"[141]. In effetti l'individuazione delle questioni di giurisdizione prescinde dalla fonte del diritto (nazionale, sopranazionale o internazionale) che regola una certa controversia[142].

La valutazione sul rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale richiede un esame più approfondito. Tale principio, secondo l'orientamento costante del giudice europeo, forma parte essenziale delle garanzie connesse allo Stato di diritto (art. 19 TUE) e costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[143]. Risulta, dunque, centrale, ai fini della nostra analisi, individuare il concetto di effettività, onde verificare

[139] Sentenza *Randstad*, punto 58. Si tratta, peraltro, di una massima consolidata nella giurisprudenza eurounitaria: cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea, 17 marzo 2016, C-161/15, Abdelhafid Bensada Benallal c. État belge, punto 24. In dottrina v. G.C. Rodriguez Iglesias, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 5 ss.

[140] Cfr. M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 21.

[141] Sentenza *Randstad*, punti 60-61.

[142] Sul punto v. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura*, cit., 153.

[143] Cfr., *ex multis,* Corte di Giustizia dell'Unione europea, sentenza 20 maggio 2021, C-120/19, X c. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Purmerend, punti 188 ss.

se la limitazione del sindacato della Cassazione ai motivi inerenti alla giurisdizione risulta compatibile con il diritto UE.

Occorre anzitutto notare che l'effettività, prima di essere riferita alla tutela giurisdizionale, individua una caratteristica dell'ordinamento giuridico, di ogni ordinamento giuridico in quanto tale[144]. L'effettività del diritto (oggettivo) è intesa "*non nel senso della costante obbedienza ad ogni singola norma di un ordinamento, bensì come osservanza di quest'ultimo nel suo complesso*"[145]. Essa, dunque, non richiede che sia evitata ogni possibile violazione del diritto, anche da parte degli organi giurisdizionali[146]. Tale ultimo obiettivo, oltre ad apparire in assoluto irraggiungibile[147], si porrebbe in contrasto col principio di certezza del diritto e con la previsione di un sistema definito di mezzi di impugnazione[148].

L'obiettivo di evitare ogni possibile violazione del diritto UE, inoltre, appare incompatibile con l'architettura istituzionale che definisce le relazioni tra ordinamento interno e ordinamento europeo e prevede, in particolare, che il diritto UE sia applicato dai giudici (e dalle amministrazioni) nazionali, secondo l'organizzazione giudiziaria (o amministrativa) e le regole

[144] Cfr. C. Mortati, *Istituzioni*, cit., 47, il quale afferma "*la giuridicità di ogni consociazione, quali che siano i fini perseguiti, sotto la sola condizione della presenza in essa di una struttura sufficiente a mantenere una certa regolarità in via media, di comportamenti da parte di coloro che ne sono partecipi*". Cfr. anche E. Tosato, *Stato (teoria gen. e dir. cost.) (ad vocem)*, in *Enc. dir*., 1990, anche in Id., *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Milano, 1989, 291 ss.; V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Modena, 1925, 29; Santi Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione (1901)*, ora in Id*., Scritti minori*, Milano, 1990, 97-98.

[145] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 34, nota 1.

[146] Sul punto, molto chiaramente, Santi Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, Roma, 1902, 9: "*La sentenza del giudice* (…) *cui è affidato risolvere le controversie fra privati, se pronunciata in ultimo grado, è definitiva: dall'impossibilità di un rimedio per le violazioni giuridiche che possono commettersi per l'appunto dal giudice di ultima istanza nessuno vorrebbe certo argomentare la mancanza di sanzioni efficaci che tolgano al diritto privato il carattere di diritto*".

[147] Sul punto v. le icastiche parole dell'Avvocato generale Hogan: "*ci si deve chiedere cosa accadrebbe se il giudice di terzo grado confermasse a sua volta l'interpretazione del giudice di secondo grado. L'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, richiederebbe allora di predisporre un quarto grado di giudizio?*" (punto 75 delle conclusioni).

[148] In questa prospettiva v. Corte di Cassazione, ord., 17 dicembre 2018, n. 32622. Sulla necessità di trovare un punto di equilibrio tra "*l'esigenza di giustizia, che richiederebbe una rivalutazione ad infinitum della controversia, e l'esigenza di certezza, che richiede invece che la controversia si concluda entro un termine ragionevole*" v. C.E. Gallo, *Il controllo della Cassazione*, cit., 6.

processuali (o procedurali) determinate dagli Stati membri nell'esercizio della loro autonomia.

Il meccanismo del rinvio pregiudiziale mira a garantire l'uniforme e corretta interpretazione del diritto UE, ma questo obiettivo è perseguito in maniera tendenziale e non per ogni singola controversia per almeno tre ragioni: 1) il rinvio pregiudiziale è una facoltà per i giudici non di ultima istanza[149]; 2) il diritto UE non prevede alcun rimedio o sanzione nell'ipotesi in cui l'obbligo di rinvio sia violato dal giudice di ultima istanza (salvo responsabilità degli Stati membri e il ricorso per inadempimento da parte della Commissione europea[150]); 3) il rinvio pregiudiziale e la relativa pronuncia della Corte di Giustizia intervengono prima che la controversia sia definita (e proprio al fine di risolverla correttamente), ma manca la previsione di un controllo "europeo" successivo sull'esatta interpretazione del principio di diritto affermato dal giudice europeo o sulla sua corretta applicazione alla vicenda concreta.

In linea di principio, dunque, risponde all'attuale assetto dei rapporti tra giudice nazionale e eurounitario che l'eventualità di una errata applicazione del diritto UE da parte del primo non trovi rimedio in un mezzo di impugnazione della sentenza dinanzi al secondo o comunque in uno strumento di "annullamento" o "controllo sostitutivo"[151]. Le ristrette ipotesi di revisione del giudicato nazionale in contrasto con il diritto UE, che sono state ammesse in taluni casi dalla Corte di Giustizia[152], non contraddicono tale prospettiva, poiché si tratta di casi eccezionali[153].

L'assenza di un meccanismo di controllo successivo predisposto dall'Unione può vedersi secondo due prospettive.

Da un primo punto di vista, può considerarsi come un'insoddisfacente attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, a cui mancherebbe un "tassello" essenziale per completare la protezione delle situazioni giuridiche soggettive che trovano fondamento nel diritto dell'Unione.

---

[149] Ciò comporta che il giudice possa decidere una controversia violando o applicando erroneamente il diritto UE. Se le parti non impugnano la sentenza, deducendo tale vizio, la violazione è destinata a consolidarsi.

[150] In tal senso v. le conclusioni dell'Avv. gen. Hogan, punto 97.

[151] In tal senso E. Picozza, *Il difficile equilibrio*, cit., 65-66.

[152] In tema v. G. Vitale, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di Giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Dir. un. eur.*, 2010, 727 ss.

[153] Sul punto v. A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 72-73, che dà conto anche dei "tentativi" del giudice nazionale di sollevare questioni pregiudiziali nell'ambito di procedimenti, come quello di ottemperanza, che nel caso di specie non lo consentirebbero.

Secondo una diversa prospettiva, l'assenza di un meccanismo di controllo successivo può apparire come la conseguenza "naturale" del carattere "ibrido" o *sui generis* dell'ordinamento dell'Unione europea e dei relativi Trattati istitutivi[154], che hanno generato una nuova "comunità di diritto" non riconducibile agli schemi ordinari dell'organizzazione internazionale o dello Stato (federale) in senso proprio[155]. Sarebbe, dunque, conseguente alla natura "irrisolta" dell'Unione che l'obiettivo della corretta e uniforme interpretazione del diritto UE trovi limite nella garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ai quali spetta la determinazione degli organi, delle forme e dei modi di attuazione giudiziale del diritto sopranazionale. Sarebbe, pertanto, nella "logica" del diritto UE che possano verificarsi, in base ai sistemi amministrativi e giurisdizionali propri di ciascun Stato membro, violazioni del diritto europeo per così dire "definitive", ossia per le quali non sia "concretamente", esperibile un rimedio impugnatorio diretto ad eliminare l'atto produttivo della violazione e a rimuoverne gli effetti[156].

Per le ipotesi in cui, nonostante il ricorso al meccanismo del rinvio pregiudiziale o a causa della sua mancata applicazione, si siano concretizzate violazioni del diritto UE produttive di danni ai singoli, l'efficacia del diritto UE e l'effettività della tutela giurisdizionale sono comunque garantite, come precisa la sentenza *Randstad*[157], dalla facoltà della Commissione europea di avviare una procedura di infrazione e di proporre un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di Giustizia, nonché dal principio di responsabilità extracontrattuale degli

[154] In tema v. per tutti P. Ridola, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 200 ss. In giurisprudenza v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 21 dicembre 2021, cause riunite C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 e C840/19, PM e altri, punto 245; Corte di Giustizia delle Comunità europee, 5 febbraio 1963, causa 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte.

[155] Sottolinea come il problema della tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel contesto europeo debba affrontarsi "*cercando di capire cosa è veramente l'ordinamento della Unione europea*" E. Picozza, *Il difficile equilibrio*, cit., 59 ss.

[156] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Quarta sezione, 20 maggio 2021, C-120/19, X c. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Purmerend, punti 68 ss., rispetto a un'ipotesi di non annullabilità di un atto amministrativo in contrasto con il diritto UE, in ragione della regola nazionale della "evidenza," in forza della quale il soggetto che intenda far constatare che una prescrizione contenuta in una decisione definitiva non può essere eseguita, è tenuto a dimostrare la manifesta contrarietà di detta prescrizione al diritto dell'Unione.

[157] Sentenza *Randstad*, punti 79-80.

Stati membri, applicabile qualsivoglia sia l'autorità pubblica responsabile della violazione[158]. Sotto quest'ultimo aspetto, la normativa nazionale attualmente vigente contempla espressamente la violazione manifesta del diritto dell'Unione europea come causa di responsabilità dei giudici nazionali, precisando che assumono rilievo la chiarezza delle norme da applicare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonché l'omissione del rinvio pregiudiziale[159].

11. *La garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale nel sistema processuale amministrativo italiano*

Nel contesto europeo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale si realizza mediante l'attribuzione della competenza a risolvere le controversie a un giudice indipendente e imparziale, nell'ambito di un giudizio rispettoso dei principi del giusto processo, come definiti nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 CEDU[160].

[158] *Ex multis* v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 20 maggio 2021, C-120/19, X c. College van burgemeester en wethouders van de gemeente Purmerend, punto 72; Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 19 dicembre 2019, C-752/18, Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern, punti 54-55; Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo s.p.a. c. Repubblica italiana; Corte di Giustizia dell'Unione europea, 30 settembre 2003, C-224/01, Gerhard Köbler c. Repubblica d'Austria. In tal senso sono anche le conclusioni dell'Avv. gen. Hogan, il quale aggiunge (punti 79 ss.) che i presupposti di tale forma di responsabilità, ove essa si realizzi per mezzo di decisioni giudiziarie, dovrebbero essere chiariti e interpretati in maniera non restrittiva, onde assicurare il principio di effettività della tutela giurisdizionale stabilito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE. Sull'insufficienza del meccanismo della responsabilità dello Stato membro rispetto all'esigenza di piena tutela degli interessati v. M. Chiti, *La Corte Costituzionale*, cit., 29-30, che suggerisce una riforma del regime nazionale delle impugnazioni. Cfr. inoltre B. Sassani – B. De Santis, *Diniego di tutela giurisdizionale e poteri delle Sezioni Unite alla luce del diritto unitario europeo. Riflessioni a caldo su una decisione annunciata*, in *Judicium.it*, 22 dicembre 2021, i quali notano che ad analoga conclusione la Corte di Giustizia è giunta per le ipotesi di giudicato nazionale contrastante con il diritto UE, sicché "*si palesa (…) l'intento di rinunciare ad intervenire direttamente sugli esiti giurisdizionali (lasciati quindi al diritto nazionale), e la canalizzazione del rimedio alla violazione del diritto dell'Unione verso l'azione di responsabilità dello Stato*"; E. Picozza, *Il difficile equilibrio*, cit., 66-67.

[159] Art. 2, commi 3 e 3-*bis*, legge 13 aprile 1998, n. 117. In tema v. R. Martino, *La Corte di Giustizia*, cit., 599-600.

[160] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 aprile 2012, C-896/19, Repubblika c. Il-Prim Ministru.

In particolare, tali disposizioni secondo l'orientamento consolidato della Corte di Giustizia UE[161] e della Corte europea dei diritti dell'uomo[162] non richiedono, di regola, la previsione di mezzi di impugnazioni e dunque un doppio (e tantomeno triplo) grado di giudizio[163].

La garanzia dell'autonomia procedurale degli Stati comporta che essi determinino come attuare il principio di effettività della tutela[164]. Occorre, dunque, verificare se la disciplina del processo amministrativo italiano rispetta tale principio. Ciò richiede di analizzare il sistema processuale nazionale nel suo complesso[165], alla luce dei rimedi messi in campo dall'ordinamento[166] e delle garanzie assicurate alle parti coinvolte in giudizio; nonché, sul piano applicativo e della esperienza giurisprudenziale, della frequenza o della gravità di violazioni e lacune nella tutela accertate[167].

Pur esorbitando una siffatta analisi dalla portata del presente scritto, si possono delineare le linee portanti o i principi fondamentali del processo

[161] Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 19 giugno 2018, C-181/16, Sadikou Gnandi c. Stato belga, punto 57. In dottrina v. M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 8; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura*, cit., par. 10.

[162] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 19 settembre 2009, ric. n. 5643/07, Jung v. Germany; Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione del 23 maggio 2006, ric. n. 42483/02, Antonenko v. Russia.

[163] Tale aspetto è sottolineato dall'Avvocato generale Hogan nelle sue conclusioni (punto 70). Cfr. anche. A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 52; A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione*, cit., i quali notano che nell'ordinamento processuale francese non è previsto un mezzo di impugnazione rispetto alle sentenze del *Conseil d'État*.

[164] Corte Costituzionale, sentenza n. 6/2018: "*Quanto all'effettività della tutela e al giusto processo, non c'è dubbio che essi vadano garantiti, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione*". Sul punto v. A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 48; M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 8; R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti?"*, cit., 10. Cfr. anche R. Villata, *«Lunga marcia» della Cassazione*, cit., 328, il quale negava che il richiamo a "principi generalissimi", come l'effettività della tutela, potesse modificare l'assetto tra le giurisdizioni fissato dalla Costituzione.

[165] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 15 marzo 2017, C-3/16, Lucio Cesare Aquino c. Stato belga, punto 53.

[166] In tal senso, M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione*, cit., par. 10, il quale osserva che "*non è certamente condivisibile l'idea secondo cui il sistema si dimostra inefficace solo perché si è verificata, in concreto, una violazione. Occorre verificare, semmai, se l'ordinamento processuale abbia garantito, o meno, la possibilità di tutelare posizioni giuridiche protette dal diritto europeo, senza frapporre ostacoli od ingiustificate preclusioni*".

[167] Sul punto v. M. Lipari, *op. ult. cit.*, il quale rileva che, con riferimento all'attività del Consiglio di Stato, "*non risultano, al momento, decisioni che abbiano accertato la violazione del diritto UE, ai sensi della legge n. 117/1988. Né si conoscono procedure di infrazione originate dall'asserito illegittimo esercizio della funzione giurisdizionale*".

amministrativo, al fine di valutare se quest'ultimo assicuri l'effettività della tutela giurisdizionale, come intesa a livello europeo.

Assume in primo luogo significativo rilievo che il principio di effettività di tutela giurisdizionale, "prima" di essere stabilito, per le situazioni di rilevanza europea, dal diritto dell'Unione europea, è sancito dalla Costituzione italiana (almeno negli artt. 24, 103, 113), nella consolidata interpretazione fornita dal giudice costituzionale[168]. Sembra potersi affermare, anzi, che esso appartiene a quei principi fondamentali dell'ordinamento[169] la cui presenza contrassegna indefettibilmente quest'ultimo e che, pertanto, sono sottratti persino al procedimento di modifica della Costituzione[170].

Con riferimento al processo amministrativo, esso è espressamente affermato dall'art. 1 del relativo Codice e ribadito nell'art. 7, ove si correla, alla concentrazione delle forme di tutela degli interessi legittimi dinanzi al giudice amministrativo[171].

Il sistema di garanzie delineato dalla Costituzione[172] e dal Codice assicura altresì l'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo e l'adeguata tutela del diritto di difesa nel corso del giudizio. A ciò si aggiunga la previsione di un sistema di mezzi di impugnazione che pure, come osservato *supra*, non è richiesto dal diritto CEDU e dell'Unione europea.

Nel complesso, non sembrano sussistere particolari dubbi che il sistema processuale amministrativo risponde al principio di effettività della tutela

[168] *Ex multis* v. Corte Costituzionale, 25 giugno 2019, n. 160; Corte Costituzionale, 15 settembre 1995, n. 435.

[169] Cfr., *ex plurimis*, Corte Costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 238; Corte Costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26: "*L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto*"; Corte Costituzionale, 3 aprile 1987, n. 100.

[170] Cfr. Corte Costituzionale, 12 aprile 1989, n. 203; Corte Costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146. In dottrina, sulla presenza di "*un nucleo di valori e di princìpi «supremi» a ogni potere costituito e perciò non modificabile neppure dal potere di revisione costituzionale*" v. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, 1989, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 53, il quale ricomprende tra essi "*il principio di legalità e delle garanzie giurisdizionali*". Cfr. anche E. Tosato, *Stato*, cit., 289.

[171] Artt. 7, comma 7, e 30, comma 6, c.p.a. Nella giurisprudenza costituzionale v. Corte Costituzionale 204/2004, la quale statuisce che l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento del danno *"non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost. il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri".*

[172] Art. 108, comma 2; art. 111, commi 1 e 2, Cost.

giurisdizionale, come delineato in chiave europea[173]. In questa prospettiva, l'inclusione della violazione del diritto dell'Unione tra i motivi ammessi nel ricorso in Cassazione diviene una questione essenzialmente nazionale[174], non imposta[175] né, evidentemente, preclusa[176] dall'ordinamento dell'Unione.

12. *La violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Critica*

Esaminato l'ambito dei motivi di giurisdizione alla luce della giurisprudenza costituzionale e definita la limitata incidenza che l'Unione europea esercita per la loro individuazione, sembra opportuno soffermarsi sulla questione relativa alla possibilità di qualificare l'omesso rinvio pregiudiziale come questione di giurisdizione. Se in generale la violazione del diritto UE non si configura di per sé come motivo di giurisdizione, più complessa appare la questione specifica della inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Sul punto, la pronuncia *Randstad* non fornisce risposte, in quanto il relativo quesito è stato considerato irrilevante[177].

Secondo parte della dottrina, l'art. 267 TFUE, regolando il rinvio

[173] In tal senso v., *ex multis*, A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 70; M. Mazzamuto, Le *Sezioni Unite*, cit., 680. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., ord. n. 32622/2018.

[174] Cfr. R. Martino, *La Corte di Giustizia*, cit., 571 e 573. In tal senso si erano già espressi A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale*, cit., 75 e 78; M. Chiti, La Corte Costituzionale, cit., 6 e 29. V. anche E. Picozza, *Il difficile equilibrio*, cit., 62.

[175] A conclusioni analoghe era giunta la Corte di Giustizia nella sentenza del 17 marzo 2016, C-161/15, Abdelhafid Bensada Benallal c. État belge, con riferimento all'ordinamento belga. In tale occasione si era affermato che "*il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*". Il caso riguardava la violazione del diritto di difesa nell'ambito di un procedimento amministrativo relativo al rilascio di un'autorizzazione di soggiorno, regolata dalla direttiva 2004/38/CE. Poiché tale motivo era stato dedotto per la prima volta nel giudizio di cassazione, esso era ammissibile, secondo il diritto belga, solo se attinente all' "ordine pubblico". Il giudice nazionale pertanto chiedeva alla Corte di Giustizia se il motivo attinente alla violazione del diritto di essere sentito, come garantito dal diritto dell'Unione, sollevato per la prima volta dinanzi alla Cassazione, dovesse considerarsi ricevibile. Nella giurisprudenza nazionale v. Corte di Cassazione n. 2403/2014.

[176] Sul punto v. E. Picozza, *Il difficile equilibrio*, cit., 65.

[177] Sentenza *Randstad*, punti 82 ss.

pregiudiziale, assumerebbe "*i connotati di una norma sul riparto giurisdizionale, segnando il confine tra le attribuzioni del giudice nazionale e quelle della Corte di Giustizia*"[178]. A tale tesi sembra possano muoversi due obiezioni. In primo luogo, la Corte di Giustizia non ha il potere di risolvere la controversia pendente dinanzi al giudice nazionale, ma solo di fornire la corretta interpretazione delle norme europee rilevanti[179]. In secondo luogo, la valutazione sulla necessarietà del rinvio pregiudiziale spetta, in base all'art. 267 TFUE, al giudice dinanzi al quale la causa pende, sicché non appare in linea con tale disposizione che un giudice diverso sindachi le ragioni dell'omesso rinvio[180]. Secondo il predetto orientamento dottrinale l' "immotivato rinvio" da parte del Consiglio di Stato sarebbe tuttavia soggetto al controllo in Cassazione *ex* art. 111, comma 8, Cost. Il riferimento alla motivazione rende, a mio avviso, palese che si tratti di una questione attinente al modo di esercitare il potere giurisdizionale e non alla sua attribuzione. In questa prospettiva, conforme all'orientamento prevalente della Corte di Cassazione[181], si dovrebbe escludere che l'omesso rinvio pregiudiziale possa configurarsi come motivo inerente alla giurisdizione.

13. *Conclusioni*

La sentenza *Randstad* della Corte di Giustizia dell'Unione europea

[178] R. Martino, *La Corte di Giustizia*, cit., 598.

[179] In tal senso v. Corte di Cassazione, ss. uu., ord., 30 ottobre 2020, n. 24107; Corte di Cassazione n. 1013/2014.

[180] Sui presupposti dell'obbligo di rinvio pregiudiziale v. Corte di Giustizia delle Comunità europee, 6 ottobre 1982, causa 283/81, Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo spa c. Ministero della sanità. In particolare, nel punto 9 di tale pronuncia si statuisce che "*l'art. 177* (attualmente art. 267 TFUE, ndr) *non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale. Non basta quindi che una parte sostenga che la controversia pone una questione di interpretazione del diritto comunitario perché il giudice interessato sia obbligato a ritenere configurabile una questione sollevata (…). Per contro spetta a detto giudice adire, se del caso, d'ufficio la Corte di giustizia*". V. anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 23 novembre 2021, C-564/19, IS, punti 89 ss.; Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE) c. Airgest SpA, punti 31 ss.; Corte di Giustizia dell'Unione europea, 18 luglio 2013, C-136/12, Consiglio nazionale dei geologi contro Autorità garante della concorrenza e del mercato, punti 21 ss. In dottrina v. G. Vitale, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 59 ss.

[181] Oltre alle pronunce già citate, v. Corte di Cassazione n. 7012/2020.

ha escluso che il diritto UE incida sui rapporti tra le giurisdizioni nell'ordinamento nazionale, purché si assicuri che nel complesso le situazioni giuridiche protette a livello europeo siano suscettibili di essere tutelate adeguatamente e in condizioni equivalenti a quelle che trovano origine e protezione nel diritto nazionale. Garantiti i principi di effettività ed equivalenza, l'obbligo di attuazione del diritto dell'Unione non sembra poter determinare uno scardinamento delle competenze giurisdizionali fissate dall'ordinamento interno[182].

L'interpretazione dei motivi inerenti alla giurisdizione, che definiscono i limiti del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, costituisce dunque una questione prevalentemente nazionale, almeno se si ritiene che in linea di principio il processo amministrativo rispetta i parametri del giusto processo, come definiti sia sulla base dei principi costituzionali che della normativa sopranazionale e internazionale (in particolare, CEDU). Il carattere eminentemente nazionale della questione, peraltro, non ne riduce certo l'importanza, influendo significativamente tanto sul complessivo assetto dei rapporti tra giurisdizioni quanto sulle modalità di tutela del cittadino a fronte dell'azione dei pubblici poteri. Secondo la prospettiva che si è cercato di sviluppare nel presente scritto, le ipotesi di difetto relativo e (soprattutto) assoluto di giurisdizione attribuiscono alla Corte di Cassazione un certo margine di flessibilità nel sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, così da consentire di porre rimedio almeno ai più gravi *errores in procedendo* e *in iudicando*.

[182] In tal senso v. A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020*, cit., 41, il quale nota criticamente che nell'impostazione assunta dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio n. 19598/2020 "*non è lo strumento processuale ad essere predisposto per far fronte ad un vizio, un difetto o una conseguenza non voluta dall'ordinamento, ma è il vizio a conformare e modellare lo strumento ed il suo contenuto. Si fa strada, così, una sorta di nozione atipica ed a contenuto indeterminato di una impugnazione che, per sua natura, tale non dovrebbe essere*". V. anche M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite*, cit., 681; A. Travi, I motivi inerenti alla giurisdizione, cit.

Mauro Renna[*], Stefano Vaccari[**]

La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali[***]

Sommario: 1. Processo amministrativo e crisi di cooperazione tra enti territoriali: ragioni di fondo, significatività delle questioni e perimetro dell'indagine – 2. Le decisioni amministrative 'complesse': il passaggio dalla logica dell'unanimità alla regola della maggioranza (o della prevalenza delle posizioni espresse). Sua rilevanza ai fini della successiva proiezione processuale dei dissensi – 3. Condizioni dell'azione ed enti territoriali: brevi osservazioni su legittimazione e interesse a ricorrere quali 'filtri' generali per l'accesso alla tutela giurisdizionale – 4. I dissensi tra gli enti territoriali: la necessaria distinzione delle fattispecie in ragione della loro non riconducibilità a uno schema unitario – 4.1. (*Segue*) Le interferenze tra poteri amministrativi: invasioni e compressioni di altrui potestà – 4.1.1. (*Segue*) Il modulo procedimentale della conferenza di servizi e la questione dell'acquiescenza dell'ente territoriale dissenziente – 4.2. (*Segue*) L'ente territoriale come soggetto esponenziale e rappresentativo della collettività di riferimento – 5. Alcuni rilievi in tema di azione popolare *ex* art. 9 TUEL – 6. Controversie tra enti territoriali e disciplina del processo di cognizione, sullo sfondo della più ampia questione concernente la natura soggettiva od oggettiva della giurisdizione amministrativa – 7. Conclusioni: la complessa individuazione di un giusto equilibrio tra legalità processuale ed effettività della tutela (senza distorsioni ideali o da desiderabilità sociale).

[*] Professore ordinario di Diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze giuridiche Università Cattolica del Sacro Cuore.

[**] Ricercatore di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Sassari

[***] Il presente contributo, già pubblicato nel numero 4/2021 della Rivista Diritto processuale amministrativo, trae spunto dalla relazione dal titolo 'I dissensi tra gli enti territoriali' svolta da Mauro Renna in occasione del Convegno Nazionale di Studi 'Il giudice amministrativo nei conflitti tra pubbliche amministrazioni: giurisdizione, mediazione, supplenza', tenutosi, nelle date del 21-22 settembre 2018, presso il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione di Lecce; nonché – per quanto concerne le parti scritte da Stefano Vaccari – dalle osservazioni e dai commenti ricevuti in occasione della discussione sul tema 'Crisi di cooperazione tra enti territoriali e processo amministrativo' oggetto dell'incontro dei Dialoghi del Laboratorio di Diritto amministrativo del 26 maggio 2021 (l'Autore ringrazia gli organizzatori e tutti i partecipanti per i preziosi suggerimenti e per il proficuo confronto che caratterizza detti incontri). Il lavoro è frutto di una riflessione comune tra gli Autori; tuttavia, i par. 1, 2 e 7 sono stati scritti da Mauro Renna, mentre i par. 3, 4, 4.1., 4.1.1., 4.2., 5 e 6 sono stati scritti da Stefano Vaccari.

1. *Processo amministrativo e crisi di cooperazione tra enti territoriali: ragioni di fondo, significatività delle questioni e perimetro dell'indagine*

Si assiste sempre più, nell'attuale diritto amministrativo, alla moltiplicazione dei centri di potere[1] e alla configurazione di funzioni amministrative c.d. pluri-strutturate[2].

Se da un lato si registra l'aumento del pluralismo amministrativo e istituzionale[3], dall'altro occorre rilevare come il legislatore intervenga sempre più sovente sulla disciplina del procedimento amministrativo al fine di perseguire obiettivi di semplificazione[4]. Ed è proprio il procedimento

[1] Sempre utile il richiamo, per l'impostazione generale, a G. Pastori, *La pubblica amministrazione*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, II, 1997, 287 ss.; nonché a Id., *Amministrazione pubblica*, in N. Bobbio, N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 12 ss. (oggi in Id., *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, 205 ss.). Cfr., anche, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, in particolare 22, 152 e 584, nonché p. 88 ove la definizione dei soggetti di diritto pubblico, i quali costituiscono – nel loro complesso – l'amministrazione in senso soggettivo, come 'centri di potere', ossia enti pubblici dotati di capacità giuridica e, come tali, idonei alla titolarità di poteri amministrativi.

[2] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, 371, ove si chiarisce che "[n]ei procedimenti più complessi, vertenti in materie dove sono presenti pluralità di interessi pubblici imputati ad autorità diverse, spesso tra loro in contrapposizione dialettica, la fase decisoria si presenta pluristrutturata, cioè articolata a sua volta in una pluralità di atti e procedimenti e quindi in una pluralità di momenti decisionali". Cfr., anche, F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, 45, secondo cui per 'schema della fase decisoria pluristrutturata' si intende "la fase del procedimento nella quale [trovano] una medesima sistemazione i differenti istituti cui la discussione sull'atto complesso si era rivolta, quali la decisione collegiale, la deliberazione preliminare, l'approvazione, ma soprattutto la proposta, il concerto stesso, l'intesa, le eterogenee tipologie di procedimenti presupposti o sub-procedimenti positivamente stabiliti nonché l'istituto della conferenza di servizi"; e B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 205, ove si afferma che il 'fenomeno del pluralismo' ha portato al "riconoscimento prepotente e sempre più vistoso di una serie imponente, quasi innumerevole, di interessi pubblici", avendo inevitabilmente concorso "ad un altrettanto inevitabile processo di loro frantumazione, che si manifesta nella dispersione degli stessi tra molteplici soggetti pubblici esponenziali".

[3] Cfr., *ex multis*, G. Pastori, *La pubblica amministrazione*, cit., 293; M.S. Giannini, *Il pluralismo istituzionale*, in Aa.Vv., *Il pluralismo (Atti del Convegno)*, Roma, 1986, 11 ss.; A. Barbera, *Le istituzioni del pluralismo*, Bari, 1977. Sul 'pluralismo giuridico', quale modello concettuale fondato sulla presa d'atto della 'dimensione conflittuale' della società e della 'dialettica' propria della vita sociale, con le relative diversità e molteplicità di interessi, cfr. M. Corsale, *Pluralismo giuridico* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1983, 1009 ss.

[4] Cfr., per tutti, S. Battini, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 450 ss.; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell'azione*

amministrativo che dovrebbe fungere da strumento di mediazione tra interessi, attraverso dinamiche e metodi diretti all'individuazione dell'interesse pubblico concreto[5] quale momento di sintesi e di ritrovata unità nella funzione esecutiva[6].

amministrativa, in *Dir. amm*., 2000, 617 ss.; S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.; G. Vesperini, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, *ivi*, 1998, 655 ss. In ottica comparata, cfr. M. Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss.

[5] Sull'assunto della nota concezione di M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 265, secondo cui, in una prospettiva concreta, l''interesse pubblico primario' "non si presenta da solo, specie per le attività di maggior importanza; con esso concorrono altri interessi pubblici – interessi secondari –, di cui l'autorità attributaria della potestà deve tenere conto". Dal che, la celebre ricostruzione della discrezionalità amministrativa come 'ponderazione comparativa' dell'interesse primario con gli interessi secondari al fine di pervenire a una 'sintesi' denominata 'interesse pubblico concreto' (cfr., per un'autorevole lettura della suddetta impostazione, F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1070, il quale evidenzia come nella concezione del Giannini "l'interesse pubblico che effettivamente l'amministrazione deve perseguire in ciascuna occasione non è uno degli interessi pubblici dati dalle leggi (né l'interesse primario né uno degli interessi secondari) ma è un interesse (composto, misto, frutto di confronto o compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione attraverso le operazioni di valutazione comparativa. Tale interesse pubblico, che, per essere aderente alla concreta situazione di fatto, si può convenire di denominare interesse pubblico concreto, non raffigurato da Giannini (ma logicamente implicito nella sua costruzione teorica), è stato poi reso esplicito dalla dottrina successiva"). Cfr., anche, G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 63, ove si evidenzia che ogni interesse è un qualcosa di 'costruito', nel senso di una "sintesi puntuale e mutabile di un processo concreto di valutazione quantitativa e qualitativa dei vari interessi pubblici, generali e settoriali, collettivi ed individuali che concorrono in una data situazione sociale"; e G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1308 (oggi in Id., *Scritti scelti*, cit., 526), per la tesi dell''oggettivizzazione' dell'interesse pubblico e la messa in risalto del concetto di 'esigenza-scopo' alla base dell'agire amministrativo.

[6] Sulla 'pretesa' all'unità di amministrazione cfr. S.A. Frego Luppi, *Giusto procedimento e amministrazione ambientale*, Napoli, 2018, 48 ss., in particolare p. 51, ove l'A. sostiene che l'unitarietà dell'azione amministrativa non sia solo "la conseguenza della rilevanza dei diritti nel nostro ordinamento, ma un canone organizzativo specifico di diretta previsione costituzionale": il che è strettamente correlato al principio del giusto procedimento in ragione degli evidenti nessi con le esigenze di efficacia, efficienza e razionalizzazione dell'attività amministrativa. Cfr., anche, F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 339, ove il richiamo alla prospettiva secondo la quale 'i diritti vengono prima del potere', e tra questi l'inclusione della c.d. pretesa all'unità della pubblica amministrazione, ossia "ad avere un interlocutore unico, rispettoso dei tempi decisionali, qualunque sia l'articolazione delle varie amministrazioni interessate e il riparto di competenze per esse previsto" (ed è proprio per la via dei 'diritti del cittadino' che l'A.

Tuttavia, è noto come gli strumenti di coordinamento procedurale non sempre raggiungano tale obiettivo[7]; di conseguenza, il perdurante conflitto tra pubbliche amministrazioni titolari di posizioni divergenti e non conciliate si radicalizza in 'crisi di cooperazione'[8] con successiva proiezione processuale dei 'dissensi'.

L'insoddisfazione per il modulo procedimentale, se inteso come luogo deputato in via esclusiva alla cura e attuazione degli interessi pubblici, è comprovata dal crescente aumento del contenzioso tra le pubbliche amministrazioni dinanzi agli organi di giustizia amministrativa[9].

---

ritiene si possa ricomporre la 'frammentazione' del settore amministrativo, con conseguente semplificazione dell'azione della pubblica amministrazione); G. Pastori, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le Regioni*, 1997, 749 ss., oggi in Id., *Scritti scelti*, cit., 689 ss., in particolare p. 700, ove il riferimento al principio di 'unicità' dell'amministrazione; e G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 363 ss. Cfr., anche, F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm*., 1993, 23, il quale, trattando del procedimento c.d. 'infrastrutturale' come strumento per il coordinamento della pluralità degli interessi pubblici, osserva che "più sono aumentati gli interessi pubblici affidati alle più disparate organizzazioni amministrative più è aumentata l'esigenza di unità dell'agire della Pubblica Amministrazione, unità che trova il suo fondamento nel principio costituzionale della unicità del potere esecutivo e, conseguentemente, nella unitarietà della funzione amministrativa, unitarietà, che discende dai principi organizzativi propri dello Stato moderno, cui, peraltro, fanno esplicito riferimento sia l'art. 5 che l'art. 95 della Costituzione". Con specifico riferimento alla conferenza di servizi cfr. G. Sciullo, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. dir. amm*., 2011, 1138, ove si afferma che "[i]l principio di unità, affermato per la tragedia da Aristotele e articolato quanto al tempo, al luogo e all'azione dai classicisti italiani rinascimentali, trova espressione nel procedimento amministrativo con l'istituto della conferenza di servizi".

[7] M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2019, 118: "[l]e eventuali sedi di composizione del conflitto al di fuori del giudizio, come la conferenza di servizi, si dimostrano inefficaci, incapaci di risolvere le lungaggini procedimentali, o tanto meno di offrire soluzioni stabili e condivise".

[8] Il concetto è assunto, ai fini del presente lavoro, nel significato teorizzato da A. Proto Pisani, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur*., 1978, 1 ss., e successivamente ripreso in Id., *I diritti e le tutele*, Napoli, 2008, 8. Più in generale, sui 'conflitti di amministrazione' cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 185, ove, nel definire il 'procedimento amministrativo complesso' come la sede funzionale per comporre i diversi interessi pubblici, si prende atto di come nella prassi "non si riesca a giungere ad una composizione, in quanto le parti del procedimento che siano organi dello Stato o enti pubblici non ritengono tutelato l'interesse pubblico di cui sono portatori". In una siffatta evenienza si verifica, pertanto, una 'rottura' del corso del procedimento con conseguente creazione di "una situazione di dissenso tra centri di riferimento d'interessi, che dà luogo ad un «conflitto di amministrazione»".

[9] Per una selezione, seppure non esaustiva, della casistica più rilevante cfr. *infra sub* par.

A scanso di equivoci è opportuno evidenziare che questa particolare tipologia di controversie, sebbene aumentata negli ultimi decenni[10], non rappresenta un fenomeno nuovo dell'odierno assetto ordinamentale, avendo la dottrina[11] dimostrato – attraverso una rigorosa indagine

4.1., 4.1.1. e 4.2. Cfr., anche, M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., VIII, ove si dà atto che con il passare del tempo "quello che prima in Italia era un sottile rivolo era diventato un fiume torrenziale e che le controversie fra amministrazioni erano cresciute con progressione geometrica per effetto della diversificazione e della pluralizzazione di un'amministrazione, da una parte alla ricerca di efficienza, dall'altra impegnata in un processo di istituzionalizzazione e di assicurazione della partecipazione dei molteplici interessi di una società fortemente differenziata"; nonché M. Macchia, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in M. Macchia (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, 30, ove si segnala che l'emersione del contenzioso tra amministrazioni "costituisce il corollario della frammentazione e della pluralizzazione degli interessi pubblici, incrementato negli ultimi anni a causa del mutato contesto sociale, politico, culturale nonché delle politiche di decentralizzazione".

[10] Cfr. S. Cassarino, *Il processo amministrativo*, I, Milano, 1984, 578, ove – dopo aver premesso "che l'ente pubblico possa impugnare i provvedimenti amministrativi emanati da un altro ente, qualora ci siano, s'intende, i vari presupposti per l'impugnativa" – si offre la seguente rassegna giurisprudenziale: Tar Lombardia, Brescia, 12 maggio 1981, n. 250, concernente l'impugnazione di un provvedimento della Regione da parte di una Camera di commercio; Tar Puglia, 10 gennaio 1978, n. 14, concernente l'impugnazione di un provvedimento della Regione da parte di una Camera di commercio; Tar Piemonte, 19 aprile 1978, n. 228, concernente l'impugnazione di una deliberazione di un Ente ospedaliero da parte della Regione; Tar Umbria, 27 marzo 1976, n. 44, concernente l'impugnazione di un atto del C.I.P. (organo statale) da parte di un Comune. Cfr., in argomento, anche S. Santoro, *L'impugnazione governativa al Tar degli atti degli enti locali, nei disegni di legge di riforma delle autonomie locali: strumento di controllo o di giurisdizione?*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 211 ss., in particolare p. 224 e ss.

[11] Il riferimento è a M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss. (cfr. anche l'opera, richiamata dal medesimo A., di L. Armani, *I conflitti interni di amministrazione pubblica*, Assisi, 1900). In giurisprudenza, cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 12 agosto 1891, in *Foro it.*, 1891, III, 17, avente a oggetto il ricorso promosso dal Comune di Arpino avverso una decisione prefettizia di nomina a custode carcerario di una persona differente rispetto a quella indicata dall'amministrazione comunale (sul 'caso' si v., *amplius*, le riflessioni di G. della Cananea, *Silvio Spaventa e il diritto pubblico europeo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018, 11). *Contra*, E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 179, il quale affermava assertivamente che "[n]ei giudizi amministrativi, la parte ricorrente è sempre il cittadino". Questa soluzione veniva giustificata dall'autorevole dottrina in ragione del fatto che "le autorità amministrative non hanno bisogno di ricorrere al giudice per la repressione dei loro atti invalidi, potendo provvedere esse stesse in via di autotutela" (anche se, invero, tale assunto potrebbe valere soltanto laddove si discuta di provvedimenti emanati dalla medesima amministrazione che ne ravvisi *ex post* la potenziale illegittimità, ma di certo non da altre pubbliche amministrazioni eventualmente lese dagli

giurisprudenziale – la significatività delle 'liti' tra pubbliche amministrazioni nel diciannovesimo secolo. Il che pone in discussione, quantomeno, il consolidato orientamento secondo cui l'amministrazione liberale ottocentesca risulterebbe 'stato-centrica' e connotata da un marcato 'monismo': "non occorrono certo particolari argomentazioni per affermare che, ove siano ammesse controversie tra pubbliche amministrazioni, si dia per scontato che tra queste amministrazioni e i correlativi interessi pubblici possa esservi un conflitto"[12].

Nell'àmbito del più ampio tema della legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni, il presente contributo affronta le condizioni dell'azione e, più in generale, le implicazioni processuali relative ai ricorsi promossi da enti territoriali (con larga frequenza, i comuni) avverso provvedimenti amministrativi adottati da altri enti territoriali (quali, ad esempio, lo Stato, le regioni o le province) per lamentare una lesione delle proprie attribuzioni ovvero in quanto soggetti esponenziali delle rispettive comunità.

Non saranno, invece, oggetto di analisi le ipotesi di legittimazione

effetti di questi provvedimenti). A tale riguardo, P. Duret, *La legittimazione* ex lege *nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 1999, 75 ss., osserva che l'amministrazione 'monistica', ossia quella "organizzativamente imperniata su relazioni gerarchiche interne/esterne, funzionalmente connotata dai tipici tratti imperativi, in particolare da quella potestà di autotutela che rendeva spesso inutile, quando non inconcepibile, il ricorso dell'apparato pubblico all'intervento esterno del giudice", è stata progressivamente sostituita dal modello della 'rete di amministrazioni'. Ad avviso dell'A., infatti, l'aumento dei ricorsi giurisdizionali da parte di organismi pubblici rappresenta una 'spia' nonché un effetto del segnalato "attenuarsi e frazionarsi della potestà tra più soggetti ed organismi, così come registra, correlativamente, l'obiettiva rifrazione dell'interesse pubblico in varie possibili interpretazioni del medesimo, potenzialmente confliggenti".

[12] M. Mazzamuto, *op. cit.*, 347. L'A. sottolinea anche (p. 351) che il contenzioso tra amministrazioni si presentava "privo di specialità rispetto al contenzioso tra privati e amministrazioni, venendo naturalmente assorbito nei principi generali della giustizia amministrativa".

straordinaria[13] attribuite *ex lege* ad alcuni ministri[14] e, sempre più frequentemente, ad autorità amministrative indipendenti[15] per l'*enforcement* di interessi pubblici o generali[16]; né, infine, le fattispecie di giurisdizione c.d. 'a parti invertite', ossia concernenti posizioni di diritto soggettivo azionate da una pubblica amministrazione nei confronti di un privato e in larga

[13] Per un'analisi delle singole ipotesi si rinvia, per tutti, a M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 70 ss.; M. Macchia (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato*, cit., *passim*; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 ss. Secondo A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, 202, in questi casi l'obiettivo del legislatore è "apprestare una tutela più efficace della legittimità amministrativa in ambiti di notevole rilievo dal punto di vista istituzionale, economico, sociale"; ciò che avviene assegnando a una determinata autorità (ministro o autorità amministrativa indipendente) una speciale legittimazione a ricorrere "a salvaguardia della legalità, in genere in una logica di continuità con le funzioni esercitate dalla medesima autorità". Più in generale, sulla categoria delle legittimazioni *ex lege*, cfr. P. Duret, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, cit., 40 ss., in particolare p. 84, ove tali fattispecie sono definite come 'cerniera' o 'punto di saldatura' tra le due visioni dialettiche (se non manichee) della giustizia amministrativa (*i.e.* giurisdizione in senso soggettivo e giurisdizione in senso oggettivo, su cui *amplius infra*).

[14] Cfr. l'art. 6, commi 9 e 10, della l. 9 maggio 1989, n. 168, che ha attribuito al Ministro dell'università e della ricerca la legittimazione a impugnare, per vizi di legittimità e dinanzi al giudice amministrativo, gli atti rettorali di emanazione degli statuti e dei regolamenti universitari difformi dai rilievi di legittimità rappresentati in sede di controllo preventivo; l'art. 52, comma 4, del d.lg. 15 dicembre 1997, n. 446, che ha conferito al Ministero delle finanze (oggi: Ministero dell'economia e delle finanze) la legittimazione a impugnare, per vizi di legittimità e avanti agli organi di giustizia amministrativa, i regolamenti comunali in materia di entrate tributarie.

[15] Cfr., in particolare, l'art. 21-*bis*, comma 1, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che ha attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la legittimazione ad agire in giudizio avverso "gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato"; l'art. 36, comma 2, lett. n), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (conv., con modificazioni, in l. 24 marzo 2012, n. 27), che ha conferito all'Autorità di regolazione dei trasporti la legittimazione a impugnare, dinanzi al Tar per il Lazio, gli atti amministrativi generali e puntuali adottati dagli enti locali in materia di servizio taxi; l'art. 211 del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, che ha attribuito all'A.N.AC. la legittimazione ad agire in giudizio per l'impugnazione (comma 1-*bis*) dei "bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", ma anche i provvedimenti (comma 1-*ter*) ritenuti affetti da gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici, ove l'amministrazione non si sia conformata al parere motivato indicante gli specifici vizi di legittimità.

[16] In chiave critica, anche per l'assenza di un 'disegno sistematico' sotteso all'opera del legislatore, M. Ramajoli, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, 2017, 156.

misura rientranti nel perimetro delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[17].

2. *Le decisioni amministrative 'complesse': il passaggio dalla logica dell'unanimità alla regola della maggioranza (o della prevalenza delle posizioni espresse). Sua rilevanza ai fini della successiva proiezione processuale dei dissensi*

La complessità e il numero degli interessi coinvolti dalle singole funzioni amministrative, com'è particolarmente evidente nelle materie urbanistica[18] e ambientale[19], impongono di organizzare i relativi processi decisionali in senso 'pluri-strutturato'[20]. Il che si traduce nel necessario coinvolgimento procedimentale di una molteplicità di enti territoriali preposti alla cura dei suddetti interessi; tanto nella fase istruttoria, quanto – e soprattutto – nella fase decisoria mediante la previsione di atti di assenso variamente configurati (approvazioni, pareri vincolanti, nulla-osta, concerti, intese, *etc.*)[21].

[17] Le suddette ipotesi interessano, in particolare, le materie degli accordi *ex* art. 11 della l. n. 241/1990 (art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, c.p.a.), dei contratti pubblici (art. 133, comma 1, lett. e, c.p.a.), dei servizi pubblici (art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.), dell'urbanistica ed edilizia (art. 133, comma 1, lett. f e g, c.p.a.) o del ricorso per ingiunzione (art. 118 c.p.a.) (per una rassegna delle ipotesi più significative cfr. A. Travi, *Il giudizio amministrativo promosso nei confronti di un soggetto privato (Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5624)*, in *Foro it*., 2002, III, 273 ss.). Sempre in argomento cfr., *amplius*, E.A. Taraschi, *Il processo amministrativo "a parti invertite" nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Giustamm.it*, 7/2018; N. Durante, *Il processo amministrativo a parti invertite (alias, quando l'amministrazione è ricorrente)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004; E. Follieri, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80*, in *Dir. proc. amm*., 1999, 634 ss. In giurisprudenza, C. cost. 15 luglio 2016, n. 179, ha chiarito che, seppure gli artt. 103 e 113 Cost. si riferiscano – nella loro formulazione – alla tutela riconosciuta al 'privato', "da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge".

[18] V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1985, 386 ss.

[19] G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, 51 ss.

[20] Cfr. la dottrina richiamata nella nt. 2 del presente lavoro.

[21] V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 371 ss.

Sul piano degli schemi concettuali, l'opzione più garantista per la salvaguardia dei singoli interessi sottesi alle determinazioni amministrative 'complesse' corrisponde al paradigma decisorio dell''unanimità'[22], in forza del quale la decisione amministrativa si perfeziona soltanto con il consenso di tutti gli enti territoriali coinvolti, stante l'efficacia paralizzante del singolo dissenso.

A fronte di procedimenti amministrativi strutturati secondo il richiamato modello, viene fisiologicamente meno la possibilità di un successivo contenzioso tra le pubbliche amministrazioni coinvolte. In questi casi, è la stessa regola dell'unanimità a far sì che ogni ipotetico dissenso risulti già tutelato e garantito *ex ante*, ossia a livello procedimentale, attraverso l'attribuzione di un sostanziale potere di 'veto'[23] in capo ai singoli enti territoriali coinvolti[24].

[22] Cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Torino, 2017, 120, ove si chiarisce che, a fronte della regola di deliberazione dell'unanimità, "nessun interesse pubblico è sacrificato, dato che ogni amministrazione mantiene inalterato il proprio potere decisionale": in tal caso, la determinazione finale può dirsi – utilizzando il lessico economico – 'pareto-efficiente'. Cfr., ad esempio, la versione originaria dell'art. 14 della l. n. 241/1990, ove – al comma 2 – si prevedeva che "[l]a conferenza stessa può essere indetta anche quando l'amministrazione procedente debba acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche. In tal caso le denominazioni concordate nella conferenza tra tutte le amministrazioni intervenute tengono luogo degli atti predetti". In proposito, S. Battini, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, in S. Battini (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016, 8, osserva che, nei casi in cui la disciplina di settore richiedeva il consenso tra plurime amministrazioni titolari di diversi interessi pubblici in relazione a un determinato progetto di decisione amministrativa, "la convocazione della conferenza di servizi, come originariamente concepita, non alterava tale assetto, in virtù della regola dell'unanimità": il che garantiva la neutralità sostanziale dell'istituto, collocandolo in una dimensione di "semplice modulo organizzativo e procedimentale". Cfr., anche, G. Pastori, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, 1570 s., ove l'osservazione per cui il principio del buon andamento in un ordinamento pluralistico comporta l'esigenza "di realizzare raccordi e azioni congiunte fra più soggetti portatori di interessi e competenze diverse quando ciò serva a favorire il più celere conseguimento dei risultati indicati, ma senza peraltro che ciò determini l'alterazione dell'ordine delle competenze rispettive e della trama sostanziale dei rapporti fra le amministrazioni".

[23] G. Napolitano, *op. loc. cit.*; l'A. segnala, altresì, come la necessità di un assenso da parte di ciascuna amministrazione coinvolta nel processo decisionale accresca notevolmente i c.d. costi di deliberazione.

[24] A fronte di un assenso esplicito, invece, l'ente territoriale non potrebbe contestare in sede giurisdizionale la decisione finale sulla base dei noti principî istituzionali in tema di 'acquiescenza' (sul punto, sia consentito rinviare *infra sub* par. 4.1.1). Una più generale questione meritevole di riflessione concerne l'eventuale possibilità per l'ente territoriale di 'ritirare' il consenso originariamente prestato attraverso l'esercizio di poteri di

Tuttavia, è altrettanto noto che i fondamentali principî di efficienza ed efficacia dell'agire amministrativo, declinati nella logica dell'amministrazione di 'risultato'[25], abbiano costantemente stimolato riforme legislative dei procedimenti complessi nel segno della semplificazione procedurale e decisoria[26]. L'esperienza, a tale riguardo, ha dimostrato che il modello dell'unanimità è fonte di ritardi nell'adozione dei provvedimenti amministrativi nonché causa di patologici stalli procedimentali stante la difficoltà di addivenire a mediazioni e sintesi condivise tra le molteplici posizioni tra loro divergenti.

Per l'effetto, le decisioni amministrative pluristrutturate sono state per lo più organizzate secondo lo schema generale della 'maggioranza delle posizioni espresse in conferenza'[27] ovvero del criterio delle 'posizioni prevalenti'[28]. Di qui il costante intervento del legislatore su istituti, quali la conferenza di servizi[29] o la significatività decisoria dell'inerzia (*rectius*,

autotutela (qualora spettanti *pro quota*), così da far venire meno il presupposto normativo dell'unanimità alla base della decisione oggetto di ripensamento. In tal caso, occorrerebbe comunque interrogarsi in merito all'incidenza della singola 'frazione' di consenso rispetto al piano della complessiva validità ed efficacia della decisione (anche se, forse, trattandosi di decisioni soggette a unanimità, si potrebbe inferire la regola della 'coesistenza necessaria' del consenso di tutti gli enti convolti, nessuno escluso, con conseguente applicazione del canone '*simul stabunt simul cadent*').

[25] Cfr., per tutti, M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 555 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.

[26] Per un'analisi della disciplina del procedimento amministrativo condotta secondo i paradigmi alternativi della 'semplificazione' e dell''aggravamento' cfr. G. Falcon, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 119 ss. Sui 'problemi' della semplificazione cfr., in generale, R. Ferrara, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.

[27] Cfr., ad esempio, la soluzione introdotta dall'art. 12 della l. 24 novembre 2000, n. 340, di modifica dell'art. 14-*quater* della l. n. 241/1990. Più in generale, cfr. G. Napolitano, *op. cit.*, 121, ove si rappresenta che, con l'adozione della regola della maggioranza, l'ordinamento giuridico "accetta il rischio di una diminuzione del benessere collettivo generata dal sacrificio dell'interesse pubblico soccombente, perché rimasto in minoranza"; e S. Battini, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, cit., 10 ss.

[28] Cfr. l'art. 10 della l. 11 febbraio 2005, n. 15, di modifica dell'art. 14-*ter* della l. n. 241/1990.

[29] Cfr. S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 611, ove si inquadra la conferenza di servizi quale modalità per rendere 'normalmente collegiale' l'agire amministrativo e, per tale via, compensare il 'policentrismo' con l'unità della decisione. Il che, ad avviso dell'A., "spiega il grande dibattito e il faticoso

silenzio-assenso)[30], nell'obiettivo di ottenere – in ogni caso e in tempi certi – una decisione amministrativa finale, superando eventuali opposizioni a vario titolo manifestate dalle minoranze dissenzienti[31].

Questo paradigma decisorio, tuttavia, non impedisce la possibile proiezione processuale dei conflitti non risolti nella fase procedimentale: una conferma si ricava dalla casistica giurisprudenziale, nella quale si registrano sempre più azioni promosse da enti territoriali. Il che contribuisce a rimarcare l'importanza di una riflessione dedicata a tali fattispecie alla luce dei caratteri che informano il vigente sistema di diritto processuale amministrativo.

superamento dell'unanimità della decisione: la decisione a maggioranza, infatti, riduce i vantaggi del policentrismo amministrativo, la cui ragione sta nella necessità di far rispecchiare in uffici pubblici i più importanti interessi collettivi". Cfr., anche, F.G. Scoca, *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 15, ove si rileva che "[a]i problemi posti dalla disarticolazione e dalla complessità organizzative si è fatto fronte mettendo a punto strumenti tendenti alla integrazione funzionale"; in proposito, la conferenza di servizi ha rappresentato "una risposta originale al bisogno di razionalizzazione del processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto"; nonché Id., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm*., 1999, 259, ove la considerazione per cui la conferenza di servizi, ammettendo una valutazione contestuale di tutti gli interessi coinvolti in una determinata operazione amministrativa, "consente di ricucire sul piano operativo il frazionamento delle competenze e la distribuzione, tra i vari centri di imputazione, (della cura) degli interessi pubblici". Sulle plurime modifiche che hanno interessato l'istituto della conferenza di servizi cfr. S. Battini, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, cit., 3 s., il quale, dopo aver ricordato la 'missione' della conferenza di servizi, ossia porre rimedio alla frammentazione delle competenze e alla correlata complessità delle procedure, ricorda la patologica 'fibrillazione' delle continue rivisitazioni legislative dell'istituto "(apportate dalle leggi 537/1993, 273/1995, 127/1997, 340/2000, 15/2005, 69/2009, 122/2010, 106/2011, 134/2012, 221/2012, 164/2014), per effetto delle quali la disciplina che, nel 1990, consisteva di 1 articolo, 4 commi, 159 parole, 1.098 caratteri, è divenuta, nel 2015, di 5 articoli, 33 commi, 2.824 parole, 17.103 caratteri". Per ogni ulteriore approfondimento cfr., quantomeno, G. Cocozza, *La decisione plurale in conferenza di servizi*, Napoli, 2012; D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; P. Forte, *La conferenza di servizi*, Padova, 2000.

[30] Sia consentito il rinvio a M. Renna, F. Figorilli, *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. giur*., Roma, 2009.

[31] Cfr. S. Battini, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, *cit*., 9, ove la constatazione secondo la quale le politiche di semplificazione si sono incentrate, più che sulle modifiche delle discipline di settore, su istituti generali, quali la conferenza di servizi; con la conseguenza che quest'ultima "[…] è stata così caricata di una funzione diversa ed ulteriore rispetto a quella originaria, vale a dire quella di modificare l'assetto delle competenze stabilito dalla legislazione di settore in sede di applicazione della stessa, superando i poteri di veto concessi alle singole amministrazioni".

Un primo insieme di questioni concerne la correlazione tra le pretese sostanziali avanzate dagli enti territoriali ricorrenti e le generali condizioni dell'azione (*i.e.* legittimazione e interesse a ricorrere) che fungono da 'filtro' per l'accesso alla tutela giurisdizionale. Un secondo piano dell'indagine interessa la tenuta, rispetto alle suddette fattispecie, delle regole proprie del processo di cognizione nell'àmbito della giurisdizione generale di legittimità, e in particolare la disciplina relativa alla fase istruttoria, siccome tradizionalmente giustificata da esigenze di riequilibrio della marcata 'disparità sostanziale' del privato rispetto alla pubblica amministrazione titolare del potere[32]. Appare quantomeno opportuno domandarsi se l'assetto generale del processo di legittimità possa (o debba) essere mantenuto come tale, pur a fronte di situazioni in cui la pubblica amministrazione assume il ruolo di parte ricorrente, ovvero se la particolarità dei contenziosi in esame ne imponga (laddove possibile) un diverso adattamento.

3. *Condizioni dell'azione ed enti territoriali: brevi osservazioni su legittimazione e interesse a ricorrere quali 'filtri' generali per l'accesso alla tutela giurisdizionale*

Il sistema italiano di giustizia amministrativa si caratterizza per un importante percorso storico-evolutivo[33], culminato nell'adozione del Codice di rito dell'anno 2010, nel senso della progressiva affermazione di una giurisdizione di 'diritto soggettivo' finalizzata alla tutela di posizioni giuridiche soggettive di natura sostanziale[34].

[32] Cfr. E. Follieri, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80*, cit., 636, ove si dà atto che – quantomeno all'epoca dello scritto (1999) – "[t]utto il processo è organizzato intorno alla figura dell'amministrazione, parte resistente".

[33] Per una ricostruzione dell'evoluzione storica della giustizia amministrativa italiana cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 13 ss.; L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa. I. Il giudice speciale*, Torino, 2021, 15 ss.; E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa* (voce), in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1992, 508 ss.

[34] Cfr., per tutti, G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, I, Milano, 2013, 316, ove si definisce la funzione giurisdizionale svolta dal giudice amministrativo come "una giurisdizione soggettiva (e, cioè, preordinata alla tutela non già del rispetto della norma di diritto positivo in sé considerata, sibbene di posizioni soggettive individuali, assunte come lese), al pari di quella ordinaria. L'art. 24 e l'art. 103, c. 1, della Costituzione hanno confermato tale carattere soggettivo della giurisdizione, con l'autorità propria della fonte costituzionale". In ottica comparata, cfr. B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela*

L'abbandono dell'originaria matrice oggettiva[35], in forza della quale il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato e, in seguito, ai tribunali amministrativi regionali, avrebbe assunto la funzione di (ulteriore) strumento di controllo della legalità amministrativa[36], si è necessariamente riflesso sull'oggetto del relativo processo[37]. Quest'ultimo, nel vigente assetto ordinamentale,

soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74 ss.

[35] Per un'impostazione teorica dei processi a 'contenuto oggettivo' resta ancora oggi fondamentale lo studio di F. Tommaseo, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 459 ss.

[36] Sulla originaria matrice 'oggettiva' del giudizio avanti alla IV Sezione del Consiglio di Stato cfr. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, cit., 69, il quale sosteneva che "dal punto di vista strettamente giuridico, è il cittadino che serve al giudizio amministrativo, che senza la sua iniziativa non potrebbe instaurarsi e svolgersi, mentre il giudizio amministrativo non serve al cittadino. Ma dire che il cittadino ricorrente serve al giudizio amministrativo è quanto dire che esso serve all'interesse pubblico, la cui garanzia rappresenta lo scopo di quel giudizio»"; F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, 1934, 390, ove l'affermazione per cui "il giudizio amministrativo ha carattere obiettivo, il che non esclude che possa servire a difesa di interessi individuali"; A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto Italiano*, Torino, 1904, 785, secondo cui "la giurisdizione di legittimità è dunque una giurisdizione di diritto pubblico, o se si vuole, di diritto obiettivo". Cfr., anche, la lettura di G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 358, il quale definì la giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato come "giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno". La richiamata concezione del processo amministrativo, inteso come strumento finalizzato al mantenimento dell'ordinamento giuridico nella sua 'oggettività', risentiva fortemente dell'influenza della dottrina tedesca del diciannovesimo secolo, rispetto alla quale cfr., per tutti, R. Gneist, *Der Rechtstaat*, Berlin, 1872; e O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Lipsia, 1896. Per ogni ulteriore approfondimento sul tema, anche in prospettiva storica, cfr. A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss.; e, da ultimo, L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 50 s., ove si rappresenta che all'epoca dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato "prevalse (correttamente) l'idea dell'introduzione di un organo giustiziale a tutela della legalità-oggettiva (e non di un giudice indipendente garante delle situazioni giuridiche soggettive)".

[37] Sul tema si rinvia, *amplius*, alla rigorosa analisi di A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, *passim*. In particolare, secondo tale A., l'individuazione dell'oggetto del processo amministrativo passa per la precisa configurazione della situazione giuridica che si pone in relazione con il potere amministrativo, ossia l'interesse legittimo. Ciò che, secondo la ricostruzione proposta dalla dottrina in esame, corrisponderebbe a una situazione di pretesa, intesa in senso proprio, a che l'amministrazione produca o non produca l'effetto; sussistendo la pretesa, esiste il correlato obbligo (positivo o negativo) della P.A. rispetto all'adozione/non adozione dell'atto. La particolare connotazione procedurale del rapporto,

dovrebbe consistere nell'affermazione da parte del ricorrente di una pretesa sostanziale[38], avente consistenza di interesse legittimo o di diritto soggettivo, preordinata alla conservazione o all'acquisizione di un determinato 'bene della vita'[39] (strumentale o finale) pregiudicato dall'illegittimo esercizio (o

propria di questa tesi, consente inoltre di mantenere inalterata la medesima ricostruzione anche in presenza di discrezionalità amministrativa, senza che per questo il giudice possa sostituirsi all'amministrazione.

[38] Per una critica all'utilizzo del concetto di 'pretesa sostanziale' nell'identificazione dell'oggetto del processo amministrativo cfr. R. Villata, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in www.*giustizia-amministrativa.it*, 2020, 3 (ripreso, con modifiche e integrazioni, anche bibliografiche, in Id., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in Aa.Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 5333 ss.; e, da ultimo, in Id., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm*., 2021, 369 ss.) ove la tesi per cui "il termine può essere utilizzato in senso descrittivo dal legislatore o dalla giurisprudenza, ma basta rinviare al recente volume dedicato da Augusto Chizzini, all'art. 2907 cod. civ. (senza dunque necessità di affrontare i saggi di Wach od Hellwig o, più agevolmente, il manuale di Lent nella eccellente traduzione di Edoardo Ricci), per trovare la dimostrazione dell'inconsistenza della nozione" (ma del medesimo A. v. già, in precedenza, Id., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc*., 2018, 363; Id., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 2011, 866). Sia consentito, in argomento, rinviare anche a S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm*., 2019, 1180, nt. 13. In senso contrario, cfr. in particolare A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, cit., *passim*, spec. 178 ss., secondo cui con il termine pretesa si deve individuare, nell'ambito della teoria generale, il contenuto di una situazione soggettiva, corrispondente a una figura di qualificazione deontica che si pone in rapporto a un obbligo (in senso positivo o negativo) di un atto materiale o di un atto precettivo. Tale situazione di teoria generale può poi porsi, sul piano del diritto positivo, quale contenuto precipuo di una corrispondente situazione giuridica, ovvero come elemento di una differente situazione giuridica composita, rilevante nell'ambito di quest'ultima. In particolare, nella prima ipotesi sarebbero ricompresi i tradizionali diritti di credito privatistici, nonché lo stesso interesse legittimo, il quale, in ragione della particolare connotazione procedurale del potere fatta propria dall'A. (*op. ult. cit.*, 383 ss.), si configurerebbe sempre (anche, cioè, in presenza di attività discrezionale) quale pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto.

[39] Cfr. G. Pastori, *La giustizia amministrativa in trasformazione (considerazioni di sintesi)*, in D. Corletto, G. Sala, G. Sciullo (a cura di), *La giustizia amministrativa in trasformazione: giornate in ricordo di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2006, 283 ss., oggi in Id., *Scritti scelti*, II, cit., 843 ss., in particolare p. 844, ove si evidenzia come l'oggetto della tutela sia progressivamente divenuto, "al di là delle distinzioni tra diritto soggettivo e interesse legittimo, la pretesa a conservare o ad acquisire un bene della vita" (tesi da ultimo riaffermata dall'A. in Id., *Prefazione* a S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, XXI, nella parte in cui si è sostenuto che "per quanto non

mancato esercizio) del potere amministrativo[40].

Una conferma di tale assunto si ricava dal combinato disposto degli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione, dai quali emerge la funzionalizzazione della tutela offerta dal giudice amministrativo alla soddisfazione delle posizioni giuridiche soggettive vantate dal ricorrente[41]; beninteso, nel rispetto delle possibilità normative offerte dal diritto sostanziale, che necessariamente conformano la domanda giudiziale, seppure nel contesto di un processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni[42].

Vero è che autorevole dottrina[43] ha sostenuto che le richiamate

sempre lo si riconosca esplicitamente, il Codice ha portato a compimento la trasformazione dell'oggetto della giurisdizione e del processo amministrativo, che ora è incentrato sulla pretesa ovvero sull'interesse sostanziale fatto valere in giudizio sotto le posizioni giuridiche soggettive riconosciute. Ed è a questa pretesa sostanziale che deve essere quindi accordata la tutela dotata dei ricordati caratteri di pienezza, effettività e satisfattività").

[40] Cfr., per tutti, V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 354: "che il processo amministrativo, attraverso le varie azioni che nel processo possono essere esercitate (anche nella precedente esperienza, laddove dominava in maniera pressoché esclusiva, il ricorso per annullamento), sia strumento di tutela di situazioni soggettive (diritti o interessi legittimi: artt. 24, 103, 113, Cost.), allo stesso modo del processo civile, processo perciò di tipo soggettivo (a contenuto soggettivo) è affermazione da ritenere pacifica, sin dagli esordi della nostra disciplina, in dottrina e in giurisprudenza". Per ogni ulteriore approfondimento, cfr. F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, 2017, *passim*.

[41] Cfr. l'importante lettura di V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 26 ss., ove si sostiene che le suddette disposizioni costituzionali configurino il giudice amministrativo 'senza possibilità di dubbio' "come vero giudice e come giudice che tutela le situazioni giuridiche soggettive proprie dei ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione". Il che, ad avviso di questa autorevole dottrina, non significa "per la realizzazione dell'interesse della pubblica amministrazione alla legalità della sua azione". Cfr., in argomento, anche A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 46, ove l'affermazione per cui "la tutela degli interessi individuali protetti costituisce il valore essenziale della Costituzione (articolo 24)"; e V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1992, 92 ss., nonché 127 ss.

[42] V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 436 ss. (oggi anche in Id., *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino, 2019, 185 ss.).

[43] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 374 s., il quale, sul presupposto dell'esistenza in materia di giurisdizione di una riserva di legge e non di una riserva di Costituzione, ritiene che dalle disposizioni costituzionali non si possa ricavare un 'divieto' per il legislatore di "prevedere casi di legittimazione 'oggettiva' (cioè a tutela di interessi generali piuttosto che a tutela

disposizioni costituzionali, in quanto norme di garanzia, individuerebbero soltanto un limite in 'negativo' per il legislatore, qual è il divieto di esclusione della tutela giurisdizionale per i titolari di interessi legittimi o diritti soggettivi; e che ciò non precluderebbe l'introduzione in via legislativa di ulteriori fattispecie di legittimazione o di giurisdizione 'oggettiva' per la tutela di specifici interessi pubblici o generali. Cionondimeno, anche a voler seguire tale impostazione, si dovrebbe comunque riconoscere che i 'frammenti' di giurisdizione oggettiva[44] richiedano pur sempre un fondamento normativo esplicito e, in ogni caso, risultino numericamente eccezionali, salvo non accettare l'alterazione complessiva del sistema processuale.

Sempre sul piano delle coordinate generali, è ben noto che una delle tecniche processuali seguite dal legislatore e dalla giurisprudenza per strutturare una giurisdizione in senso soggettivo sia quella di pretendere la dimostrazione, da parte dell'attore o ricorrente, della sussistenza di determinate condizioni dell'azione, a valere quali 'filtri'[45] per l'accesso

di situazioni soggettive protette) e finanche casi di giurisdizione 'di diritto oggettivo'". In queste ipotesi, la giurisdizione amministrativa assume lo scopo di "accertare la violazione del diritto oggettivo, su domanda di soggetti (pubblici, collettivi, privati) che rappresentano codeste violazioni, a tutela di interessi generali, di cui si fanno portatori. Casi, appunto, di legittimazione "oggettiva". E in altri casi, può essere deputata ad accertare violazioni del diritto oggettivo, anche a prescindere da specifiche domande di parte (casi, appunto, pur in certi limiti, di giurisdizione "oggettiva")". In senso conforme cfr. A. Romano, *Il giudice amministrativo di fronte alla tutela degli interessi c.d. diffusi*, in *Foro it.*, 1978, V, 17, il quale sostiene che le disposizioni costituzionali in materia di giustizia amministrativa, considerata la *ratio* garantistica, vanno interpretate nel senso che "il costituente ha voluto che ai titolari degli interessi legittimi, comunque questa nozione venga delineata, fosse garantita la possibilità di adire il giudice amministrativo. Ma, come tutte le norme di garanzia, essa impone un minimo, non preclude un di più": sicché, la Costituzione impone al legislatore ordinario "di disciplinare il processo amministrativo in modo da garantire con esso la tutela degli interessi legittimi; ma non vieta al legislatore di disciplinare tale processo in modo che esso assicuri la protezione anche di altri interessi".

[44] L'espressione è ripresa da M. Silvestri, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 5/2015. Sul tema, cfr. Cons. Stato, ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Foro amm.*, 2015, 2206 ss. (con nota di M. Silvestri, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*) nella parte in cui si è affermato che "si tratta, nel caso della giurisdizione amministrativa di legittimità, come noto, di una giurisdizione di tipo soggettivo, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo (ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti come, per esempio, nella estensione della legittimazione [...]". Da ultimo, cfr. N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 237 ss.

[45] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563, ove si afferma che le condizioni

alla tutela giurisdizionale: tali sono, secondo la tradizione, le questioni pregiudiziali attinenti al processo della legittimazione e dell'interesse ad agire (o a ricorrere)[46].

Diversamente, una generalizzata apertura della tutela giurisdizionale a qualunque domanda, semplicemente in quanto prospettata, e prescindendo dalla rigorosa indagine circa la posizione del soggetto agente rispetto al contenuto delle misure giudiziali invocate (ad esempio, l'annullamento di un dato provvedimento amministrativo asserito come illegittimo), finirebbe per far assumere al relativo processo la natura di giurisdizione oggettiva, ossia diretta alla tutela di valori o interessi generali dell'ordinamento (nell'esempio proposto, il ripristino della legalità amministrativa violata). Sennonché, in un modello siffatto, il privato o la pubblica amministrazione ricorrenti assumerebbero di fatto, e in via diffusa, il ruolo di promotore di

dell'azione "assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, desumibili dagli articoli 24 e 111 della Costituzione".

[46] Sulle quali si rinvia, per ogni approfondimento, ai fondamentali contributi di R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 468 ss.; R. Villata, *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1990; Id., *Interesse ad agire II) Diritto processuale amministrativo*, ivi, 1989. È da segnalare la recente ricostruzione di P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 107 ss. (del medesimo A. si v., anche, il recente Id., *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 232 ss.), il quale ipotizza un utilizzo in *bonam partem* del controllo di 'meritevolezza' della domanda allo scopo di ampliare le vie di tutela processuale (si v. p. 109: "[i]l *Rechtsschutzbedürfnis* – o, se si preferisce, la tecnica del controllo sulla meritevolezza di tutela della domanda – può, in altri termini, ben essere utilizzato ove essa possa agire *soltanto* in senso *ampliativo* delle vie di diritto (giurisprudenziale) sino a quel momento ricevuto e dunque stabilizzato" (corsivi dell'Autore); e p. 116: "[s]ul piano più concreto del controllo di meritevolezza, esso, oramai affrancato sia dalle tetraggini nefaste del dodicennio nero, sia dal suo inaffidabile utilizzo moderno *ad impediendum litis ingressum*, diviene strumento idoneo a trascrivere fedelmente l'emersione di nuovi e più progrediti valori sociali in termini *acquisitivi* di posizioni direttamente legittimanti (almeno) la domanda)" (corsivi dell'Autore). Per un'analisi critica della suddetta tesi cfr. G. Tropea, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 462 ss. Da ultimo, per una reinterpretazione dell'interesse al ricorso nel processo amministrativo, quale reazione alle incertezze e oscillazioni che si registrano in giurisprudenza, cfr. S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, I, 22 ss.

giustizia[47] o, comunque, di 'segnalatore' dell'illegalità amministrativa[48] con tutela soltanto indiretta od 'occasionale' – per rievocare una nota formula[49] – della propria sfera giuridica.

Dal pressoché unanime riconoscimento del processo amministrativo quale giurisdizione soggettiva, ne discende in capo alla parte ricorrente – salve talune ipotesi eccezionali, specificamente delineate dal legislatore – l'onere di dimostrare la titolarità di una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata (legittimazione a ricorrere)[50] nonché l'utilità

[47] Si pensi all'importante dibattito relativo all'introduzione della figura del pubblico ministero nel processo amministrativo, sul quale cfr., per tutti, C. Biagini, *Istituzione del Pubblico Ministero presso il Consiglio di Stato e presso i Tribunali Amministrativi Regionali*, in Aa.Vv., *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1715 ss., in particolare p. 1723, ove l'A. segnala, quale 'lacuna' del sistema di giustizia amministrativa, l'assenza di "iniziative dirette a rimuovere atti amministrativi illegittimi nell'esclusivo e principale interesse pubblico (ed a prescindere dalla sua eventuale coincidenza o meno con quello di un soggetto particolare)".

[48] Ciò che avviene nel sistema di giustizia amministrativa francese, ove la parte ricorrente – in ragione della natura di diritto oggettivo del c.d. '*recours pour excès de pouvoir*' – è definita come '*collaborateur de la légalité*' ed è equiparata a un '*ministère public*' (cfr. M. Hauriou, *Recours pour excès de pouvoir et tierce opposition*, Note sous Conseil d'Etat, 8 décembre 1889 (Ville d'Avignon), 15 décembre 1889, in *Revue générale du droit on line*, n. 15407/2015, nella parte in cui l'autorevole dottrina rimarcava che "le recours pour excès de pouvoir est un moyen de nullité objectif, organisé dans un but de bonne administration. Tel il a été créé et tel il est resté. Si on confie son maniement à des intéressés, c'est pour transformer ceux-ci en des surveillants de l'Administration; ils ont un intérêt personnel sans doute, mais en même temps ils agissent dans l'intérêt de la Puissance publique; dans l'instance engagée, ils ne sont pas des parties en cause défendant leur droit, leur situation se rapproche de celle d'un ministère public poursuivant la répression d'une contravention"). Per ogni ulteriore approfondimento cfr. C. Broyelle, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?*, in Aa.Vv., *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig (Milano, 19 aprile 2013)*, Napoli, 2014, 23 ss.

[49] Il richiamo è, ovviamente, a O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 161 ss., in particolare p. 164; anche se, come è stato autorevolmente osservato (cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 25 ss.; e, da ultimo, E. Follieri, *Rilettura di Lorenzo Meucci*, Milano, 2020, 68 ss.), l'espressione 'interesse occasionalmente protetto' deve essere fatta risalire all'elaborazione di Lorenzo Meucci, il quale (cfr. Id., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi vigenti*, in *Giust. amm.*, 1891, 29), definì gli interessi legittimi come "interessi che non sono direttamente e intenzionalmente ma solo occasionalmente ed accidentalmente protetti dalla legge, e quindi occasionalmente violati dall'atto illegittimo".

[50] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 200. In chiave critica rispetto alla tesi della legittimazione a ricorrere intesa come 'effettiva titolarità' della posizione qualificata (interesse legittimo o, nei casi di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo) cfr. L. Ferrara, F. Orso, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. pubbl.*, 2020, III, 731, ove, partendo dalla premessa secondo cui la

concreta e attuale ricavabile dall'ipotetica sentenza di merito[51]: si tratta ora di verificare come si atteggino i giudizi relativi ai dissensi tra enti territoriali rispetto alla richiamata impostazione generale.

4. *I dissensi tra gli enti territoriali: la necessaria distinzione delle fattispecie in ragione della loro non riconducibilità a uno schema unitario*

Dall'analisi giurisprudenziale non è possibile ricavare una matrice unitaria del contenzioso tra enti territoriali, dovendosi distinguere – nell'àmbito della casistica più rilevante – almeno due specie di conflitti tra loro differenti[52]: da un lato, le fattispecie in cui l'amministrazione ricorrente lamenti la lesione, da parte di un provvedimento amministrativo emanato da un distinto ente territoriale, delle proprie attribuzioni, con conseguente limitazione della capacità di esercizio di potestà amministrative attribuite

funzione del processo non è di sindacare la legittimità dell'azione amministrativa, quanto di accertare l'esistenza dell'interesse legittimo (dagli A. ricostruito in termini sostanziali, soggettivi e 'statici') di cui il ricorrente si afferma – a mezzo del ricorso introduttivo – titolare, si perviene a sostenere che "la concezione di legittimazione ad agire come mera affermazione debba ritenersi la più coerente con la funzione soggettivistica della giurisdizione amministrativa".

[51] Cfr. M. Ramajoli, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., 147 s., ove si chiarisce che "[n]ei sistemi di giustizia amministrativa a impronta soggettivistica, quali sono il sistema tedesco e quello italiano, per principio di carattere generale la legittimazione ad agire davanti al giudice amministrativo è ricondotta alla titolarità di un interesse qualificato". Sennonché, l'A. precisa che il richiamato principio incontra talune eccezioni, aumentate progressivamente nel corso del tempo, tanto che "[a]i giorni nostri il superamento del tradizionale carattere sostanziale, individuale e personale della legittimazione a ricorrere ha assunto varie forme concrete: le azioni popolari; le legittimazioni *ex lege* a favore di soggetti pubblici […]; le legittimazioni a tutela d'interessi diffusi in capo ad associazioni identificate in base a criteri oggettivi; le legittimazioni a tutela d'interessi collettivi riconosciute parimenti in capo ad associazioni di categoria, aggiuntive rispetto a quella del singolo appartenente alla categoria interessata; la legittimazione delle associazioni degli utenti e dei consumatori alla proposizione dell'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi, che concorre con quella dei singoli".

[52] Cfr. F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc*., 1985, 645 s.: "occorre far cenno agli enti pubblici, ai quali sempre più spesso viene riconosciuta la legittimazione ad impugnare, non solo, come tradizionalmente avveniva, i provvedimenti rispetto ai quali essi si pongono come soggetti passivi di potere amministrativo, ma anche tutti quei diversi provvedimenti con i quali altre amministrazioni disciplinano interessi, che rientrano in un modo o nell'altro anche nelle loro competenze".

dalla legge; dall'altro, le ipotesi in cui la contestazione ricada, non già sulla compressione di un potere amministrativo di titolarità dell'ente ricorrente, quanto sugli effetti negativi prodotti dal provvedimento impugnato rispetto agli interessi generali della collettività stanziata sul territorio, che il medesimo ente vorrebbe tutelare agendo giudizialmente nella dichiarata veste di 'soggetto esponenziale' della rispettiva comunità.

Le riflessioni a seguire assumeranno la suddetta distinzione come base per la trattazione delle principali questioni processuali poste dal tema oggetto di studio.

4.1. *(*Segue*) Le interferenze tra poteri amministrativi: invasioni e compressioni di altrui potestà*

La prima ipotesi di 'proiezione processuale' dei dissensi tra enti territoriali concerne i casi[53] in cui l'esercizio di un potere amministrativo dispieghi effetti di natura limitativa, nel senso della compressione o dell'invasione di una diversa potestà di titolarità di un distinto ente territoriale[54].

[53] Gli esempi tratti dalla casistica giurisprudenziale sono numerosi. Basti richiamare, *ex multis*, Tar Campania, Napoli, sez. V, 17 marzo 2021, n. 1790, relativo all'impugnazione, da parte di un Comune, del provvedimento regionale di autorizzazione unica alla realizzazione e gestione di un impianto di messa in riserva, trattamento e recupero rifiuti non pericolosi per la produzione di compostaggio ritenuto lesivo dell'assetto urbanistico e ambientale del proprio territorio; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, avente a oggetto l'impugnazione, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di un'ordinanza del Presidente della Regione Calabria recante misure per la prevenzione e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, e segnatamente l'illegittima ripresa dell'attività di ristorazione, in quanto lesiva e contrastante con le misure amministrative adottate dallo Stato nell'esercizio della propria competenza in materia; Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2687, relativo all'impugnazione, da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di un piano regolatore portuale comunale ritenuto illegittimo siccome adottato in violazione di attribuzioni riservate allo Stato; Tar Umbria, sez. I, 1 giugno 2015, n. 227, concernente l'impugnazione, da parte del Ministero dell'economia e delle finanze e dell'Agenzia del Demanio, di una delibera comunale di approvazione della parte strutturale del nuovo P.R.G., in ragione della mancata intesa con lo Stato, ritenuta doverosa nei casi in cui l'adozione dello strumento urbanistico apporti una diversa destinazione a beni pubblici di proprietà statale; Tar Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, relativo all'impugnazione, da parte di un Comune, delle determinazioni dell'Ente Parco aventi a oggetto le misure da adottare per la difesa del litorale.

[54] M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 1: "da sempre la lesione della sfera di competenza costituisce motivo di doglianza dell'amministrazione di fronte al giudice amministrativo". Cfr., anche, M. Trimarchi, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1/2021, 254, ove il richiamo al contenzioso tra strutture pubbliche (soggettivate o meno) nell'àmbito della più generale riflessione in

L'ammissibilità di una reazione giurisdizionale da parte dell'ente territoriale, asseritamente leso nella propria sfera di attribuzioni o competenze amministrative[55], deve essere analizzata – in difetto di specifiche disposizioni legali 'abilitanti' – in relazione alle coordinate generali del sistema di diritto processuale amministrativo in tema di legittimazione a ricorrere[56]. A tale riguardo, la circostanza per cui la parte ricorrente sia un ente territoriale non pare elemento idoneo per discostarsi dai canoni generali, ossia da una legittimazione a ricorrere intesa come titolarità (e non semplice affermazione) di una posizione giuridica soggettiva sostanziale avente consistenza di interesse legittimo o, nelle particolari materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di diritto soggettivo.

Del resto, ai fini della presente riflessione, risulterebbe fuorviante porre un'eccessiva enfasi sul dato per cui l'ente territoriale, in quanto pubblica amministrazione, assuma ordinariamente nel contenzioso amministrativo la posizione di parte resistente nei confronti di ricorsi promossi da soggetti

merito alla giuridicità delle 'relazioni organizzative'.

[55] Alcune fattispecie di 'illegittima compressione' di potestà amministrative altrui potrebbero, a determinate condizioni, essere al contempo oggetto di ricorso avanti alla Corte costituzionale, *sub specie* di conflitto di attribuzione c.d. intersoggettivo, in concorso con il rimedio impugnatorio dinanzi al giudice amministrativo. In proposito, M. Delsignore, *op. cit.*, 5, rileva che, dinanzi alla contemporanea litispendenza della medesima questione di fronte ai giudici amministrativo e costituzionale, "la Corte ha in più occasioni sottolineato la necessità di preservare il 'tono costituzionale' del conflitto, ritenendo inammissibili le questioni in cui la doglianza non riguardasse la lesione di competenze costituzionalmente stabilite da parte di un atto dello Stato o della Regione". Sulla possibile 'proposizione simultanea' dei due rimedi cfr., in giurisprudenza, Tar Calabria, Catanzaro, n. 841/2020, ove si rimarca che "secondo il costante insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 19 luglio 2013, n. 17656; in precedenza, Id. 20 maggio 1978, n. 2492; Id. 28 maggio 1977, n. 2184; Id. 13 dicembre 1973, n. 3379; Id. 10 novembre 1973, n. 2966) […] vi è diversità di struttura e finalità fra il giudizio per conflitto di attribuzione tra Stato e Regione ed il sindacato giurisdizionale davanti al giudice amministrativo: il primo è finalizzato a restaurare l'assetto complessivo dei rispettivi ambiti di competenza degli Enti in conflitto; il secondo, viceversa, si svolge sul piano oggettivo di verifica di legalità dell'azione amministrativa, con l'esclusivo scopo della puntuale repressione dell'atto illegittimo. Ciò comporta la possibilità della loro simultanea proposizione, sicché deve escludersi che in tali ipotesi sussista difetto di giurisdizione del giudice amministrativo". Per ogni ulteriore approfondimento in merito al rapporto tra il giudizio costituzionale e quello amministrativo, sullo sfondo della più ampia questione della conflittualità pubblica, cfr. S. Tranquilli, *Ai più importanti bivi, non c'è segnaletica. I conflitti stato-regioni tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2021; nonché, da ultimo, Id., *Il* malum discordiae *del potere amministrativo. Contributo allo studio dei conflitti e delle liti tra Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 2022, *passim*.

[56] Cfr., *amplius*, le osservazioni introduttive *sub* par. 3.

privati avverso provvedimenti espressione di poteri di titolarità della medesima amministrazione[57].

Invero, rispetto ai suddetti casi – per così dire – 'ordinari', nulla vieta che possano configurarsi altre e differenti ipotesi in cui l'ente territoriale si trovi astretto in un rapporto di 'subordinazione' per l'effetto dell'imperatività correlata all'esercizio di poteri amministrativi altrui[58]. E siccome in questa seconda tipologia di fenomeni amministrativi l'ente territoriale si ritrova sul piano sostanziale in una posizione comune a quella di ogni soggetto dell'ordinamento al cospetto di un potere amministrativo, non vi è contraddizione logica nel sostenere che l'amministrazione ricorrente sia titolare di un interesse legittimo oppositivo[59].

Questa conclusione rinviene una giustificazione nella natura di persona giuridica dell'ente territoriale[60]: il che rappresenta un *prius* logico-giuridico rispetto al successivo dato qualificante di pubblica amministrazione[61]. Ed è

[57] Cfr., in termini generali, S. Cassarino, *Il processo amministrativo*, cit., 577, ove si evidenzia che lo Stato, mentre nel giudizio ordinario può presentarsi come attore ovvero come convenuto, "nel processo amministrativo […] assume quasi sempre la posizione di parte resistente".

[58] Del resto, già autorevole dottrina (A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, 218), aveva osservato – trattando dei soggetti passivi della potestà amministrativa – che "[i]n tale veste possono presentarsi non soltanto i privati, ma anche dei soggetti investiti di potestà amministrativa, allorché non vengano in considerazione nell'esercizio di tale potestà, ma subiscano una potestà amministrativa che altri esplichi nei loro confronti".

[59] O, se si vuole, di un diritto soggettivo nel caso in cui il provvedimento contestato sia qualificabile come nullo per difetto assoluto di attribuzione *ex* art. 21-*septies* della l. n. 241/1990; in ogni caso, l'impostazione di fondo rimarrebbe la medesima, vale a dire – anticipando le argomentazioni a seguire – l'impossibilità di privare il titolare di una posizione giuridica sostanziale, avente la consistenza dell'interesse legittimo ovvero del diritto soggettivo, dell'accesso alla tutela giurisdizionale, giusto il combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113 Cost.

[60] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 90, il quale ricorda che "[l]e organizzazioni pubbliche sono riconosciute come persone giuridiche nell'attuale sistema positivo (per l'affermazione di principio, art. 11 *cod. civ*.), come risultato di una lunga e complessa operazione culturale (segnatamente con riguardo all'organizzazione-Stato), intesa alla piena giuridicizzazione dei fenomeni pubblicistici (dello Stato come organizzazione di governo della collettività) principalmente elaborata dagli autori tedeschi del secolo XIX (*Gerber*, *Jellinek*)".

[61] Cfr. l'art. 11 c.c., ove si stabilisce che "[l]e province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico". In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 1999, n. 596, in *Urb. app*., 2000, 876 ss., nella parte in cui si dà atto che "non vigendo nel nostro ordinamento il principio *nec ultra vires* (che caratterizza, invece, l'attività delle

proprio dalla soggettività giuridica[62] che è riconosciuta all'ente territoriale che discende la correlata capacità 'generale' di agire[63], cui la legge

persone giuridiche nel diritto anglosassone), tutte le persone giuridiche, sia pubbliche che private, hanno la medesima capacità giuridica". A tale riguardo, V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 112 s., perviene alla conclusione per cui "al di là dell'applicazione della disciplina di diritto pubblico propria di ciascuna persona giuridica pubblica […], ciò che da questa disciplina non è coperto, cade sotto la disciplina generale e comune delle persone giuridiche": dal che è possibile affermare che le persone giuridiche pubbliche godono di capacità generale, salve le limitazioni e i vincoli apposti con norme speciali di diritto pubblico. Sul tema cfr., *amplius*, F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Roma-Bologna, 1969, 118, ove, dopo aver premesso che la disciplina degli enti pubblici è una disciplina di 'specie', si afferma che "[l]a disciplina di genere non potrà, pertanto, essere ricercata altrove che nel codice civile: a questo si dovrà pur sempre attingere […] ogni qual volta si tratterà di individuare, al di là della disciplina specifica contenuta nella legge speciale, la generica disciplina richiamata con la qualificazione dell'ente pubblico quale persona giuridica"; e Id., *"Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279 ss.

[62] Sulla soggettività giuridica, intesa come idoneità a essere 'centro d'imputazione' di effetti giuridici e titolare di situazioni qualificate, cfr., per tutti, A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 70, ove si definisce la 'persona' dal punto di vista del diritto come "presupposto soggettivo di qualificazione delle fattispecie (oggettive)", e la 'legittimazione soggettiva' come "l'investitura del soggetto nelle situazioni giuridiche, alle quali danno luogo le conseguenze disposte dalle norme". Di conseguenza, ad avviso dell'autorevole dottrina, il 'soggetto' (p. 146) è il 'centro' di tutto il sistema dei fenomeni giuridici "perché, condizionando esso il processo di concretizzazione delle norme del diritto, rappresenta il fulcro intorno al quale ed in funzione del quale si svolgono le fattispecie oggettive (primarie e secondarie)".

[63] Sempre utile il riferimento, in teoria generale, ad A. Falzea, *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1960, 19 ("[l]a soggettività giuridica trova il suo normale svolgimento nella capacità di agire", da cui ne discende che "di capacità di agire in senso giuridico non può parlarsi se non in relazione ad un soggetto giuridico"); e C. Lavagna, *Capacità di diritto pubblico*, ivi, 1960. Il riconoscimento della 'capacità giuridica' è fondamentale anche per il processo, assumendo rilievo *sub specie* di presupposto generale per poter adire il giudice amministrativo. Cfr., in proposito, F. D'Alessio, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 94, ove si chiarisce che "parti nel giudizio amministrativo possono essere *solo* quelli che hanno la giuridica capacità, che hanno una personalità fisica o giuridica, e, come tali, possono divenire *subietti* di diritti e di obbligazioni". Nel prosieguo, l'A. riconosce (p. 98) che, se un dato atto amministrativo è stato emanato da una persona giuridica distinta dallo Stato, "concettualmente non potrebbe escludersi […] un *contrasto* di interessi fra la persona giuridica, cui l'atto si appartiene e lo Stato, anche esso persona da quella distinto; e dovrebbe quindi ammettersi la possibilità di un *ricorso* dello Stato per annullamento di tale atto se ed in quanto *lesivo* del *proprio interesse*" (corsivi dell'Autore) – fatto salvo, ovviamente, l'esercizio del dovere di controllo sulle altre persone giuridiche pubbliche, all'epoca vigente (e sul quale cfr., per tutti, U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano,

affianca talune capacità 'speciali', denominate poteri amministrativi[64], quali strumenti aggiuntivi o sostitutivi rispetto agli ordinari mezzi di 'diritto comune' per l'ottimale perseguimento di interessi pubblici specifici.

Se si accede a detta impostazione, è possibile ricavare il seguente corollario: in ogni fattispecie concreta in cui un ente territoriale contesti l'illegittima lesione della propria sfera giuridica a causa dell'esercizio di un potere amministrativo altrui[65], sarà sempre garantito il diritto di azione giurisdizionale necessario a ottenere la caducazione di quel determinato provvedimento amministrativo[66]. In tal caso, la legittimazione a ricorrere dell'amministrazione sarà riconosciuta in ragione della titolarità di un interesse legittimo[67], quale posizione giuridica che informa – sul piano

1915, 850 ss.), cui corrispondeva il potere di annullamento in autotutela degli atti illegittimi. Con riguardo alle altre persone giuridiche considerate (all'epoca) esistenti 'nello' Stato (province, comuni, istituzioni pubbliche di beneficenza, *etc*.), l'A. ne riconosce la capacità di essere parte (p. 110) nel giudizio amministrativo, anche in veste di ricorrente (p. 111): "[a] noi basta qui stabilire che a tali persone giuridiche pubbliche, le quali a loro volta possono anche essere soggetti passivi del rapporto processuale amministrativo, (nel caso cioè che l'atto impugnato sia un *loro* atto), viene del pari riconosciuto il diritto potestativo di ricorso contro gli atti degli organi diretti dello Stato o di altra persona da esse distinta sotto la condizione che sieno lesivi di un loro particolare interesse".

[64] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 79: "[i]l potere amministrativo, in termini di teoria generale, è perciò ascrivibile al *genus* delle capacità speciali"; il che, nella prospettiva dell'A., si caratterizza per la sua finalizzazione alla cura di interessi terzi rispetto al soggetto agente, cui si correla l'imperatività dei relativi atti, e per la sua 'specialità', intesa come attribuzione a soggetti determinati nonché come idoneità alla produzione di effetti giuridici non previsti o non consentiti nell'ambito della capacità generale. Dello stesso A. cfr., da ultimo, Id., *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari, 2021, 90 e 92 ss.

[65] L'alterità soggettiva è fondamentale, giacché se si trattasse di riesaminare le proprie determinazioni, allora l'ente territoriale interverrebbe autonomamente e unilateralmente sul regime dell'atto attraverso i poteri di autotutela.

[66] Cfr. M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 6, la quale ritiene che siffatti giudizi siano funzionali "alla tutela di un interesse 'proprio', in capo all'amministrazione ricorrente, che lamenta la lesione della sua posizione a seguito dell'esercizio del potere da parte dell'ente convenuto".

[67] Cfr., in giurisprudenza, Tar Puglia, Bari, n. 4581/2005, nella parte in cui, a fronte di un ricorso promosso da una pubblica amministrazione per lamentare l'abnorme esercizio del potere da parte di un altro ente pubblico, si chiarisce che "[n]ello scontro con altre posizioni di potere la funzione amministrativa, oggetto della potestà, è tutelata nella forma dell'interesse legittimo, quale tecnica di perseguimento del frammento del bene della vita eterodeterminato". Sull'interesse legittimo della pubblica amministrazione cfr. G.B. Verbari, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995, 132 s., secondo il quale l'amministrazione, nei casi in cui interviene nel procedimento amministrativo non esercitando una potestà, deve essere riconosciuta come titolare di una situazione soggettiva

degli schemi di teoria generale – le relazioni tra il soggetto titolare del potere amministrativo e coloro che, in veste di destinatari, ne subiscono gli effetti imperativi[68].

Diversamente opinando, l'ente territoriale non disporrebbe di alcun rimedio per tutelare la propria sfera giuridica, pur a fronte dell'esercizio di un altrui potere amministrativo: il che sarebbe da ritenersi non conforme (quantomeno) all'art. 24 Cost.[69], che – com'è noto – non può tollerare letture di tipo restrittivo, quale sarebbe la tesi volta a escludere, per ragioni di natura dogmatica, la titolarità di posizioni di interesse legittimo in capo agli enti territoriali, con conseguente grave *vulnus* alle garanzie costituzionali[70].

Ovviamente, la soluzione proposta implicherebbe una riflessione di più ampia portata sulla consistenza del 'bene della vita' sotteso all'interesse legittimo vantato dagli enti territoriali nelle fattispecie strutturate secondo dinamiche di subordinazione (s'intende: rispetto agli effetti prodotti dall'esercizio di poteri amministrativi di titolarità di distinti enti territoriali).

A tale riguardo, si potrebbe prospettare che l'ente territoriale, nelle

(interesse legittimo) che dia 'veste giuridica' al rapporto con l'autorità decidente.

[68] Del resto, la capacità di essere 'parte' (P. Virga, *Diritto amministrativo*, Milano, II, 2001, 277), si identifica tradizionalmente con una "manifestazione della capacità giuridica". Di talché, "hanno la capacità di essere parti i titolari di posizioni giuridiche soggettive" (per ogni ulteriore approfondimento, cfr., quantomeno, R. Villata, *Capacità processuale (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur.*, 1988; F. Benvenuti, *Parte (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1981, 962 ss. (oggi anche in Id., *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3625 ss.). Per quanto qui rileva, cfr. V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 133, il quale ha ammesso la possibilità per le pubbliche amministrazioni di adire, in veste di parte ricorrente, il giudice amministrativo, seppure limitatamente alle "pretese che nascono da una posizione di soggezione […] che riproduce la formula potere = soggezione = interesse legittimo, su cui riposa il nostro sistema di giurisdizione amministrativa"; e L. Migliorini, *Parti: III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1990, 3, ove si dà atto che "[n] ormalmente ricorrente è un soggetto privato, ma può anche essere un ente pubblico che si ritenga leso in un proprio interesse da un provvedimento di altra amministrazione".

[69] Cfr., per tutti, F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 172 ss.; A. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, V, 165 ss.; e L.P. Comoglio, *Il primo comma dell'art. 24*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1981.

[70] Ragionando *per absurdum*, l'ente territoriale potrebbe sollecitare all'impugnazione del medesimo atto amministrativo, ritenuto lesivo delle proprie competenze e, al contempo, degli interessi del territorio rappresentato, un soggetto appartenente alla rispettiva comunità territoriale (il quale risulterebbe verosimilmente titolare di un interesse legittimo nonché di sufficiente interesse a ricorrere, stante la c.d. '*vicinitas*' per ragioni di contiguità territoriale con l'oggetto della decisione), per poi partecipare al processo così instaurato nelle forme dell'intervento c.d. *ad adiuvandum ex* art. 28 c.p.a.

ipotesi di adozione di atti con valenza 'paralizzante' o 'limitante' un proprio potere amministrativo, sia titolare di un interesse legittimo il cui bene della vita abbia a oggetto la pretesa sostanziale a conservare la pienezza delle possibilità giuridiche inerenti al potere amministrativo leso; in altri termini, una pretesa a salvaguardare la massima capacità espressiva di un determinato potere amministrativo, il cui svolgimento potenziale è in concreto ostacolato dagli effetti dispiegati da un atto amministrativo esercizio di un altrui potere.

4.1.1. *(*Segue*) Il modulo procedimentale della conferenza di servizi e la questione dell'acquiescenza dell'ente territoriale dissenziente*

Rispetto ai profili generali appena esaminati, è possibile domandarsi ulteriormente quali siano le implicazioni di ordine processuale che discendono dalla posizione assunta dall'ente territoriale ricorrente nell'àmbito di una conferenza di servizi dalla quale è derivato il provvedimento oggetto d'impugnazione[71].

Dalle vigenti disposizioni della l. n. 241/1990 in materia di conferenza di servizi si ricava la regola per cui le amministrazioni coinvolte sono onerate di far valere eventuali dissensi in forma espressa, pena l'equiparazione normativa dell'inerzia a un 'assenso senza condizioni'[72].

[71] Cfr., in generale, D. D'Orsogna, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, cit., 256 ss.; e G.D. Comporti, *Conferenze di servizi e ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 1998, 219.

[72] Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 14-*bis*, comma 4, della l. n. 241/1990 (nella versione introdotta, nell'àmbito del più ampio disegno riformatore di cui alla l. 7 agosto 2015, n. 124 - c.d. 'riforma Madia', sulla quale cfr. per un inquadramento generale B.G. Mattarella, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss., dal d.lg. 30 giugno 2016, n. 127 – rispetto al quale cfr. il commento di G. Vesperini, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 578 ss.), ove si prevede, per le c.d. conferenze 'semplificate', che "[f]atti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni. Restano ferme le responsabilità dell'amministrazione, nonché quelle dei singoli dipendenti nei confronti dell'amministrazione, per l'assenso reso, allorché implicito". Questa regola richiede una lettura in combinato disposto con il comma 3, del medesimo art. 14-*bis*, nella parte in cui si precisa che le determinazioni rese dalle amministrazioni coinvolte sono "congruamente motivate, sono formulate in termini di assenso o dissenso e indicano, ove possibile, le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. Le prescrizioni o condizioni eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso sono espresse in modo chiaro e analitico e specificano se sono relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero

Di conseguenza, non dovrebbe sussistere alcun dubbio nell'ammettere l'impugnazione del provvedimento finale affetto da illegittimità da parte dell'ente territoriale che, avendo partecipato attivamente ai lavori della conferenza, abbia reso una determinazione espressa e motivata di dissenso[73].

Più complicate, invece, sono le ipotesi in cui l'ente territoriale abbia manifestato un assenso espresso in merito alla decisione oggetto della conferenza, oppure – stante la richiamata '*fictio iuris*' declinata nella regola del silenzio-assenso[74] – abbia omesso di comunicare la propria determinazione; o ancora, con risultato equivalente, abbia reso un dissenso non assistito da congrua motivazione. In questi casi, infatti, si potrebbe sostenere che il ricorso eventualmente proposto dall'ente territoriale esplicitamente o implicitamente consenziente debba essere dichiarato inammissibile in applicazione delle regole sulla c.d. acquiescenza[75].

discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico". Una soluzione di segno analogo si rinviene anche nell'art. 14-*ter*, comma 7, con riguardo alle conferenze c.d. 'simultanee': "[s]i considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza".

[73] Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 16 marzo 2010, n. 1254: "nessuna norma del d. lgs. 114/98 preclude all'amministrazione la quale abbia partecipato ad una conferenza di servizi di impugnare in sede giurisdizionale l'atto emanato all'esito di essa, rispetto al quale avesse manifestato dissenso; dall'altro, l'art. 14 ter comma 10 ultima parte della l. 241/1990, relativo alla disciplina generale dell'istituto, prevede la decorrenza del termine per le impugnazioni di eventuali interessati senza alcuna espressa restrizione in proposito".

[74] A tale riguardo, autorevole dottrina (G. Paleologo, *La legge 1990, n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 17) aveva suggerito di definire l'ipotesi della mancata partecipazione in sede di conferenza di servizi ricorrendo all'espressione 'assenza-assenso', in luogo della più tradizionale formula 'silenzio-assenso': "[l]a riunione vale a far risparmiare tempo, e per lo scambio informale di notizie e punti di vista. Vale altresì a produrre […] l'equivalenza dell'assenza di un'autorità all'affermazione del consenso di questa. Si è così creata la figura dell'*assenza-assenso*" (corsivo dell'Autore).

[75] O, comunque, per il fatto di aver concorso con la propria volontà, tanto espressa quanto tacita, alla formazione della decisione oggetto di contestazione giudiziale. Un esempio da cui è possibile trarre argomenti a supporto della suddetta tesi è quello del privato che, dopo aver concluso con l'amministrazione procedente un accordo 'sostitutivo' *ex* art. 11 della l. n. 241/1990, intenda in seguito contestarlo dinanzi al giudice amministrativo (con riguardo agli accordi 'preliminari' o 'integrativi', invece, la giurisprudenza più recente afferma che la conclusione dell'accordo non privi la parte della facoltà di impugnare il successivo provvedimento in ragione dell'inconfigurabilità di ipotesi di rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo – in questi termini, per tutti, Tar Toscana, sez. I, 12 settembre 2017, n. 1068; *contra* Cons. Stato, ad. plen., parere 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1988, 34, nella parte in cui si sostiene che "il consenso preventivo

In proposito, la giurisprudenza amministrativa prevalente è rigorosa nel pretendere la sussistenza di alcune condizioni minime necessarie, quali atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, perché sia possibile ravvisare la chiara e inconfutabile volontà della parte ricorrente di accettarne gli effetti, con conseguente inammissibilità dell'azione proposta[76]. Tale sembrerebbe essere la situazione dell'ente

del privato al provvedimento (unilaterale) che l'amministrazione si propone di emanare non dispieghi altro effetto fuori di quello di privare l'interessato che ha 'accettato', delle possibilità di avanzare, poi, contestazioni nei riguardi del futuro provvedimento e di vincolare l'amministrazione (in via di autolimitazione?) alla adozione del provvedimento con il contenuto 'concordato'"; e, in dottrina, cfr., quantomeno, F. Benvenuti, *Disegno della amministrazione italiana*, Padova, 1996, 265, secondo cui "l'accordo è nulla più che il riconoscimento anticipato della validità del provvedimento finale manifestata dal partecipante come effetto delle sue conoscenze e del suo intervento nel procedimento"; ed E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm*., 1993, 11, il quale sosteneva che "l'accordo tende piuttosto a formalizzare l'adesione del privato […] e a prevenire, almeno con riguardo al contenuto dell'accordo stesso e quindi alla soluzione prescelta, una successiva impugnazione dell'interessato"). Per una definizione dell'istituto dell'acquiescenza in diritto amministrativo cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 35, secondo cui "[l]'acquiescenza consiste in una dichiarazione di assenso agli effetti prodotti dal provvedimento, la quale è espressa qualora l'interessato aderisca esplicitamente alla decisione dell'amministrazione, oppure è tacita o implicita nel caso in cui il soggetto assuma un contegno oggettivamente inconciliabile con l'intenzione di contestare il provvedimento adottato nei suoi confronti". Per ogni ulteriore approfondimento, ivi compresi i principali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; nonché i classici contributi di C. Ferrari, *Acquiescenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur*., 1988; R. Marrama, *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Padova, 1987; M.S. Giannini, *Acquiescenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir*., 1958, 506 ss.; M. Napolitano, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Milano, 1955.

[76] Sempre in tema di acquiescenza, la giurisprudenza amministrativa richiede altresì l'esistenza di un atto amministrativo e dell'attualità della lesione, non potendosi tollerare l'ammissibilità di una rinuncia *ex ante* – ossia in un momento temporale in cui non si è ancora verificata una situazione di concreta afflittività – alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. Sull'acquiescenza al provvedimento amministrativo cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5443, ove si chiarisce che "l'acquiescenza postula da parte del ricorrente un comportamento chiaro ed inequivocabile, dal quale possa evincersi la sua volontà di accettare gli effetti del provvedimento, rinunciando a far valere contro di esso eventuali motivi di impugnativa (CdS, V, 30/3/1998 n. 398). L'acquiescenza ad un provvedimento amministrativo sussiste, quindi, solo nel caso in cui ci si trovi in presenza di atti o comportamenti univoci posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la chiara ed irrefutabile volontà dello stesso di accettare gli effetti e l'operatività; pertanto va esclusa la possibilità di affermare la sussistenza dell'acquiescenza per mera presunzione, non potendosi in tal caso trovare univoco riscontro della volontà dell'interessato di accettare tutte le conseguenze dell'atto amministrativo (CdS, V,

territoriale che abbia manifestato un assenso espresso in sede di conferenza di servizi o altre forme di comportamento ritenute dal legislatore analoghe sul piano decisorio in un'ottica di responsabilizzazione della pubblica amministrazione.

Con riguardo all'ipotesi del silenzio, è tuttavia da segnalare l'esistenza di un orientamento interpretativo che riconosce all'ente territoriale legittimazione a ricorrere nonostante l'inerzia serbata in sede di conferenza di servizi[77]. Secondo questa impostazione, la disciplina in materia di conferenza di servizi, quando equipara l'omissione all'assenso, intende soltanto escludere la possibilità di rendere 'pareri postumi', ma non certo privare l'amministrazione coinvolta della legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale[78].

Ad ogni modo, è opportuno evidenziare che il suddetto indirizzo giurisprudenziale potrebbe dar luogo a comportamenti degli enti territoriali confliggenti con il più generale divieto di 'abuso del processo'[79]. Sicché, la condotta riposta dall'amministrazione in sede di conferenza di servizi dovrebbe, anche alla luce della vigente disciplina normativa (artt. 14

26/10/1998 n.1544)". In senso conforme cfr., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. I, 23 giugno 2020, n. 6929; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 novembre 2018, n. 2642; Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2018, n. 6448; Tar Lazio, Roma, sez. III, 24 novembre 2016, n. 11759; Cons. Stato, sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1417; sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4825.

[77] Cfr., in questo senso, Tar Lazio, Latina, sez. I, 20 dicembre 2017, n. 633, della quale si riporta integralmente il passaggio della parte motiva ove si afferma che "[b]enché debba riconoscersi che il comportamento del comune sia scarsamente in linea con il principio di leale cooperazione tra enti e quasi configuri una sorta di abuso del processo, dato che è evidente che, se il comune avesse formulato i propri rilievi all'interno della conferenza, le sue 'perplessità' avrebbero potuto trovare in tal sede risposta in un senso o nell'altro così influendo sulle decisioni definitive e magari anche prevenendo la formazione di contenzioso (oltre che evitando lo svilimento della funzione dell'istituto della conferenza di servizi, che è in parte vanificata se i soggetti pubblici che vi partecipino non formulino alcuna opposizione per poi dopo, avendo evidentemente mutato posizione, contestarne gli esiti in sede giurisdizionale) non può negarsi che per regola generale il comune, quale ente esponenziale della collettività stanziata sul proprio territorio e portatore in via continuativa degli interessi diffusi radicati sul medesimo, abbia legittimazione a impugnare atti che ivi autorizzano lo svolgimento di attività; tale legittimazione postula la titolarità di una situazione giuridica qualificata, attuale (al momento della proposizione del ricorso e della decisione) e differenziata; questi requisiti chiaramente sussistono, salvo che si voglia sostenere che, essendo stata l'autorizzazione preceduta da una conferenza di servizi cui ha preso parte il comune, la situazione legittimante qualificata e differenziata sia venuta meno a causa della mancata opposizione dello stesso alla determinazioni della conferenza".

[78] Tar Lazio, Latina, n. 633/2017.

[79] Sul quale cfr., in dottrina, lo studio critico di G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015.

e ss. della l. n. 241/1990), rilevare in senso ostativo alla successiva impugnazione giurisdizionale: vuoi in forza dell'istituto dell'acquiescenza rispetto al contenuto della decisione amministrativa contestata[80]; vuoi in applicazione del più generale divieto di abuso del diritto o del processo (nella forma del divieto di '*venire contra factum proprium*'[81]). Tutt'al più, l'eventuale illegittimità potrà essere lamentata dall'ente territoriale (in seguito) dissenziente nelle forme della sollecitazione motivata all'autotutela

[80] Su un piano più teorico, si potrebbe anche riflettere in merito all'ammissibilità di una forma di 'acquiescenza parziale' al provvedimento finale, nel senso di postulare – per le fattispecie in esame – una preclusione processuale per l'ente territoriale limitata soltanto ad alcune categorie normative di illegittimità amministrativa, e segnatamente quelle inerenti all'esercizio della discrezionalità (riconoscendo, ad esempio, l'inammissibilità di un'impugnazione avverso una decisione amministrativa, alla cui formazione si è positivamente concorso, per farne valere l'irragionevolezza, la sproporzione, l'illogicità, *etc*.), con salvezza delle sole violazioni sostanziali di legge. Nondimeno, una siffatta opzione ricostruttiva implicherebbe un'adesione implicita alla teoria 'un'azione per ogni vizio', in luogo della più convincente tesi volta a ravvisare l'unicità del diritto potestativo all'annullamento giudiziale, quand'anche fondato su una pluralità di *causae petendi* riferibili ai diversi vizi dell'atto amministrativo (il che contribuerebbe, peraltro, alla formazione di giudicati amministrativi a limiti oggettivi più 'ampi', con ogni correlato beneficio in termini di efficacia 'stabilizzante' del rapporto giuridico sostanziale). Cfr., a tale riguardo, l'impostazione teorica di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1979, 267 (ma già espressa in Id., *L'appello nel processo amministrativo*, I, Milano, 1960, 32) secondo cui il potere del ricorrente è da ritenersi "*unico* quanti che siano i vizi denunciati e quindi i motivi di invalidazione affermati" (corsivo dell'Autore). Questa ricostruzione differisce dalla nota impostazione chiovendiana, che ravvisa tanti diritti d'annullamento e tante azioni d'impugnativa negoziale quanti sono i vizi denunciati (nella dottrina amministrativistica cfr., per tutti, A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 371, secondo cui "il principio per cui il motivo identifica il ricorso, sta proprio a significare che contro uno stesso atto, sono proposti tanti ricorsi, quanti sono i vizi dell'atto stesso che vengono denunciati"). In senso opposto, il Nigro ritiene "più conforme alla natura del processo amministrativo la tesi che il diritto è unico tanto se a dargli vita sia un solo vizio, tanto se sia più di uno (nel primo caso il diritto si ricollega ad un solo fatto costitutivo, nel secondo caso ad una fattispecie costitutiva di assieme, *Gesamttatbestand*)" (ossia, la teoria elaborata da A. Nikisch, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, in *Archiv für die civilistische*, Praxis, 1955, 288). Di recente, S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 193, sulla base dell'adesione alla tesi che ravvisa nell'azione di annullamento l'esercizio di un diritto potestativo all'eliminazione del provvedimento impugnato di tipo 'eterodeterminato', sostiene che "il diritto all'annullamento di un provvedimento illegittimo è scomponibile in tanti diritti quante sono le illegittimità prospettabili con riferimento all'episodio di azione amministrativa considerato". Per ogni ulteriore approfondimento, sia consentito il rinvio a S. Vaccari, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 141 ss., ma anche *passim*.

[81] Sul principio '*nemo potest venire contra factum proprium*' cfr., *amplius*, F. Festi, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007.

da parte dell'amministrazione procedente, previa indizione di una nuova conferenza[82] (principio del c.d. '*contrarius actus*'[83]).

4.2. *(*Segue*) L'ente territoriale come soggetto esponenziale e rappresentativo della collettività di riferimento*

Una seconda tipologia di conflitti tra enti territoriali concerne le fattispecie in cui l'amministrazione ricorrente rivendichi la legittimazione a impugnare provvedimenti adottati da altri enti territoriali in forza di un'asserita lesione, non alla propria sfera giuridica, e segnatamente l'invasione o compressione di poteri attribuiti *ex lege*, bensì ai più generali interessi della collettività stanziata sul territorio, rispetto ai quali si affermi come ente 'esponenziale' o 'associativo'[84].

In questa diversa classe di controversie tra amministrazioni, l'analisi giuridica relativa alle condizioni dell'azione si complica, nonostante la giurisprudenza maggioritaria[85] sembri non problematizzare eccessivamente

[82] In questo senso l'art. 14-*quater*, comma 2, l. n. 241/1990: "[l]e amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*nonies*. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-*ter*, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*quinquies*".

[83] Per un'analisi del principio e delle relative applicazioni giurisprudenziali cfr. A. Cassatella, *Il ritiro del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm*., 2005, 151 ss.

[84] Cfr. M. Antonioli, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm*., 2015, 374, ove si dà atto che "[i]l frequente riferimento delle pretese degli enti territoriali alla collettività, anziché alla propria sfera di attribuzioni, sembra presupporre che l'interesse – che il processo si prefigge di soddisfare – vada identificato in quello collettivo del quale l'amministrazione si fa portatrice, non diversamente da qualsiasi altro ente esponenziale di natura privata".

[85] La casistica giurisprudenziale, estremamente ricca sul punto, è sostanzialmente concorde nel riconoscere la legittimazione a ricorrere degli enti territoriali in queste fattispecie. Cfr., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 marzo 2019, n. 3966, relativo all'impugnazione, da parte di un Comune, del decreto interministeriale, adottato dal Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di proroga del termine di ultimazione dei lavori di realizzazione di una stazione elettrica e opere connesse; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 7, concernente l'impugnazione, da parte di un Comune, della delibera con cui un'ASL ha riorganizzato le attività sanitarie riferite al Presidio Territoriale di Assistenza, disponendone

la riduzione di operatività; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 22 novembre 2013, n. 733, riguardante l'impugnazione, da parte di un Comune, del provvedimento con cui il Direttore della Filiale di Poste Italiane comunicava la riduzione dell'apertura dei giorni e degli orari dell'Ufficio Postale; Tar Campania, Napoli, sez. I, 26 settembre 2011, n. 4489, concernente l'impugnazione, da parte di un Comune, del provvedimento provinciale recante l'approvazione della tariffa provvisoria e sperimentale per il trattamento, lo smaltimento e il recupero dei rifiuti indifferenziati; Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3921, relativo a un contenzioso tra un Comune e la Regione in materia di gestione di rifiuti urbani; sez, IV, 9 dicembre 2010, n. 8686, concernente l'impugnazione, da parte di una Provincia, dei provvedimenti amministrativi di aumento dei pedaggi autostradali; sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3066, riguardante l'impugnazione, da parte di un Comune e di una Provincia, del provvedimento con cui la Sopraintendenza ha disposto lo spostamento di beni scultorei ad altro museo; sez. IV, 31 gennaio 2007, n. 399, relativo all'impugnazione, da parte di una Regione, dei provvedimenti di aumento tariffario dei pedaggi autostradali emanati nell'àmbito del rapporto tra ente concedente ANAS S.p.A. e soggetto concessionario; Tar Liguria, sez. I, 11 maggio 2004, n. 745, concernente l'impugnazione, da parte di un Comune, del provvedimento provinciale di approvazione del progetto di realizzazione di una discarica di rifiuti non pericolosi sul territorio comunale; Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5296, sempre in tema di contenzioso tra Comune e Regione in merito all'approvazione di un progetto per la realizzazione di una discarica sul territorio comunale. La giurisprudenza riconosce, altresì, in forza della teorica della c.d. '*vicinitas*' (sulla quale cfr., per l'impostazione generale, F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere. Il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm*., 2017, 771 ss.), la legittimazione attiva dei comuni per quanto concerne la realizzazione di opere asseritamente pregiudizievoli agli interessi della propria comunità territoriale, sebbene localizzate in comuni limitrofi. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2012, n. 3254, ove si dichiara sussistente "la legittimazione ad impugnare di un Comune limitrofo a quello nel cui territorio è localizzato un impianto di smaltimento di rifiuti"; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 21 marzo 2018, n. 682, ove si afferma che "ancorché un impianto di trattamento di rifiuti ricada in altro vicino Comune, non può negarsi che esso arrechi o sia astrattamente in grado di arrecare disagi e danni non solo agli appartenenti del Comune di ubicazione, ma anche ai cittadini dei Comuni limitrofi; devono pertanto essere riconosciuti la legittimazione e l'interesse ad agire anche al Comune limitrofo a quello in cui è ubicata o deve essere ubicata una discarica di rifiuti, quale ente esponenziale della collettività stanziata sul proprio territorio e portatore in via continuativa degli interessi diffusi radicati sul proprio territorio, non potendo la legittimazione ad agire essere subordinata alla prova di una concreta pericolosità dell'impianto"; Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2012, n. 3254; 20 febbraio 2006, n. 695; sez. VI, 20 maggio 2004, n. 3262. Sullo '*standard*' probatorio richiesto ai comuni nelle suddette fattispecie cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 6 maggio 2009, n. 1040, lì dove si rimarca che "[s]ui Comuni viciniori grava perciò un onere probatorio assai stringente, dovendo essi fornire elementi concreti atti a dare prova della idoneità della discarica a produrre disagi e conseguenze negative sulla salute della popolazione; a tal fine, anche l'elemento correntemente definito della '*vicinitas*' deve essere oggetto di attenta valutazione, in relazione all'effettiva idoneità della discarica ad essere fonte di significativi inconvenienti per la popolazione residente". Cfr., anche, il parere reso dall'Adunanza della Sezione I del Consiglio di Stato n. 2534 del 30 settembre 2019 (Adunanza del 25 settembre

la questione[86].

Innanzitutto, occorre evidenziare che gli interessi manifestati da una determinata comunità territoriale sono – nella maggior parte dei casi – disomogenei: il che dà vita a posizioni di segno opposto e, tra loro, conflittuali con riferimento alle medesime fattispecie sostanziali (a titolo di esempio, si pensi all'opinione contraria alla localizzazione di una discarica sul territorio comunale per ragioni ambientali e all'opposta tesi, avanzata da un diverso gruppo di soggetti appartenenti alla medesima comunità territoriale, giustificata sulla base dei divergenti interessi di natura economico-industriale).

Si consideri, inoltre, che nelle ipotesi in esame è di fatto consentito un fenomeno di 'sostituzione processuale'[87], rispetto a diritti o interessi di titolarità dei singoli membri della comunità territoriale[88], in difetto di

2019) nel quale (par. 8.1.) si definisce 'noto' e 'incontroverso' il riconoscimento ai Comuni della facoltà di "impugnare dinanzi al Giudice amministrativo provvedimenti dell'autorità statale o regionale che, operando una riorganizzazione territoriale degli uffici, possano determinare una riduzione della prestazione dei servizi offerti a livello comunale (si pensi ai noti e numerosi casi di chiusura di strutture sanitarie pubbliche, di posti di polizia, di uffici postali, di uffici giudiziari, di plessi scolastici, etc.), ma non si è mai per questo sostenuto che i Comuni fossero titolari di una corrispondente funzione amministrativa propria di tutela (sanitaria, di pubblica sicurezza, in materia postale, giudiziaria, scolastica, etc.)". Dal che, la massima costantemente ripresa dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui "al Comune, quale ente territoriale esponenziale di una determinata collettività di cittadini, istituzionalmente legittimato a curarne e a difenderne gli interessi e a promuoverne lo sviluppo, deve riconoscersi la legittimazione ad agire contro tutti gli atti ritenuti in qualche modo lesivi di quegli interessi".

[86] A tale riguardo, G. De Giorgi Cezzi, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm*., 2013, 409, segnala la tendenza dell'ordinamento "alla progressiva apertura della legittimazione ad agire, che ora deve potersi riconoscere in capo a un soggetto pubblico non solo a difesa degli interessi di cui è espressamente attributario, ma, a certe condizioni, anche di quelli diffusi di cui può assumere la protezione al pari di qualunque ente esponenziale".

[87] Cfr. E. Fazzalari, *Sostituzione processuale (diritto processuale civile)* (voce), in *Enc. dir*., 1990, 159 ss.; e il fondamentale studio di E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942.

[88] M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 30 e s. Cfr., anche, M. Antonioli, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, cit., 378, ove criticamente si rileva che – nella casistica considerata – "gli interessi coinvolti difficilmente possono essere riferiti, in senso proprio, all'ente territoriale, investendo, in realtà, la comunità stanziata nel suo territorio"; e che, in altri casi, è possibile che "la lesione investa solamente taluni soggetti rappresentati istituzionalmente da una pubblica amministrazione".

apposite 'deleghe' di fonte legale o contrattuale[89]. Eppure, è osservazione condivisa quella per cui le garanzie costituzionali sull'accesso alla giustizia (artt. 24, 103 e 113 Cost.) si riferiscono alla tutela di diritti o interessi legittimi 'propri' e non 'altrui', fatti salvi gli eccezionali casi in cui il legislatore ritenga opportuno introdurre ipotesi di legittimazione 'straordinaria' al fine di assicurare una maggiore protezione a determinati interessi pubblici o generali[90].

[89] Per la posizione di segno contrario cfr., per tutti, V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 377, il quale, con specifico riguardo ai casi in commento, ritiene 'secondario' il fatto che il legislatore non abbia previsto espressamente la legittimazione ad agire, posto che "in ogni caso la pertinenza al soggetto dell'interesse generale (e della relativa funzione di cura) lo legittima ad agire a tutela dello stesso (come lo legittima a porre in essere tutte le altre iniziative idonee a tutelarlo)".

[90] In questo senso, molto chiaramente, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 289, ove si rappresenta che la garanzia sancita dall'art. 24, comma I, Cost. è espressione "della normale correlazione tra titolarità del diritto sostanziale e titolarità del diritto di azione". Rispetto a questa regola generale, l'art. 81 c.p.c. stabilisce che "la legge (non anche i regolamenti o atti di autonomia privata) può prevedere ipotesi espresse, di c.d. sostituzione processuale o legittimazione straordinaria, in cui terzi non titolari del diritto sono legittimati a farlo valere nel processo in nome proprio". In senso analogo, nella dottrina amministrativistica, cfr. G. Mannucci, *Commento all'art. 27 (Contraddittorio)*, in G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 240, secondo cui, "[s]alvo ipotesi specifiche (la c.d. legittimazione straordinaria), il ricorrente deve porre a fondamento della domanda una posizione giuridica propria: l'odierna configurazione del processo amministrativo impedisce (o, almeno, dovrebbe impedire) che il ricorrente agisca quale rappresentante della collettività, facendosi portatore di un generico interesse al ripristino della legalità violata […], eccezion fatta per i casi in cui è ammessa l'azione popolare"; M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 27, ove si afferma che "l'art. 24 Cost. dispone che la funzione giurisdizionale sia esercitata per la tutela dei propri diritti e interessi. Certamente la garanzia può essere ampliata attraverso l'intervento del legislatore […], ma posto che la norma processuale lega la legittimazione alla situazione giuridica il giudice non pare libero di ampliarne le maglie così da stravolgere la funzione del processo". Quanto alle ipotesi di legittimazione 'straordinaria', l'A. ritiene (p. 56) che la scelta del legislatore di introdurre deroghe al modello generale di cui all'art. 81 c.p.c. non incontri alcun 'vincolo' "se non quello della eccezionalità, ovvero della scarsa numerosità e ridotta applicabilità delle ipotesi, affinché non sia stravolta la regola generale di cui all'art. 24 Cost., e della ragionevolezza della previsione, canone generale nello scrutinio di costituzionalità delle norme". In questi casi, tuttavia, l'identificazione del soggetto abilitato a domandare la tutela giurisdizionale (p. 64) "non può più essere rimessa a una clausola generale, ma deve avvenire sulla base di precise disposizioni di legge che selezionino i soggetti titolari del potere di azione relativamente al singolo interesse superindividuale"; e M. Macchia, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 19, il quale ritiene che la funzione dell'attribuzione *ex lege* del potere di ricorso ad alcuni ministri o autorità amministrative indipendenti sembrerebbe

Vero è che la prassi giurisprudenziale ha progressivamente riconosciuto legittimazione ad agire a soggetti costituiti e organizzati per la tutela di interessi diffusi o collettivi (non vi è occasione in questa sede per approfondire l'ampio e stratificato dibattito concettuale emerso rispetto a dette categorie[91]), superando così l'impostazione più tradizionale volta a definire l'interesse legittimo in termini di situazione soggettiva ad appartenenza esclusiva[92]. Tuttavia, è pur sempre la medesima giurisprudenza[93] ad aver preteso, per i soggetti 'super' o 'meta' individuali cui non sia stata attribuita legittimazione *ex lege*, la dimostrazione del grado di coesione, stabilità e omogeneità delle finalità istituzionali, onde evitare iniziative meramente episodiche e contingenti.

Sicché, è proprio il segnalato *deficit* di 'compattezza' e uniformità degli interessi espressi dalle comunità territoriali[94] che rende non pienamente sovrapponibili le soluzioni raggiunte con riguardo agli interessi diffusi 'soggettivizzati' in capo al relativo ente esponenziale.

Nondimeno, laddove determinati interessi generali esprimano esigenze di cura, protezione o promozione avvertite come necessarie in una determinata fase storica, allora sarà compito del legislatore elevarli al

essere quella di "conferire un potere di reazione giurisdizionale paragonabile ad un'azione pubblica nell'interesse della legalità e dell'ordinamento nel suo complesso, in modo simile ad un pubblico ministero, piuttosto che un potere processuale per la mera tutela degli interessi qualificati attribuiti all'autorità".

[91] Si rinvia, per ogni approfondimento, *ex multis* a G. Manfredi, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)* (voce), in *Enc. dir.*, 2014, 513 ss.; C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; R. Lombardi, *La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008; R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)* (voce), in *D. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 481 ss.

[92] Cfr., in giurisprudenza, per tutte Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3507, nella parte in cui si afferma che "gli interessi diffusi (*rectius* collettivi) ben possono essere ricompresi, come specie, nel più ampio genere, dell'interesse legittimo, se di quest'ultimo si ha una visione più estesa di quella tradizionale, non circoscritta alla tutela delle situazioni soggettive di appartenenza esclusiva".

[93] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2015, n. 2150; Cons. Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1979, n. 24; Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 1973, n. 253; Cass., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207.

[94] Cfr. A. Cassatella, *L'interesse collettivo: nuove distinzioni, vecchie perplessità*, in *Giorn. dir. amm.*, 607, il quale – trattando del problema dell'omogeneità dell'interesse collettivo di titolarità di un ente esponenziale – sostiene che "il concetto – altrimenti sfuggente – di interesse omogeneo (o collettivo in senso proprio) coincida con una situazione giuridica riferibile ad una parte del gruppo sociale di riferimento, cui non si contrappongano gli interessi di altra parte del gruppo sociale; il che esclude *in limine* l'esistenza di un interesse omogeneo nell'ipotesi di conflitto di interessi fra diverse categorie di membri".

rango di interessi pubblici, attribuiti alla '*mission*' di una determinata pubblica amministrazione, dotata allo scopo di poteri amministrativi tipici, funzionalizzati e connotati da doverosità[95].

Ciò posto, le differenti tesi in astratto prospettabili per razionalizzare la segnalata prassi di 'apertura' giurisprudenziale si rivelano, a più attenta analisi, non pienamente condivisibili.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di fondare la legittimazione a ricorrere dell'ente territoriale ponendo enfasi sulla sua natura 'rappresentativa' (in senso politico-istituzionale)[96]. Il che, tuttavia, darebbe luogo a due ordini di problemi giuridici: innanzitutto, la difficoltà di superare le serie obiezioni relative al fondamento della concreta sostituzione processuale dell'ente rispetto ai membri della collettività territoriale; in secondo luogo, la necessità di affidare al generico 'mandato elettorale' la funzione di titolo abilitante alla tutela giurisdizionale. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, non si può nascondere la complicazione teorica nell'equiparare il rapporto tra elettori ed eletti alla fattispecie in senso tecnico-giuridico del mandato, se non altro in ragione dell'impossibilità di ricavare indicazioni espresse e manifestazioni di interesse puntuali dagli esiti della competizione elettorale[97].

[95] Diversamente, potrebbe verificarsi la situazione patologica rappresentata da M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 122, ossia un accesso alla giustizia da parte di enti territoriali finalizzato a ottenere "al di fuori degli strumenti previsti dal legislatore per lo svolgimento dell'attività amministrativa, un rimedio diverso per perseguire quello che quell'amministrazione, diversamente dal soggetto competente all'adozione del provvedimento, ritenga rappresenti l'interesse pubblico o, più realisticamente, per aumentare il proprio consenso elettorale".

[96] In proposito, cfr. V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *www.labsus.org*, 2014, 24 s., nonché 32, i quali correlano (anche se non esclusivamente) la legittimazione degli enti territoriali di cui si discute alla salvaguardia e alla corretta gestione del territorio inteso come 'bene comune'. In altra sede, V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 369, a proposito delle ipotesi che questa dottrina definisce di legittimazione 'oggettiva' a riconoscimento giurisprudenziale (tra le quali vengono annoverati i casi di cui si discute), ha affermato che l'interesse tutelato è qualificabile come 'pubblico', "di esso il soggetto agente (pubblico o collettivo) è solo il portatore, agendo come una sorta di pubblico ministero; e la sua azione si affianca a quella che in altre sedi (ma anche nella sede giurisdizionale) viene (doverosamente) svolta da organi pubblici espressamente deputati alla cura e alla tutela del medesimo interesse". La conseguenza è che, in siffatte ipotesi, il processo amministrativo, pur rimanendo generalmente ascritto ai processi di 'diritto soggettivo', possa (p. 372) "divenire strumento di tutela di interessi generali attraverso la legittimazione ('oggettiva') ad agire in capo ai soggetti che se ne fanno portatori".

[97] Per un'analisi delle 'scelte collettive' condotta secondo i metodi dell'analisi economica del diritto cfr. M. Abrescia, *Scelte collettive e vincoli costituzionali*, in G. Napolitano, M.

Ragion per cui, a questa prima tesi si potrebbe conclusivamente replicare nel senso che la rappresentatività politica si correla a esigenze di c.d. *accountability* degli organi eletti, senza da ciò poter inferire l'ammissibilità di forme di legittimazione processuale di tipo 'sostitutivo', quali sono le fattispecie di impugnazione di provvedimenti amministrativi in nome e per conto dei propri elettori.

Una seconda soluzione potrebbe essere quella di invocare la titolarità, da parte dell'ente territoriale ricorrente, di una posizione giuridica soggettiva che esprima l'interesse diffuso o collettivo soggettivamente imputato all'amministrazione nella sua qualità di ente 'associativo' o 'esponenziale'[98]. Ma anche questa ulteriore opzione interpretativa – al di là delle possibili obiezioni teoriche in merito all'eccessiva dilatazione della nozione di interesse legittimo[99] – rimarrebbe comunque esposta alla questione, già anticipata e di non agevole soluzione, della fisiologica conflittualità tra i plurimi interessi antagonisti e coesistenti nella medesima collettività.

E siccome le ipotesi di legittimazione processuale degli enti territoriali

---

Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 105 ss.

[98] Sul tema, S. Cassarino, *Attuali problemi del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1994, 1991, sostiene che la pubblica amministrazione (anche nel suo ruolo eventuale di parte ricorrente) non difende in giudizio un interesse particolaristico, bensì "un interesse di altra natura, che possiamo chiamare 'pubblico', 'collettivo', 'sociale', 'generale' – come preferiamo – ma che in ogni caso non è personale, o personalizzato, rapportandosi invece a quello che spesso viene definito il 'bene comune' (indipendentemente poi dal fatto che la 'comunità' sia più o meno ampia, o si identifichi addirittura con l'intera collettività nazionale)".

[99] Cfr. F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, cit., 646, nella parte in cui l'A. – con riguardo alle ipotesi in esame – si domanda se la legittimazione si correli a un fenomeno di 'rappresentazione organica' di interessi diffusi ovvero a un interesse legittimo individuale spettante all'ente pubblico: "ove così fosse, ed è la spiegazione più semplice, lo strumento dell'interesse legittimo sarebbe utilizzato non più al servizio di interessi privati, individuali o diffusi, ma al servizio di veri e propri interessi pubblici". Il che, ovviamente, postulerebbe l'adesione alla concesione 'strumentale' dell'interesse legittimo teorizzata da questa autorevole dottrina (cfr. Id., *L'interesse legittimo*, cit., *passim*; ma già Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*). Per una critica alla tesi dell'interesse legittimo ricostruito come situazione giuridica caratterizzata da una strumentalità 'indiretta' rispetto al proprio oggetto cfr. A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 188 ss. Secondo questo A., infatti, la configurazione di un interesse (non pretesa) al provvedimento favorevole, in quanto non garantito, ma solo oggetto di poteri e facoltà procedimentali, si tradurrebbe necessariamente in una pretesa a ciò che è normativamente garantito (non si avrebbe, quindi, un'autonomia concettuale di una situazione a strumentalità 'indiretta' rispetto a un diritto di credito al corretto esercizio della discrezionalità).

non implicano spendita di discrezionalità amministrativa[100], in ragione della loro non riconducibilità al *genus* della funzione esecutiva, allora non rimarrebbe che ammettere, alla base dell'eventuale scelta di agire giudizialmente, l'esistenza di una decisione di carattere eminentemente 'politico'. In altri termini, occorrerebbe postulare in capo all'ente territoriale un potere di selezione 'libero' (*i.e.* guidato da canoni esclusivamente politici e, per l'effetto, non giustiziabile) dell'interesse ritenuto in concreto prevalente tra i plurimi compresenti nella singola fattispecie[101].

Cionondimeno, anche a voler accettare la suddetta impostazione, rimarrebbe comunque da giustificare sul piano giuridico il 'fattore legittimante' che abiliti l'ente territoriale a promuovere un giudizio dinanzi agli organi di giustizia amministrativa in nome e per conto della propria comunità territoriale.

È ipotizzabile, a tale riguardo, sostenere che i principî costituzionali

[100] In proposito, basti ricordare che il diritto amministrativo, nel corso del suo sviluppo storico, ha progressivamente perfezionato la teoria della discrezionalità quale metodo generale di mediazione e di composizione tra gli interessi in conflitto, finalizzato all'individuazione dell'interesse pubblico concreto come risultante dalle dinamiche dell'istruttoria procedimentale. Per esigenze di sintesi, si rimanda alla nota impostazione di M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 78, secondo cui la discrezionalità amministrativa "s'identifica con la sostanza più squisita dell'attività amministrativa. Questa infatti consiste nella cura di interessi pubblici assunti come fini dello Stato; la parte più delicata di tale cura è appunto con la ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire".

[101] I suddetti interessi, assumendo l'esempio degli enti locali, corrisponderebbero a quelli che, in senso lato, l'art. 3 del d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL) riconnette all'ampia funzione di 'cura' e 'promozione' dello sviluppo della comunità territoriale (cfr. Tar Abruzzo, Pescara, n. 7/2016, nella parte in cui il giudice amministrativo afferma che "[i]n capo al Comune si personalizzano, dunque, *ex* art. art. 3 tuel cit., gli interessi di cui è titolare in via indifferenziata la comunità locale, nel cui ambito vanno ricompresi quelli relativi all'accessibilità, da parte degli appartenenti alla predetta collettività, alla rete dei servizi pubblici presenti sul territorio, con conseguente legittimazione ad agire in giudizio a tutela di tali interessi collettivi"; in senso analogo Tar Basilicata, Potenza, n. 733/2013). Cfr. C. Formenti, *Legittimazione processuale degli enti territoriali: il "tragitto concettuale" del Consiglio di Stato. Il caso delle tariffe autostradali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1218, ove – annotando Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8686 – si rappresenta la seguente 'chiave di lettura': "la decisione di agire in giudizio, da parte dell'ente territoriale, è espressione della volontà politica dell'ente stesso, afferma che l'ente «seleziona tra i tanti interessi ad esso non attribuiti quelli di cui vuole farsi portatore»". Di talché, è l'ente territoriale a decidere politicamente di quali "interessi collettivi, di cui non è 'naturalisticamente' portatore, si vuole fare carico ed esercita l'azione: la sua legittimazione allora sussiste solo in virtù della sua rappresentatività e dalla sua esponenzialità, e non in virtù della sua 'investitura' alla tutela dell'interesse".

di rappresentatività e di sussidiarietà *ex* artt. 5, 114 e 118 Cost. siano fondamenti idonei e sufficienti allo scopo. Senza voler disconoscere il valore dei principî di autonomia[102] e di sussidiarietà[103] su cui si regge l'attuale ordinamento repubblicano, non si può tuttavia non rilevare l'ardito 'salto logico' occorrente per dedurre, dall'àmbito precettivo di tali principî, regole di carattere puntuale e operativo rilevanti per il settore processuale, in difetto di ogni intermediazione della fonte primaria[104]. A ulteriore replica, si potrebbe financo argomentare che una soluzione siffatta risulterebbe in contrasto con il vigente sistema di diritto processuale amministrativo, e segnatamente con la fondamentale regola *ex* art. 81 c.p.c., applicabile in forza del c.d. rinvio esterno di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a.[105], secondo cui "[f]uori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui".

In conclusione, e per tutte queste ragioni, o l'ente territoriale agisce in giudizio per fare valere una lesione alla propria sfera giuridica[106] ovvero, qualora intenda qualificarsi come amministrazione 'esponenziale' degli interessi (propri) dei membri della rispettiva comunità territoriale, dovrà

[102] Cfr., per tutti, E. Balboni, *Autonomie, federalismo, regionalismo. Problematiche generali e nozioni fondamentali di carattere costituzionale*, in M. Carli (a cura di), *Diritto regionale*, Torino, 2020, 1 ss.; e F. Manganaro, *Il principio di autonomia*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 259 ss.

[103] La letteratura dedicata al principio di sussidiarietà è amplissima. Cfr., quantomeno, G. Pastori, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, 1749 ss.; Id., *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, Padova, 1999, 169 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 2004, 1 ss.; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 373 ss.

[104] In senso contrario al riconoscimento di una legittimazione a ricorrere degli enti locali giustificata in forza del principio di sussidiarietà *ex* art. 118 Cost. cfr. Tar Campania, Napoli, n. 4489/2011, nella parte in cui si osserva che "la sussidiarietà in senso verticale attiene al riparto delle competenze e delle funzioni pubbliche secondo un criterio di prossimità al cittadino destinatario, nel rispetto delle norme costituzionali e ordinarie; peraltro, […] nessuna norma attribuisce ai Comuni la legittimazione ad impugnare tributi, tariffe o altre imposizioni economiche gravanti sui singoli residenti, così come è parimenti impraticabile ogni riferimento alla rappresentanza politica. A sua volta la sussidiarietà in senso orizzontale depone in senso contrario alla soluzione affermata, dal momento che essa è finalizzata a promuovere e sostenere i cosiddetti corpi intermedi, le associazioni spontanee dei cittadini per la realizzazione e tutela dei loro interessi e non certamente per sostituirsi e sovrapporsi ad essi".

[105] Cfr. D. Dalfino, *Disposizioni di rinvio e principî generali*, in *Foro it.*, 2010, V, 228 ss.

[106] Cfr. il par. 4.1. del presente lavoro.

fornire adeguata dimostrazione del fondamento legale dell'affermata legittimazione a ricorrere[107]: *tertium non datur*.

5. *Alcuni rilievi in tema di azione popolare* ex *art. 9 TUEL*

Ci si potrebbe inoltre domandare se, nelle fattispecie in cui sussista la titolarità di una posizione giuridica soggettiva in capo all'ente territoriale leso dall'azione amministrativa altrui, sia ammissibile un'impugnazione del provvedimento asseritamente invasivo delle competenze, e indirettamente degli interessi della collettività, nella forma dell'azione popolare *ex* art. 9 TUEL[108], secondo cui "[c]iascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia"[109].

[107] In questo senso cfr., in dottrina, F. Cangelli, *Le parti*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 246, nella parte in cui si ritiene debba essere "negata la sussistenza della legittimazione degli enti territoriali per il solo elemento della rappresentatività delle collettività ivi stanziate e [andrebbe] tenuto fermo il principio secondo cui la legittimazione, per le materie non direttamente conferite dalla legge, vada individuata secondo i criteri usuali, ossia quelli che discendono dall'analisi del tessuto ordinamentale". In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1127, ove il collegio non condivide "l'ipotesi di «riconoscere, *sic et simpliciter* ed in assenza di un'espressa disposizione normativa, la legittimazione ad agire a qualsiasi ente esponenziale di interessi omogenei o, nel caso in esame, agli enti territoriali in virtù del loro collegamento con la collettività ivi stanziata e facendo perno sull'unico cardine della rappresentatività», facendo quindi salva la necessità che, anche per gli enti territoriali, attributari di poteri generali di tutela degli interessi rilevanti per la collettività stanziata, la legittimazione, per le materie non direttamente conferitegli dalla legge, vada individuata secondo i criteri usuali, ossia quelli che discendono dall'analisi del tessuto ordinamentale".

[108] L'art. 9 TUEL ripropone sostanzialmente l'istituto già disciplinato dall'art. 7, commi 1 e 2, della l. 8 giugno 1990, n. 142; e, a sua volta, dall'art. 225, commi 1 e 2, del r.d. 4 febbraio 1915, n. 148 ("[c]iascun contribuente può, a suo rischio e pericolo, con l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa, far valere azioni che spettino al Comune o ad una frazione del Comune. La Giunta, prima di concedere l'autorizzazione, sente il Consiglio comunale, e quando la concede, il magistrato ordina al Comune di intervenire in giudizio. In caso di soccombenza le spese sono sempre a carico di chi promosse l'azione"). Cfr., per ogni approfondimento, C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., 245 ss.; e M. Andreis, *Azione popolare e atteggiamento dell'ente sostituito*, in *Urb. app*., 2004, 1344 ss.

[109] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 347, nt. 6, ove l'A. afferma che il riconoscimento della legittimazione a ricorrere degli enti territoriali in funzione di cura degli interessi generali della propria comunità (in particolare, nei settori della tutela del territorio e dell'ambiente) possa dar luogo "in un'interpretazione evolutiva dell'art. 9 TUEL, al riconoscimento della

La richiamata disposizione, com'è noto, ha introdotto nel nostro ordinamento una delle eccezionali ipotesi di legittimazione straordinaria o sostitutiva[110], in deroga alla regola generale di cui all'art. 81 c.p.c. Rispetto alla casistica qui considerata, è da segnalare che, con larga frequenza, il singolo elettore è già autonomamente titolare di una posizione giuridica soggettiva idonea a riconoscergli legittimazione a ricorrere avverso i suddetti provvedimenti amministrativi (si pensi, ad esempio, alla localizzazione di una discarica nei pressi della propria abitazione). Cionondimeno, potrebbero pur sempre residuare fattispecie in cui l'azione dell'elettore *uti singulus* non sarebbe idonea a superare positivamente il 'filtro' della c.d. *vicinitas*[111], laddove questi non risulti sufficientemente interessato dagli effetti pregiudizievoli del provvedimento lesivo: in questi casi, acquisterebbe una concreta utilità la legittimazione *ex* art. 9 TUEL, a condizione, tuttavia, che il privato ricorrente riesca a dimostrare la lesione, da parte del provvedimento impugnato, della sfera giuridica 'propria' dell'ente inerte.

Ad ogni modo, l'ente territoriale sostituito dispone di un potere di paralisi dell'iniziativa processuale *ex* art. 9 TUEL, da esercitare attraverso la manifestazione espressa del difetto di interesse a ricorrere o, comunque, della rinuncia a far valere la situazione giuridica soggettiva azionata – in suo nome e per suo conto – dal privato elettore. In altri termini, il comune o la provincia hanno la facoltà di dichiarare il provvedimento impugnato non lesivo della propria sfera giuridica, e dunque indirettamente degli interessi della collettività rappresentata: così facendo, l'ente locale sostituito riacquisterebbe la piena paternità della posizione processuale, con

legittimazione, a tutela dei medesimi interessi, in capo ai singoli cittadini nell'esercizio dell'azione popolare 'sostitutiva'".

[110] S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 341, nonché 342 s. ove si perviene alla definizione della 'posizione legittimante' dell'attore popolare come "posizione legittimante *uti civis*, nella quale il cittadino assume un ruolo sostitutivo nella funzione tutoria dell'interesse sostanziale, che in origine spetterebbe all'ente locale, esprimendo tuttavia anche un proprio interesse che coincide con quello della collettività locale di appartenenza".

[111] Cfr., per un inquadramento generale, F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere*, cit., *passim*; e con specifico riguardo all'impugnazione di provvedimenti in materia urbanistico-edilizia, F. Gaffuri, *Note in merito alla "vicinitas" nell'impugnazione dei titoli edilizi*, in *Urb. app.*, 2020, 90 ss.; E. Travi, *"Vicinitas" e interesse a ricorrere*, in *Foro it.*, 2018, III, 216 ss.; A. Longo, *La legittimazione dei terzi ad impugnare gli atti amministrativi in materia edilizia ed urbanistica: "vicinitas" e ulteriori condizioni di accesso alla tutela processuale*, *Riv. giur. ed.*, 2016, 516 ss.; P. Urbani, *L'interesse a ricorrere avverso i titoli edilizi: i legittimati dalla "vicinitas"*, in *Urb. app.*, 2015, 95 ss.

conseguente inammissibilità o improcedibilità del ricorso *ex* art. 9 TUEL.

Questa conclusione si giustifica in ragione del carattere 'suppletivo'[112] e non 'correttivo'[113] dell'azione *ex* art. 9 TUEL; tale che, dinanzi a una divergenza di valutazioni tra l'elettore ricorrente e l'ente territoriale sostituito, l'ordinamento accorda prevalenza al secondo, in ragione della perdurante titolarità – sul piano sostanziale – della posizione giuridica azionata[114].

[112] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2011, n. 4130, ove si chiarisce che "l'azione *ex* art. 9 d. lgs. n. 267/2000 ha natura sostitutiva o suppletiva, e non già di tipo correttivo (in cui l'attore contrasta con l'ente stesso al fine di rimuovere gli errori e le illegittimità da questo commessi), di modo che il suo presupposto necessario va rinvenuto soltanto nell'omissione, da parte dell'ente, dell'esercizio delle proprie azioni e ricorsi. […] Non è, invece, possibile che l'elettore insorga, in luogo dell'ente (da lui considerato inadempiente), avverso atti adottati dall'ente medesimo, potendo in tali casi quest'ultimo, ove sussistano i presupposti, agire in autotutela, e non essendo l'azione *ex* art. 9 cit. (come già chiarito dalla giurisprudenza) di tipo 'correttivo'"; e Tar Venezia, sez. III, 27 maggio 2004, n. 1728, nella parte in cui si evidenzia che "[l]'ipotesi in cui risulta ammissibile l'azione popolare è quella di inerzia del Comune, ma non già di una sua volontà espressa contraria alla stessa proposizione del ricorso. Altrimenti opinando, la cittadina elettrice si verrebbe a sostituire alla espressa volontà di un ente elettivo rappresentativo della volontà dei cittadini, quale il Comune, con un evidente *vulnus* del principio democratico rappresentativo quale sancito dalla Costituzione repubblicana. In sostanza l'azione popolare come delineata dall'articolo 9 del decreto legislativo 267 del 2000 comporta tre possibilità per il Comune, cui il ricorso va notificato o a cura del cittadino ricorrente o a cura del giudice: l'inerzia, che comporta il rischio delle spese per il cittadino in caso di soccombenza, l'adesione, che lo libera da tale rischio e trasferisce l'azione in capo al suo titolare, ovvero la volontà espressa di non adesione, cioè sostanzialmente la dichiarazione di carenza di interesse al ricorso medesimo, che paralizza l'azione popolare". Cfr., anche, Tar Lazio, Roma, sez. II, 6 giugno 2017, n. 6662; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 7 aprile 2016, n. 1766; Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2010, n. 2457; Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 29 aprile 2009, n. 3596; Tar Lazio, Latina, sez. I, 20 aprile 2009, n. 352; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 4 giugno 2008, n. 742; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2001, n. 2889; Cass., sez. I, 15 dicembre 2000, n. 15830.

[113] Anche se, in chiave critica, M. Ramajoli, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., 153, ritiene che – in realtà – in ogni ipotesi di azione popolare sia possibile ravvisare una funzione 'correttiva in senso lato': "[l]'attore popolare, anche qualora agisca in sostituzione di un soggetto pubblico, intende reagire a un'omissione dell'amministrazione e quindi a una situazione d'illegittimità realizzata dall'amministrazione stessa in ordine all'esercizio della tutela che va a danno dell'interesse generale". Più in generale, sulla distinzione tra azioni popolari 'suppletive' e azioni popolari 'correttive' cfr. F. Tigano, *Le azioni popolari suppletive e correttive*, Torino, 2008.

[114] Cfr., nuovamente, Tar Venezia, n. 1728/2004, nella parte in cui si chiarisce che la "norma di principio contenuta nell'articolo 24 della costituzione, secondo cui tutti, e quindi anche gli enti pubblici, possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi, implica necessariamente che i titolari del potere d'azione, essendo portatori degli interessi tutelati dall'ordinamento, hanno il diritto, garantito costituzionalmente, anche di

6. *Controversie tra enti territoriali e disciplina del processo di cognizione, sullo sfondo della più ampia questione concernente la natura soggettiva od oggettiva della giurisdizione amministrativa*

Da ultimo, occorre domandarsi se i giudizi amministrativi tra enti territoriali (in posizione, rispettivamente, di ricorrente e resistente) seguano le regole processuali – per così dire – ordinarie, oppure richiedano l'applicazione di correttivi giustificati in ragione della natura pubblica di entrambe le parti processuali.

Alla luce delle argomentazioni esposte nel presente studio, si ritiene di poter affermare che queste tipologie di contenzioso, ove ammissibili per quanto concerne la legittimazione a ricorrere, non alterino la generale natura di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa[115]. Tale assunto si correla all'effettiva titolarità, da parte dell'ente territoriale asseritamente leso, di una posizione giuridica soggettiva avente consistenza di interesse legittimo: il che, come anticipato[116], rappresenta il fisiologico riflesso della condizione di 'soggezione' rispetto all'esercizio di poteri amministrativi altrui, rappresentati dall'ente ricorrente in termini di illegittima compressione, limitazione o invasione della propria sfera di attribuzioni e competenze.

Data l'evidente affinità con le fattispecie in cui è un soggetto privato a subìre – e, per l'effetto, a contestare attraverso specifici vizi di legittimità – una decisione imperativa espressione di potere amministrativo, non sembrano sussistere ragioni per giustificare una deviazione dalle logiche

non sottoporre a giudizio i provvedimenti che ritengono non lesivi di posizioni soggettive ad essi spettanti e altresì di rinunciare a proporre alcuna azione".

[115] Cfr. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 380, il quale, pur muovendo da una diversa prospettiva, conseguente al riconoscimento dell'ammissibilità dei ricorsi promossi dagli enti territoriali nella loro qualità di 'enti rappresentativi' (che l'A. qualifica come ipotesi di 'legittimazione oggettiva' di fonte giurisprudenziale), ritiene comunque che in detti casi "la struttura del processo amministrativo resta la medesima; come processo di parti, fondato sul principio della domanda. Non sono infatti, previste deroghe alle regole del processo, laddove l'azione sia esercitata da soggetti legittimati *ex lege*, o da soggetti istituzionali o da attori popolari". Di conseguenza, l'oggetto dell'accertamento processuale è delineato dalle domande, difese ed eccezioni delle parti; le prove sono quelle richieste dalle parti (salvi i poteri acquisitivi del giudice nei limiti della disciplina codicistica); il ricorso è passibile di rinuncia. Sicché, ad avviso dell'A. (p. 381), "nei casi di legittimazione 'oggettiva', ci troviamo di fronte allo stesso tipo di processo, non ad un processo diverso".

[116] Cfr. il par. 4.1. del presente lavoro.

di 'vicinanza della prova'[117] alla base dell'impostazione tipica della fase istruttoria del giudizio di cognizione nell'àmbito della giurisdizione generale di legittimità: il ben noto principio dispositivo temperato dal c.d. metodo acquisitivo[118].

[117] Cfr. l'art. 64, comma 1, c.p.a., ove si prevede che "[s]petta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni"; come 'corretto' dal comma 3, ove si attribuisce al giudice amministrativo il potere di disporre "anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione". In dottrina, cfr. F. Saitta, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 911 ss., in particolare p. 916, ove si interpreta il principio di 'vicinanza della prova' "da un lato, come un corollario dei doveri di correttezza, buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni (artt. 1175, 1176, comma 2º, e 1375 c.c.) e, dall'altro, come una derivazione del principio costituzionale del giusto processo e delle regole generali del codice di rito civile (*in primis*, il dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88, inteso come onere delle parti, vicine alla fonte di prova, di collaborare allegando tempestivamente e nel rispetto delle regole di correttezza i mezzi istruttori, in un'ottica di economia processuale e di ragionevole durata del giudizio)" (dello stesso A. cfr., in precedenza, Id., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 93 ss.); e P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva "temperata"*, ivi, 2016, 106 ss., in particolare p. 109, ove si inquadra la disciplina codicistica in tema di istruttoria nel senso di una 'consacrazione normativa' del principio della vicinanza alla prova, il cui fondamento si ricava da norme generali di carattere sostanziale e processuale: "[s]otto il primo aspetto, si configura come corollario dei doveri di correttezza, buona fede e diligenza nell'adempimento delle obbligazioni, e sotto il secondo come derivazione del già menzionato principio del giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost.". Più in generale, sul principio di 'vicinanza della prova' cfr. A. Dolmetta, U. Malvagna, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, 659, ove l'osservazione per cui "[q]uasi sempre […] la posizione di vicinanza e quella di lontananza si delineano (già) sul piano sostanziale della fattispecie, poi solo concretizzandosi nell'eventualità del processo"; nonché p. 668, nella parte in cui si rileva che il principio di vicinanza della prova "viene ad assumere il ruolo di correttivo (se non altro) delle applicazioni più rigide e pesanti del formalismo caratteristico della regola della prova secondo allegazione". Detto correttivo, ad avviso degli A., risulterebbe necessario, dal punto di vista costituzionale, "per combattere e smorzare le asprezze, in effetti notevoli, che il modello dell'onere viene propriamente a proporre".

[118] Cfr. la nota impostazione di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, oggi in Id., *Scritti giuridici*, I, cit., 258, che muove dal presupposto per cui sul 'terreno materiale' "le parti si trovano in una posizione di non equivalenza tale che all'una di esse, e precisamente al privato, è sommamente difficile, per non dire che in talune ipotesi è perfino impossibile, procurarsi la disponibilità del materiale di fatto necessario al processo". Di conseguenza, l'autorevole dottrina suggerì di applicare al processo amministrativo il c.d. metodo 'acquisitivo', quale correttivo delle dinamiche proprie del principio dispositivo inteso nella sua versione più rigorosa (p. 267): "mentre nel metodo dispositivo al potere di introduzione è connesso, in conseguenza della riconosciuta autonomia, un potere-onere della parte di disporre dei fatti introdotti, potere il cui esercizio determina un vincolo nel

Anche nelle particolari controversie qui esaminate è pur sempre l'ente territoriale che agisce in forma provvedimentale ad avere una conoscenza 'privilegiata' della fattispecie reale, rispetto al distinto ente territoriale in posizione di parte ricorrente sul piano processuale, ma – al contempo – in una situazione di disparità e di marcata 'asimmetria informativa'[119] nel rapporto amministrativo sostanziale[120].

Ovviamente, l'intensità della 'supplenza giudiziale'[121] dovrà essere modulata in funzione del ruolo che l'ente territoriale ricorrente ha assunto nel procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione del provvedimento impugnato.

È possibile, a riguardo, distinguere due ipotesi generali, e segnatamente: il caso in cui l'ente territoriale non sia stato in alcun modo coinvolto nel procedimento amministrativo e, viceversa, l'ipotesi in cui il medesimo ente abbia partecipato attivamente alla formazione della decisione finale. Mentre

giudice, nel metodo acquisitivo la parte ha una semplice facoltà di introduzione e il suo esercizio determina perciò soltanto l'esistenza di un presupposto di fatto per l'esercizio del potere-dovere (ufficio) del giudice". Sul pensiero dell'A. cfr. A. Travi, *Feliciano Benvenuti e la giustizia amministrativa*, in *Jus*, 2008, 409 ss. Per una rilettura critica del 'metodo acquisitivo' cfr., da ultimo, G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 578 ss. Più in generale, sull'istruttoria nel processo amministrativo, cfr. quantomeno R. Briani, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, 2013; L. Bertonazzi, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005; G. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; C.E. Gallo, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1991; L. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977.

[119] A quanto sopra affermato si potrebbe – forse – obiettare che, rispetto ai rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati, nelle relazioni giuridiche tra pubbliche amministrazioni trovano applicazione i principî di leale collaborazione (cfr., anche per i principali richiami bibliografici, Q. Camerlengo, *Leale collaborazione (principio di)* (voce), in *D. disc. pubbl.*, Torino, 2015, 241 ss.) e di unità dell'amministrazione (cfr. la dottrina richiamata in nt. 6) che – a livello generale – dovrebbero porsi quali fattori di riduzione della divisione e della conflittualità. Sennonché, è la realtà dei fatti e la significatività del contenzioso tra enti territoriali a dimostrare la scarsa attitudine 'deflattiva' dei suddetti principî e a costringere l'interprete a farsi carico della soluzione delle numerose questioni poste dai fenomeni giuridici nella loro materialità.

[120] Di talché, dovrebbe trovare applicazione la regola generale in forza della quale "le parti hanno l'onere di provare tutto quanto possono concretamente dimostrare, mentre quando questa possibilità non sussiste continua ad applicarsi l'onere del principio di prova, e rientrano in gioco i poteri istruttori officiosi del giudice amministrativo" (G. Manfredi, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, cit., 591).

[121] A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013, 467.

nella prima situazione è ragionevole auspicare una piena applicazione delle dinamiche proprie del metodo acquisitivo; nella seconda il giudice amministrativo dovrebbe limitare ogni intervento di supplenza sul piano istruttorio, in ragione della piena conoscenza della fattispecie sostanziale da parte dell'amministrazione ricorrente e della correlata disponibilità del materiale istruttorio a supporto del provvedimento impugnato.

7. *Conclusioni: la complessa individuazione di un giusto equilibrio tra legalità processuale ed effettività della tutela (senza distorsioni ideali o da desiderabilità sociale)*

Lo studio delle controversie tra enti territoriali ha consentito di porre in risalto le evidenti tensioni in atto tra i principî di effettività della tutela[122] e di legalità processuale[123].

Se da un lato, infatti, non è possibile negare il fondamentale contributo storico del giudice amministrativo, a partire dall'istituzione

[122] Sul principio di effettività della tutela cfr., quantomeno, S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm*., 2018, 783 ss.; I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, ivi, 2016, 401 ss.; F.F. Guzzi, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013; R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004. Sempre utile il richiamo anche alle importanti riflessioni di G. Pastori, *La giustizia amministrativa in trasformazione (considerazioni di sintesi)*, cit., 848, il quale – con sguardo prospettico – auspicava una transizione della funzione del giudice amministrativo da 'giudice di legittimità' a 'giudice di giustizia' ("una prospettiva di tutela del risultato verrà avanzando e dove possibile verrà assorbendo la tutela di garanzia cosicché il giudice da giudice di legittimità potrà diventare sempre più […] giudice di giustizia").

[123] Cfr., per tutti, M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm*., 2013, 109, ove si evidenzia che "[i]l primo comma dell'art. 111 Cost. racchiude poi un'altra indicazione che necessita di essere valorizzata. Esprimendosi nei termini di 'giusto processo regolato dalla legge' esso costituzionalizza il principio di legalità processuale, principio altrimenti ricavabile in maniera non immediata dall'art. 101, co. 2, Cost. ('i giudici sono soggetti soltanto alla legge') o dall'art. 108, Cost. ('Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge')"; e A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it*., 2000, V, 242, ad avviso del quale l'espressione 'regolato dalla legge' di cui all'art. 111, comma I, Cost. consente di affermare che "non è, non sarebbe in regola con la Costituzione un processo nel quale la forma e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione, ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa scritta o orale, fossero tutti rimessi quanto alla modalità ed ai tempi alla discrezionalità del giudice".

della IV Sezione del Consiglio di Stato[124], nell'individuazione e selezione – in veste di c.d. '*gatekeeper*'[125] – degli interessi meritevoli di accesso alla tutela giurisdizionale, dall'altro è innegabile il parallelo e progressivo percorso seguìto dal legislatore nella direzione di una più compiuta regolazione della disciplina del processo amministrativo: il che è dimostrato dall'introduzione, nell'anno 2010, di un Codice di rito anche per la giustizia amministrativa[126].

A ciò si aggiunga che, sempre nel segno dell'evoluzione diacronica, lo 'scopo' del processo amministrativo è transitato dall'originario obiettivo di ripristino della legalità violata alla più garantistica funzione di protezione e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati.

Questi fenomeni portano a conseguenze di indubbio rilievo sul piano delle condizioni dell'azione, e segnatamente della legittimazione a ricorrere. In proposito, si assiste oggi a una convivenza tra due schemi processuali in rapporto regola/eccezione: vi è un modello generale, consustanziale alla natura di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa, nel quale l'accesso alla tutela giudiziale è consentito ai titolari di interessi legittimi o diritti soggettivi (nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo); affiancato a un modello eccezionale, relativo alle specifiche ipotesi di legittimazione oggettiva, straordinaria o sostitutiva fondate su espresse previsioni di legge.

Sicché, nell'àmbito del suddetto quadro sistematico, la legittimazione a ricorrere, o discende dal criterio generale della titolarità di una posizione giuridica sostanziale, ovvero è direttamente conferita dal legislatore in casi singolari e non passibili di interpretazione analogica: dilatare in via pretoria

[124] Cfr. L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 49 ss.; M. Mazzamuto, *The Formation of the Italian Administrative Justice System, European Common Principles of Administrative Law, and 'Jurisdictionalization' of Administrative Justice in the Nineteenth Century*, in G. della Cananea, S. Mannoni (a cura di), *Administrative Justice Fin de siècle*, Oxford, 2021, 282 ss.; F. Patroni Griffi, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 115 ss.; G.D. Comporti, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 746 ss.; F. Benvenuti, *Leggendo il Consiglio di Stato giudice*, in *Foro amm.*, 1989, 3225 ss. (oggi in Id., *Scritti giuridici*, cit., 4143 ss.).

[125] Cfr. G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2019, 109: "[q]ualunque sia l'assetto dato alla giustizia verso l'amministrazione, chi è chiamato a risolvere le dispute che la riguardano ha una funzione di *gatekeeper*, nel senso di decidere quali tipi d'interessi o di diritti, vantati da quali figure giuridiche soggettive, abbiano titolo ad accedere alla giustizia".

[126] Sul 'significato' della codificazione delle disposizioni sul processo amministrativo cfr., per tutti, A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 119 ss.

tali eccezioni significherebbe far assumere al processo amministrativo la funzione di strumento di '*enforcement*' dell'interesse pubblico[127], alterandone così i caratteri rispetto al modello delineato dalla disciplina costituzionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.).

Rispetto a tali considerazioni, le argomentazioni teoriche sottese al diffuso orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità di ricorsi promossi da enti territoriali nella loro esclusiva qualità di enti esponenziali o rappresentativi di collettività, senza al contempo allegare pregiudizi riferiti alla propria sfera giuridica, non sembrerebbero idonee a superare le richiamate obiezioni di 'sistema'.

Del resto, nell'àmbito di un processo amministrativo 'codificato', occorrerebbe progressivamente limitare gli interventi di natura

[127] Segnala il rischio che le previsioni di legittimazione oggettiva, seppure eccezionali, possano mutare la funzione della giurisdizione amministrativa M. Ramajoli, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., 149. L'A. evidenzia come tali ipotesi siano potenzialmente idonee ad avvicinare il processo amministrativo "alla funzione di mero controllo, o, addirittura, d'implementazione della disciplina di diritto sostanziale, rimasta inattuata a livello amministrativo". Cfr., anche, M. Macchia, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, cit., 21, il quale ritiene che la legittimazione straordinaria conferita *ex lege* a ministri e autorità amministrative indipendenti operi in funzione di "*enforcement* della tutela di interessi superindividuali, in via *rafforzativa* perché si aggiunge a quella dei soggetti privati, o in via *anticipatoria* in quanto spesso consente di riconoscere tutela avverso atti amministrativi generali, i quali non sarebbero altrimenti autonomamente impugnabili in assenza di atti applicativi". Secondo l'A., queste ipotesi di legittimazione (p. 22) consegnano alle pubbliche amministrazioni il potere di adìre il giudice per 'delegare' a quest'ultimo "l'individuazione dei modi di cura degli interessi loro assegnati – quando si tratti di interessi dei cittadini ad elevato impatto, particolarmente rilevanti per la società (secondo il giudizio del legislatore) – nonché la risoluzione del conflitto tra soggetti pubblici": il che rappresenta una forma di 'supplenza' rispetto ai fallimenti della leale cooperazione tra pubbliche amministrazioni e, più in generale, dei 'circuiti' politico-amministrativi nella prevenzione e soluzione delle crisi di cooperazione. Infine, e sempre nella prospettiva dell'A. (p. 31 e s.), le ipotesi di legittimazione oggettiva denotano una forte interrelazione (*i.e.* un '*continuum*') 'tra 'procedimento' e 'processo', tale per cui "l'amministrazione non soddisfatta dell'esito si rimette al potere del giudice di condurre un'analisi *point by point* su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti, sostituendo la sua valutazione a quella, contestata, dell'amministrazione".

'nomopoietica'[128] dell'organo giurisdizionale[129], se non altro per il doveroso rispetto delle esigenze espresse dal principio di legalità processuale[130], così come sancito dalla Costituzione agli artt. 101, comma II ("[i] giudici sono soggetti soltanto alla legge") e 111, comma I ("[l]a giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge").

In un siffatto contesto costituzionale e legislativo, neppure il riferimento al principio di effettività della tutela[131] potrebbe risultare idoneo a

[128] Cfr. A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, cit., 464, ove l'autorevole dottrina evidenziava che "[l]'interprete, dottrinario o giurisprudenziale, ove manchino concretamente norme espresse che riconoscano al giudice poteri officiosi, potrà quindi tutt'al più auspicarne e sollecitarne l'introduzione, ma non potrà dedurre per via extratestuale la effettiva pertinenza di tali poteri all'organo giudicante". Più in generale, trattando del confine tra interpretazione del diritto e 'creazione' di nuovo diritto, L. Ferrara, F. Orso, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, cit., 736, rimarcano la funzione 'strumentale' del processo (ossia, l'idea secondo cui – p. 744 – "il processo amministrativo, come quello ordinario, serve a tutelare i diritti e gli interessi legittimi, non a crearne di nuovi") negando, di conseguenza, l'ammissibilità di un ruolo 'creativo' del giudice nella 'giuridificazione' delle situazioni soggettive: "se il diritto di agire in giudizio, nella giurisdizione amministrativa come in quella ordinaria, presuppone la (è *condizionato* alla) astratta titolarità di un diritto o di un interesse legittimo, al processo è assegnata giocoforza la (sola) funzione di dare all'attore-ricorrente, per quanto è possibile praticamente, tutto quello, ma *non più di quello*, che gli spetta sul piano sostanziale" (corsivi degli Autori).

[129] Anche se, invero, con riguardo all'accertamento del grado di protezione di una determinata situazione ai fini del riconoscimento della legittimazione a ricorrere (per differenza rispetto all'interesse c.d. di mero fatto), V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 364, ha rilevato che "il carattere diciamo così 'volatile' e spesso incerto, degli interessi protetti a fronte dell'esercizio del potere, laddove questi si estendono al di là dell'area dei diretti destinatari del provvedimento, rende l'opera del giudice sul punto, particolarmente significativa e in qualche modo 'creatrice'". Di talché, a fronte di un singolo episodio di esercizio del potere, la platea dei soggetti portatori di 'situazioni protette' viene definita (p. 366) 'mobile', siccome stabilita – volta per volta – dalla giurisprudenza sulla base del riconoscimento dell'interesse rappresentato come 'tutelabile' alla stregua dell'ordinamento "rispecchiato nei valori che in quel momento sono riconosciuti come tali, anche a prescindere dal contenuto di singole norme".

[130] Cfr. A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 306, nella parte in cui si dà atto che nel nostro ordinamento "il giudice non può sovrapporre le proprie scelte politiche a quelle del legislatore, ma al contrario, salvo il rispetto e dunque l'esigenza di attuazione delle superiori norme costituzionali, è ad esse vincolato". Il che, ad avviso dell'autorevole dottrina, non solo si tratta di una preposizione implicita in tutto il nostro sistema costituzionale, ma è anche "una delle varie proposizioni normative nelle quali può scomporsi l'art. 101, secondo comma: i giudici sono soggetti soltanto alla legge".

[131] Rimane comunque condivisibile, su un piano più generale che trascende il tema specifico

giustificare interventi *ultra* o *preater legem* del giudice con riguardo ai casi considerati nel presente studio[132]. Questo valore, di importanza fondamentale se inteso come criterio-guida per la selezione tra più alternative ermeneutiche discendenti da una determinata base normativa, non può tuttavia assumere i connotati di un 'grimaldello *bon à tout faire*', ossia di espediente retorico per realizzare integrazioni giudiziali dei precetti giustificate in forza di generiche (e fisiologicamente soggettive) esigenze di desiderabilità sociale[133].

Per queste ragioni si ritiene, da un punto di vista metodologico, che ogni scelta a disposizione dell'organo giudicante debba essere ricondotta

oggetto del presente lavoro, l'impostazione seguita da V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, cit., 472 (oggi anche in Id., *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 185 ss.), secondo cui il dittico 'pienezza ed effettività' della tutela significa che "tutte le situazioni protette debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall'ordinamento, i quali, dato il tipo di situazione protetta e il tipo di rapporto nel quale si colloca (date perciò le particolarità che i diversi tipi di rapporti presentano), siano necessari al fine di assicurarne la protezione; e che questi mezzi di tutela (azioni) siano disciplinati in maniera tale (ciò che attiene propriamente alla disciplina processuale) da assicurare che la protezione sia effettiva, cioè capace di tradursi sul piano pratico nella soddisfazione sostanziale degli interessi che delle situazioni protette costituiscono, appunto, il substrato sostanziale".

[132] Cfr. M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 31, ove si sostiene che "assicurare l'effettività della tutela significa prima di tutto assicurare il rispetto della legalità processuale". L'A. giustifica la richiamata tesi in ragione del fatto che il compito della giustizia amministrativa non è la 'miglior cura dell'interesse pubblico', bensì (p. 32) quello di "assicurare la protezione dei diritti ed interessi dei singoli, quando tali interessi abbiano raggiunto la soglia della situazione soggettiva tutelabile e quando, dunque, abbiano quei connotati giuridici cui è ancorata la legittimazione". La medesima A. (p. 126) ricostruisce l'effettività della tutela quale componente del 'giusto processo' *ex* art. 111 Cost. (sul quale sia consentito rinviare *amplius* a M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli 2006, 505 ss.), del quale è possibile ravvisarne differenti accezioni (procedurale, formale e strutturale): "nel principio del giusto processo confluiscono garanzie di legalità procedurale e garanzie di giustizia sostanziale". Cfr., anche, S. Valaguzza, I. Martella, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, cit., 784, nella parte in cui si giudica 'scorretto' "utilizzare il principio di effettività per prevaricare le regole del processo in virtù di istanze sostanziali, anche perché ciò è vietato dall'art. 111 della Costituzione, secondo cui la giurisdizione si attua mediante il «giusto processo regolato dalla legge»".

[133] Sul punto, cfr. le autorevoli critiche di R. Villata, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, cit., 2, il quale invita la dottrina a superare i rischi della "distorsione da desiderabilità sociale", e a intendere l'effettività della tutela (p. 5) "nei limiti in cui l'ordinamento positivo la costruisce, diversamente da quella che il ricorrente vorrebbe esistesse».

alle seguenti due opzioni alternative: esercitare la funzione giurisdizionale nel rispetto del sistema codicistico, inteso come sommatoria dei vincoli procedurali e sostanziali delineati dal legislatore; assumere il principio di effettività quale parametro per sollevare specifiche questioni di costituzionalità del vigente sistema di diritto processuale amministrativo[134].

[134] In questo senso cfr. M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, cit., 126.

Marco Cappai*

Dal ne bis in idem *europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione: un possibile itinerario di studio*

Sommario: 1. Il piano dell'indagine – 2. *Ne bis in idem*: origine dell'istituto e sua rilevanza nel diritto amministrativo 3. Itinerario di andata (dal diritto amministrativo al diritto penale): l'emersione di un test unico per il *ne bis in idem* europeo – 3.1 Il "vecchio ordine" del *ne bis in idem* europeo; – 3.2 Il "nuovo corso" del *ne bis in idem* europeo – 3.3 (*Segue*) L'ultimo capitolo del *ne bis in idem* europeo: i casi *bpost* e *Nordzucker* – 4 Una convergenza che non lascia del tutto appagati: le ragioni (e i timori) della comunità penalistica e di quella amministrativistica – 5. Appunti per un itinerario di ritorno (dal diritto penale al diritto amministrativo): la buona amministrazione, prima del *ne bis in idem* amministrativo.

1. *Il piano dell'indagine*

Il principio del *ne bis in idem* (*double jeopardy*, nella tradizione angloamericana) vieta che lo stesso soggetto sia giudicato o punito due volte per lo stesso fatto criminoso. Esso penetra nel diritto amministrativo per mano dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo a partire dal caso *Engel*, in virtù dei quali, al ricorrere di determinati presupposti, la sanzione irrogata dalla p.A. è assimilabile, nella sostanza, a una "pena".

Per tale via, il *ne bis in idem* di diritto europeo può assumere rilevanza sotto tre possibili forme, e segnatamente quando, per lo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto, convergono: i) due procedimenti o pene, entrambi ascrivibili al diritto penale in senso stretto; ii) due procedimenti o pene di cui uno penale in senso stretto e l'altro avente natura amministrativa, tipicamente (ma non necessariamente) per aggredire, in attuazione della medesima fonte europea, aspetti di disvalore complementari della singola condotta (c.d. doppio binario sanzionatorio); iii) due procedimenti o sanzioni di natura amministrativa a carattere

* Dottore e assegnista di ricerca di Diritto dell'economia, Dipartimento di Economia aziendale Università degli Studi Roma Tre.

repressivo, normalmente (ma non necessariamente) inseriti nella cornice di una rete amministrativa europea.

Il contributo guarda esclusivamente alla terza casistica, che può esser denominata, ai fini della presente indagine, *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo.

Dopo aver inquadrato origini e contenuto essenziale dell'istituto del *ne bis in idem* ed aver chiarito perché lo stesso assume rilevanza nel diritto amministrativo (§ 1), si prende spunto dalle recenti pronunce gemelle della Grande Sezione della Corte di giustizia sui casi *bpost*[1] e *Nordzucker*[2] per proporre un itinerario di studi da sviluppare lungo due direttrici, con un ideale viaggio di andata e di ritorno.

La prima direttrice è quella dell'arricchimento delle garanzie amministrative per mano della dogmatica penalistica. In questa sezione si ripercorre il lungo cammino del *ne bis in idem* europeo, tenendo conto del fondamentale contributo propulsivo della Corte Edu (§ 2). È fuor di dubbio che lo sforzo delle Corti sia stato poderoso. Nondimeno, il punto di equilibrio da ultimo raggiunto dalla Corte di giustizia in *bpost* e *Nordzucker* incontra sentimenti ambivalenti nella comunità penalistica e amministrativistica. Per un verso, si saluta con favore l'elaborazione di un test unico lungamente atteso, valido cioè indistintamente in tutti i settori del diritto europeo. Per altro verso si ammonisce, sia pure con differenti ragioni e sensibilità, sui possibili effetti indesiderati dell'arresto.

Traendo spunto da queste ultime preoccupazioni, la seconda direttrice isola la questione del *ne bis in idem* amministrativo e, limitatamente a questa specifica casistica, propone, in un'ottica complementare e non sostitutiva, di ricorrere ai princìpi generali del diritto amministrativo per colmare i vuoti non coperti dall'elaborazione penalistica (§ 3).

L'assunto di fondo è che, nonostante l'innegabile processo di convergenza tra diritto penale e diritto amministrativo, e la consequenziale emersione di uno statuto unitario della sanzione afflittiva, permangono delle peculiarità, proprie dei rispettivi ambiti, che, nei casi di *bis in idem* europeo di diritto amministrativo, meritano di essere valorizzate dall'interprete.

Da cui il possibile effetto di trascinamento sull'intero diritto amministrativo europeo, laddove il *ne bis in idem* amministrativo può costituire l'occasione per edificare un più compiuto e coraggioso diritto alla buona amministrazione.

[1] Grande Sezione, 22 marzo 2022, *bpost*, C-117/20.
[2] Grande Sezione, 22 marzo 2022, *Nordzucker*, C-151/20.

2. Ne bis in idem*: origine dell'istituto e sua rilevanza nel diritto amministrativo*

La prospettiva storica associa il fiorire del principio di *ne bis in idem* al diritto romano e, prima, all'antica Grecia[3]. Nel mondo romano esso assume una duplice sfaccettatura, condensando i princìpi processuali della *litis contestatio* (*bis de eadem re ne sit actio*)[4] e della *res iudicata* (*res judicata pro veritate accipitur*)[5]. È opinione diffusa che gli antesignani storici dell'istituto presentino solo parziali punti di contatto con la declinazione odierna del principio[6]. Negli ordinamenti giuridici moderni, infatti, il *ne bis in idem* non è unicamente corollario dei princìpi di certezza del diritto e dell'annesso principio del rispetto per l'autorità delle decisioni giudiziarie; esso è anche (e soprattutto) espressione di un diritto fondamentale dell'individuo consacrato dai Trattati[7] e costituisce un principio generale del diritto europeo[8] riconosciuto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri[9].

Il divieto di *bis in idem* non è un criterio di risoluzione delle antinomie giuridiche teso a dirimere, in una prospettiva *ex ante*, conflitti apparenti. Esso opera come un 'sistema di sicurezza' che si aziona *ex post*, per porre rimedio a conflitti positivi tra norme. Segnatamente, la garanzia si attiva

[3] M. Kostova, *Ne/non bis in idem. Origine del "principio"*, in *Diritto @ Storia*, n. 11/2013, 5 ss.

[4] In questa accezione, ad esempio, TAR Lazio, I, 28 maggio 2020, n. 5655: "*la proposizione del ricorso consuma il diritto di azione del ricorrente, sicché un gravame successivo tra le stesse parti ed avente lo stesso* petitum *e la stessa* causa petendi *deve ritenersi inammissibile per violazione del divieto scaturente dal principio del* ne bis in idem".

[5] Ulpiano (D. I.5.25).

[6] R. Lööf, *54 CISA and the Principles of ne bis in idem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 15(3)/2007, 309-310; J. Lelieur, *'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecth Law Review*, n. 9(4)/2013, 200.

[7] M. Wasmeier, N. Thwaites, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *European Law Review*, n. 31(4)/2006, 565 ss.; H.C.H. Hofmann, G.C. Rowe, A.H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011, 177.

[8] B. van Bockel, *The 'European' Ne Bis in Idem Principle. Substance, Sources, and Scope*, in Id. (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge, 2016, 15.

[9] Rilevanti nel diritto europeo ai sensi, ad esempio, degli art. 6, § 3 TUE; 67 TFUE e 52, § 4 CDFUE. In argomento, S. Cassese, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2017, 939 ss. Quasi tutti gli Stati membri riconoscono il diritto al *ne bis in idem*: in Germania v. art. 103 III GG e BGH 20; in Francia v. art. 6 Code de Procédure Pénale; in Italia v. art. 649 c.p.p.; in Grecia v. art. 57, § 3 Gr.CPP, ecc.

quando quattro condizioni sono cumulativamente soddisfatte: i) identità della persona, fisica o giuridica, sottoposta a processo, procedimento, pena o sanzione (*unity of the offender condition*); ii) identità della condotta interessata (*idem condition*); iii) esistenza di un doppio livello di intervento repressivo (*bis condition*); e iv) carattere definitivo della prima decisione (*res judicata* o *final decision condition*).

Si tratta di un principio oramai acquisito nelle moderne società civili. Le sue deviazioni assumono per lo più un valore storico[10].

Il principio europeo di *ne bis in idem* assume una duplice portata: esso si declina sia in senso procedurale (diritto a non essere perseguito due volte, anche se la prima decisione definitiva è di assoluzione o di non luogo a procedere/provvedere) che sostanziale (diritto a non esser puniti due volte).

La genesi europea del principio si deve alla Convenzione di Schengen (CAAS)[11], prodotto del metodo intergovernativo del terzo pilastro,"comunitarizzato" a partire dal Trattato di Amsterdam[12]. L'*acquis* Schengen concorre, come noto, alla creazione di "*un'area di libertà, sicurezza e giustizia*"[13].

Il principio è oggi codificato, con effetto orizzontale esteso all'intera Unione europea, dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)[14], che, con il Trattato di Lisbona, assume portata vincolante[15].

[10] Cfr. Art. 11 della Carta del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, 1945.

[11] Art. 54 della Convenzione, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo e il Regno dei Paesi Bassi, recante applicazione dell'accordo relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen il 14 giugno 1985: "*Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita*".

[12] La Convenzione è nata nel perimetro del Terzo Pilastro (titolo VI del Trattato sull'Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale), caratterizzato da un approccio intergovernativo, ed è stata successivamente "comunitarizzata" con il Protocollo n. 2 al Trattato di Amsterdam sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea. Attualmente, ventisei Paesi europei, di cui ventidue dei ventisette Stati membri, fanno parte dello spazio Schengen, secondo il modello della cooperazione rafforzata. Cfr. Protocollo 19 al Trattato di Lisbona.

[13] Artt. 3, § 2 TUE e 67 TFUE.

[14] "*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*".

[15] Art. 6, § 1 TUE.

Ancorché sovente richiamati cumulativamente dalla Corte, la quale ha avuto l'indubbio merito di appianare le divergenze testuali correnti tra le due previsioni[16], il raggio di azione dell'art. 54 CAAS non è perfettamente sovrapponibile a quello dell'art. 50 CDFUE. Quest'ultima previsione, al contrario della prima, richiede che entrambi gli interventi repressivi trovino fondamento nel diritto europeo[17]. L'art. 54 CAAS, invece, per un verso non richiede necessariamente la rilevanza europea delle fattispecie oggetto di sovrapposizione – poggiando sul principio di mutuo riconoscimento – e, per altro verso, è limitato al diritto penale in senso stretto[18], coerentemente con il principio di attribuzione[19] e con il rilievo che l'interpretazione della Carta non può determinare un ampliamento delle competenze dell'Unione[20].

È opinione dottrinale diffusa che l'esperienza europea costituisca il primo caso di applicazione transnazionale del principio in parola[21]. Da questo punto di vista, il campo di applicazione della garanzia è più ampio rispetto alla protezione accordata dall'art. 4, Protocollo 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), caratterizzata da una rilevanza meramente interna al singolo Stato firmatario. Mentre la CEDU richiede che la violazione si radichi all'interno della medesima giurisdizione (nel senso che i due procedimenti devono essere avviati o conclusi, avverso lo stesso soggetto, dallo stesso Stato), il *ne bis in idem* europeo vincola le istituzioni e gli organi euro-unitari, unitamente agli Stati membri e le relative articolazioni, anche con riferimento a interventi repressivi avviati o

[16] Ad esempio, l'art. 54 CAAS fa riferimento ai "medesimi fatti", mentre l'art. 50 CDFUE al medesimo "reato".

[17] Art. 51 CDFUE. In argomento, M. Szwarc, *Application of the Charter of Fundamental Rights in the Context of Sanctions Imposed by Member States for Infringements of EU Law: Comment on Fransson Case*, in *European Public Law*, n. 20(2)/2014, 229 ss.; E. Spaventa, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, Studio per il Parlamento europeo (PE 556.930), febbraio 2016.

[18] Secondo le Conclusioni dell'Avv. gen Niilo Jääskinen del 2 maggio 2014 sul caso C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, § 39 e nt. 30, si intende per "*«classico» il diritto penale repressivo, il quale esprime una severa condanna sociale o morale dell'atto in questione ed è qualificato come tale dal diritto applicabile*".

[19] La volontà di circoscrivere all'ambito giudiziario la cooperazione funzionale alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia emerge chiaramente dagli artt. 3, § 2 TUE, 67 e 82-86 TFUE.

[20] Art. 6, § 1, II alinea TUE: "*Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*".

[21] J.A. Vervaele, *Ne bis in idem: Towards transnational constitutional principle in the EU*, in *Utrecht Law Review*, n. 9(4)/2013, 211 ss.

conclusi in diversi territori, nella misura in cui questi diano attuazione al diritto dell'Unione.

Ciò detto, atteso che i diritti codificati nella Carta devono essere interpretati in modo conforme ai corrispondenti diritti enucleati dalla Convenzione[22], l'elaborazione della Corte di Strasburgo è stata centrale per la progressiva affermazione, anche nella casistica della Corte di giustizia, del *ne bis in idem* di diritto amministrativo.

Come noto, uno dei maggiori contributi forniti dalla Corte Edu alla costruzione del *ne bis in idem* europeo è quello dell'estensione della garanzia penalistica in parola anche alle sanzioni amministrative di natura "sostanzialmente penale". In disparte la configurazione formale fornita nel diritto interno alla misura sanzionatoria, in ossequio ai criteri *Engel* occorre condurre un'analisi *substance-based* di tipo multivettoriale, focalizzandosi su elementi quali la natura pubblicistica degli interessi tutelati, la severità della pena in cui la persona interessata rischia di incorrere e le finalità repressive e preventive che la stessa persegue[23]. Nella propria elaborazione successiva la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ulteriormente affinare e sviluppare tali criteri[24]. Ad esempio, le ammende antitrust integrano pacificamente la nozione di "materia penale" rilevante in ambito convenzionale[25].

[22] Art. 52, § 3 CDFUE.

[23] Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, §§ 82-83.

[24] La Corte di Strasburgo ha elaborato dei sotto-criteri per individuare i confini del secondo e del terzo criterio, che rivestono particolare importanza essendo basati sul dato sostanziale e non su mere qualificazioni interne (*Jussila c. Finlandia*, Grande Camera, 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, § 38). Tra questi sotto-criteri rientrano: la destinazione della norma giuridica alla generalità dei consociati e non anche ad un gruppo specifico di soggetti (*Bendenoun c. Francia*, 24 febbraio 1994, ric. n. 12547/86, § 47); il fatto che l'azione debba essere esercitata da un'autorità pubblica in virtù di poteri legali di esecuzione (*Benham c. Regno Unito*, Grande Camera, 10 giugno 1996, ric. n. 7/1995/513/597, § 56); la funzione repressiva o dissuasiva della norma incriminatrice (*Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, § 53; *Bendenoun c. Francia*, cit., § 47); la soggezione della condanna al principio di colpevolezza (*Benham c. Regno Unito*, cit., § 56); la verifica della classificazione che procedimenti analoghi ricevono in altri Stati membri del Consiglio d'Europa (*Öztürk c. Germania*, cit., § 53). Il secondo ed il terzo criterio enunciati nella sentenza Engel sono alternativi, non cumulativi. Tuttavia, quando è dubbio che uno di questi sia pienamente soddisfatto, la Corte propende per un loro impiego cumulativo (si veda in proposito *Grande Stevens* e altri c. Italia, II Sez., 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, § 94). Pertanto, ai sensi della giurisprudenza della Corte Edu il criterio del *nomen iuris* rappresenta solo il primo, presuntivo (e non conclusivo) punto dell'indagine.

[25] Corte Edu, rapp. della Commissione del 30 maggio 1991, *S.A. Stenuit c. Francia*, ric. n. 11598/85, § 65; 3 dicembre 2002, *Lilly v. France* (dec.), ric. n. 53892/00; *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*, ric. n. 43509/08, 27 settembre 2011; 23 ottobre 2018,

Viene in tal modo a realizzarsi quello statuto unitario della sanzione afflittiva che attenta dottrina auspicava, già sulla scorta di una lettura orientata delle norme costituzionali di riferimento, tempo addietro, ben prima che si affermassero con l'odierno vigore i princìpi di matrice sovranazionale[26].

L'operazione concettuale alla quale si assiste oggi con crescente vigore non origina dunque dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che, al netto di precedenti riconoscimenti impliciti[27], è giunta a riconoscere espressamente i criteri *Engel* solo in tempi relativamente recenti (e non senza resistenze e incertezze[28]), sotto la spinta gentile di Strasburgo.

Una volta ricondotte le sanzioni amministrative in senso stretto

Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovenia, ric. n. 47072/15.

[26] Cfr., sulla scia delle coraggiose (ma rimaste a lungo isolate) pronunce della Corte costituzionale nn. 26 del 1966 e 78 del 1967, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 160; M. Siniscalco, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983; E. Cannada Bartoli, *Illecito (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 126. Per uno studio organico e sistematico della materia, con un particolare *focus* sulla necessità di riconoscere le garanzie proprie del diritto penale anche al diritto punitivo amministrativo, M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Napoli, 1983 e, prima, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981. La materia ha registrato una nuova ondata di interesse scientifico in tempi più recenti: tra i molti, cfr. F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2/2014, 337 ss.; D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2022, 47 ss.

[27] Ad esempio, già nelle decisioni dell'8 luglio 1999 sui casi C-199/92 P, *Hüls c. Commissione* e C-235/92 P, *Montecatini c. Commissione*, la VI Sezione della Corte di giustizia ha riconosciuto l'applicabilità del principio penalistico della presunzione d'innocenza ai procedimenti antitrust (rispettivamente, ai §§ 150 e 176).

[28] La dottrina ritiene che, al netto dei riconoscimenti successivi (Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 35), i criteri *Engel* siano stati direttamente applicati dal Giudice di Lussemburgo per la prima volta in Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 giugno 2012, *Lukasz Marcin Bonda*, C-489/10, §§ 37 ss., su cui A. Andreangeli, *Ne bis in idem and Administrative Sanctions: Bonda*, in *Common Market Law Review*, n. 50(6)/2013, 1827 ss. Nondimeno, è dubbio se la versione lussemburghese della nozione di sanzione "sostanzialmente penale" aderisca perfettamente a quella elaborata a Strasburgo. Ad esempio, si parla di "accoglimento (con riserva)" dei criteri *Engel* in F. Bailo, *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di sanzione tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2019, 1225. Per un'analisi comparativa sul livello di scollamento tra Corti sovranazionali e corti nazionali, maggiormente inclini a seguire un approccio formalista, v. E. Grosso, *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2019, 1003 ss.

al nucleo della "materia penale", le garanzie penalistiche di matrice convenzionale vi si devono applicare: giusto procedimento/processo (art. 6, § 1); presunzione d'innocenza (art. 6, § 2); *nulla poena sine lege* (art. 7); *ne bis in idem* (Art. 4, Protocollo 7).

Donde l'affioramento di un *ne bis in idem* amministrativo di diritto europeo.

3. *Itinerario di andata (dal diritto amministrativo al diritto penale): l'emersione di un test unico per il* ne bis in idem *europeo*

Data l'origine convenzionale del *ne bis in idem* di diritto amministrativo, conviene prendere le mosse dalla giurisprudenza di Strasburgo per poi volgere lo sguardo al *case-law* della Corte di giustizia. Pur a fronte di una tendenza di quest'ultima a rivisitare i princìpi enucleati dalla Corte Edu (c.d. *Charter-centrism*)[29], è possibile scorgere un parallelismo di massima nell'elaborazione giurisprudenziale delle due Corti. Esso si apprezza in modo particolare tra il 2016 e il 2018, quando all'arresto della Corte Edu nel caso *A & B c. Norvegia*[30] fa da eco la triade *Menci*[31], *Garlsson*[32] e *Di Puma-Zecca*[33], con l'elaborazione, ad opera della Corte di giustizia, di un nuovo test europeo, che giungerà a un assestamento, auspicabilmente definitivo, solo nel 2022, con le sentenze gemelle *bpost* e *Nordzucker*.

Atteso che con *A & B* e *Menci* le Corti sovranazionali hanno introdotto elementi di flessibilità affini alle logiche del diritto amministrativo, queste decisioni sono individuate come lo spartiacque che in qualche modo occasiona e favorisce la posizione dell'ipotesi di ricerca qui tratteggiata.

In quest'ottica, la ricognizione sintetica che segue traccia una linea di confine ideale tra il "vecchio ordine" del *ne bis in idem* europeo e il "nuovo corso" avviato dalle citate sentenze.

[29] M. Vetzo, *The Past, Present and Future of the Ne Bis in Idem Dialogue Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of Menci, Garlsson and Di Puma*, in *Review of European Administrative Law*, n. 11(2)/2018, 78-82.

[30] Corte Edu, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre 2016, ricc. nn. 24130/11 and 29758/11.

[31] Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15.

[32] Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson*, C-537/16.

[33] Corte di giustizia, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Di Puma – Zecca*, C-596/16 e C-597/16.

3.1 *Il "vecchio ordine" del* ne bis in idem *europeo*

La formulazione testuale dell'art. 4, Protocollo 7 CEDU (same "*offence*"; stesso "*reato*", nella traduzione italiana) ha generato alcune incertezze interpretative iniziali.

In *Gradinger c. Austria* la Corte Edu ha in un primo momento affermato che la condizione dell'*idem* è soddisfatta dall'identità delle condotte materiali perseguite o punite[34]. Tuttavia, nella causa *Oliveira c. Svizzera* la Corte ha valorizzato la qualificazione giuridica della condotta, stabilendo che il Protocollo 7, articolo 4, non si applica "*nei casi di un singolo atto che costituisce diversi reati*". Infatti, in tali circostanze "*un atto criminale costituisce due reati distinti*"[35]. Una terza linea di ragionamento, più vicina a *Gradinger* ma ancora caratterizzata da elementi di valutazione formale, è stata seguita nel caso *Franz Fischer c. Austria*. In questo caso, la Corte ha ritenuto che due reati rientrino nell'ambito di applicazione del Protocollo 7, articolo 4, nella misura in cui condividono "*gli stessi elementi essenziali*"[36].

La Grande Camera è giunta a un criterio univoco nella causa *Sergey Zolotukhin c. Russia*. Il punto di partenza dell'analisi è che la Convenzione deve essere interpretata e applicata in modo da rendere i suoi diritti effettivi, non meramente virtuali, essendo un *living instrument* che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali[37]. In quest'ottica, l'approccio formalistico che pone l'accento sulla qualificazione giuridica dei fatti è irragionevolmente restrittivo dei diritti dell'individuo. Pertanto, la Corte ha ritenuto che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso come un divieto di perseguire due illeciti sostanzialmente penali nella misura in cui essi derivino da fatti materiali identici o sostanzialmente identici. Più precisamente, si ha *idem* in presenza di "*a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in*

[34] 28 settembre 1995, ric. n. 15963/90, § 55.

[35] 30 luglio 1998, ric. no. 25711/94, § 26, sostanzialmente confermata in *Göktan v. France*, 2 luglio 2002, ric. n. 33402/96 e nelle decisioni (di inammissibilità) 2 settembre 2004, *Bachmaier v. Austria*, ric. n. 77413/01 e 14 settembre 2004, *Rosenqvist v. Sweden*, ric. n. 60619/00.

[36] 29 maggio 2001, ric. n. 37950/97, § 25.

[37] G. Letsas, *The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy*, in A. Føllesdal - B. Peters - G. Ulfstein (a cura di), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, 106 ss.

order to secure a conviction or institute criminal proceedings"[38].

È interessante notare che, in questo caso, il processo di *cross-fertilisation* ha seguito una direzione opposta rispetto a quanto descritto con riferimento alla nozione di "materia penale", nel senso che è stata la giurisprudenza di Strasburgo ad essere condizionata da quella di Lussemburgo, e non viceversa.

Invero, già prima della decisione pilota sul caso *Sergey Zolotukhin c. Russia* la Corte di giustizia aveva applicato l'art. 54 CAAS accogliendo una nozione materialistica del concetto di *idem*, da intendersi, in ossequio alla formulazione letterale della previsione (*same acts*), quale *idem factum*, e non come *idem crimen*. Essa ha in particolare statuito che "*l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*"[39].

Tuttavia, la Corte di giustizia ha graduato l'intensità della garanzia di *ne bis in idem* in funzione della *policy area* volta per volta interessata, dando così vita a un mosaico frammentario di tutele, non esente da critiche.

In particolare, mentre nel corso degli anni la nozione materiale di *idem factum* è stata estesa, in forza dell'art. 50 CDFUE, anche al diritto amministrativo punitivo di matrice europea (ad esempio, in relazione a illeciti posti in essere in materia di politica agricola[40], imposta a valore aggiunto[41] o di trasparenza dei mercati finanziari[42]), nell'ambito del diritto antitrust ha a lungo prevalso un approccio a sé.

Come noto, in materia antitrust si è affermato un orientamento più stringente, che declinava la nozione di *idem* secondo il criterio dell'*idem crimen*. Segnatamente, si è a lungo affermato che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in ambito concorrenziale fosse "*soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato. Tale principio vieta quindi di sanzionare lo*

[38] Grande Camera, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, §§ 78-84, confermata, tra le altre, dalle pronunce 27 novembre 2014, *Lucky Dev v. Sweden*, ric. no 7356/10, § 52 e Grande Camera, 8 luglio 2019, *Mihalache v. Romania*, ric. n. 54012/10, § 67.

[39] Corte di giustizia, Sez. II, 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, C-436/04, § 36. Nel caso di specie, l'interessato era stato condannato in Norvegia il 2 ottobre 2000 per importazione illegale di sostanze stupefacenti e, in Belgio, il 19 marzo 2003 per esportazione illegale dei medesimi prodotti. Successivamente, tra le molte, 28 settembre 2006, C-150/05, *van Straaten*, § 48; 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini*, § 48; 18 luglio 2007, C-367/05, *Kraaijenbrink*, § 26; 18 luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, §§ 29-34.

[40] *Bonda*, C-489/10 cit.

[41] *Menci*, C-524/15 cit.

[42] *Garlsson*, C-537/16 cit. e *Di Puma – Zecca*, C-596/16 e C-597/16 citt.

stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico"[43]. Si tratta di una lettura che può apparire a prima vista singolare, considerato che, proprio con riferimento a questa materia, la Corte ha riconosciuto il principio del *ne bis in idem* per la prima volta (ancorché in una versione fortemente depotenziata), persino prima della ratifica della Convenzione di Schengen[44]. A uno sguardo più attento, però, nella fase primigenia del processo d'integrazione europea vi erano ragioni che potevano supportare, almeno in parte, un simile approccio: nell'area Schengen, l'esigenza di creare un'area di libertà, sicurezza e giustizia imponeva agli Stati contraenti di riporre mutua fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia penale[45] e al contempo promuoveva la libertà di circolazione degli individui[46]; nella seconda *policy area*, la mera preordinazione del diritto europeo della concorrenza "primitivo" a eliminare gli ostacoli alla creazione di un mercato interno[47] lasciava agli ordinamenti nazionali la facoltà di dettare discipline più severe (paradigmatico il caso del diritto tedesco)[48].

Nel corso del tempo, però, sono venute a modificarsi alcune importanti condizioni di contesto. Non è decisiva la circostanza che, all'indomani della modernizzazione del diritto della concorrenza, i sistemi nazionali di antitrust *enforcement* sono stati ravvicinati e armonizzati, con la creazione dell'*European Competition Network* (ECN)[49]. E invero, a livello sostanziale

[43] Corte di giustizia, Sez. V, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland, C-204/00 P e a.*, § 338.

[44] Muovendo da esigenze di "*natural justice*", si richiedeva alle autorità che sanzionassero o perseguissero, nei confronti del medesimo soggetto, la stessa condotta, la prima volta in forza del diritto europeo e la seconda in base al diritto nazionale (o viceversa), di giungere a un trattamento sanzionatorio complessivamente proporzionato (c.d. *accounting principle*): cfr. Corte di giustizia, 14 dicembre 1972, C-7/72, *Boehringer*. Successivamente, in termini, 13 febbraio 1992, C-14/68, *Walt Wilhelm et al. c Bundeskartellamt*, §§ 3 e 11.

[45] Corte di giustizia, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, § 33.

[46] Corte di giustizia, Sez. V, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, § 32.

[47] V. Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950 (*"Contrariamente ad un cartello internazionale, che tende alla ripartizione e allo sfruttamento dei mercati nazionali mediante pratiche restrittive e il mantenimento di profitti elevati, l'organizzazione progettata assicurerà la fusione dei mercati e l'espansione della produzione"*), nonché Corte di giustizia, 15 luglio 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64 e 13 luglio 1966, *Consten e Grundig c. Commissione della CEE*, C-56 e 58/64.

[48] Per questa retrospettiva, M. Libertini, *Cumulative Enforcement of European and National Competition Law and the Ne Bis In Idem Principle* in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, n. 12(20)/2019, 232 ss.

[49] Reg. (CE) n. 1/2003. Auspicavano un nuovo corso del *ne bis in idem* alla luce del suddetto regolamento G. Accardo - F. Louis, *Ne Bis in Idem, Part Bis*, in *World Competition*, n. 34/2011, 97 ss.

l'ECN ammette la contestuale applicazione del diritto europeo e nazionale della concorrenza (c.d. doppia barriera)[50], in tal modo fornendo terreno fertile per la sopravvivenza della tesi dell'interesse giuridico protetto. Dal punto di vista procedurale, poi, l'ECN rimette il coordinamento tra *enforcer* a strumenti di *soft law*, che non creano aspettative azionabili da parte dei singoli[51]. Nonostante i progressi recati dalla modernizzazione del diritto della concorrenza, la vera spinta al cambiamento era dunque legata al fatto che, nel 2009, è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, che – come anticipato – attribuisce valore vincolante alla Carta.

Pur essendo maturi i tempi per un *revirement*, la Corte di giustizia ha ritenuto di dover confermare il proprio orientamento. Tanto proprio sul rilievo che il Regolamento 1/2003, avendo optato per l'applicazione parallela e contestuale degli artt. 101 e 102 TFUE e del pertinente diritto nazionale, avrebbe consentito di mantenere in vita la tesi della duplicità di interessi giuridici protetti[52]. In questa criticabile prospettiva *policy-oriented*, la conformazione della legislazione secondaria prevaleva, dunque, sul riconoscimento di un diritto fondamentale sancito in una fonte di rango superiore[53].

[50] Cfr., in particolare, art. 3, § 1 Reg. (CE) n. 1/2003. Sembra interessante notare che la proposta di regolamento formulata dalla Commissione aveva optato per il modello della barriera unica (art. 3 Proposta di regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato recante modifica dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87, COM/2000/0582 def.). In argomento, v. M. Filippelli, *Il mito della doppia barriera nell'attuale assetto dell'"enforcement" antitrust*, in *Rivista di diritto industriale*, n. 6/2018, 512 ss.

[51] Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (2004/C 101/03), in partic. § 4: "*Le consultazioni e gli scambi che avvengono nell'ambito della rete riguardano solo le autorità pubbliche incaricate di far rispettare il diritto antitrust e non pregiudicano i diritti o gli obblighi che spettano alle imprese ai sensi del diritto comunitario o nazionale*".

[52] Corte di giustizia, Grande Sezione, 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba*, §§ 81-83 e 97.

[53] Molte le voci critiche in dottrina: oltre a W.P.J. Wils, *The Principle of Ne Bisin Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, n. 26/2003, 143-144 (già prima della sentenza *Toshiba*, e anche sulla base di ragioni di analisi economica del diritto), cfr. G. Di Federico, *EU Competition Law and the Principle of 'Ne Bis in Idem'*, in *European Public Law*, n. 17(2)/2011, 253; J.A.E. Vervaele, *Ne Bis In Idem* cit., 221-222; R. Nazzini, *Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis in Idem as a Limiting Principle*, in B. van Bockel (a cura di), *Ne Bis in Idem* cit., 150-151; G. Lo Schiavo, *The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope restrictions*, in *European Constitutional Law Review*, n. 14(3)/2018, 654; R. Tremolada, *Sanzioni antitrust e ne bis in idem*, in *Diritto Industriale*, n. 1/2020, 5 ss.; G. Lasagni, *La Corte di giustizia e la definizione di idem nel diritto della concorrenza: verso la creazione di una*

3.2. *Il "nuovo corso" del* ne bis in idem *europeo*

In qualche misura condizionata dalla forte azione di pressione degli Stati firmatari, desiderosi di riappropriarsi del proprio *ius puniendi*, prerogativa tipica della sovranità, nel caso *A & B v. Norvegia* la Grande Camera di Strasburgo, discostandosi da quanto in precedenza statuito nel caso *Grande Stevens c. Italia*[54], ha aperto le porte al doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto[55].

Come noto, pur mantenendo una nozione materialistica di *idem*[56], nel *leading case* del 2016 la Corte di Strasburgo ha allentato quella di *bis*, ammettendo procedimenti multipli, purché idonei ad assicurare una "*connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo*" tra i due piani di intervento repressivo[57].

Non si tratta di un'endiadi, ma di due criteri cumulativi.

Ai fini del criterio della "*sufficiently close connection in substance*" occorre verificare, a titolo esemplificativo e non esaustivo: la complementarietà degli interessi perseguiti (e degli aspetti di disvalore sociale colpiti) dalle normative in forza delle quali ha luogo il duplice intervento repressivo, con la precisazione che tale valutazione deve avvenire in concreto, non in astratto; se la duplicazione è una conseguenza prevedibile della singola condotta; se i due procedimenti/giudizi sono condotti in modo tale da evitare ogni possibile duplicazione istruttoria, attraverso adeguati meccanismi di raccordo tra le autorità competenti; se la sanzione eventualmente irrogata ad esito del primo procedimento/giudizio è presa in considerazione nella commisurazione della seconda pena, in modo da assicurare che il trattamento complessivo sia, se del caso, proporzionato[58].

Per quanto concerne il criterio della "*sufficiently close connection in time*" si richiede, invece, che il collegamento temporale sia tale da proteggere l'individuo dall'incertezza del ritardo e dal protrarsi delle indagini nel

nozione uniforme?, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 1/2020, 10/II ss.

[54] Corte Edu, Sez. II, 4 marzo 2014, ricc. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. In commento, G.M. Flick, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Rivista delle Società*, n. 5/2014, 953 ss. e M. Allena, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11/2014, 1053 ss.

[55] Corte Edu, *A & B* cit.

[56] Ib., § 141.

[57] Ib., §§ 123-130.

[58] Ib., § 132.

tempo. Quanto più debole è la connessione temporale, tanto maggiore è l'onere per lo Stato di giustificare eventuali ritardi nella conduzione del procedimento[59].

In disparte gli sforzi della Corte di ricondurre questo arresto alla propria casistica risalente, "*è chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di* bis in idem"[60].

Proprio su queste (nuove) basi, ritenendo che il legislatore non abbia soddisfatto il criterio della "*close connection in substance and time*" elaborato dalla Corte Edu, di recente la Corte costituzionale, dopo alcune pronunce di inammissibilità[61], ha per la volta accolto una questione di legittimità per violazione del principio convenzionale di *ne bis in idem*[62].

Il controcanto della Corte di giustizia al "nuovo corso" del *ne bis in idem* ha seguito una traiettoria teorica diversa, ma è giunto ad approdi sostanzialmente similari negli effetti.

Nei già richiamati casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca*[63] la Corte ha affrontato la tematica del doppio binario sanzionatorio, chiarendo che l'avvio o la prosecuzione di un procedimento (amministrativo o penale) dopo che è intervenuta una decisione definitiva per lo stesso fatto avverso il medesimo soggetto costituisce sempre, in linea di principio, una violazione del divieto di *bis in idem*. In ciò la posizione di Lussemburgo si differenzia da quella di Strasburgo, che – data anche l'impossibilità di derogare ai

[59] Ib., § 134.

[60] Così, condivisibilmente, Corte cost., sentenza n. 43 del 2018.

[61] In materia di doppio binario sanzionatorio per *market abuse*, v. ad es. Corte cost., sentenza n. 102 del 2016, su cui E. Bindi, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Società*, n. 10/2016, 1125 ss.

[62] Sentenza n. 149 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-*ter* della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-*bis* della medesima legge. La Consulta ha in tale sede aggiunto che "*spetta* […] *al legislatore rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedimentali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte*".

[63] *Menci*, C-524/15 cit.; *Garlsson*, C-537/16, cit.; *Di Puma - Zecca*, C-596/16 e C-597/16 citt.

diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione[64] – interviene a monte del problema, escludendo l'integrazione della condizione del *bis* in presenza di alcuni presupposti (come visto, "*close connection in substance and time*" dei due procedimenti amministrativi o giudiziari).

Allo stesso tempo – e in ciò avvicinandosi alla Corte Edu – la Corte di giustizia ha ammesso che la Carta può tollerare delle compressioni, purché prevedibili, ragionevoli e proporzionate, dei diritti e delle libertà ivi riconosciuti. Il viatico argomentativo passa per la "*general limitation clause*" di cui all'art. 52, § 1 CDFUE[65], in virtù della quale "*eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*".

Su tali basi, la Corte di giustizia ha statuito che il *ne bis in idem* europeo non è di per sé ostativo a un doppio binario, nella misura in cui i) ciò sia previsto dalla legge e questa ii) rispetti il contenuto essenziale del diritto al *ne bis in idem*, iii) risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o, nell'ottica del bilanciamento, all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, iv) sia in linea con il principio di proporzionalità.

Spetta al giudice nazionale valutare, sulla scorta dei suddetti criteri, se il legislatore ha rispettato i criteri per derogare legittimamente al *ne bis in idem* europeo[66].

---

[64] Art. 15, § 2 CEDU.

[65] Così K. Lenaerts, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, n. 8/2012, 388. In argomento, v. anche S.A. de Vries, *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, n. 9(1)/2013, 169 ss.; M. Brkan - S. Imamović, *Article 52: Twenty-Eight Shades of Interpretation?*, in M. Bobek - J. Adams-Prassl (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Londra, 2020, 421 ss.; O. Scarcello, *Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphean Task?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 16/2020, 647 ss.

[66] A valle della decisione *Menci* cfr. ad es., in materia IVA, la sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2019 e l'ordinanza n. 114 del 2020, entrambe di inammissibilità. Per quanto concerne la materia del *market abuse*, la mini-riforma attuata dal d. lgs. n. 107 del 2018 ha apportato delle modifiche all'art. 187-*terdecies* del T.U.F. Pur non essendo scevra da criticità, la soluzione legislativa appare in linea con la giurisprudenza sovranazionale, secondo la lettura di M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Società*, n. 5/2019, 533 ss.

L'introduzione di una simile clausola di flessibilità avrebbe potuto favorire un intervento, legislativo e/o giurisprudenziale, teso a estendere questi princìpi anche ai casi di *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo, di modo da superare l'(oramai ingiustificato) approccio differenziato al *ne bis in idem* in materia antitrust. E infatti, in forza della giurisprudenza *Menci* non vi era più necessità di negare l'applicazione del divieto di *bis in idem* a fronte di duplici repressioni del diritto antitrust, in quanto l'avvio di procedimenti paralleli sulla medesima infrazione anticoncorrenziale avrebbe potuto aver luogo, nel rinnovato contesto, in presenza di adeguati meccanismi, previsti per legge, di raccordo verticale (tra Commissione europea e autorità della concorrenza nazionali) o orizzontale (tra autorità nazionali)[67]. Allo stato, il legislatore europeo non ha colto l'invito. Nel potenziare i poteri delle autorità nazionali competenti e il livello di integrazione amministrativa tra le stesse e la Commissione europea, la Direttiva ECN+[68] non ha infatti ritenuto di dover introdurre meccanismi tesi a prevenire, sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte, l'insorgenza di *bis in idem*.

Per altro profilo, l'applicabilità della giurisprudenza *Menci* al diritto antitrust non poteva neanche dirsi pacifica. Di là delle divise letture dottrinali[69] e dell'opinione (favorevole) espressa dall'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona[70], nel caso *Slovak Telekom* la Corte di giustizia ha in un

[67] Per di più, laddove si fosse ritenuto che due interventi antitrust condotti ai sensi della medesima disciplina sostanziale di riferimento (*i.e.* artt. 101 e 102 TFUE e corrispondenti norme nazionali) violano *"il contenuto essenziale"* del diritto sancito dall'art. 50 CDFUE, con conseguente impossibilità di applicare l'art. 52, § 1 CDFUE, il problema del *ne bis in idem* avrebbe comunque potuto essere eliminato in radice facendo leva sull'esistenza di una consolidata e ben rodata rete amministrativa. In particolare, il legislatore avrebbe potuto disciplinare forme procedimentali integrate, con istruttorie portate contestualmente avanti da più autorità che agiscono in stretto coordinamento tra loro e giungono a una decisione finale nello stesso momento. Ad esempio, ciò è avvenuto in via di prassi nell'istruttoria svedese, francese e italiana avviata nel 2014 contro *Booking.com* e conclusa nel 2015 con decisioni coeve di accettazione degli impegni. In tal modo, infatti, non si registra un *bis* in senso tecnico, in quanto il procedimento, ancorché formalmente plurale, è nella sostanza unitario, venendo segmentato per mere esigenze organizzative.

[68] Direttiva 2019/1/UE.

[69] A favore dell'estensione dei principi *Menci* al diritto antitrust, v. M. Luchtman, *The ECJ's recent case law on ne bis in idem* cit., 1746-1749 e M. Veenbrink, *Bringing Back Unity: Modernizing the Application of the Non Bis in Idem Principle*, in *World Competition*, n. 42/2019, 67 ss. In senso contrario, P. Rossi, V. Sansonetti, *Untangling the inextricable: The notion of "same offence" in EU competition law*, in *Competition Law Review*, n. 3/2020, 59 ss.

[70] Conclusioni rese il 12 settembre 2017 nei casi *Menci*, C-524/15, *Garlsson*, C-537/16 e *Di Puma - Zecca*, C-596/16 e C-597/16, § 103.

primo momento optato per la risposta negativa al quesito, confermando, limitatamente al diritto della concorrenza, il test tripartito sull'*idem* (identità di persona, condotta e interesse)[71].

3.3 (Segue). *L'ultimo capitolo del* ne bis in idem *europeo: i casi bpost e Nordzucker*

La decisione sul caso *Slovak* è passata quasi sotto traccia, dando l'impressione di esser resa senza un'adeguata riflessione critica alle spalle[72].

Non c'è voluto molto perché, con una coppia di rinvii pregiudiziali, la questione fosse sottoposta nuovamente all'attenzione della Grande Sezione.

Interessante notare, ai fini della presente indagine, che trattasi di due ipotesi di *ne bis in idem* europeo di puro diritto amministrativo.

Nel primo caso (*bpost*) l'autorità postale belga aveva irrogato una sanzione contro l'impresa incaricata del pubblico servizio, con decisione in seguito annullata con sentenza definitiva. La medesima condotta veniva quindi sanzionata anche dall'autorità antitrust del medesimo Stato (che tuttavia teneva conto dell'intervento del Regolatore ai fini della quantificazione dell'ammenda).

Il secondo caso concerneva invece un'intesa restrittiva della concorrenza indagata, a seguito di domanda di clemenza, sia dall'autorità nazionale austriaca che da quella tedesca, in entrambi i casi per violazione dell'art. 101 TFUE in combinazione con le norme nazionali di riferimento.

Sull'assunto che, ad oggi, non sussistono valide ragioni per graduare l'intensità della garanzia fondamentale del *ne bis in idem* a seconda della *policy area* interessata, nelle sue conclusioni l'Avv. gen. Bobek ha proposto di adottare un test unico, assumendo tuttavia come *benchmark* il criterio tripartito elaborato in materia antitrust, che, superando definitivamente la giurisprudenza *Menci*, sarebbe dunque dovuto diventare il parametro

[71] Corte di giustizia, Sez. VIII, 25 febbraio 2021, C-857/19, § 43, su cui v P. Whelan, *Applying Ne Bis in Idem to Commission Proceedings Implicating Article 11(6) of Regulation 1/2003: Case C-857/19 Slovak Telekom*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 12/2020, 746 ss..

[72] Dalle citate conclusioni dell'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona nei casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca* si evince che, nell'ambito di quel giudizio, in udienza la Commissione europea ha espressamente richiesto alla Corte "*di non modificare nella presente causa la sua giurisprudenza citata nella nota precedente, in attesa di altri casi più pertinenti in cui esaminare tale questione*" (nt. 86). Tuttavia, il caso *Slovak* è stato deciso con una procedura scritta, senza fase orale e intervento di un *amicus curiae*.

interpretativo esclusivo dell'art. 50 CDFUE[73].

Condividendo l'assunto di partenza dell'Avvocato generale, se ne sono tratte conclusioni opposte, proponendo di elevare la giurisprudenza *Menci* a test unico per il *ne bis in idem* europeo, finalmente accantonando, invece, la versione alternativa sviluppatasi in materia antitrust[74].

La Grande Sezione ha seguito questa seconda strada.

In via preliminare, la Corte è finalmente giunta ad ammettere che "*la portata della tutela conferita* [dall'art. 50 CDFUE] *non può, salvo disposizione contraria del diritto dell'Unione, variare da un settore di quest'ultimo a un altro*". Una volta compiuta questa fondamentale operazione di *reductio ad unum*, la Corte non ha avuto motivo di abbandonare il criterio "*dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato*", che, di qui in avanti, dovrà dunque trovare applicazione anche nei casi in cui viene in rilievo il diritto della concorrenza (da solo o in combinazione con regolazioni settoriali di matrice europea)[75].

Coerentemente con la giurisprudenza *Menci*, la Corte ha tuttavia ricordato che la regola può conoscere eccezioni, se sono rispettati i presupposti fissati dall'articolo 52, § 1 CDFUE.

Come visto, in forza di tale previsione eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui), nonché rispettare il principio di proporzionalità[76].

In tale contesto, richiamando *A & B* la Corte ha legato il superamento del test di proporzionalità in senso stretto[77] al fatto che il cumulo di interventi sia "*strettamente necessario, tenendo conto* […] *dell'esistenza di un*

[73] Conclusioni del 2 settembre 2021 rese nei casi C-117/20, *bPost*, § 133 e C-151/20, *Nordzucker*, § 39.

[74] M. Cappai, G. Colangelo, *A Unified Test for the European Ne Bis in Idem Principle: The Case Study of Digital Markets Regulation*, SSRN working paper (27 ottobre 2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3951088.

[75] *bpost*, C-117/20 cit., §§ 33-35 e *Nordzucker*, C-151/20 cit., §§ 38-40.

[76] *bpost* cit., § 41; *Nordzucker* cit., § 50.

[77] Come noto, il test tripartito elaborato dalla Corte di giustizia valuta se la misura in questione sia: i) idonea a raggiungere lo scopo, ii) necessaria per raggiungere l'obiettivo e se costituisca iii) il mezzo meno restrittivo disponibile per raggiungere tale obiettivo (proporzionalità in senso stretto).

nesso temporale e materiale sufficientemente stretto tra i due procedimenti di cui trattasi"[78].

4. *Una convergenza che non lascia del tutto appagati: le ragioni (e i timori) della comunità penalistica e di quella amministrativistica*

Lo sforzo convergente delle Corti sovranazionali ha favorito l'emersione di una cultura "minima" della sanzione punitiva, che oggi assume portata di principio generale del diritto europeo. Nessun dubbio che questa opera di ravvicinamento abbia prodotto vantaggi tangibili per la tutela dell'individuo, indefettibili in un ordinamento sempre più policentrico, multilivello e globalizzato.

Nondimeno, il fenomeno reca con sé anche un rischio: che nel processo di ibridazione reciproca tra diritto penale e diritto amministrativo entrambe le discipline possano veder affievoliti alcuni dei propri connotati tipici.

E così, non è isolata, nella prospettiva penalistica, la notazione che, a partire dal *leading case A & B*, la Corte di Strasburgo abbia aperto una breccia nel sistema di tutele faticosamente costruito negli anni. In particolare, nella propria *dissenting opinion* il Giudice Pinto ha osservato che – di là degli sforzi argomentativi[79] – *A & B* rappresenti un *camouflaged overruling* che pone nel nulla, in buona sostanza, la nozione materialistica di *idem factum* precedentemente elaborata, per le situazioni di doppio binario sanzionatorio, in *Grande Stevens*. E infatti, nell'attribuire rilevanza, attraverso la nozione di "complementarità" propria del test della "*connessione sufficientemente stretta nella sostanza*", ai criteri dell'interesse giuridico tutelato[80] e degli elementi costitutivi della fattispecie illecita[81], la Corte di Strasburgo avrebbe di fatto introdotto nella *bis condition* concetti arbitrari che erano stati faticosamente espunti dalla *idem condition*[82]. Più in generale, le ragioni critiche dei penalisti – abituati a confrontarsi con un principio di legalità stretta – si appuntano sul carattere eccessivamente indefinito, e come

[78] *bpost* cit., § 53.

[79] Cfr. ad. es. il § 123, in cui la Corte si preoccupa – non senza forzature – di ricavare la soluzione interpretativa dai propri precedenti.

[80] Ib., § 132.

[81] Ib., 144.

[82] Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, § 56. In senso adesivo, S. Mirandola, G. Lasagni, *The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law*, in *Eucrim*, n. 2/2019, 126 ss.

tale non certo e prevedibile, delle condizioni che rendono due interventi repressivi "*sufficiently close in substance and time*". Proprio in quest'ottica, l'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, nelle conclusioni rassegnate nei casi *Menci*, *Garlsson* e *Di Puma-Zecca*, aveva invitato la Corte a non porsi in scia di *A & B*[83]. E quando tale allineamento si è verificato – sia pure, s'è visto, attraverso una diversa traiettoria concettuale – la complessiva vicenda è stata etichettata come esempio di *negative cross-fertilisation* tra Corti[84]. In effetti, ancorché la definizione di un test unitario per il *ne bis idem* europeo meriti di esser salutato con favore, sarebbe illusorio (ed errato) ritenere che *bpost* e *Nordzucker* chiudano definitivamente il cerchio, sopendo per sempre problematiche e dubbi interpretativi concernenti l'istituto. Invero, sussiste il rischio che, a fronte di atteggiamenti giurisprudenziali eccessivamente laschi in merito alle condizioni che legittimano la deroga al principio (art. 52, § 1 CDFUE), l'eccezione al diritto di *ne bis in idem* divenga regola, di modo da vanificare, a livello pratico, l'apprezzabile sforzo teorico compiuto dalla Grande Sezione[85]. Le Corti superiori nazionali possono dare un contributo in questo senso, gettando le fondamenta per un edificio di tutele auspicabilmente più stabile e solido, come la recente decisione della Consulta sul caso *P.O.* sta a dimostrare[86].

[83] Conclusioni rese il 12 settembre 2017 dall'Avv. gen. Campos Sánchez-Bordona nelle Cause C-524/15, C-537/16, C-596/16 e C-597/16, § 73: "*introdurre nel diritto dell'Unione un criterio di interpretazione dell'articolo 50 della Carta fondato sul maggiore o minore nesso materiale e temporale tra alcuni procedimenti (quelli penali) e altri (quelli amministrativi sanzionatori) aggiungerebbe notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti. I diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti e il loro esercizio richiede una prevedibilità e una certezza che, a mio parere, non sono compatibili con un simile criterio*".

[84] P. Pinto de Albuquerque - H.S. Lim, *The Cross-fertilisation between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: Reframing the Discussion on Brexit*, in *European Human Rights Law Review*, n. 6/2018, 571 ss. In senso critico, v. anche S. Stacca, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2018, 748 ss. Esprime preoccupazione per il differente standard adottato dalle Corti sovranazionali A. Turmo, *Ne bis in idem in European Law: A Difficult Exercise in Constitutional Pluralism*, in *European Papers*, n. 5(3)/2020, 1341 ss.

[85] V. già M. Cappai, G. Colangelo, *La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *Giustiziainsieme*, 13 aprile 2022.

[86] Corte cost., n. 149/2022 cit., § 5.2.3 in diritto, in cui si rinviene, per la prima volta, una rigorosa applicazione pratica del criterio di "*sufficiently close connection in substance and time*" elaborato dalla Corte Edu: "*non c'è dubbio che il sistema normativo congegnato dalla legge n. 633 del 1941 consenta al destinatario dei suoi precetti di prevedere la possibilità di essere soggetto a due procedimenti distinti, e conseguentemente a due distinte classi di sanzioni. Tuttavia, non può ritenersi che i due procedimenti perseguano scopi complementari, o*

In altri termini, più che l'annichilimento dell'istituto del *ne bis in idem*, si registra uno spostamento progressivo dello stesso verso il principio di proporzionalità[87]. Spostamento in qualche modo favorito dall'inclusività dell'odierno diritto punitivo europeo, definitivamente (e oramai univocamente) aperto alle sanzioni amministrative in senso stretto. Il problema, dunque, si sposta sul modo in cui viene governato, in concreto, il principio di proporzionalità.

E qui vengono le ragioni (e i timori) degli amministrativisti.

Infatti, se per un verso la comunità penalistica vede nel descritto processo di convergenza il rischio di aperture verso paradigmi ermeneutici eccessivamente flessibili, indeterminati e dunque, in ultimo, incerti, per altro verso la comunità amministrativistica osserva con interesse la contaminazione della propria disciplina con le regole processual-penalistiche, salvo poi riscontrare, a posteriori, che esse vengono sovente declinate, rispetto alle sanzioni irrogate dalla p.A., in modo più blando e minimale.

Alcuni esempi potranno giovare.

Il primo equivoco discende direttamente dalla giurisprudenza della Corte Edu, laddove essa ha tratteggiato, non senza critiche[88], la distinzione tra "*hard core criminal law*" e "*minor offences*", per trarne la conclusione

concernano diversi aspetti del comportamento illecito. […]. *I due procedimenti originano dalla medesima condotta, ma seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al* ne bis in idem".

87 V. ad es. G. Agrifoglio, *Autonomia ordinamentale e pluralismo giuridico: il divieto ne bis in idem, tra Engel criteria e principio di proporzionalità*, in *Europa e Diritto Privato*, n. 2/2019, 455 ss.: "Ma si può realmente parlare di 'un'eclissi' del principio in esame? O si deve piuttosto constatare come esso venga di volta in volta adattato al caso concreto, sulla base del concetto, dai contorni sfumati, di proporzionalità della sanzione; proporzionalità che viene di volta in volta adeguata alla gravità dei singoli illeciti ed il cui giudizio viene in ultima analisi delegato ai giudici nazionali? L'analisi della recente giurisprudenza sembra rispondere nel secondo senso".

88 Cfr. la (parziale) *dissenting opinion* del Giudice Loucaides, cui hanno aderito i Giudici Zupančič e Spielmann, in *Jussilia* ("*I find it difficult, in the context of a fair trial, to distinguish, as the majority do in this case, between criminal offences belonging to the 'hard core of criminal law' and others which fall outside that category. Where does one draw the line?*") e la *dissenting opinion* del Giudice Pinto in *Menarini* ("*L'acceptation d'un 'pseudo-droit pénal' ou d'un 'droit pénal à deux vitesses', où l'administration exerce sur les administrés un pouvoir de punition, imposant parfois des sanctions pécuniaires extrêmement sévères, sans que s'appliquent les garanties classiques du droit et de la procédure pénale, aurait deux conséquences inévitables: l'usurpation par les autorités administratives de la prérogative juridictionnelle du pouvoir de punir et la capitulation des libertés individuelles devant une administration publique toute-puissante*").

che le "*criminal-head guarantees*", e in particolare il "*right to be heard*", potesse esser declinato in modo meno rigoroso nel secondo caso[89]. Da cui alcune esternalità negative: la Corte di giustizia, che già di per sé fatica a riconoscere senza riserve la natura "sostanzialmente penale" delle sanzioni amministrative[90] (talvolta in ciò confortata dal diritto secondario, come in ambito antitrust[91]); e, quando lo ha fatto, ha spesso mostrato di intendere che trattasi, in ogni caso, di "*minor offences*"[92]. Questo retropensiero, come evidente, ha un effetto a cascata sul riconoscimento (e sulla successiva

[89] Corte Edu, *Jussilia* cit., § 43: "*Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency*".

[90] Non sono isolate le voci dottrinali che ravvisano un approccio per differenza della Corte di giustizia rispetto alla nozione convenzionale di "pena"; da cui, a cascata, una declinazione a macchia di leopardo ed "erratic" delle garanzie annesse a questo *status*: P. Caeiro, *The influence of the EU on the 'blurring' between administrative and criminal law*, in F. Galli, A. Weyembergh (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, 2014, 178 ss.; A. Weyembergh - N. Joncheray, *Punitive administrative sanctions and procedural safeguards. A Blurred Picture that Needs to be Addressed*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 7(2)/2016, 190 ss.

[91] Il Reg. 1/2003, confermando sul punto il Reg. (CE) n. 17/1962 (art. 15, § 4) e il Reg. (CE) n. 4056/1986 (art. 19, § 4), prevede che "*le decisioni adottate a norma* [del diritto europeo della concorrenza] *non hanno carattere penale*" (art. 23, § 5). Al contempo, la stessa Corte di giustizia ha dovuto riconoscere, almeno implicitamente, che le ammende antitrust hanno natura quasi-penale. Questa tensione è essenzialmente dovuta a ragioni di *policy*, come reso esplicito in Corte di giustizia, Sez. VI, 18 settembre 2003, C-338/00 P, *Volkswagen c. Commissione*, § 97 ("*se la tesi della ricorrente venisse accolta, l'efficacia del diritto comunitario della concorrenza verrebbe seriamente pregiudicata*"), richiamata sul punto da Tribunale UE, 1° luglio 2008, T-276/04, *Compagnie maritime belge c. Commissione*, § 66. In argomento, A. Bailleux, *The Fiftieth shade of Grey. Competition Law, 'criministrative law' and Fairly fair*, in F. Galli, A. Weyembergh (a cura di), Do labels still matter? cit., 137 ss. Secondo l'Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, "*l'insieme delle garanzie sviluppate nell'ambito del diritto penale, che ha per protagonisti lo Stato sanzionatore, da un lato, e il presunto autore dell'infrazione, dall'altro, non si traspone in blocco nella sfera del diritto della concorrenza. Dette garanzie mirano, infatti, a compensare uno squilibrio di potere. In materia di libera concorrenza, questi parametri risultano alterati, in quanto si mira a proteggere la collettività dei singoli soggetti che costituiscono la società, composta da gruppi di consumatori, contro grandi imprese che dispongono di risorse considerevoli. Riconoscere a tali trasgressori le stesse garanzie procedurali accordate al singolo più vulnerabile, oltre ad essere una crudele ironia, significherebbe in ultima analisi ridurre la protezione, in questo caso economica, del singolo, che è la vittima principale dei comportamenti anticoncorrenziali*" (Conclusioni del 17 ottobre 2002 in C-338/00 P cit., § 66).

[92] In relazione al diritto della concorrenza, v. ad esempio le Conclusioni rese dall'Avv. gen. Sharpston il 10 febbraio 2011 nella causa C-272/09 P, *KME Germany e.a. c. Commissione*, §§ 64 e 67, nonché W.P.J. Wils, *EU antitrust enforcement powers and procedural rights and guarantees: The interplay between EU law, national law, the Charter of fundamental rights of the EU and the European Convention on human rights*, in *Competition Law Review*, n. 2/2011, 49-50, §§ 58-59.

gradazione) delle garanzie penalistiche. Per la proprietà transitiva, lo stesso è lecito attendersi in relazione all'interpretazione delle condizioni che legittimano, ai sensi dell'art. 52, § 1 CDFUE, la deroga al *ne bis in idem*. Interpretazione che, per l'appunto, rischia di essere meno rigorosa nei confronti delle sanzioni amministrative.

Un secondo aspetto potenzialmente frenante rispetto all'affermazione di uno statuto (realmente) unitario della sanzione afflittiva è la perdurante diversità di trattamento, in qualche modo connaturata al diritto penale (*societas delinquere non potest*), tra persone fisiche e persone giuridiche[93]. Nella prospettiva del diritto amministrativo, tuttavia, la disparità di trattamento tra persona fisica e persona giuridica non trova pari giustificazione. La distinzione assume rilievo ai fini della concreta gradazione del *ne bis in idem* amministrativo, in quanto, anche all'interno delle sanzioni amministrative punitive, si registra la tendenza giurisprudenziale a proteggere più intensamente il singolo individuo rispetto alla persona giuridica. Paradigmatica, in questo senso, la discussione sviluppatasi intorno al diritto al silenzio (*nemo tenetur se detegere*)[94].

[93] Può qui richiamarsi il dibattito sorto nell'ordinamento interno sulla natura giuridica della responsabilità (penale, amministrativa o *tertium genus*) degli enti ai sensi del d. lgs. n. 231/2001. Per una trattazione generale sulla diversa gradazione dei diritti fondamentali per individui e società, M. Emberland, *The human rights of companies*, Oxford, 2005, 128-130; in materia antitrust, v. A. Andreangeli, *EU Competition enforcement and Human Rights*, Cheltenham, 2008, 20-21.

[94] Con sentenza n. 84 del 2021, la Corte costituzionale ritenuto "*incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare una persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – a fortiori – nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale*". Per l'effetto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 24, 117, comma 1 Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, § 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE, l'art. 187-*quinquiesdecies* del T.U.F., nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della legge n. 62 del 2005, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. Ebbene, è interessante notare che in materia antitrust, in cui i procedimenti tipicamente interessano persone giuridiche, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'obbligo di cooperazione scaturente dalle richieste di informazioni della Commissione non violassero il diritto al silenzio (29 giugno 2006, *Commissione/SGL Carbon*, C-301/04 P, § 48), nella misura in cui esse si concentrino su aspetti di fatto, e non

Per altro profilo, il diritto amministrativo europeo tende a confrontarsi con fatti economici complessi, spesso con attitudine a produrre effetti *cross-borders*. Le fattispecie di illecito derivanti dalla sua inosservanza sottendono dunque valutazioni tecnico-discrezionali complesse e assumono, sovente, portata ultra nazionale.

Questo assetto favorisce l'emersione di due ulteriori tratti differenziali con la sanzione penale in senso stretto.

In primo luogo, il dichiarato riconoscimento del principio della presunzione di innocenza anche in riferimento alle sanzioni amministrative afflittive[95] si scontra, nella realtà dei fatti, con i limiti incontrati dall'autorità giudiziaria nel sindacare decisioni espressive di discrezionalità tecnica, ben distanti dallo *standard* penalistico dell'"oltre ogni ragionevole dubbio.

In secondo luogo, e tornando specificamente sul principio di *ne bis in idem*, può constatarsi una certa ritrosia ad applicare alle sanzioni amministrative il criterio, materiale, dell'*idem factum*. In proposito, è interessante notare che la Corte di giustizia, sia in *Aalborg Portland*[96] che in *Toshiba*[97] che in *Slovak*[98], pur avendo elaborato il test tripartito dell'*idem condition*, attribuendo rilevanza all'interesse giuridico protetto, in concreto non lo ha dovuto applicare, in quanto le vicende conosciute concernevano sempre fatti che, a giudizio della stessa Corte, erano similari ma non identici, sicché la prima sotto-condizione ("*identità dei fatti*") non poteva dirsi soddisfatta[99].

si traducano in quesiti volti a indurre il soggetto ad ammettere la propria responsabilità (18 ottobre 1989, *Orkem/Commissione*, C-374/87, § 35). Con sentenza del 2 febbraio 2022 sul caso C-481/19, *DB c. Consob*, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha confermato la lettura della Corte costituzionale, ribadendo il diritto al silenzio dell'imputato/incolpato persona fisica rispetto a qualsiasi risposta che potrebbe "*far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale*" (§ 45). In tale sede, la Grande Sezione ha sottolineato che tale principio di diritto non si porrebbe in contraddizione con la giurisprudenza affermatasi in materia antitrust. E ciò, si noti, anche (e soprattutto) perché "*la giurisprudenza* [sviluppatasi in tale diverso ambito] *riguarda procedimenti suscettibili di portare all'inflizione di sanzioni ad imprese e ad associazioni di imprese. Essa non può applicarsi per analogia quando si tratta di stabilire la portata del diritto al silenzio di persone fisiche*" (§ 48).

[95] V. ad es. Tribunale UE, Sez. II, 8 luglio 2004, T-67/00, *JFE c. Commissione*, § 178.

[96] C-204/00 P cit., § 340.

[97] C-17/10 cit., §§ 98-99.

[98] C-857/19 cit., § 45.

[99] Per una critica a questo approccio "formalista" all'interpretazione del concetto di "*same acts*", v. G. Monti, *Managing decentralized antitrust enforcement: Toshiba*, in *Common Market Law Review*, n. 51/2014, 272, nonché R. Nazzini, *Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis in Idem as a Limiting Principle*, in B. van Bockel (a cura di), *The 'European' Ne Bis in Idem Principle* cit., 146-147.

In questo contesto, l'individuazione della condotta interessata viene agganciata ad aspetti, come la definizione del mercato rilevante, che per un verso appartengono più alla fattispecie giuridica che al mondo fenomenico; per altro verso (e in via consequenziale) si prestano a letture e configurazioni più o meno discrezionali (se non artificiali, come il caso *Amazon buy-box* sta eloquentemente a indicare)[100]. È bene evidenziare che le decisioni gemelle sui casi *bpost* e *Nordzucker* non consentono di abbandonare questo approccio[101]. Non si tratta di questione di poco conto: quando, come nei precedenti citati, non risulti soddisfatta la condizione dell'*idem factum*, la prospettiva processual-penalistica prevede l'inapplicabilità della garanzia di cui all'art. 50 CDFUE. Con la conseguenza, allora inevitabile, che nessuna indagine circa la proporzionalità complessiva dei due interventi repressivi, per quanto in parte sovrapponibili, dovrà aver luogo ai sensi dell'art. 52, § 1 CDFUE.

Ancora, nel diritto processual-penalistico il fatto che vengano avviati e portati avanti procedimenti o processi paralleli non è di per sé lesivo del *ne bis in idem*, a patto che il secondo procedimento o processo venga arrestato (*discontinued*)[102] non appena il primo giunga a un esito definitivo[103]. La definitività della decisione amministrativa, però, non si ha con l'adozione

[100] Con provv. n. 27623 del 10 aprile 2019 l'AGCM ha avviato l'istruttoria A528 - *FBA AMAZON*, volta a contestare un abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE, in seguito conclusa con provv. n. 29925 del 30 novembre 2021. Il 10 novembre 2020 la Commissione europea ha adottato la decisione C(2020) 7692 final, relativa all'avvio del procedimento *ex* art. 102 TFUE nel caso AT.40703 *Amazon – Buy Box*. Sulla base delle informazioni rilasciate dalla Commissione, le condotte alla base delle due istruttorie sono sostanzialmente le medesime. Tuttavia, anziché adottare il suo potere di avocazione di cui all'art. 11, § 6 Reg. (CE) n. 1/2003 (c.d. *power to relieve*), la Commissione ha affermato che la propria indagine avrebbe riguardato tutto lo Spazio economico europeo, fatta eccezione per l'Italia. Nel dichiarare inammissibile il ricorso in annullamento presentato da Amazon avverso l'atto di avvio della Commissione europea, il Tribunale UE ha affermato che i meccanismi, secondari e di regolazione flessibile, che regolano la *case-allocation* tra autorità partecipanti all'ECN non impegnano queste ultime nei confronti del cittadino: Sez. I, ord. n. 14 ottobre 2021, *Amazon. com e al. c. Commissione*, T-19/21, § 48 e giurisprudenza ivi citata.

[101] V. in particolare *Nordzucker* cit., § 41: "*Per quanto riguarda il criterio relativo all'identità dei fatti, la questione se talune imprese abbiano adottato un comportamento avente per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza non può essere valutata in maniera astratta, ma va esaminata facendo riferimento al territorio e al mercato di prodotti sui quali il comportamento di cui trattasi ha avuto tale oggetto e tale effetto, nonché al periodo durante il quale il comportamento in questione ha avuto tale oggetto e tale effetto*".

[102] Corte Edu, 3 ottobre 2002, *Zigarella c. Italia*, ric. n. 48154/99.

[103] Affinché possa ravvisarsi definitività si richiede che la decisione, sia essa amministrativa o giurisdizionale, contenga una "*valutazione nel merito*" dei fatti conosciuti (*Miraglia*, C-469/03 cit., § 35).

del provvedimento finale, bensì con l'inoppugnabilità dello stesso o con la formazione di un giudicato sull'eventuale giudizio di impugnazione[104]. Fino a che non si verifichi un simile evento, si ricade in una situazione ininfluente ai fini del *ne bis in idem* (c.d. *litis pendens*), per difetto dell'ultimo elemento costitutivo della fattispecie (*res judicata condition*). Così, concluso una lungo e dispendioso procedimento sanzionatorio da parte di un'autorità nazionale, un'Amministrazione di un altro Stato potrebbe, nelle more del relativo giudizio di impugnazione, avviare un'indagine sui medesimi fatti, magari rinnovando integralmente gli accertamenti ispettivi all'uopo necessari e formulando nuove e ulteriori richieste di informazioni, senza minimamente raccordarsi con la p.A. intervenuta per prima. A distanza di anni, la prima decisione potrebbe divenire "definitiva" e, solo in quel momento, la seconda istruttoria (o il giudizio di impugnazione dalla questa eventualmente originato) potrebbe arrestarsi, con un non luogo a procedere/provvedere o con l'annullamento del provvedimento *medio tempore* reso, in entrambi i casi per la sopravvenuta formazione di un *bis in idem*. Il rimedio, tuttavia, non sarebbe integralmente satisfattivo per la parte privata, in quanto non cancellerebbe il fatto di esser stata sottoposta, in questo significativo interregno temporale, a una pressione istruttoria sproporzionata. In questo contesto potrebbe altresì accadere che, nell'ambito di una rete amministrativa europea, un'autorità nazionale provveda ad avviare delle verifiche pre-istruttorie nei confronti di un soggetto, al fine di verificare se sussistono gli estremi per dare impulso a un procedimento sanzionatorio. L'attività pre-istruttoria potrebbe diffondersi per mesi e prodursi in richieste di informazioni, anche plurime, senza nondimeno sfociare nell'avvio formale di un'istruttoria. Potrebbe radicalmente mancare un provvedimento espresso che formalizzi il non luogo a procedere e che ne illustri le ragioni. Se presente, questo potrebbe essere molto stringato. Agli effetti del *ne bis in idem*, dunque, potrebbe difettare un atto idoneo ad assurgere allo *status* di *final decision*. Il che consentirebbe all'autorità nazionale di un altro Stato, venuta a conoscenza del fatto nell'ambito del *network* amministrativo, di disporre ulteriori accertamenti, nei confronti del medesimo soggetto, per gli stessi fatti, anche a distanza di un apprezzabile lasso di tempo, se del caso pure rinnovando buona parte delle attività istruttorie svolte dalla prima Autorità[105]. Posto che, in un simile caso, il

[104] V. ad esempio, in materia antitrust, *Slovak Telekom*, C-857/19 cit., § 41 ("[Il principio del *ne bis in idem*] *vieta* […] *che un'impresa venga nuovamente condannata o perseguita per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non più impugnabile*").

[105] Nell'ambito di due giudizi di opposizione a un provvedimento della Consob in materia

ne bis in idem non troverebbe applicazione, le due p.A. non sarebbero chiamate a dimostrare di aver agito in stretta connessione sostanziale e temporale, onde minimizzare l'ingerenza del pubblico potere nella sfera della parte privata.

5. *Appunti per un itinerario di ritorno (dal diritto penale al diritto amministrativo): la buona amministrazione, prima del* ne bis in idem *amministrativo*

La breve rassegna che precede tenta di porre in risalto un aspetto: la reciproca contaminazione tra l'ambito penale e quello amministrativo, certamente felice nel suo complesso, presenta maglie larghe, dando così luogo a potenziali *deficit* (o persino eccessi[106]) di tutela.

di *insider trading* (delibera n. 21420 del 25 giugno 2020), la Corte di appello di Milano ha ritenuto che la circostanza che l'autorità di vigilanza francese avesse svolto delle indagini con riferimento ai medesimi episodi, peraltro senza procedere all'adozione di alcun provvedimento di formale chiusura del procedimento, sarebbe irrilevante ai fini del *ne bis in idem* (Sez. I, 31 maggio 2022, R.g. n. 2236/2020 e 3 giugno 2022, R.g. n. 1995/2020, entrambe in *Leggi d'Italia*). Questo scambio si inserirebbe, infatti, "*nella cornice della doverosa cooperazione tra le Autorità di Vigilanza di cui all'art. 31, comma 2, del Regolamento* [(UE) n. 596/2014]", a mente del quale, "*nell'esercizio dei loro poteri di imporre sanzioni amministrative* […]*, le autorità competenti collaborano strettamente per garantire che l'esercizio dei loro poteri di controllo e investigativi e le sanzioni amministrative che irrogano* […] *siano efficaci e appropriate*". Cfr. il considerando 67 del medesimo Regolamento: "*Dal momento che gli abusi di mercato possono verificarsi attraverso i mercati e a livello transfrontaliero, le autorità competenti dovrebbero essere sempre tenute, tranne in circostanze eccezionali, a collaborare e scambiare informazioni con altre autorità competenti e di regolamentazione, oltre che con l'ESMA, in particolare in relazione alle attività d'indagine. Se un'autorità competente è convinta che un abuso di mercato sia in atto, o si sia verificato, in un altro Stato membro o che stia incidendo negativamente su strumenti finanziari negoziati in un altro Stato membro, dovrebbe notificarlo all'autorità competente e all'ESMA. Nei casi di abusi di mercato con effetti transfrontalieri, l'ESMA dovrebbe essere abilitata a coordinare le indagini se glielo chiede una delle autorità competenti interessate*".

[106] Ad esempio, si è dell'avviso che il richiamo combinato degli artt. 54 CAAS e 50 CDFUE non possa rappresentare la via per superare i limiti di diritto positivo, finendo così per riconoscere l'applicabilità del *ne bis in idem* europeo anche in casi di sanzioni punitive amministrative che non trovino fondamento, diretto o indiretto, in una fonte unionale. Ciò si porrebbe in contrasto con il tenore testuale di entrambe le norme. Invero, per come visto, mentre l'art. 54 CAAS prescinde dalla copertura unionale della fattispecie incriminatrice ma guarda esclusivamente alla materia penale in senso stretto, l'art. 50 CDFUE si estende alle sanzioni amministrative punitive ma, ai sensi dell'art. 51 CDFUE, non opera quando venga in rilievo il diritto puramente interno. Da questo punto di vista,

Si propone, dunque, di recuperare e valorizzare le specificità delle relative discipline, in ottica complementare, e non sostitutiva.

L'ipotesi di ricerca è limitata al *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo. Come visto, si intende per tale il caso in cui due procedimenti o sanzioni di diritto amministrativo europeo convergono sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto. Normalmente, la duplice risposta repressiva si colloca all'interno di una rete amministrativa[107], ma ciò non toglie che possano verificarsi anche casistiche di interferenze tra autorità appartenenti a diversi circuiti amministrativi[108].

È di tutta evidenza che, in simili circostanze, i vuoti di tutela cui sembra condurre il *ne bis in idem* europeo di diritto amministrativo non potrebbero che esser risolti sulla scorta dei princìpi derivanti dalla scienza amministrativa[109].

alcune recenti ambiguità giurisprudenziali meriterebbero una più attenta riflessione. A valle del c.d. *dieselgate* l'AGCM ha sanzionato, per violazione della disciplina europea sulle pratiche commerciali scorrette (direttiva n. 2005/29/CE), recepita in Italia con d.lgs. n. 206 del 2005, una casa automobilistica (*Volkswagen*). Quest'ultima ha eccepito il *bis in idem*, adducendo un carico penale subito, in Germania, per gli stessi fatti. In primo grado, il TAR Lazio ha escluso la pertinenza del richiamo, sul rilievo che "*l'articolazione tedesca di VW è stata sanzionata in Germania sulla base esclusiva di una previsione nazionale sulla 'responsabilità amministrativa' delle persone giuridiche – che non trova fondamento normativo nella disciplina dell'Unione*" (Sez. I, 31 maggio 2019, n. 6920). In appello, con ordinanza n. 68 del 7 gennaio 2022, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto tre quesiti interpretativi alla Corte di giustizia (C-27/22), indicando come base giuridica gli artt. 50 CDFUE e 54 CAAS, senza però offrire particolari approfondimenti circa la questione, a ben vedere assorbente, della natura puramente nazionale della fattispecie criminosa sanzionata in Germania. In particolare, per giungere alla conclusione per cui la fattispecie criminosa tedesca, pur non recependo in via diretta una fonte europea, costituisce "*attuazione del diritto dell'Unione*" per gli effetti dell'art. 51 CDFUE sarebbe stato necessario svolgere un articolato test, analizzando, tra le altre cose, le finalità ultime perseguite dal legislatore nazionale, onde verificare l'eventuale identità di scopo con il diritto europeo (Corte di giustizia, 6 marzo 2014, *Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia*, C-206/13, § 25, che ha ulteriormente affinato il test elaborato da Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, §§ 25-26).

[107] Si pensi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, all'ECN in materia antitrust, o al sistema di cooperazione previsto, in materia di *market abuse*, tra ESMA e autorità nazionali.

[108] Si pensi, ad esempio, al caso *bpost*, che ha interessato un'autorità nazionale della concorrenza e il corrispondente regolatore dei servizi postali.

[109] In una prospettiva simile sembra collocarsi S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 2017. Presupposto teorico del lavoro monografico è il (ritenuto) carattere discrezionale della potestà sanzionatoria amministrativa, secondo l'A. non incompatibile con l'assetto di tutele disegnato dalla Corti sovranazionali e tale da giustificare, allora, un più ampio ricorso al principio, di diritto amministrativo, del giusto procedimento. L'A., nel corso dell'indagine, evidenzia i punti di contatto tra il principio convenzionale del giusto procedimento - che a suo avviso trova fondamento negli artt. 117,

Sede naturale di quest'elaborazione potrebbe essere il diritto europeo alla buona amministrazione (art. 41 CDFUE)[110]. Il principio, è noto, trova applicazione anche nei casi di amministrazione europea indiretta, che si esplichi, cioè, tramite gli apparati degli Stati membri[111].

Ora, sembra che a cavallo del principio di proporzionalità sussistano rilevanti punti di intersezione tra la "*general limitation clause*" di cui all'art. 52, § 1 CDFUE, da un lato, e i connotati di equità e ragionevolezza emergenti dall'art. 41, § 1 CDFUE, dall'altro[112].

comma 1 Cost. e 6 CEDU - e quello europeo di buona amministrazione, riconosciuto invece in forza degli artt. 117, comma 1 Cost., 6, § 1 TUE e 41 CDFUE. Donde la conclusione che, "anche alla luce della normativa dell'Unione Europea, l'Amministrazione sanzionatrice è tenuta ad adottare una decisione imparziale ed equa che rispetti le regole di un giusto procedimento assicurando un effettivo contraddittorio" (pp. 471-473).

[110] In argomento, cfr. M.P. Chiti, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2000, 303 ss.; Mediatore europeo, *Il Codice europeo di buona condotta amministrativa*, 1° marzo 2002, https://www.ombudsman.europa.eu/it/publication/it/3510; Lord Millett, *The Right to Good Administration in European Law*, in *Public Law*, n. 47/2002, 309 ss.; S. Cassese, *L'ideale di una buona amministrazione. Il principio del merito e la stabilità degli impiegati*, Napoli, 2007; J. Wakefield, *The Right To Good Administration*, Alphen aan den Rijn, 2007; A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta europea dei diritti fondamentali e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2-3/2002, 425 ss.; V. Rapelli, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004; E. Lanza, *The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 1-2/2008, 479 ss.; A. Serio, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008; L.R. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4/2010, 789 ss.; M.E. de Leeuw, *The European Ombudsman's Role as a Developer of Norms of Good Administration*, in *European Public Law*, n. 17/2011, 349 ss.; M. Trimarchi, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2011, 537 ss.; A. Giuffrida, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012; R. Bousta, *Who Said There is a 'Right to Good Administration'? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Public Law*, n. 19/2013, 481 ss.; D.-U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2/2019, 165 ss.

[111] Nell'ordinamento italiano il principio ha una portata più estesa, in quanto, ai sensi dell'art. 1, comma 1 legge n. 241/1990, "*l'attività amministrativa* […] *è retta* […] *dai princìpi dell'ordinamento comunitario*", a prescindere dalla circostanza che la p.A. operi o meno in funzione decentrata, per conto delle Istituzioni o di organi europei.

[112] Cfr., paradigmaticamente, gli artt. 5 ("Principle of proportionality") e 7 ("Principle of taking action within a reasonable time limit") della Raccomandazione del Consiglio

A fronte di procedimenti paralleli, per dirsi "*equo*" e per concludersi "*entro un termine ragionevole*" l'esercizio di pubblico potere non potrà che rispettare i criteri che presidiano la *general limitation clause*, primo fra tutti quello della "*connessione sufficientemente stretta, nella sostanza e nel tempo*" tra i due procedimenti. In mancanza di una simile connessione, prima che contrario al principio di *ne bis in idem* l'intervento multiplo sarebbe contrario al canone di buona amministrazione.

Proprio un'accresciuta rilevanza di quest'ultimo principio, allora, potrebbe consentire di occupare fertilmente la terra di mezzo che affiora tra garanzie riconosciute in ambito penale e amministrativo.

Del resto, anche nel campo amministrativo è dato registrare un accresciuto interesse scientifico verso le condizioni che rendono il provvedere stabile nel tempo[113]. Da questo punto di vista, può intravedersi un'assonanza concettuale con l'autorità di cosa giudicata di cui è corollario il *ne bis in idem*. Il problema del possibile esaurimento del potere amministrativo, certo, è stato per lo più studiato in relazione alla riedizione del potere ad opera di un unico centro decisionale, portatore del medesimo interesse pubblico. Il policentrismo del diritto amministrativo europeo, in una con la natura sovente transnazionale dei fenomeni amministrati, sembra far venir meno i presupposti che consentono di intavolare proficuamente un ragionamento di questo tipo in relazione alle fattispecie oggetto di esame. Tuttavia, la conclusione potrebbe mutare se si distoglie lo sguardo dal potere e lo si volge alla persona: questa, del resto, è la prospettiva indicata dall'art. 41 CDFUE. Il diritto alla buona amministrazione opera orizzontalmente, potendo dunque porre in collegamento vicende amministrative che, sul piano dell'interesse pubblico curato e della competenza, potrebbero apparire tra loro sconnesse. Si tratta, a ben vedere, di un'esigenza di riequilibrio del sistema, tesa a far sì che il potenziamento del pubblico potere per mano di scambi inter-amministrativi sia controbilanciato da maggiori responsabilità in capo alle autorità che di quegli strumenti di conoscenza possono legittimamente valersi. E così, ad esempio, appare meritevole

d'Europa del 20 giugno 2007 sulla buona amministrazione (CM/Rec(2007)7).

[113] G. De Giorgi Cezzi, *Sulla «inesauribilità» del potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2002, 955 ss.; F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi*, n. 8/2017, 1 ss.; M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, recensito da M. D'Angelosante, *Discorrendo su inesauribilità e consumazione del potere amministrativo a partire da un recente studio*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2019, 831 ss.; M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, n. 1/2022, 77 ss.

di apprezzamento l'orientamento del giudice amministrativo nazionale secondo cui, una volta che l'autorità antitrust nazionale abbia ottenuto un quadro informativo sufficientemente completo sui fatti, in ciò anche valendosi di scambi di informazioni con le altre autorità del *network*, non possa irragionevolmente tardare la contestazione dell'infrazione[114]. Si noti che queste pronunce, ormai non più isolate, non si fondano in via esclusiva sull'art. 6 CEDU, ma attribuiscono un ruolo centrale anche all'art. 41 CDFUE, e dunque in qualche misura trascendono la prospettiva sanzionatoria.

Partire dal diritto amministrativo, allora, potrebbe forse consentire di meglio comporre alcune delle problematiche sopra descritte in relazione al *ne bis in idem* di puro diritto amministrativo.

Il diritto alla buona amministrazione, infatti, preesiste all'occorrenza di un *bis in idem*. Sicché, esso potrebbe permettere di arrivare lì dove l'art. 50 CDFUE non riesce, giacché è sempre dovuto all'individuo, indipendente dall'affiorare di una duplicazione "penalmente" rilevante.

In conclusione, si ritiene che sentenze gemelle della Grande Sezione sui casi *bpost* e *Nordzucker* schiudono, a ben vedere, più opportunità che rischi, rappresentando un importante banco di prova e occasione di crescita per il diritto amministrativo europeo.

Questo richiede, certo, un salto culturale, affinché a una visione "burocratica" del potere amministrativo europeo, sbilanciata verso le ragioni dell'efficienza e della flessibilità[115] possa giustapporsi una nozione

[114] Tra le molte, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 28-30 dicembre 2020, nn. 8358, 8355 e 8358; 25 gennaio 2022, n. 500; 3 febbraio 2022, n. 748; 4 ottobre 2022, n. 8505; TAR Lazio, Sez. I, 3 ottobre 2022, n. 12507.

[115] Nel commentare il dibattito sorto sull'opportunità di introdurre una codificazione sul procedimento amministrativo europeo, da radicarsi, in tesi, sugli artt. 41 CDFUE e 298 TFUE e che in seguito ha dato impulso alla Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610(RSP)), P. Leino, *Efficiency, Citizens and Administrative Culture. The Politics of Good Administration in the EU*, in *European Public Law*, n. 20(4)/2014, 681 ss. offre una panoramica di quanti hanno opposto all'idea di una codificazione unitaria per via legislativa un approccio giurisprudenziale (sull'assunto che la Corte di giustizia sarebbe meglio posizionata, rispetto al legislatore, per modellare princìpi generali del diritto) o, ancora, un approccio di *soft law* (che invece meglio risponderebbe alle esigenze di flessibilità della p.A.). In tale contesto, l'A. ha correttamente evidenziato che la scelta tra le tre opzioni sottende una più profonda – e culturale – scelta di fondo. In particolare, occorre domandarsi se abbandonare definitivamente il corrente paradigma di amministrazione europea, in cui, lungi dal concentrarsi sulle posizioni individuali degli amministrati, "focus remains on efficiency, discretion and institutional flexibility, and when a balance is struck between institutional prerogatives and citizens' rights, it

di buona amministrazione vicina alle istanze dell'individuo, prima che agli obiettivi perseguiti dal pubblico potere.

relies heavily on the former while the two are experienced as more or less impossible to reconcile" (v. in partic. pp. 698 e 709). Similmente, L. De Lucia, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, 2009, 205-206 e 256 già osserva con specifico riferimento alla rete della concorrenza di cui al Reg. (CE) n. 1/2003, che "nel favorire meccanismi efficienti di applicazione degli artt. [101 e 102 TFUE, il Regolamento] finisce però per sacrificare alcune esigenze di garanzia per le imprese interessate".

Giuseppe Andrea Primerano*

*L'amministrazione condivisa dei "beni comuni" urbani***

Sommario: 1. I cittadini "attivi" e l'amministrazione "condivisa" – 2. Le città spazio di diritti e di produzione del diritto – 3. La rigenerazione "dal basso" dei c.d. beni comuni urbani – 4. Il dibattito sulla natura dei patti di collaborazione – 5. Autoritatività del potere, imperatività del provvedimento e attività amministrativa di diritto privato – 6. I patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa.

1. *I cittadini "attivi" e l'amministrazione "condivisa"*

L'esigenza di ripensare i contesti urbani come luoghi di ristrutturazione delle relazioni economiche, politiche e sociali appare strettamente correlata alle sempre più frequenti iniziative dal basso configurabili come tentativi di riconquista della città pubblica[1]. Il sintagma *city as a commons*[2] rende bene l'idea di simili tentativi che richiedono nuove forme di sviluppo in cui Stato apparato e Stato comunità, ossia il pubblico come soggetto e il pubblico come comunità[3], si "alleano" per la soluzione di problemi concernenti realtà locali[4]. Tali cittadini maturano la consapevolezza di essere titolari non

* Ricercatore di Diritto amministrativo. Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

** Contributo già pubblicato nel volume III degli Scritti in onore di Maria Immordino, a cura di G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, Napoli, 2022, 3013 ss.

[1] Cfr. G. Arena, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Milano, 2020.

[2] Cfr. S.R. Foster, C. Iaione, *The city as a commons*, in *Yale Law & Policy Review*, vol. 34, n. 2, 2016, 287.

[3] C. Iaione, *La città collaborativa: la* governance *dei beni comuni per l'urbanistica collaborata e collaborativa*, in *Agenda* Re-Cycle*. Proposte per reinventare la città*, a cura di E. Fontanari, G. Piperata, Bologna, 2017, 92.

[4] Si veda G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 50, e, ancor prima, Id., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 117/118, 1997, 29 ss., il quale si sofferma su un modello organizzativo che consente un'alleanza fra cittadini e pubbliche amministrazioni a fini di interesse generale. Tale modello è stato denominato "amministrazione condivisa" e si distingue tanto dalla

solo di diritti, ma di doveri da cui discendono responsabilità condivise in ordine alla tutela e alla valorizzazione di beni e spazi urbani strumentali al benessere individuale e collettivo[5].

Una simile concezione dell'individuo nella società ben si comprende alla luce degli studi di Benvenuti[6], il quale descrive l'evoluzione da una forma di libertà passiva, come difesa dei privati al cospetto dell'autorità, a una forma attiva idonea a rendere il "nuovo" cittadino protagonista co-responsabile del funzionamento della *res publica*. In tale scenario, le azioni del cittadino, che partecipa all'esercizio di funzioni assegnate per tradizione ai pubblici poteri, superano la dimensione individuale degli interessi e proiettano la singolarità dell'*agere* in un contesto più ampio che fonde doveri di solidarietà e valore dell'esistenza individuale[7].

Non si tratta di soggetti tenuti a svolgere determinate prestazioni[8], ma che decidono liberamente di attivarsi e favoriscono il perseguimento di interessi generali. Viene in rilievo una forma di partecipazione alla vita pubblica inquadrabile secondo le coordinate dell'autonomia civica e della prossimità che presenta interessanti legami con i processi democratici. Essa, per un verso, può inaugurare innovative modalità di formazione dei futuri

partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, quanto da ulteriori forme partecipative ai processi decisionali pubblici. In relazione a tale modello, cittadini e amministrazioni condividono responsabilità e risorse per la soluzione di problemi di interesse generale che si manifestano in un determinato momento storico e sociale (sul punto cfr. V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà - dir. amm.*, in *Enc. giur.*, agg., vol. XII, 2004, 5).

[5] Si veda, per un inquadramento, G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

[6] Il riferimento, in particolare, è a F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

[7] In base a tali presupposti è stato possibile, ulteriormente, teorizzare un'evoluzione della forma di Stato verso la "demarchia" e, quindi, il passaggio da una forma di democrazia rappresentativa ad una forma di democrazia governante. Per una rilettura del pensiero di Benvenuti, senza pretesa di esaustività, G. Corso, *Feliciano Benvenuti e l'attività amministrativa*, in *Jus*, 2008, 349 ss.; F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 543 ss.; V. Ottaviano, *Oggettivizzazione e partecipazione nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 187 ss.; G. Pastori, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, ivi, 2008, 323 ss.; A. Romano Tassone, *Il "nuovo cittadino" di Feliciano Benvenuti tra diritto e utopia*, in *Dir. amm.*, 2008, 313 ss.

[8] In base all'insegnamento di S. Romano, *Doveri. Obblighi,* in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 104, esistono doveri che non sono correlativi a diritti di altri soggetti e, quindi, «rimangono fuori dall'orbita di ogni rapporto giuridico con singole cose o singole persone». Si veda, inoltre, E. Betti, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 58, secondo cui la coercibilità è «carattere tendenziale e normale, ma non costante né necessario del dovere giuridico».

amministratori locali, per altro verso appare collegata a forme di democrazia complementari a quella rappresentativa, funzionali alla cura di interessi generali e imperniate sul concetto di "prossimità"[9] teorizzato oltralpe[10].

2. *Le città spazio di diritti e di produzione del diritto*

Attivare processi di partecipazione che accrescano la capacità di risposta delle comunità locali e, quindi, promuovere il ruolo della cittadinanza nella salvaguardia dell'ambiente urbano rappresenta un modo per rispondere alla crisi di legittimità democratica riguardante le istituzioni[11] e all'esigenza, sempre più marcata, di favorire l'inclusione. Si registra così una riscoperta di virtù civiche rapportabili all'assolvimento di doveri di solidarietà sociale[12]. Il che, sotto diverso, ma connesso, aspetto rimanda alla necessità di riflettere su cifre e linguaggi, ancora largamente da costruire[13], che rappresentano «il punto di arrivo dell'evoluzione sia degli apparati amministrativi, nell'apprendere (l'inedita) virtù dell'interagire con il contesto aprendosi

[9] Sulle origini e gli sviluppi del principio di prossimità come evoluzione del principio di sussidiarietà, anche in rapporto alla nozione di "bene comune", V. Pepe, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015, 95 ss.

[10] Cfr. P. Rosanvallon, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Torino, 2015. Sulla compresenza di numerose forme di democrazia, da non confondere con il concetto di democrazia pluralistica, L. Bobbio, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2004. Sulla crisi della rappresentatività come crisi del consenso, F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, cit., 91 ss.

[11] G. Arena, *Amministrazione e società*, cit., 44, osserva che «la democrazia rappresentativa oggi è in profonda crisi ed è quindi essenziale trovare altri spazi e altre modalità di partecipazione alla vita pubblica, se vogliamo mantenere e se possibile aumentare il tasso di democrazia nel nostro Paese». Nella prospettiva di J.B. Auby, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?* (trad. it. a cura di C. Silvano de *La ville, nouvelle frontière du droit administratif ?*, in *AJDA*, n. 15, 2017, 853 ss.), in *Riv. giur. urb.*, 2019, 24, le città «si impongono sempre di più come laboratorio privilegiato di una possibile rinascita della democrazia rappresentativa in crisi».

[12] V. da ultimo F. Saitta, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica*, in *Ordines*, 2020, 70 (anche in *Dir. società*, 2020, 395 ss.).

[13] *In primis* nei luoghi familiari e scolastici che dovrebbero educare ai concetti di appartenenza, partecipazione e solidarietà, come rilevato da E. Picozza, *Alcune riflessioni critiche sulle relazioni tra beni culturali e beni comuni*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Napoli, 2020, 4084, secondo cui «la solidarietà è innanzitutto un sentimento di appartenenza ad una comunità determinata da cui deriva la volontaria sottoposizione a doveri ed obblighi di partecipazione e di gestione».

a processi che muovono dal basso, sia dei soggetti sociali, chiamati ad attrezzarsi (in termini di stabilità, organizzazione e responsabilità) senza scivolare nella istituzionalizzazione e in rapporti organicistici»[14].

È una significativa evoluzione del modo di concepire la crescita urbana, la cui *governance* si modella su nuovi principi e prassi creative incentrate sul ruolo dei "cittadini attivi"[15]. Sono loro i veri protagonisti della c.d. microrigenerazione[16] e la stessa, senza il loro intervento, non sarebbe neppure immaginabile. Si consideri l'art. 118, comma 4, Cost., ossia la fonte di riferimento[17] dei regolamenti sull'amministrazione condivisa dei

[14] M. Cammelli, Re-cycle*: pratiche urbane e innovazione amministrativa per ricomporre le città*, in *Agenda* Re-Cycle, cit., 58.

[15] Si possono intendere come tali «tutti i soggetti, compresi i bambini, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche informali o di natura imprenditoriale, che indipendentemente dai requisiti riguardanti la residenza o la cittadinanza si attivano per periodi di tempo anche limitati per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani»: così l'art. 2, comma 1, lett. c), del prototipo di Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani, elaborato da Labsus-Laboratorio per la sussidiarietà, del 20 ottobre 2020 pubblicato su *www.labsus.org*.

[16] Sulla distinzione fra "macrorigenerazione" (o rigenerazione dall'alto) e "microrigenerazione" (o rigenerazione dal basso), R. Dipace, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Ist. federalismo*, 3, 2017, 631 e 639; G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *www.federalismi.it*, n. 24/2020, 71 e 74; A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, Napoli, 2018, 65. La macrorigenerazione si fonda su attività di governo del territorio a vocazione strategica, consistenti in piani e programmi complessi. Sulle origini di tale fenomeno ha influito la crisi economica che ha inciso sull'espansione edilizia e, stante la scarsa propensione agli investimenti immobiliari, ha favorito l'emersione di nuove proposte per riprogettare le città che, non di rado, rispondono a canoni diversi che rendono i "cittadini attivi" protagonisti diretti delle azioni di rigenerazione. Si parla, in quest'ultimo caso, di microrigenerazione favorita dal crescente numero di amministrazioni locali che adottano i regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani.

[17] Solo il Lazio (l. reg. 26 giugno 2019, n. 10) e la Toscana (l. reg. 24 luglio 2020, n. 71) hanno adottato una specifica disciplina di rango primario sull'amministrazione condivisa dei beni comuni. Ciò, peraltro, non significa che altre regioni non abbiano normato interventi *lato sensu* riconducibili alla stessa: si pensi alle previsioni regionali sul riuso temporaneo di immobili e spazi urbani abbandonati o dismessi che hanno preceduto l'introduzione, ad opera del "decreto semplificazioni" (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120), dell'art. 23-*quater* d.P.R. n. 380/2001. Nella prospettiva accolta, prendendo spunto da V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, è possibile riconoscere il valore precettivo e non meramente programmatico delle disposizioni sulla sussidiarietà orizzontale (tale chiave di lettura è stata, fra l'altro, avvalorata da Corte conti, sez. auton., 24 novembre 2017, n. 26). In tale apparato concettuale, merita ricordare le previsioni dell'art. 3, comma 5, TUEL secondo cui «i comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma

beni comuni urbani: la norma sul principio di sussidiarietà orizzontale prevede che la Repubblica favorisce l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale; *ergo* se questi ultimi non si attivano la prima non ha molto da favorire.

Attivarsi per finalità di interesse generale, nel caso di specie, significa prendersi cura dei predetti beni. In tale prospettiva, la *partnership* pubblico-privato si sostanzia nella combinazione fra momenti di autorità amministrativa, cristallizzati nell'adozione dei regolamenti in questione, e nuove forme di consenso racchiuse in appositi strumenti denominati "patti di collaborazione".

In virtù di tali patti, muta il modo di intendere la partecipazione. I cittadini attivi non si limitano ad affermare le proprie pretese in sede procedimentale, essi contribuiscono fattivamente alla soluzione di problemi riguardanti beni e spazi urbani, cioè si impegnano in prima persona nella realizzazione dei patti. Le azioni intraprese, in tal senso, non possono definirsi disinteressate, ma sembra difficile affermare – al di là della denominazione "patti" – che la collaborazione di cui trattasi sia riconducibile al sinallagma contrattuale.

Ciò non significa che la microrigenerazione sia inconciliabile con fattispecie contrattuali e, in particolare, di partenariato sociale[18]. La convergenza delle azioni di microrigenerazione prescinde dalla parificazione degli strumenti che la consentono e, piuttosto, si connota per la valenza identitaria degli interventi che rinviene una solida base costituzionale nel principio di solidarietà. In tale scenario, il ruolo dei cittadini attivi emerge alla luce di una norma che salda il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, qual è il diritto alla città[19], all'adempimento dei

iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali», da leggere in combinato disposto con il successivo art. 7 sulla potestà regolamentare di tali enti. L'interesse generale delle attività riguardanti la «riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata», peraltro, è sancita dall'art. 5, comma 1, lett. z), del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore), che rappresenta una significativa articolazione normativa del principio di sussidiarietà orizzontale.

[18] Ad avviso di R. Dipace, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, cit., 642, i patti di collaborazione disciplinati dai regolamenti comunali presentano un preciso aggancio normativo negli artt. 189 e 190 del d.lgs. n. 50/2016 sugli interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo.

[19] Che H. Lefebvre, *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, Verona, 2018, 131, infatti, assimila a quelli della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: «questi diritti non sono mai formalmente realizzati, ma vi si fa continuamente riferimento per definire la situazione della società». In base al presupposto che i diritti fondamentali si attualizzano nei contesti urbani, J.B. Auby, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?*, cit., 14 ss., intravede nel "*droit à la ville*" una sintesi di diritti basilari come quello all'abitazione, alla sicurezza, alla mobilità, all'accesso ai servizi domestici essenziali (energia, acqua), che consente di

doveri di solidarietà politica, economica e sociale[20] che sono alla base dello sviluppo sostenibile.

Per comprendere una simile traiettoria evolutiva, dunque, soccorre il concetto di diritto alla città[21] che rimanda alla «riattivazione del diritto/dovere di cittadinanza, come momento di epifania e risveglio di coloro che vivono la città»[22]. La *ratio* degli interventi di microrigenerazione riporta alla genesi del *droit à la ville* quale diritto collettivo (sociale), non individuale (civile)[23], che si traduce nell'esercizio di un potere collettivo sul processo di urbanizzazione[24] attraverso la convergenza di una duplice prospettiva, strutturale (rispetto all'opera) e funzionale (rispetto alla fruizione di beni e spazi urbani), che rende i cittadini co-costruttori dei luoghi in cui vivono.

In tale scenario, la città è configurabile come «proiezione della società sul territorio»[25] e il diritto alla città[26] «si presenta come un appello, come

mettere sotto una nuova luce il rapporto cittadino urbano.

[20] Come evidenzia R. Cavallo Perin, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2018, 855, «in assenza di più precise disposizioni normative, ogni cittadino può assolvere al proprio dovere di solidarietà con qualsiasi atto o fatto capace di soddisfare gli altrui "diritti dell'uomo"». Anche M.V. Ferroni, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 3, 2017, mette al centro del proprio contributo il concetto di solidarietà. Sul principio di sussidiarietà come razionalizzazione della solidarietà e attuazione del pluralismo, D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 81 ss.

[21] Teorizzato per la prima volta da H. Lefebvre, *Le droit à la ville*, Paris, 1968, un secolo dopo l'Opera di K. Marx, *Das Kapital*, Hamburg, 1867, considerata il testo chiave del marxismo e uno dei principali per la filosofia marxista, alla quale il sociologo francese rimase saldamente ancorato anche quando mise a fuoco il significato della formula "*droit à la ville*" nel Suo *Espace et politique. Le droit à la ville II*, Paris, 1972, riferendola ai lavoratori allontanati dai centri urbani: «è pensando a questi abitanti delle periferie, è pensando alla loro segregazione, al loro isolamento, che parlo in un libro di "diritto alla città"» (H. Lefebvre, *Spazio e politica*, cit., 121).

[22] F. Saitta, *Il «diritto alla città»*, cit., 69.

[23] Salvo voglia intendersi il diritto alla città, in senso soggettivo, come «il diritto dell'individuo a partecipare all'organizzazione complessa, alla complessità» (R. Cavallo Perin, *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2019, 378). Il concetto di cittadinanza attiva, infatti, è correlato a profili pratici: «non si è cittadini attivi perché una legge riconosce tale qualifica ma perché si partecipa, insieme con altri cittadini e con l'amministrazione, alla cura dei beni comuni del proprio territorio» (G. Arena, *Amministrazione e società*, cit., 48).

[24] Cfr. F. Saitta, *Il «diritto alla città»*, cit., 60, sulla scia di D. Harvey, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, Verona, 2016, 8, il quale ricostruisce il *droit à la ville* come risposta dal basso che si oppone alle diseguaglianze dovute all'affermazione del capitalismo, in definitiva, offrendone una visione intrinsecamente anti-capitalista.

[25] H. Lefebvre, *Il diritto all città*, Verona, 2014, 63.

[26] Per riprendere le parole di H. Lefebvre, *Il diritto all città*, cit., 113, inteso «come forma superiore dei diritti, come diritto alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione,

esigenza» alla vita urbana «trasformata e rinnovata»[27]. L'esperienza dei regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani, finora approvati da quasi trecento comuni italiani[28], è una delle migliori dimostrazioni dell'attualità del *droit à la ville*. Lo spazio urbano si eleva a «luogo di libero godimento come campo del valore d'uso»[29] grazie al contributo – in termini di idee, proposte, iniziative collettive, etc. – di soggetti che nutrono verso determinati luoghi uno spiccato senso di appartenenza poiché contesti che riconoscono come propri.

Si rafforza il diritto alla città e, al contempo, cambia il diritto della città, a partire dal modo in cui vengono governati i suoi spazi e dall'individuazione dei principi giuridici di riferimento[30]. Fra questi è annoverabile quello di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost. da leggere in combinato disposto con l'art. 117, comma 6, Cost. Tali norme hanno garantito copertura ai suddetti regolamenti in cui è radicata l'idea di poter cambiare e reinventare le città attraverso meccanismi democratici alternativi[31] volti alla rivitalizzazione di beni e spazi degradati. Le città divengono in tal modo «spazio di diritti e di produzione del diritto»[32].

all'habitat e all'abitare».

[27] *Ibidem*.

[28] L'elenco, progressivamente aggiornato, è disponibile su *www.labsus.org*.

[29] H. Lefebvre, *Il diritto all città*, cit., 96.

[30] Secondo J.B. Auby, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?*, cit., esiste un insieme di questioni e di meccanismi giuridici riconducibili alla formula "diritto della città" che riunisce quattro gruppi di problemi – spazi pubblici urbani, infrastrutture e servizi urbani, regolazione dell'uso del suolo urbano e governo della città – in relazione ai quali sono individuabili alcune logiche e principi costanti – come il principio di urbanizzazione e il suo corollario rappresentato dal principio di rinnovamento, in base al quale «la città si trasforma su se stessa», e il principio di mutabilità (p. 23) – anche in ragione di un «movimento verso le "città intelligenti"» e, con particolare riguardo al tema degli spazi pubblici, alla luce dell'esigenza di ripensare la teoria della demanialità pubblica «di cui non è sicuro che sia invecchiata bene» (p. 26).

[31] Per riprendere le parole di D. Harvey, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, cit., 105, «diversi, cioè, dalle attuali democrazie fondate sul potere del denaro». Per un'efficace analisi della struttura spaziale delle città e delle responsabilità dell'urbanistica nell'aggravamento delle diseguaglianze al suo interno, dato il progressivo discostamento di tali luoghi, specialmente delle metropoli, dall'ideale di luoghi di integrazione culturale e sociale, si veda B. Secchi, *La città dei ricchi e la città dei poveri*, Roma-Bari, 2013, il quale invita a riflettere sull'importanza di tornare a conferire ai contesti urbani maggiore accessibilità, disegnarli con ambizione, garantirgli qualità e ragionare nuovamente su una dimensione di vita collettiva.

[32] P. Urbani, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzie dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, II, 310.

3. *La rigenerazione "dal basso" dei c.d. beni comuni urbani*

A partire dal 2014, sulla scia dell'esperienza del Comune di Bologna, i regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani divengono le principali fonti della microrigenerazione. Essi, benché abbiano raggiunto un numero ragguardevole in ogni parte del Paese, presentano talune costanti[33] che li rendono attuazione diretta del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

Non inganni la limitazione dell'ambito di applicazione dei regolamenti ai "beni comuni" urbani. È proprio la valorizzazione del micro-intervento a favorire la partecipazione dei cittadini attivi a nuovi fenomeni di sviluppo, i quali necessitano di essere coordinati in via continuativa e sistematica da parte dei soggetti istituzionali più vicini alla comunità. La rigenerazione dal basso muta l'esistente nel senso che consente di percepirlo sotto una diversa luce, per effetto di innovative forme collaborative tra cittadini e amministrazioni locali imperniate sui principi di fiducia reciproca e buona fede, dei quali costituisce corollario l'informalità intesa come semplicità nella relazione tra pubblico e privato, di pubblicità e trasparenza volti a garantire l'imparzialità e un'ampia inclusione negli interventi, sul principio di condivisione delle responsabilità ai fini del raggiungimento di risultati utili e misurabili; tutto ciò sempre nel rispetto della sostenibilità degli interventi e della proporzionalità, adeguatezza e differenziazione delle azioni a seconda dei contesti da rigenerare[34].

È doveroso, inoltre, considerare che i regolamenti non potrebbero comunque assegnare ai patti di collaborazione una funzione sostitutiva di attività amministrative. Intendere i cittadini come co-amministratori di beni e spazi urbani, ovvero attribuire agli stessi forme condivise di

[33] La struttura dei regolamenti tende a riprodurre il modello bolognese, componendosi di vari capi dedicati all'enunciazione delle definizioni e dei principi generali, alle regole procedurali – variabili, a seconda della natura, ordinaria o complessa, dell'intervento su beni e spazi urbani – e alle forme di sostegno per incentivare gli interventi di microrigenerazione, alla valutazione delle attività di collaborazione, alle forme di responsabilità e di vigilanza. Per un'analisi a campione di alcune decine di regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani, F. Giglioni, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto della città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioni, Bologna, 2017, 210 ss.

[34] Per una sintesi dei suddetti principi, rintracciabili nei vari regolamenti comunali adottati sulla falsariga di quello bolognese, si veda il citato prototipo di Regolamento elaborato da Labsus.

responsabilità, non deve favorire prassi elusive delle regole di evidenza pubblica o privare gli enti locali della titolarità dei loro compiti verso l'ambiente urbano, cioè il coinvolgimento della cittadinanza attiva ha luogo sempre in via integrativa e mai sostitutiva in ossequio alla logica sussidiaria propria della microrigenerazione.

In tale scenario, la fonte regolamentare restituisce peso al decisore pubblico, rimettendo ai patti di collaborazione la regolazione del rapporto tra cittadini attivi ed enti locali concernente la cura di quelli che vengono abitualmente definiti "beni comuni" urbani[35], accezione che vale a contraddistinguere i «beni materiali, immateriali e digitali che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, al benessere individuale e collettivo, alla coesione sociale e alla vita delle generazioni future, per i quali i cittadini si attivano per garantirne e migliorarne la fruizione collettiva e condividere con l'amministrazione la responsabilità della loro cura, gestione condivisa o rigenerazione»[36].

Nel momento in cui si accoglie l'idea che i beni in argomento divengono il punto di riferimento oggettivo di una pluralità di interessi giuridicamente rilevanti e, dunque, si abbandona la dimensione individualistica a favore di quella comunitaria, valorizzata dalla pronuncia delle SS.UU. sulle

[35] Non è questa la sede per ricostruire il dibattito sui "beni comuni" di cui v'è ampia traccia anche (*rectius*: soprattutto) a seguito del tentativo (fallito) della "Commissione Rodotà" di riformare il titolo I del libro III del codice civile con particolare riguardo ai beni pubblici demaniali e patrimoniali: per un inquadramento, M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. econ*., 2009, 11 ss. Già M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 33 ss., si era occupato di tali beni, dei quali evidenziava la fruizione collettiva segnalando, sul piano del regime giuridico, una duplice caratteristica: la rilevanza internazionale (si pensi all'etere e oggi alle reti internet) e il tratto distintivo concernente la loro conservazione e fruibilità (si configurano come «beni che rendono servizi indivisibili per natura»). Con particolare riguardo ai beni comuni urbani, anche per indicazioni bibliografiche, R.A. Albanese, E. Michelazzo, A. Quarta (a cura di) *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Soveria Mannelli, 2020; P. Chirulli - C. Iaione (a cura di), *La Co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018; in una prospettiva più generale, G. Arena - C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; U. Mattei - E. Reviglio - S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma dei beni pubblici*, Bologna, 2007.

[36] Così l'art. 2, comma 1, lett. a), della l. reg. Toscana n. 71/2020. In senso analogo v. anche l'art. 2, comma 1, lett. d), della l. reg. Lazio n. 10/2019. I regolamenti comunali in genere affiancano alla definizione di beni comuni quella di "spazi pubblici" quali «aree verdi, piazze, strade, marciapiedi e altri spazi pubblici o aperti al pubblico, di proprietà pubblica o assoggettati ad uso pubblico» (così l'art. 2, comma 1, lett. i, del Regolamento di Bologna).

valli da pesca[37], riemerge la centralità dell'ente pubblico. Esso deve dimostrarsi in grado di intercettare le istanze "comunitarie" dei soggetti che si propongono come co-amministratori in virtù di un principio di collaborazione civica incentrato sulla natura relazionale e il valore sociale del bene "comune"[38]. Una simile configurazione del bene, strumentale al godimento di libertà fondamentali dell'individuo ascrivibili al diritto alla città, non pregiudica l'impostazione dicotomica proprietà pubblica - privata[39], anche in considerazione di una possibile rilettura dell'art. 838 c.c., ma favorisce un ripensamento del ruolo delle autorità pubbliche nei contesti urbani per accedere a un'innovativa forma di amministrazione condivisa[40].

[37] Cass. civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, con nota di F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai* beni comuni*: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm*., 2011, 1170 ss., in base alla quale "comune" vuol dire «strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini».

[38] Sul punto cfr. S. Nespor, *Tragedie e commedie del nuovo mondo dei beni comuni*, in *Riv. giur. amb*., 2013, 676, e, più di recente, E. Boscolo, *Beni pubblici e beni comuni: appunti per una sistemazione teorica*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli, 2019, 175, il quale evidenzia che «i beni comuni non costituiscono un *tertium genus* tra beni soggettivamente pubblici e quelli privati: si parla di beni comuni non per delineare un modello di innovativa appartenenza ma piuttosto per esprimere indicazioni circa le funzioni del bene».

[39] La stessa pronuncia delle Sezioni Unite sopra richiamata, pur evidenziando l'esigenza di rileggere lo statuto della proprietà pubblica ai sensi degli artt. 2, 9 e 42 Cost., tanto da ritenere «ormai datata la prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica», adotta una soluzione aderente al diritto positivo vigente, lasciando in definitiva emergere la natura demaniale del bene in contestazione: «la demanialità naturalmente acquisita da tempo immemorabile con l'espandersi delle acque lagunari non può cessare per effetto di mere attività materiali eseguite da soggetti privati, sia pure nell'inerzia o con la tolleranza degli organi pubblici».

[40] Ad avviso di M.G. Della Scala, *La "città sostenibile" tra pianificazione e strumenti urbanistici integrativi*, in *La coesione politico-territoriale*, a cura di G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, Firenze, 2016, 347, «se il ricorso alla categoria dei 'beni comuni' appare poco più di un richiamo a istanze di tutela, senza attuali possibilità di tradursi in un preciso regime giuridico, merita considerazione l'idea, peraltro con prospettive applicative di più ampio respiro, di una rivitalizzazione della nota categoria della demanialità». Sul punto si possono adattare i rilievi di V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl*., vol. II, Torino, 1987, 303, secondo cui «la stessa ragione giustificatrice dello speciale regime riservato dall'ordinamento ai beni pubblici non può essere colta nella dimensione statica del rapporto dominicale, ma soltanto nella disciplina della fruizione degli usi previsti, ammessi o compatibili rispetto a ciascuna categoria di beni». Si vedano, inoltre, V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Milano, 1983, 11 ss., secondo cui nella disciplina dei beni pubblici «è il regime dell'uso collettivo che viene in considerazione piuttosto che il regime della situazione di appartenenza concernente il bene», ed A. Romano, *Demanialità*

4. *Il dibattito sulla natura dei patti di collaborazione*

I regolamenti sull'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani sono prodromici alla stipula dei patti di collaborazione. Mentre i primi garantiscono dignità giuridica alle innovative tecniche di *governance* urbana in esame, in virtù dei secondi i soggetti pubblici e privati concordano l'ambito degli interventi[41].

Il contenuto dei patti può variare a seconda del grado di complessità delle azioni di cura, gestione condivisa e rigenerazione, nonché della durata della collaborazione. Soprattutto con riferimento alle azioni più complesse, vuoi per la dimensione dell'intervento, vuoi per la natura del bene[42], la previsione nella struttura organizzativa dell'ente di un "ufficio per l'amministrazione condivisa"[43] si rivela centrale, agevolando le valutazioni sulla fattibilità delle proposte, prima della co-progettazione, e il monitoraggio della loro esecuzione. Qualora il medesimo bene fosse oggetto di varie proposte, peraltro, il dirigente del predetto ufficio potrebbe favorire, per ragioni di inclusione, l'elaborazione di un'unica istanza assecondando forme di dialogo cooperativo.

I patti, dunque, mettono a punto l'alleanza finalizzata alla soluzione di problemi di interesse generale, cioè sono il luogo della partecipazione per il superamento di criticità che possono affliggere i beni comuni urbani. Mentre questa chiave di lettura è tutto sommato pacifica, intorno alla natura dei patti di collaborazione si è sviluppato un vivace dibattito dottrinale inquadrabile alla stregua di tre diversi orientamenti.

In base al primo, si sarebbe al cospetto di veri e propri contratti come, del resto, dovrebbe suggerire il *nomen* "patti". L'alleanza tra amministrazione e cittadini attivi nella lotta contro la complessità dei problemi, la scarsità dei mezzi per la loro soluzione, l'aumento delle esigenze urbane sono tutti fattori che richiedono condivisione di responsabilità e risorse la quale non

e patrimonialità: a proposito dei beni culturali, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. Caputi Jambrenghi, Milano, 1999, 412, che ha evidenziato l'interposizione solo strumentale dello Stato e degli enti pubblici territoriali tra beni demaniali e collettività, finalizzata a garantirne un'effettiva appartenenza collettiva e la generale utilizzazione.

[41] Cfr. G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta"*, cit., 77.

[42] Si pensi ad un bene culturale, allorquando ai cittadini attivi potrà richiedersi la dimostrazione della propria capacità organizzativa e tecnico-finanziaria al fine di assicurare il rispetto della normativa vigente, fermo restando i necessari atti di autorizzazione e controllo ad opera degli organi competenti.

[43] Così denominato dall'art. 6, comma 2, del prototipo di Regolamento Labsus.

potrebbe che fondarsi su originali[44] strumenti giuridici paritari[45]. Dal punto di vista formale, l'equiparazione dei patti di collaborazione ai contratti di diritto privato si basa sul riconoscimento, in capo alle amministrazioni, della titolarità di capacità giuridica generale e sull'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990[46]. Dal punto di vista sostanziale, detta equiparazione è sembrata più coerente con il tentativo di affrancare la partecipazione dei cittadini dalle logiche del diritto pubblico come modello tendenzialmente verticale[47].

Quand'anche si ritenesse la clausola di salvezza di cui al citato comma 1-*bis* – «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» – riferibile a fonti diverse dalla legge statale, tuttavia, bisognerebbe constatare che la materia contrattuale appartiene all'ordinamento civile, per cui detta norma non potrebbe legittimare un regolamento a fondare l'esistenza di contratti di diritto speciale[48]. Inoltre, è riscontrabile un'incongruenza tra finalità dei patti di collaborazione e contratti a titolo oneroso[49]. Le azioni intraprese dai cittadini attivi non devono essere rivolte a scopi lucrativi, il patto ha una causa in concreto diversa dal contratto di partenariato pubblico-privato oneroso. Ciò anche ove si consideri la visibilità ottenuta dai cittadini in questione, da non confondere con l'utile immateriale, ad esempio, derivante dall'esecuzione di un contratto di sponsorizzazione.

Un secondo orientamento si è quindi concentrato sull'art. 11 della l. n. 241/1990. Il patto, in sostanza, concluderebbe un procedimento disciplinato dai regolamenti comunali sull'amministrazione condivisa[50], rivelando la propria natura di accordo atipico rientrante nell'urbanistica consensuale[51].

[44] Per la configurazione dei patti di collaborazione come atti giuridici «di natura del tutto nuova ed originale», si veda L. Muzi, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., 133.

[45] Cfr. G. Arena, *Amministrazione e società*, cit., 53.

[46] *Ibidem*.

[47] R.A. Albanese, E. Michelazzo, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Torino, 2020, 115.

[48] Così, da ultimo, A. Giusti, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in *Gestire i beni comuni urbani*, cit., 26.

[49] Cfr. F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 296.

[50] F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani*, cit., 299.

[51] Bisogna, in realtà, osservare come l'impronta sociale degli interventi di microrigenerazione regolati dai patti di collaborazione faccia emergere azioni collettive che, viceversa, non

Si tratterebbe, nello specifico, di accordi necessitati «il cui possibile esito non matura *nel* procedimento, ma *prima* del procedimento»[52]. Si parla di accordi "necessitati" poiché la conclusione del procedimento non potrebbe che condurre alla stipula del patto senza l'alternativa del provvedimento; non perché all'amministrazione sia astrattamente precluso un diverso esito, ma in quanto «la collaborazione è intesa come fine istituzionale in sé»[53].

Un terzo orientamento, infine, propone una lettura dei patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa. Tale impostazione, che trae conferme notevoli specie nell'originaria esperienza dei regolamenti comunali[54], da un lato sottolinea le criticità legate agli indirizzi sopra illustrati, dall'altro mira a individuare una norma di legge in grado di far convivere due anime: quella autoritativa che si manifesta nell'adozione del regolamento e quella paritaria dei patti di collaborazione[55].

Sotto il primo profilo, viene in particolare rilevata l'assenza di verticalità caratteristica degli accordi *ex* art. 11 della l. n. 241/1990. La natura degli

costituiscono il *proprium* delle convenzioni urbanistiche atte a promuovere l'agire privato: cfr. F. Giglioni, *La rigenerazione dei beni urbani*, cit., 223, e, diffusamente, M.V. Ferroni, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, 157 ss. Si veda, inoltre, A. Contieri, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004, 283, che si sofferma su situazioni in relazione alle quali, per riprendere le parole di P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 227, la p.a. ha «necessità di instaurare il rapporto con il privato, il cui interesse – se soddisfatto – determina allo stesso tempo la possibilità per l'Amministrazione di raggiungere gli obiettivi e i risultati che si è prefissata». Vengono in rilievo figure come i contratti d'area, i patti territoriali e i contratti di programma, rispetto alle quali l'interesse privato è assorbito da quello pubblico in funzione dello sviluppo economico che non sarebbe raggiungibile senza il coinvolgimento dell'imprenditore. Si tratta, invero, di fattispecie che si discostano dai patti di collaborazione.

[52] Così F. Giglioni, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. federalismo*, 2018, 68, sulle orme di N. Bassi, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrazione*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 564, che sostiene la possibilità di stipulare accordi all'infuori di relazioni assunte nell'ambito di un procedimento amministrativo se il fine principale consiste nella realizzazione di una relazione collaborativa.

[53] F. Giglioni, *Le città come ordinamento giuridico*, cit., 69.

[54] La maggioranza dei regolamenti sui beni comuni urbani successivi a quello bolognese si allineano al disposto dell'art. 1, comma 3, secondo cui «la collaborazione tra cittadini e amministrazione si estrinseca nell'adozione di atti amministrativi di natura non autoritativa» (si veda, ad esempio, l'art. 1, comma 4, del Regolamento di Torino approvato con delibera del consiglio comunale del 2 dicembre 2019, n. 391, che sostituisce il precedente regolamento approvato con deliberazione n. 375 del 25 gennaio 2016).

[55] Cfr. A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 157.

accordi tra amministrazioni e privati sarebbe allora inconciliabile con la logica paritaria richiesta dall'amministrazione condivisa a prescindere dal fatto che i regolamenti si riferiscano, o meno, all'esercizio di attività autoritativa. Sotto il secondo profilo, l'accento è posto sull'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 che cristallizza la distinzione fra attività autoritativa e non autoritativa prevedendo, per quest'ultima, l'applicazione del diritto privato salvo diversa previsione di legge. Tale norma fornirebbe la cornice giuridica ai patti di collaborazione[56], da non confondere con manifestazioni unilaterali o consensuali di potere amministrativo riconducibili al concetto di "autorità" recepito dalla giurisprudenza costituzionale[57].

5. *Autoritatività del potere, imperatività del provvedimento e attività amministrativa di diritto privato*

Le principali obiezioni alla configurazione dei patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa attengono, sostanzialmente, alle incertezze applicative dell'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 e al significato controverso del concetto di "autoritatività"[58]. Le prime legate al travagliato *iter* che ha condotto all'approvazione della

[56] *Ibidem*.

[57] La giurisdizione amministrativa, storicamente, nasce in quanto giurisdizione che meglio si modella sull'esercizio del potere e il giudice amministrativo esiste come giudice speciale in quanto il potere che la legge riconosce all'amministrazione per il perseguimento di fini di interesse generale è "speciale". È questo il principale insegnamento ereditato dalla fondamentale sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, ribadito a più riprese (cfr. Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191; Id., 5 febbraio 2010, n. 35) e, infine, recepito dall'art. 7, comma 1, c.p.a. L'ampliamento dell'area di giurisdizione esclusiva, secondo la Consulta, non può prescindere dal riferimento a materie – in tal senso particolari a norma dell'art. 103 Cost. – che, pur in assenza di apposita previsione, contemplerebbero comunque la giurisdizione generale di legittimità «in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità» (Corte cost. n. 204/2004).

[58] Sulle differenti declinazioni della nozione di "autorità" con riferimento all'attività amministrativa, si veda B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, spec. 355 ss. in relazione alle critiche alle diverse accezioni di "imperatività" del provvedimento amministrativo, secondo cui il potere amministrativo parteciperebbe delle stesse caratteristiche del potere privato o del diritto potestativo, sicché l'imperatività non varrebbe a contraddistinguere il provvedimento rispetto agli altri atti di esercizio del potere.

l. n. 15/2005 cui si deve l'introduzione del suddetto comma 1-*bis*[59], le seconde riconducibili al dibattito teorico sui caratteri del provvedimento amministrativo, con particolare riguardo alla possibilità di scindere le classiche nozioni di autoritatività (o autoritarietà) e imperatività[60], l'una riferibile al potere amministrativo e l'altra al provvedimento[61].

La dottrina dominante si è condivisibilmente attestata nel senso di

[59] L'introduzione del comma 1-*bis* all'interno dell'art. 1 della l. n. 241/1990 ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. b), della l. 11 febbraio 2005, n. 15, giunge all'esito di un complesso *iter* che parte dai tentativi paralleli di riforma costituzionale. La Commissione bicamerale istituita con l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1, aveva previsto di dedicare all'organizzazione e all'attività amministrativa l'art. 106 del progetto, il cui secondo comma sulla "forma dell'attività amministrativa" disponeva che «Le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato. Sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato a terzi, secondo le regole del diritto civile». Sull'incerto *iter* che ha condotto all'attuale versione della norma *de qua*, fra i molti, V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 222 ss.; F. de Leonardis, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 95 ss.; G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481 ss.; N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1* bis. *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La Pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 77 ss. Cfr., inoltre, i contributi pubblicati dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo nel *Dossier sul disegno di legge A.S. n. 4860 "Norme generali sull'attività amministrativa"* (Roma, 25 gennaio 2001) successivo al testo approvato dalla Camera dei deputati il 25 ottobre 2000 sulla base della proposta di legge n. 6844 presentata dall'onorevole Cerulli Irelli, il quale stabiliva che «Salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato. In ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi» (art. 2).

[60] Nella sua ricostruzione più recente, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 279, definisce l'imperatività – uno dei due elementi, assieme all'autotutela, in cui si concreta l'autorità – come la capacità del provvedimento di produrre «un'immutazione delle situazioni giuridiche soggettive che storicamente si trova dinanzi allorchè viene adottato, per cui le estingue, le modifica, le sostituisce con altre, le trasferisce, in una parola produce l'avverarsi di eventi di nascita modificazione ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce». Merita osservare che secondo questa dottrina «l'imperatività del provvedimento amministrativo non è l'autorità dell'atto che enuncia la volontà di legge nel caso concreto (…). Sotto certi aspetti è più forte, ma sotto altri lo è di più» (*ibidem*).

[61] Cfr., per tutti, F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 49 s., secondo cui «il carattere autoritativo non attiene propriamente al provvedimento e si manifesta prima che il provvedimento venga in essere (…). Non esistono provvedimenti autoritativi, ma soltanto poteri autoritativi: l'autoritatività del provvedimento non è altro che l'immagine riflessa dell'autoritatività del potere (…). La qualità che invece pertiene al provvedimento è l'imperatività».

riconoscere che l'imperatività rappresenta un connotato tipico di ogni provvedimento, a prescindere dal suo contenuto *lato sensu* ablatorio o ampliativo[62], ovvero dalla natura discrezionale o vincolata del potere[63]. Maggiori dubbi, che occorre affrontare al fine di sostenere la tesi dei patti di collaborazione come atti di natura non autoritativa, sono invece riscontrabili in relazione alla c.d. funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa; all'applicabilità dei principi generali riguardanti tale attività laddove l'amministrazione agisca mediante atti non autoritativi; alla natura degli accordi procedimentali e sostitutivi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990.

La prima questione è strettamente correlata al progressivo ampliamento dell'area del contratto e, più in generale, delle fattispecie consensuali come moduli alternativi all'esercizio unilaterale del potere. Alla stregua della teoria del c.d. vincolo di scopo come espressione del principio di legalità, inteso nella duplice accezione di titolo e limite dei poteri autoritativi, ma anche di strumento di indirizzo dell'amministrazione e della sua attività, non è sembrato possibile escludere che detto vincolo non coincide con l'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere[64]. Se il vincolo di scopo non coincide con l'interesse pubblico, di conseguenza, si

[62] L'espressione "atti autoritativi" è stata talvolta impiegata per designare i soli atti che non necessitano del consenso del destinatario degli effetti, donde la difficoltà di comprendere come provvedimenti ampliativi, quali le autorizzazioni o le concessioni (cfr. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 233 ss.), possano essere considerati provvedimenti imperativi. Per una simile chiave di lettura, con particolare riguardo alle concessioni, si veda D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2016, 145.

[63] Ha contestato il carattere imperativo dei provvedimenti amministrativi vincolati, in quanto meramente ricognitivi di diritti degli interessati, principalmente, A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, 58 ss.; Id., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.; cui *adde* L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, Padova, 1996, 42 ss. La giurisprudenza amministrativa, nonostante alcune oscillazioni, ha riconosciuto la propria giurisdizione in presenza di provvedimenti vincolati (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8; più di recente, Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7820), dovendosi «escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti *ipso facto* l'assenza, in capo alla P.A., di una posizione di supremazia, nonché la conseguente natura paritetica degli atti adottati dalla stessa P.A. nel rapporto con l'amministrato. La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato – e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'*an* e nel *quomodo* – non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica (…): il potere vincolato resta comunque espressione di "supremazia" o di "funzione"» (CGARS, 13 settembre 2021, n. 802, che ha annullato, con rinvio al primo giudice, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 28 maggio 2021, n. 1763).

[64] N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1* bis, cit., 101 s.

pongono le basi per il superamento dell'impostazione secondo cui l'intera attività amministrativa è finalisticamente orientata[65].

Che l'attività privata delle pubbliche amministrazioni non sia interamente transitata nel campo del diritto pubblico non è ragionevolmente contestabile, ma sembra, del pari, difficile disconoscere come tale attività abbia progressivamente assunto i caratteri di un'attività amministrativa di diritto privato, cessando di essere attività privata come negli atti di gestione teorizzati soprattutto nella seconda metà nel XIX secolo[66]. In tale prospettiva, si è osservato che «l'attività amministrativa secondo moduli negoziali (l'attività amministrativa di diritto privato) non può essere senz'altro accomunata all'azione giuridica dei soggetti privati (espressione dell'autonomia privata) e reca in sé sempre qualche elemento di funzionalizzazione»[67].

[65] Sulla funzionalizzazione di tutta l'attività amministrativa al perseguimento in concreto del pubblico interesse, da ultimo, M. Immordino, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2021, 374, cui *adde* Id., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 132. La suddetta tesi "revisionista" si regge sulla premessa che l'aggettivo "funzionalizzato" esprime un significato preciso, «l'attività amministrativa si traduce in funzione, cioè nella manifestazione dinamica del potere autoritativo»: N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1* bis, cit., 101 (nt. 78), sulla scia dell'insegnamento di Benvenuti, il quale, rispetto all'impostazione tradizionale volta a identificare la funzione sotto il profilo teleologico (S. Romano, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 172 ss.), l'ha declinata come attività di trasformazione del potere nell'atto imputabile al suo autore; v. F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 29 ss., Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 122 ss.

[66] F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 15.

[67] V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 222. Sulla necessità di armonizzare la funzione del "contratto" alla pubblicità dei fini perseguiti dalle amministrazioni, diffusamente, M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996. Si veda già A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss. In tale ordine di idee si muove l'analisi di L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988. Per una chiave di lettura volta a evidenziare l'impermeabilità del negozio rispetto all'interesse di ciascuna parte, in quanto interesse «oggetto di una libera disposizione e non criterio o canone dell'attività del soggetto», F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1965, 63. Secondo G. Greco, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 90, la fattispecie contrattuale rappresenta una manifestazione del «potere (privatistico) di autoregolamentazione della (…) sfera giuridica» dell'amministrazione, donde l'affermata esistenza di una categoria di «atti amministrativi negoziali» (es. il bando di gara) sottoposti a un regime differenziato rispetto ai provvedimenti e la possibilità di neutralizzare la rilevanza dell'evidenza pubblica sulla struttura del contratto.

Il carattere di specialità dell'attività di diritto privato dell'amministrazione risponde a una tradizione consolidata[68] facilmente individuabile in materia di contratti pubblici. La fase esecutiva disciplinata dal nuovo codice, nello specifico, si caratterizza per la presenza di numerosi poteri riservati al soggetto pubblico idonei a rivelare spiccati profili di specialità discendenti dalla natura del contraente. Anche a seguito del provvedimento di aggiudicazione, con la conclusione della fase di evidenza pubblica e l'applicazione del diritto privato, sono individuabili previsioni speciali volte a integrare o sostituire quelle ordinarie[69].

Permane un'intrinseca diversità fra autonomia negoziale dei soggetti privati, tenuti a uniformarsi a criteri di meritevolezza e liceità, e di quelli pubblici. L'inciso finale «salvo che la legge disponga diversamente» di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 conferma la specialità dell'amministrazione contraente e, più in generale, l'esigenza di contemperare la flessibilità e la parità proprie degli strumenti privatistici con il necessario regime funzionalizzato dell'attività amministrativa[70]. I principi enunciati dall'art. 1 della l. n. 241/1990 – norma, invero, dedicata all'intera attività amministrativa – sono, pertanto, riferibili anche alle ipotesi in cui l'amministrazione non agisce in via autoritativa[71], ma comunque in funzione del perseguimento di un interesse pubblico[72]. E, del

[68] D. de Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 "*bis*" della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Bologna, 2007, 35.

[69] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14. Parlano di "focolai pubblicistici" F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2020, 203 ss., muovendo dalla considerazione che l'amministrazione è tenuta a perseguire l'interesse pubblico anche nella fase esecutiva, ove utilizzi facoltà e poteri di diritto privato: «anche un recesso, una risoluzione, o l'approvazione di una variante implicano valutazioni che la parte pubblica deve svolgere alla luce dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento» (p. 218).

[70] R. Villata - M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 48.

[71] Converge su questa soluzione D. de Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 "*bis*" della legge n. 241 del 1990*, cit., 33. Per una diversa chiave di lettura v. G. Corso, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 18, secondo cui «è da presumere che gli atti di natura non autoritativa esulino dall'ambito dell'attività amministrativa presa in considerazione dal comma 1»; in senso analogo, F. Trimarchi Banfi, *L'art. 1 comma 1* bis *della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 957.

[72] Si veda A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, cit., 158, la quale, citando N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1* bis, cit., 83, osserva che il rispetto dei principi generali, trattandosi di attività non autoritativa, non rileva ai fini di un sindacato di legittimità, ma nelle

resto, nel momento in cui viene sancito che i privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei suddetti principi *ex* art. 1, comma 1-*ter*, della l. n. 241/1990, è ragionevole concludere nel senso che lo stesso vale per i soggetti pubblici che operano con moduli privatistici[73].

6. *I patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa*

Resta da chiarire la questione riguardante la natura giuridica degli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento. Merita ricordare, al riguardo, che l'ambito operativo degli accordi si conforma a quello storicamente riservato non al contratto, ma al provvedimento[74]. Anziché esercitare il potere in via unilaterale, l'amministrazione può ricorrere a un *modus operandi* alternativo fondato sul consenso.

In ogni caso è riscontrabile l'esistenza di un potere, da cui discende un forte condizionamento pubblicistico della disciplina degli accordi,

«valutazioni circa il complesso dell'azione amministrativa posta in essere in sede di controllo di gestione, di esercizio dell'azione di responsabilità avanti alla Corte dei Conti, di esercizio dell'azione di responsabilità civile».

[73] Cfr. M. Gola, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 217, in linea a Tar Lombardia, Milano, sez. III, 14 maggio 2010, n. 1489, in materia di lavoro pubblico, secondo cui «la legge sul procedimento amministrativo detta oggi una disciplina "comune" a garanzia della "funzionalizzazione" anche dell'attività amministrativa di diritto privato».

[74] Si veda, per un inquadramento, F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 103 ss. e 159 ss. Gli autori che sostengono la tesi c.d. pubblicistica degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 rilevano l'impossibilità di confondere con i contratti di diritto comune strumenti consensuali al più classificabili come atti bilaterali non negoziali ovvero, sulla scia dell'esperienza tedesca, contratti di diritto pubblico: v. per tutti M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo*, *accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 143 ss.; Id., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 145 ss., ove si osserva che gli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 «non possono che qualificarsi come contratti di diritto pubblico e dunque non possono che avere, pur rimanendo veri e propri contratti, una loro specificità» (p. 149). Già l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, nel parere del 19 febbraio 1987, n. 7, aveva segnalato che la comune dizione "accordi" fa riferimento sia a moduli aventi natura marcatamente procedimentale, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio di potestà pubbliche, sia ad accordi aventi contenuto più propriamente contrattuale, i c.d. contratti ad oggetto pubblico che dettano la disciplina degli aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di tali potestà.

sia sul piano sostanziale che della tutela. In primo luogo, l'art. 11 della l. n. 241/1990 offre molteplici dati che depongono nel senso dello statuto pubblicistico degli accordi: il necessario perseguimento dell'interesse pubblico e il riferimento alla discrezionalità; il richiamo, salvo diverse previsioni, ai soli principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, nei limiti della compatibilità; l'obbligo di motivazione[75]; l'invarianza rispetto al regime dei controlli previsti per gli accordi sostitutivi[76]; l'analogia tra il potere di recesso dell'amministrazione dall'accordo e la revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse[77]; la necessità, a garanzia dei principi di imparzialità e di buon andamento, di far precedere la stipula dell'accordo da una determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento[78]. In secondo luogo, la tesi privatistica appare inconciliabile con la giurisprudenza costituzionale sui limiti entro cui il legislatore può modellare la giurisdizione esclusiva, essendosi chiarito che il ricorso agli accordi presuppone l'esistenza di un potere autoritativo in capo all'amministrazione[79].

L'amministrazione preserva la propria posizione di supremazia a dispetto della struttura (bilaterale) di un atto che «interviene a determinare consensualmente il contenuto di un provvedimento amministrativo o a regolare i rapporti economici discendenti da quest'ultimo; altre volte addirittura in sua sostituzione»[80]. In altri termini, trattasi di moduli

[75] Introdotto ai sensi dell'art. 1, comma 47, della legge "anticorruzione" 6 novembre 2012, n. 190.

[76] In caso di accordi integrativi, ove previsto, il controllo riguarderà direttamente il provvedimento finale.

[77] Sul «rapporto di sostanziale equivalenza tra revoca e recesso», premessa la natura pubblicistica degli accordi *ex* art. 11 della l. n. 241/1990, si veda M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 142.

[78] Prodotto delle modifiche apportate all'art. 11 della l. n. 241/1990 dalla l. n. 15/2005 (art. 7, comma 1, lett. b).

[79] Sulla scia della giurisprudenza costituzionale in precedenza richiamata, Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, correla la giurisdizione del giudice amministrativo alla circostanza per cui l'amministrazione agisca «come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio».

[80] Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786. Il riferimento deve intendersi effettuato sia agli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, sia alle c.d. concessioni-contratto, allorquando il rapporto tra amministrazione e concessionario «proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del

convenzionali di esercizio del potere rispetto ai quali non rileva l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990.

In conclusione, si possono estrapolare i seguenti risultati: se autoritativo significa espressione di autorità ed è configurabile come tale l'amministrazione che esercita un pubblico potere, allora gli accordi disciplinati dalla legge sul procedimento costituiscono atti non imperativi esercizio di un potere autoritativo; dunque l'autoritarietà è una caratteristica del potere che può manifestarsi attraverso moduli unilaterali (provvedimenti) o consensuali (accordi); anche nei casi di attività non autoritativa, le amministrazioni devono rispettare i principi di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990. A tale stregua, sono riscontrabili i seguenti caratteri essenziali dei patti di collaborazione: sul piano della struttura, si tratta di atti amministrativi non autoritativi; sul piano della funzione, i patti sono finalisticamente orientati a garantire forme di amministrazione condivisa aventi ad oggetto la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani; sul piano della formazione, i patti intervengono in risposta ad una sollecitazione dell'amministrazione o in base ad un'autonoma iniziativa dei cittadini attivi, nella cornice delineata dai regolamenti; sul piano della disciplina, l'applicazione di regole di matrice privatistica non esclude il rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa, fra cui si annoverano quelli di collaborazione e di buona fede, alquanto significativi nell'orizzonte dell'amministrazione condivisa.

codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto compatibili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò è indicato dalla l. n. 241/1990, e in particolare dal suo art. 11» (Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653).

SENTENZE E ATTUALITÀ

Luca Bordin*

La giurisdizione contesa in materia di danno da lesione dell'affidamento incolpevole. Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, n. 20

Sommario: 1. Il caso e le questioni – 2. L'antefatto: il diritto vivente delle Sezioni Unite e la sua recezione nel dibattito dottrinario – 3. La reazione di Palazzo Spada. L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria – 4. La risoluzione della questione di giurisdizione – 5. Alcune osservazioni sui principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria – 6. Un dialogo (im)possibile? Considerazioni conclusive e suggestioni *de jure condendo*.

1. *Il caso e le questioni*

L'Adunanza Plenaria 29 novembre 2021, n. 20, chiamata – tra l'altro – ad affermare un principio di diritto in materia di riparto di giurisdizione, ha reso evidente il grave contrasto con la Corte regolatrice della giurisdizione in materia di responsabilità della p.a. per lesione dell'affidamento del privato.

La controversia portata all'attenzione della Plenaria dall'ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato, 11 maggio 2021, n. 3701, si colloca nell'ambito dell'articolato dibattito intorno al danno da affidamento incolpevole, riposto nella legittimità di un provvedimento ampliativo successivamente annullato in sede giurisdizionale o *ex officio*.

La tematica involge rilevanti profili di natura processuale e sostanziale. Il focus delle brevi riflessioni che seguono sarà posto principalmente sugli aspetti processuali, attinenti al riparto di giurisdizione *in subiecta materia*, anche se non mancherà qualche cenno agli aspetti più critici relativi alla declinazione sostanziale della vicenda.

Vicenda che, in sede di premessa, pare utile succintamente richiamare.

* Dottorando di ricerca di diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Sapienza di Roma.

L'originaria ricorrente, odierna appellata, ha acquistato un terreno cui era stata impressa una determinata destinazione edificatoria e rispetto al quale era stato rilasciato titolo edilizio in favore del dante causa della stessa, poi volturato in suo favore. Avviata l'attività edificatoria, la proprietaria del fondo confinante impugnava innanzi il TAR Marche la variante al p.r.g. unitamente al titolo edilizio, ottenendone l'annullamento, confermato dal Consiglio di Stato in sede di gravame.

Seguiva il tentativo dell'amministrazione comunale di sanare la situazione di "abusività sopravvenuta", vanificato dal ricorso per l'ottemperanza vittoriosamente esperito dalla confinante, conclusosi con declaratoria di nullità per elusione del giudicato degli atti adottati e conseguente ingiunzione di demolizione dei fabbricati.

È a questo punto che la ricorrente, nel giudizio che ha dato la stura alla pronuncia in commento, ha promosso azione di condanna al risarcimento del danno nei confronti della p.a. I danni sarebbero occorsi per l'aver confidato in buona fede nella legittimità degli atti di pianificazione e del titolo edilizio, annullati dal giudice amministrativo.

Il TAR Marche, con sentenza n. 268/2020, ha accolto la domanda, ritenendo sussistenti tutti i presupposti della responsabilità dell'amministrazione comunale, non costituitasi in giudizio. Ha fatto seguito l'appello della p.a., che ha così contestato la sussistenza sia della giurisdizione amministrativa che dei presupposti per la sua condanna alla refusione dei danni.

Dopo aver dichiarato ammissibile il primo motivo di gravame, inerente al difetto di giurisdizione del g.a., la IV Sezione ha rilevato l'opportunità di rimetterne l'esame ai sensi dell'art. 99 c.p.a., ritenendo indispensabile "*che sulla questione si pronunzi con la sua istituzionale autorevolezza l'Adunanza plenaria, poiché non vi sono in materia univoci orientamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*"[1] e ciò a prescindere dall'operatività di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, ponendosi la questione in generale anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Segue un'approfondita disamina del diritto vivente, a partire dalle note ordinanze gemelle delle Sezioni Unite del 2011[2], sul quale si avrà modo di indugiare brevemente nel prosieguo.

All'esito della complessa ordinanza, la IV Sezione ha formulato e sottoposto al Supremo Consesso tre quesiti:

[1] Cons. St., Sez. IV, ord. 11 maggio 2021, n. 3701, § 13.
[2] Sez. Un., 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

> "*a) se sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno, formulata dall'avente causa del destinatario di una variante urbanistica, quando entrambi siano risultati soccombenti in un giudizio amministrativo, proposto dal vicino, all'esito del quale sia stata annullata per vizi propri la medesima variante e siano stati annullati per illegittimità derivata i conseguenti permessi di costruire – e, più in generale, se sussista sempre la giurisdizione amministrativa quando – su domanda del ricorrente vittorioso o su domanda del controinteressato soccombente (che proponga un ricorso incidentale condizionato o un ricorso autonomo) – si debba verificare se il vizio di un provvedimento autoritativo, oltre a comportare il suo annullamento, abbia conseguenze sul piano risarcitorio);*
>
> *b) qualora sussista la giurisdizione amministrativa sulla domanda sub a) del controinteressato soccombente, quando sia giuridicamente configurabile un affidamento 'incolpevole' che possa essere posto a base di una domanda risarcitoria, anche in relazione al fattore 'tempo';*
>
> *c) qualora sussista la giurisdizione amministrativa e quand'anche si sia in presenza di un affidamento 'incolpevole' del controinteressato soccombente, quando si possa escludere la rimproverabilità dell'Amministrazione*"

Prima di passare in rassegna gli importanti principi di diritto affermati dalla pronuncia che qui si annota, pare indispensabile un preliminare esame del contesto giurisprudenziale in cui essa si colloca, anche al fine di meglio comprenderne le implicazioni di sistema.

Esaurito l'esame delle questioni affrontate nella sentenza dell'Adunanza Plenaria e svolte talune brevi osservazioni sulla stessa, si procederà con qualche considerazione di carattere più generale, sull'attuale assetto del riparto di giurisdizione, anche in una prospettiva *de jure condendo*.

2. *L'antefatto: il diritto vivente delle Sezioni Unite e la sua recezione nel dibattito dottrinario*

La materia del danno da lesione dell'affidamento[3] da parte

[3] In generale, sull'affidamento, si v. R. Sacco, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. I, 1958, p. 661. Il tema dell'affidamento, per quanto riguarda il diritto privato, è stato particolarmente indagato alla luce della responsabilità precontrattuale. Sul punto, L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, oggi in *Scritti*, vol. II, Milano, 2011, p. 267; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 470. Sull'operatività del principio nel diritto amministrativo risultano fondamentali le riflessioni di Fabio Merusi, in

dell'amministrazione è stata oggetto di importanti interventi delle Sezioni Unite che, in punto di giurisdizione, hanno patrocinato un paradigma che si potrebbe definire 'pan-privatistico', a detrimento degli spazi di cognizione del giudice amministrativo, negletti anche nelle controversie ricadenti nelle materie di cui all'art. 133 c.p.a.

A inaugurare il prevalente indirizzo della Corte regolatrice della giurisdizione sono state le tre note ordinanze gemelle del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596. Pur nella diversità delle vicende controverse[4], le tre ordinanze si fondano su una comune *ratio decidendi*, sintetizzabile nei termini che seguono.

Il presupposto argomentativo delle ordinanze del 2011 è quello della

particolare F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni 'trenta' all''alternanza'*, Milano, 2001, p. 17. Più di recente Id., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1195. Si vedano inoltre, *ex plurimis*, S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea – Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese: Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, vol. I, Padova, 2003, p. 371; S. Cimini, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della p.a.*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, p. 91; M. D'alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1019; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; A. Gualdani, *Verso una nuova unitareità della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea – Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese: Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, vol. III, Padova, 2003, p. 471; Id., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 462; A. Travi, *La tutela dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 1, p. 121; F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, p. 823; Id., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, p. 843; E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 173.

[4] L'ordinanza n. 6594 si riferiva all'ipotesi di annullamento d'ufficio di concessione edilizia. Anche la pronuncia n. 6595 attiene alla materia edilizia, ma in questo caso il titolo ampliativo era stato previamente rimosso dal giudice amministrativo. L'ordinanza n. 6596 è invece relativa alla materia dell'evidenza pubblica e riguarda l'annullamento giurisdizionale di un'aggiudicazione definitiva.

natura rimediale del risarcimento del danno[5] a fronte dell'illegittimo uso del potere amministrativo. In simili evenienze, la tutela risarcitoria si affiancherebbe (anche nell'ipotesi di autonomo esperimento dell'azione di condanna) e completerebbe quella attivata contro il provvedimento illegittimo (nel caso di interesse legittimo oppositivo) o il denegato rilascio di quello favorevole, a seguito di silenzio-inadempimento o di espresso rigetto (nel caso di interesse legittimo pretensivo), in ciò giustificandosi la devoluzione al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – delle richieste risarcitorie.

Fuori da tale paradigma – che vede attribuire alla tecnica risarcitoria una funzione "ancillare" rispetto alla tutela caducatoria dell'interesse legittimo – e cioè allorquando il privato non abbia alcuna manifestazione di potere autoritativo contro cui rivolgere iniziative processuali, non potrebbe che sussistere la giurisdizione ordinaria. In simili evenienze si rimprovererebbe alla p.a. non un illegittimo uso del potere, consumato con sacrificio dell'interesse legittimo del privato, ma un comportamento colposamente

[5] In ciò (almeno apparentemente) recependo le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 (in part. § 3.4.1.) e Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191 (in part. § 4.3.). Com'è noto, l'adesione della Consulta alla concezione rimediale del risarcimento del danno ha condotto al superamento dell'impostazione patrocinata dalle Sezioni Unite della Cassazione nella nota sentenza 22 luglio 1999, n. 500, le quali avevano scorto nella lesione *non iure* e *contra ius* dell'interesse legittimo l'occasione per la nascita di un autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno, derivante da fatto illecito *ex* artt. 1173 e 2043 c.c. Si vedano, di questa fondamentale pronuncia, in particolare le affermazioni di cui al §2 ("*Il ricorso ripropone la questione della risarcibilità degli interessi legittimi, o meglio il problema della configurabilità della responsabilità civile, ai snesi dell'art. 2043 c.c., della P.A. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo*") e al §10, lett. a) ("*l'azione di risarcimento del danno* ex *art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice al quale spetta, in linea di principio (secondo il previgente ordinamento), la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonde di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nel sue varie configurazioni correlate alle diverse forme di protezione, o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento*"). Il paradigma rimediale del risarcimento del danno, pur assolutamente prevalente nel panorama dottrinario e giurisprudenziale, non è unanimemente accolto. In chiave critica v. R. Villata, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in R. Villata, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 385 e, in part., pp. 392-394. Secondo G.D. Comporti, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: un'occasione mancata*, in *judicium.it*, in realtà, il codice del processo amministrativo avrebbe conservato la logica dei blocchi di materie nel disciplinare l'azione di condanna al risarcimento.

scorretto, lesivo di un diritto soggettivo la cui tutela non può che essere affidata al giudice ordinario, avendo, "*in base agli artt. 103 e 113 Cost., il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa… giurisdizione per la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione*".

E dunque, a fronte di un atto ampliativo illegittimo poi annullato, il privato vanterebbe un diritto soggettivo, poiché tale atto illegittimo, ormai posto nel nulla, continuerebbe a rilevare esclusivamente quale mero comportamento degli organi amministrativi, integrando (assieme ad altri presupposti) un fatto illecito violativo del principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.

La presa di posizione delle Sezioni Unite, evidentemente mossa da un intento limitativo degli spazi cognitori del giudice amministrativo, ha suscitato un vivace dibattito dottrinario, seguito da un atteggiamento non univoco della giurisprudenza successiva, compresa quella delle stesse Sezioni Unite.

I numerosi contributi dottrinari sulle ordinanze del 23 marzo 2011[6] presentano sfumature che non impediscono, tuttavia, di isolare alcune tendenze di fondo.

Per la prima[7], il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite "*giunge a conclusioni che, nell'attuale quadro normativo, sono sostanzialmente*

[6] Si vedano R. Caponigro, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 2, 3, p. 413; M. Clarich, *Giurisdizione ordinaria. Al giudice civile l'affidamento sull'atto illegittimo*, in *Guida dir.*, 2011, 9, p. 29; G. D. Comporti, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 1, p. 194; L. D'Angelo, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giust. civ.*, 2011, 10, p. 2321; A. Di Majo, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2011, 7, p. 940; A. Lamorgese, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, 5, p. 1218; S. R. Masera, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, p. 916; M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 896; F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incomprimibili e lesione dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2011, 24, p. 10; S. Salvago, *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2012, 11-12, p. 2770; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, 2011, 7; C. Scognamiglio, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 9, p. 1749; A. Travi, *In tema di giurisdizione ordinaria*, in *Foro it.*, 2011, 9, p. 2398.

[7] Nella quale possono essere ricompresi R. Caponigro, *Questioni attuali*, cit.; L. D'Angelo, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo*, cit.; A. Di Majo, *L'affidamento*, cit.; A. Lamorgese, *Stop della Cassazione*, cit.

condivisibili"[8]. L'orientamento espresso avrebbe avuto il merito di ribadire "*un principio di civiltà giuridica non estraneo al nostro sistema ordinamentale: se la pubblica amministrazione genera affidamenti incolpevoli per il tramite di atti autoritativi ampliativi poi rilevatisi invalidi con conseguente necessario arresto di una avviata condotta materiale del privato (costruzione manufatti, esecuzione di un contratto previa procedura di affidamento ecc.), i pregiudizi da quest'ultimo sofferti sono meritevoli di tutela risarcitoria avanti il giudice ordinario* ex *art. 2043 c.c. secondo le regole di diritto comune*"[9]. Si è osservato poi, che in tal modo, le Sezioni Unite avrebbero introdotto "*un freno alla retorica della concentrazione della tutela 'a senso unico' che talora ha caratterizzato alcuni arresti della giurisprudenza*"[10].

Non mancano però opinioni contrarie[11], espresse in particolare dalla dottrina amministrativistica, nel duplice senso di contestare per un verso il diniego di un collegamento mediato con l'esercizio del potere, idoneo a giustificare l'attribuzione di simili controversie al g.a. in sede esclusiva e, per altro profilo, la conclusione per cui la lesione dell'affidamento possa essere qualificato in termini di diritto soggettivo, con conseguente riserva al giudice ordinario di tutte le domande risarcitorie connesse alla lesione dell'affidamento incolpevole.

Con riferimento alle critiche appuntate in ordine all'esclusione della giurisdizione esclusiva si segnala il possibile *vulnus* all'effettività e alla concentrazione della tutela, rilevando che l'atto ampliativo "*giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità*"[12].

---

[8] R. Caponigro, op. cit., p. 415.

[9] L. D'Angelo, op. cit., p. 2322.

[10] A. Lamorgese, op. cit., p. 1223.

[11] In particolare, S.R. Masera, *Danni da atto*, cit.; M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo*, cit.; F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito*, cit.; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, cit.; A. Travi, *In tema di giurisdizione*, cit.; R. Villata, *Spigolature 'stravaganti' sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 857.

[12] M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 11. In termini analoghi anche Patroni Griffi, il quale pone in particolare rilievo possibili problemi pratici rispetto al valore del giudicato di annullamento del provvedimento favorevole, nelle ipotesi – ovviamente – in cui esso non sia stato rimosso in sede di autotutela. Cfr. F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito*, cit., p. 8. Del resto, analoghi problemi si potrebbero porre con riferimento ai rapporti tra la domanda risarcitoria a valle e il giudicato circa la legittimità dell'annullamento in sede di autotutela assunto a monte, nei confronti del provvedimento ampliativo illegittimo. Villata non ha mancato di evidenziare quanto meno la stranezza di

Ancor più radicali le repliche di chi contesta la stessa qualificazione in termini di diritto soggettivo operata dalle Sezioni Unite, venendo in rilievo la pretesa al corretto svolgimento dell'attività della p.a. che non può che assumere la veste dell'interesse legittimo[13]. Valorizzando l'elaborazione tradizionale dell'interesse legittimo quale situazione relazionale[14] si evidenzia che tale situazione può essere lesa anche da un atto favorevole, se illegittimo. E difatti, "*la circostanza che un provvedimento favorevole normalmente non arrechi di per sé un danno è profilo che attiene alla tematica del danno, ma non pare corretto arguire che, ove manchi il danno, non si possa neppure configurare una lesione della situazione soggettiva di interesse legittimo*"[15]. Le ordinanze del 2011, poi, disvelerebbero la difficoltà di fondo che emerge innanzi all'interesse legittimo pretensivo, relativa al "*rapporto fra la posizione soggettiva dell'interesse legittimo e la lesione del 'bene della vita*"[16]. Ad essere criticato è anche il binomio 'verifica della legittimità del provvedimento – giurisdizione amministrativa'[17]. Mancante tale verifica, verrebbe meno anche la giurisdizione del g.a.; in ciò però le Sezioni Unite sembrerebbero essersi ritagliate "*un nuovo spazio in tema di vertenze risarcitorie per lesione di interessi legittimi*"[18].

Più in generale, nelle ordinanze gemelle si è intravista una riapertura della "*guerra di giurisdizione sulla tutela risarcitoria nei rapporti di diritto pubblico*"[19]. In questo senso, errata sarebbe la qualificazione in termini di comportamento mero del provvedimento annullato, qualificazione fondata "*a partire dal dato dinamico dell'avvenuto annullamento, come se ciò consenta, per trasformismo giuridico, di astrarre* a posteriori *la vicenda dalla*

un "*forse insospettato, diritto soggettivo creato da provvedimenti illegittimi*", così R. Villata, *Spigolature 'stravaganti'*, cit. p. 865.

[13] È la posizione di M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo*, cit. Si vedano anche le riflessioni di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 462.

[14] Si vedano, in proposito, i fondamentali contributi di M. Nigro, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, p. 469 ss.; Id., *Giustizia amministrativa*, in E. Cardi, A. Nigro (a cura di), 2000, Bologna, in part. la nota definizione sintetizzata a pag. 103, secondo la quale l'interesse legittimo "*è la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità*".

[15] A. Travi, *In tema di giurisdizione*, cit., p. 2399.

[16] *Ibidem*.

[17] In termini analoghi, cfr. M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo*, cit., p. 897.

[18] *Ibidem*.

[19] M. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, p. 896.

sua originaria ambientazione nell'esercizio del potere"[20].

Ma la giurisdizione del giudice amministrativo andrebbe affermata anche fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva, dovendosi ritenere incluso nell'interesse legittimo anche l'aspettativa in ordine alla legittimità del provvedimento ampliativo; aspettativa che costituisce una mera sfaccettatura di un rapporto che rimane nell'alveo dell'esercizio del potere amministrativo, regolato dal diritto pubblico[21].

Al variegato panorama dottrinario ha fatto seguito un composito quadro della giurisprudenza.

Nel medesimo formante giurisprudenziale delle Sezioni Unite è possibile individuare talune pronunce – per vero minoritarie rispetto all'indirizzo inaugurato nel 2011 – che hanno affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

È il caso della pronuncia delle Sezioni Unite n. 8057/2016, con cui la Suprema Corte ha valorizzato gli elementi di continuità della vicenda caratterizzata dall'atto ampliativo favorevole, legittimamente annullato, e dalla successiva richiesta risarcitoria, rilevando come "*l'azione amministrativa illegittima – composta da una sequela di atti intrinsecamente connessi – non può essere scissa in differenti posizioni da tutelare, essendo controverso l'agire provvedimentale nel suo complesso, del quale l'affidamento costituisce un riflesso, privo di incidenza sulla giurisdizione*"[22], concludendo, dunque, per la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a.

Si discosta altresì dall'orientamento maggioritario l'ordinanza n. 13194/2018[23], nella quale si evidenzia come i principi di diritto affermati dall'opposto indirizzo non possono trovare applicazione ove non sia intervenuto alcun provvedimento ampliativo illegittimo. Come si avrà modo di chiarire a breve, sembrerebbe proprio il superamento della

[20] M. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, p. 898.

[21] Cfr. M. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, p. 900.

[22] Sez. Un., 21 aprile 2016, n. 8057. In termini analoghi anche Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454, in cui si legge che, con particolare riferimento alla materia dell'evidenza pubblica, il legislatore ha previsto "*la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica, ovverosia le pretese di sostanziale responsabilità precontrattuale. Si realizza, infatti, quella situazione d'interferenza tra diritti e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo… riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o, come nella specie, nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto*" (§4).

[23] Sez. Un., 25 maggio 2018, n. 13194.

delimitazione apportata dall'appena citata ordinanza ad aver innescato la reazione del giudice amministrativo, poi culminata nella pronuncia che qui si commenta.

Eccettuate le ordinanze di cui sopra, prevalenti risultano i pronunciamenti della Corte regolatrice in linea con i precedenti del 2011[24].

Tra questi, di particolare rilevanza è l'ordinanza del 4 settembre 2015, n. 17586[25]. Chiamata a pronunciarsi anche in questo caso *ex* art. 41 c.p.c., la Suprema Corte ribadisce che, anche a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, nelle ipotesi in cui si faccia questione di risarcimento per lesione dell'affidamento a seguito di annullamento di un precedente provvedimento ampliativo illegittimo, non verrebbe in rilievo una controversia relativa all'esercizio del potere amministrativo, idonea a radicare la giurisdizione esclusiva del g.a.

Ad assumere rilievo sarebbe, ad avviso delle Sezioni Unite, "*l'attitudine del pregresso esercizio del potere siccome sfociato nel provvedimento illegittimo a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un incolpevole affidamento del privato beneficiario nella permanenza della situazione di vantaggio. La questione riguarda, dunque, l'apprezzamento del comportamento tenuto dalla p.a.*"[26].

Ma la portata innovativa dell'ordinanza si rinviene soprattutto nello sforzo profuso nell'identificazione della situazione giuridica soggettiva posta alla base della domanda risarcitoria. Le Sezioni Unite si confrontano con il vivace dibattito dottrinario sorto a seguito dell'arresto del 2011, favorevole ad individuare nel caso di specie non già la lesione dell'affidamento quale autonoma situazione soggettiva, quanto una sfaccettatura dell'originario interesse legittimo pretensivo, data dall'interesse al corretto svolgimento dell'*agere* amministrativo. Dopo aver replicato alle contrarie voci della dottrina, viene ribadito che se il provvedimento ampliativo è illegittimamente emesso, anche l'interesse legittimo viene soddisfatto illegittimamente, sicché la successiva rimozione dell'atto non andrebbe

[24] Tra le pronunce conformi: Sez. Un. 4 settembre 2015, n. 17586; Sez. Un., 22 maggio 2017, n. 12799; Sez. Un., 22 giugno 2017, n. 15640; Sez. Un., 2 agosto 2017, n. 19171; Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1654; Sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4996; Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22435; Sez. Un., 13 dicembre 2018, n. 32365; Sez. Un., 19 febbraio 2019, n. 4889; Sez. Un., 8 marzo 2019, n. 6885; Sez. Un., 13 maggio 2019, n. 12635; Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236; Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615; Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428; Sez. Un., 8 marzo 2022, n. 7515.

[25] Su cui C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 564; M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 5, p. 1059.

[26] Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, §9.2.

a incidere su tale interesse. Il provvedimento rileverebbe come fatto costitutivo della più complessa fattispecie integrativa dell'incolpevole affidamento. All'esito di tale ragionamento, le Sezioni Unite affermano dunque che ciò che l'amministrato "*denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio*"[27].

All'importante arresto che si è brevemente richiamato va sicuramente riconosciuto il merito di aver intrapreso un dialogo con la dottrina critica nei riguardi delle ordinanze del 2011, sforzandosi di individuare effettivamente la situazione giuridica soggettiva che verrebbe in rilievo, al fine, da un lato, di escludere la giurisdizione generale di legittimità e, dall'altro, mediante la conferma del declassamento a mero comportamento del precedente esercizio del potere, di rendere impraticabile la strada della giurisdizione esclusiva. Ciò, però, a costo di fare ricorso a una figura – quella del diritto all'integrità patrimoniale – della cui effettiva consistenza giuridica, specie sotto il profilo dell'ingiustizia[28] del danno, autorevolmente in dottrina si dubita[29].

[27] Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, §8.3.

[28] Tanto da far parlare di "*liquefazione stessa dell'ingiustizia del danno come requisito di risarcibilità del medesimo e, dunque*" di "*scardinamento della disposizione dell'art. 2043 cod. civ.*", così C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso CIR c. Fininvest)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 7, 8, p. 354.

[29] Com'è noto, la prima applicazione giurisprudenziale della figura del diritto all'integrità del patrimonio si ebbe con il famoso *caso De Chirico*, deciso da Cass., Sez. III, 4 maggio 1982, n. 2765, con nota di A. Di Majo, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745. Il noto pittore era solito apporre, sul retro dei suoi dipinti, una seconda e ulteriore firma, autenticata da un notaio, al fine di attestarne la paternità. Acquistato un quadro da un terzo, sul cui retro era apposta la firma autenticata del De Chirico, e dunque nella convinzione che si trattasse di un originale, l'acquirente aveva in un secondo momento accertato la falsità del dipinto e citato in giudizio De Chirico. Il ricorso alla figura del danno alla integrità del patrimonio fu indispensabile in quanto "*chi acquista un quadro falso ha azione contrattuale per il risarcimento nei confronti dell'alienante ed è evidente che azione contrattuale nei confronti del pittore avrebbe avuto chi avesse richiesto ed ottenuto da lui personalmente la predetta dichiarazione di autenticità. Più difficile ipotizzare invece una azione aquiliana contro il pittore, ad iniziativa di qualsivoglia successivo acquirente del quadro autenticato*", F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 719. Sui danni meramente economici e sul diritto all'integrità, *ex multis*, M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 118; F.D. Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 41; C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 299; Id., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 30; Id., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 57; A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1984, p. 297; M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano,

Tra l'altro, alla luce della lenta evoluzione circa il significato da attribuire alla clausola dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. – specie dopo la fondamentale pronuncia n. 500/1999 – sembra ormai non indispensabile – in un quadro che riconosce tutela aquiliana a chance, aspettative, situazioni possessorie, diritti relativi e interessi legittimi – la previa individuazione di un diritto soggettivo ai fini dell'accoglimento della richiesta risarcitoria[30].

Si giunge così al 2020 con un quadro che può essere sintetizzato nel senso dell'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario nei casi di provvedimento favorevole poi annullato dal g.a. o dalla p.a., mentre in ipotesi di mancato esercizio del potere, sulla scorta dell'ordinanza 13194/2018, andrebbe affermata la giurisdizione amministrativa.

È in tale contesto che interviene l'ordinanza delle Sezioni Unite del 28 aprile 2020, n. 8236[31], con la quale la Corte regolatrice afferma che i principi di cui alle ordinanze gemelle del 23 marzo 2011 si applicano "non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento

2003; A. Thiene, *Uso giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 2, p. 34.

[30] In termini, A. G. Grasso, *Annullamento dell'atto amministrativo e lesione dell'affidamento incolpevole*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, p. 249 ss. Insomma, se da un lato la giurisprudenza che trova continuità nel pronunciamento del 2015 sembra aderire *verbatim* al paradigma rimediale della giurisprudenza costituzionale, per le conseguenze cui giunge sembrerebbe invece interiorizzare il ragionamento seguito nella sentenza n. 500/1999 (in particolare i già citati §2 e §10).

[31] Tra i commenti della dottrina si vedano V. Bontempi, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 6, p. 805; F. Degl'Innocenti, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ.*, 2021, 1, p. 115; V. Neri, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. app.*, 2020, 6, p. 724; P. Patrito, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione:* cuius commoda eius et incommoda*,* in *Resp. civ. prev.*, 2020, 4, p. 1193; F.G. Scoca, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, p. 1095; C. Scognamiglio, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5, p. 1160; G. Serra, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *federalismi.it*, 2021, 17, p. 192; G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *Giustizia insieme*, 2020; G. Tulumello, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la 'resistibile ascesa' del contatto sociale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020; A. Zaccaria, Verdammte Zeiten *(tempi maledetti)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5, p. 1148.

amministrativo sia stato emanato"[32].

Del resto, stante la premessa teorica della "degradazione" del provvedimento a mero comportamento, nel ragionamento delle Sezioni Unite la distinzione tra esercizio del potere rimosso – rilevante solo in punto di fatto – e mancato esercizio del potere non poteva che venir meno, unificando il riparto di giurisdizione in materia di lesione dell'affidamento incolpevole, a discapito di quella amministrativa.

Nel caso portato all'attenzione delle Sezioni Unite nel 2020, l'amministrazione non ha rilasciato alcun provvedimento ampliativo della sfera giuridica del preteso danneggiato, il quale ha prospettato la lesione dell'affidamento ingenerato dal complessivo comportamento tenuto dall'amministrazione comunale, nella prolungata delibazione della sua istanza, volta al rilascio di un provvedimento favorevole.

Ricapitolando brevemente l'itinerario motivazionale delle ordinanze gemelle del 2011, le Sezioni Unite del 2020 offrono una lettura dell'esercizio del potere che definire artificiosamente frazionata pare eufemistico.

Osserva il Supremo Collegio che la lesione vantata dal privato discenderebbe "non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale ma a responsabilità"[33]. Con evidente eterogenesi dei fini, le Sezioni Unite richiamano quanto affermato "perspicuamente"[34] dall'Adunanza Plenaria nella fondamentale sentenza del 4 maggio 2018, n. 5, ove il Supremo Consesso di giustizia amministrativa – nell'ambito di un articolato argomentare – ha osservato come "non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)"[35]. Intento della Plenaria, per vero, era quello di evidenziare come all'interno del procedimento amministrativo "regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano… in sequenza temporale (prima le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso

[32] Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §34.
[33] Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §26.1.
[34] *Ibidem*.
[35] Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, §34.

di rispettiva violazione"[36]. Sembrerebbe invece che, ad avviso delle Sezioni Unite, l'operatività di principi di derivazione civilistica sia idonea ad obnubilare il complessivo scenario pubblicistico in cui le vicende esaminate pur sembrerebbero collocarsi[37].

Ma come opportunamente osservato da attenta dottrina – proprio con riferimento alle ordinanze del 2011 – sulle orme della più risalente giuspubblicistica, "taluni istituti sono civilistici soltanto nel senso che in quel contesto hanno avuto, storicamente, la loro prima elaborazione, non cioè che siano propri del diritto civile, bensì che appartengono al diritto senza ulteriori qualificazioni. L'affidamento è appunto un principio generale del diritto tout court e fisiologicamente si inserisce non meno all'interno del sistema pubblicistico, come dimostra, ad es., ai fini della tutela costituiva, il regime tradizionale dei presupposti degli atti di autotutela"[38].

Le Sezioni Unite proseguono il ragionamento confrontandosi con quanti evocano, a favore della giurisdizione amministrativa, gli artt. 7, comma 1 e 30, comma 2, c.p.a.

Con riguardo alla prima disposizione, che chiaramente fa riferimento alle controversie relative all'esercizio e al mancato esercizio del potere, riguardanti non solo i provvedimenti, gli atti e gli accordi ma anche i "comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere", la Suprema Corte pare costretta alla tautologia, limitandosi a ribadire – senza però effettivamente dimostrare – che in caso di lesione dell'affidamento non sussisterebbe alcun collegamento, neppure mediato, col potere, richiamando a favore dell'apodittica conclusione nuovamente gli importanti enunciati della Plenaria n. 5/2018.

Quanto all'art. 30, comma 2, c.p.a., dopo aver ripercorso nei punti salienti le note sentenze della Consulta nn. 204/2004 e 191/2006, le Sezioni Unite ritengono che – affinché la controversia risarcitoria possa essere conosciuta in sede esclusiva – la *causa petendi* debba radicarsi nelle modalità di esercizio del potere, circostanza che farebbe difetto nei casi

[36] *Ibidem*.

[37] Ad avviso di chi scrive, il senso del passaggio della Plenaria n. 5/2018 richiamato dalle Sezioni Unite n. 8236/2020 era proprio quello di rilevare la coesistenza – nell'ambito della medesima relazione di esercizio del potere – di piani che vengono ad essere regolati sia da principi di diritto pubblico che da principi di diritto privato. Alla rilevata coesistenza le Sezioni Unite aggiungono la necessità di procedere per compartimenti stagni. In ciò si rileva la prospettata eterogenesi dei fini rispetto al ragionamento svolto dalla Plenaria n. 5/2018. Sulla necessità di non considerare la relazione privatistica e quella pubblicistica secondo la logica dei compartimenti stagni, v. P. Patrito, *Affidamento*, cit., p. 95.

[38] M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo*, cit., p. 900.

esaminati dalle ordinanze del 2011 e dalle stesse Sezioni Unite nel caso posto alla loro attenzione *ex* art. 41 c.p.c.

L'ordinanza prosegue con un'attenta opera di chiarificazione dei contorni della situazione soggettiva lesa. Richiamando quasi testualmente autorevole dottrina[39], le Sezioni Unite specificano che a venire in rilievo non è l'affidamento legittimo ma quello incolpevole.

Il primo, che si rinverrebbe plasticamente nella disciplina di cui all'art. 21-nonies legge 241/1990, prescinderebbe dal sostrato soggettivo della condotta dell'amministrazione e degli amministrati. Esso, difatti, appresterebbe una tutela preventiva al privato, inserendosi nella trama degli interessi oggetto di ponderazione discrezionale. Se tale affidamento dovesse risultare prevalente rispetto agli altri interessi, la p.a. non potrebbe legittimamente procedere all'emanazione del provvedimento d'annullamento. L'affidamento legittimo riprodurrebbe dunque i caratteri dell'interesse legittimo, fondando la pretesa alla considerazione del proprio interesse nel bilanciamento sulla sorte dell'atto oggetto del procedimento di secondo grado[40].

Quello incolpevole, invece, non si accompagnerebbe in via generale e astratta all'adozione dell'atto favorevole, sussistendo al contrario sulla base delle circostanze del caso concreto. Di qui la rilevanza del requisito soggettivo: il privato deve poter aver confidato incolpevolmente sulla stabilità di quella situazione favorevole. Alla fiducia sulla stabilità di tale assetto deve aver fatto seguito la delusione e, con essa, le conseguenze pregiudizievoli che dalla complessiva vicenda sono occorse.

A questo punto molto opportunamente le Sezioni Unite ritengono di dover superare i richiami alla figura del diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio, risultando un tale diritto privo di consistenza autonoma e "risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto"[41]. La situazione giuridica soggettiva lesa dovrebbe dunque identificarsi nell'affidamento del privato riposto nella correttezza dell'azione amministrativa.

Segue la disamina dei momenti di emersione del principio dell'affidamento sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che

[39] Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, p. 823.

[40] Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo*, cit., p. 844. Sulla tecnica del bilanciamento quale modalità propria di rilevanza dell'affidamento del privato v. A. Travi, *La tutela dell'affidamento*, cit., p. 130 ss.

[41] Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §28.3.

nella legislazione interna, con particolare riguardo ai referenti normativi evincibili dalla trama della legge n. 241/1990.

È a questo punto che le Sezioni Unite ritengono di dover "mettere a fuoco con precisione la natura della responsabilità che sorge in capo alla pubblica amministrazione per effetto della lesione dell'affidamento del privato"[42], optando per il paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato[43]. La responsabilità della p.a. non potrebbe essere identificata con quella del passante, sorgendo in un contesto relazionale intriso di obblighi preesistenti. Concludono estendendo con *argumentum a fortiori* le conclusioni in punto di giurisdizione fatte proprie nel 2011 anche al caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato. In realtà, come attentamente rilevato in dottrina[44], pur nella formale adesione alle ordinanze gemelle del 2011 si scorge una sensibile divaricazione da quegli arresti e dai successivi adesivi, i quali si fondavano chiaramente sulla qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità da lesione dell'affidamento. Il punto di convergenza è chiaramente quello della negazione della giurisdizione amministrativa.

Il risultato pratico del cammino avviato nel 2011 e culminato nell'arresto del 2020[45] è quello di rimettere alla cognizione del giudice ordinario ogni controversia in cui si faccia questione di lesione dell'affidamento del privato da parte dell'amministrazione e ciò, tanto in presenza di un provvedimento favorevole annullato, quanto in assenza di qualsivoglia espressione di potestà autoritativa tradottasi in atto.

La dottrina ha esaminato l'ordinanza del 2020 sia sul piano civilistico – per le importanti affermazioni in punto di contatto sociale – sia su quello pubblicistico inerente al riparto di giurisdizione e alle questioni ad esso correlate.

[42] Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, §31.

[43] In questa sede, ove l'attenzione è posta al profilo del riparto di giurisdizione, la tematica della natura della responsabilità della p.a. per lesione dell'affidamento non può essere affrontata. L'ordinanza è stata oggetto di analisi con specifico riferimento al tema del contatto sociale da Zaccaria e Scognamiglio. Si vedano C. Scognamiglio, *Il contatto sociale qualificato*, cit.; A. Zaccaria, op. cit.

[44] Si è difatti evidenziato che in realtà tra le ordinanze gemelle del 2011 e quelle successive non si scorgerebbe una contrapposizione tra due posizioni. In tutti gli arresti, difatti, si ravvisa la lesione dell'affidamento, tutelabile sul piano extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. In questi termini, A. Zaccaria, op. cit., p. 1151. L'A. evidenzia inoltre come al generico voler dare conferma all'indirizzo inaugurato nel 2011 faccia seguito un'affermazione manifestamente contraria, nella parte in cui si rinviene natura contrattuale (*rectius* da inadempimento) alla responsabilità della p.a. da lesione dell'affidamento.

[45] Più di recente confermato da Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615; Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428; Sez. Un., 8 marzo 2022, n. 7515.

Con riferimento a quest'ultimo angolo visuale le note critiche prevalgono su quelle adesive[46]. Alcuni hanno messo in guardia sugli effetti distorsivi in punto di disincentivo alla partecipazione procedimentale[47]. Altri, non dissuasi dalle argomentazioni della Suprema Corte, hanno criticato l'asfittica nozione di comportamento riconducibile anche mediatamente all'esercizio del potere patrocinata nell'arresto, nonché la poco convincente trasformazione dell'interesse legittimo in diritto soggettivo per la mera rilevanza dei canoni civilistici dell'affidamento, della correttezza e della buona fede[48]. Non manca poi chi pone in evidenza che il problema origina dall'idea di fondo della concezione rimediale del risarcimento del danno e invita a una valorizzazione della portata precettiva dell'art. 7 c.p.a.[49]. Infine,

[46] In senso adesivo sembra orientarsi Bontempi, osservando in sede conclusiva che "*Riconoscere la giurisdizione amministrativa vorrebbe allora dire rievocare lo spettro del paradigma ottocentesco del diritto amministrativo, nella sua irriducibile ambivalenza tra specialità come garanzia e specialità come privilegio, e fare del giudice amministrativo, contrariamente al dettato costituzionale, il giudice della pubblica amministrazione e non l'organo 'di tutela della giustizia nell'amministrazione' (art. 100 Cost.)*", così V. Bontempi, op. cit., p. 813.

[47] In termini, G. Tulumello, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 21 ss., secondo il quale "*c'è un solo modo che (non elimina, ma) riduce al massimo le possibilità di adottare un provvedimento illegittimo: l'acquisizione piena e consapevole dei fatti e degli interessi, l'ascolto procedimentale delle ragioni di tutte le parti portatrici di posizioni d'interesse antagoniste… Ora anche questa possibile condotta si presta a conseguenze pregiudizievoli sul piano risarcitorio: anzi, vi si presta proprio nella parte più virtuosa. Per l'amministrazione non basta più adottare un provvedimento sfavorevole legittimo (tanto da non venire impugnato), dopo essersi adoperata inutilmente per cercare di accogliere l'istanza dell'interessato. Teorizzare la pur astratta equiparazione alla (già discutibile e criticata) fattispecie di danno da provvedimento legittimo poi annullato di quella di danno da affidamento procedurale comporterà, come accennato, che nessuna amministrazione mostrerà aperture nei confronti dei privati: essendo più agevole un fenomeno di amministrazione difensiva che neghi comunque (o che comunque non si sforzi di assentire) l'utilità rivendicata, onerando poi l'interessato di impugnare il provvedimento denegatorio, senza sperimentare insieme nel procedimento modi e forme alternativi per coniugare interesse pubblico e interesse privato. Diversamente, quanto più infondata è la pretesa del privato, tanto più quest'ultimo avrà buon gioco a sostenere che l'amministrazione gli ha prestato ascolto nel procedimento: il che è quanto meno paradossale (oltre che, a questo punto, autolesionista). La ricostruzione su cui poggia la sentenza prefigura nuovi scenari rimediali a disposizione dei cittadini ed attribuisce maggiori spazi di giurisdizione in capo al giudice ordinario (questo essendo l'esito disciplinare della negazione della rilevanza dell'atto in favore della logica del comportamento). Essa, per le ragioni appena considerate, non amplierà, ma verosimilmente restringerà, gli spazi di partecipazione procedimentale effettiva ed efficace: e, dunque, depotenzierà la prima, condizionante forma di tutela riconosciuta al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*".

[48] Cfr. V. Neri, *La tutela dell'affidamento*, cit., p. 802.

[49] In termini, G. Tropea, A. Giannelli, op. cit., §4, i quali osservano che "*Il tema di fondo di tutta questa vicenda è di carattere più generale e di sistema. Prima di tutto ha inciso*

è stato osservato come nell'approccio al tema del riparto, le Sezioni Unite abbiano occultamente e nei fatti impiegato il criterio della prospettazione, pur rimanendo fedeli a quello del c.d. petitum sostanziale[50].

Svolte queste necessarie riflessioni introduttive sul contesto giurisprudenziale e sulla sua recezione ad opera della dottrina, è ora possibile l'esame degli sviluppi intervenuti nella giurisprudenza amministrativa.

3. *La reazione di Palazzo Spada. L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria*

La reazione dei giudici di Piazza Capo di Ferro non si è lasciata attendere.

Con le ordinanze di rimessione nn. 2013, 2753 e 3701, le Sezioni II e IV del Consiglio di Stato hanno sollecitato l'intervento dell'Adunanza Plenaria, pronunciatasi con le sentenze nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021.

Le tre ordinanze di rimessione sembrano aver raccolto l'invito di quanti, commentando le ordinanze gemelle del 2011, stimolavano il giudice amministrativo ad operare una riqualificazione pubblicistica dei rapporti, impegnandosi "*su una più corretta ambientazione pubblicistica delle forme di tutela riguardanti i rapporti di diritto pubblico, piuttosto che*

su tali fattispecie l'idea, che risale a Corte cost. n. 204/2004, di poter giustificare l'estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie risarcitorie non tramite il riconoscimento di un'ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma 'fingendo' che non si usciva dalla tutela dell'interesse legittimo originario. Tutto ciò ha finito per ritorcersi contro tale impostazione, consentendo alla Cassazione di tentare di riappropriarsi della giurisdizione su questioni risarcitorie collegate all'esercizio del potere". Gli Autori, rifacendosi all'effettiva portata della Plenaria n. 5/2018, ritengono in conclusione che "*allora non sembra una forzatura ritenere che in fattispecie come quella in esame l'azione amministrativa rimanga, sia pur mediatamente, nell'area dell'esercizio del potere pubblico, anche in ossequio del principio di concentrazione, corollario dell'effettività della tutela giurisdizionale. L'art. 7 c.p.a., nella misura in cui codifica espressamente questi due profili, dovrebbe quindi tornare al centro della scena, una volta ricondotta l'area dell'affidamento, come fonte di obbligazione, alla nozione di comportamento immediatamente o mediatamente riconducibile all'esercizio del potere*".

[50] Si veda, in particolare, P. Patrito, op. cit., p. 1196, secondo il quale "*Ci si troverebbe allora di fronte ad una sorta di riedizione della teoria della prospettazione, con la seguente peculiarità: non più diritto soggettivo che può essere fatto valere come interesse legittimo (quindi, non più l'alternativa tra risarcimento e annullamento), ma la pretesa al comportamento corretto da parte dell'Amministrazione che può essere fatta valere come pretesa alla risposta tempestiva da parte dell'Amministrazione (in entrambi i casi al fine di ottenere il risarcimento del danno)*".

lasciar correre qualificazioni privatistiche per poi proporsi impropriamente come giudice 'civile' di tali rapporti"[51].

In questa sede pare utile svolgere qualche considerazione sull'ordinanza che ha dato la stura all'intervento nomofilattico che qui si commenta[52].

[51] M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo*, cit., p. 901.

[52] Quanto alle altre due ordinanze di rimessione si osserva brevemente quanto segue. L'ordinanza 9 marzo 2021, n. 2013, della II Sezione, si inserisce in una lite avviata da una società innanzi al TAR Abruzzo, per ottenere il risarcimento dei danni occorsi dall'annullamento di una concessione edilizia. Il Comune resistente eccepisce in via pregiudiziale il difetto di giurisdizione. Il TAR, affermata la sua giurisdizione, esamina e respinge nel merito la domanda di parte ricorrente. A questo punto la società interpone appello articolando due motivi di gravame: il primo volto a contestare la giurisdizione amministrativa; il secondo a ritenere sussistente la denunciata violazione del suo affidamento. L'ordinanza prende le mosse dalla nota tematica dell'ammissibilità di un motivo di gravame formulato dalla parte che in primo grado ha adito un determinato plesso giurisdizionale, dolendosi in appello della ritenuta sussistenza dell'(originariamente) invocata giurisdizione. La Seconda Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver dato atto degli indirizzi emersi in materia, ritiene di dover sottoporre la questione all'intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria, chiamata a chiarire "*se sia ammissibile un motivo d'impugnazione volto a contestare la giurisdizione del giudice amministrativo, formulato dalla parte che aveva introdotto il giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale, soprattutto quando il giudizio è stato introdotto in un contesto ordinamentale e giurisprudenziale completamente diverso da quello attuale*". Ritenuto ammissibile il gravame in punto di giurisdizione, ad avviso della Sezione rimettente si porrebbe un'ulteriore questione meritevole di chiarificazione da parte del Supremo Consesso di giustizia amministrativa. Il tema è quello del riparto di giurisdizione relativo a una domanda risarcitoria proposta contro la pubblica amministrazione per i danni derivati al privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento favorevole illegittimo. Dato atto del prevalente indirizzo contrario, l'ordinanza richiama – aderendovi – l'orientamento contrario, secondo il quale "*nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, le domande relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dei provvedimenti successivamente annullati rientrerebbe nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo*" (§9.3). Il Collegio rimettente svolge poi interessanti considerazioni di carattere generale sulla consistenza giuridica dell'affidamento, escludendo che esso possa essere ricondotto nell'alveo del diritto soggettivo, costituendo una situazione "*dai tratti peculiari propri, idonea a fondare una particolare responsabilità, che si colloca tra il contratto e il torto civile*" (§10.3). Ad avviso della Seconda Sezione, in ambito pubblicistico l'affidamento tutelabile sorge a seguito di una condotta della p.a. caratterizzata da mala fede o colpa, idonea a far sorgere nel privato in buona fede un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita, sulla base di una fiducia ragionevolmente e non colposamente riposta nel favorevole esito del procedimento. La Sezione pone poi un distinguo tra annullamento disposto in sede giurisdizionale da quello determinato dalla spendita del potere di autotutela. Infatti, opina il Collegio, "*a fronte del medesimo* petitum *risarcitorio, le* causae petendi *sono differenti*" (§10.3). Nel primo caso la lesione originerebbe da un provvedimento giurisdizionale, a fronte del quale non è predicabile alcuna aspettativa qualificata all'accoglimento delle proprie ragioni e, dunque, non si scorge la lesione di alcun legittimo affidamento. Nel secondo caso, invece, l'assetto degli interessi sarebbe

La Sezione rimettente, dopo un'approfondita disamina dei diversi orientamenti giurisprudenziali, ritiene che sulla controversia dovrebbe decidere il giudice amministrativo ai sensi degli articoli 7 e 133 c.p.a., non condividendo il contrapposto indirizzo nei suoi presupposti sostanziali e processuali.

L'ordinanza valorizza il carattere relazionale dell'interesse legittimo pretensivo e ritiene artificioso frapporre, nel rapporto tra privato e amministrazione, una situazione giuridica ulteriore, fondata sulla violazione del principio del *neminem laedere* o su quella dei doveri derivanti dal contatto sociale qualificato[53].

pregiudicato da una modifica unilaterale introdotta dallo stesso soggetto pubblico che aveva precedentemente attribuito il bene della vita per il tramite del provvedimento ampliativo. La Plenaria, con la sentenza 29 novembre 2021, n. 19, ha arrestato il proprio esame alla prima questione, ritenendo non superabile l'indirizzo che opina per l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente soccombente in primo grado. Inammissibilità motivata sia in base alla tesi dell'abuso del processo e della violazione del dovere di cooperazione, sia argomentando dal difetto del requisito della soccombenza sul capo (implicito o esplicito) che ritiene sussistente l'adita giurisdizione. L'ordinanza 6 aprile 2021, n. 2753, della II Sezione, ha ad oggetto il contenzioso promosso da una società che si era originariamente aggiudicata un appalto, aggiudicazione che però era stata vittoriosamente impugnata dinanzi il giudice amministrativo da una concorrente. All'esito del giudizio la stazione appaltante "revoca" l'aggiudicazione. È a questo punto che l'originaria aggiudicataria propone azione di condanna al risarcimento del danno per aver senza sua colpa confidato nel legittimo conseguimento del bene della vita. Il giudice di prime cure ha accolto parzialmente la richiesta risarcitoria della parte privata, limitandola all'interesse negativo. Avverso la statuizione del TAR, la p.a. ha interposto appello. Anche in questo caso, la II Sezione dà atto del contrasto di indirizzi in merito all'astratta configurabilità di una lesione dell'affidamento risarcibile, originata dall'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento ampliativo illegittimo, formulando all'Adunanza Plenaria quesiti in tutto sovrapponibili a quelli già posti al suo esame dall'ordinanza n. 2013/2021. L'ordinanza n. 2753/2021 non si occupa però dei problemi di riparto di giurisdizione che la tipologia di controversie cui il caso di specie appartiene pone. Con sentenza 29 novembre 2021, n. 21, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato formula importanti principi di diritto. In base al primo "*nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi*" (§7). Segue poi il secondo principio, con il quale statuisce che "*nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa*" (§20).

[53] La possibilità di riscontrare una responsabilità da contatto sociale della pubblica

La IV Sezione, per giustificare la sussistenza dell'interesse legittimo pretensivo a seguito dell'annullamento dell'atto ampliativo, non si rifà però a quanti, in dottrina, hanno rilevato[54] come tale interesse risulti leso tanto dall'illegittimo diniego del provvedimento favorevole quanto dall'altrettanto illegittimo rilascio dello stesso, elaborando quella che sembrerebbe una sorta di 'teoria della degradazione rovesciata'.

Si assisterebbe, dunque, a una dinamica delle situazioni soggettive secondo cui all'originario interesse legittimo pretensivo si sostituirebbe un diritto soggettivo, sorto grazie al provvedimento favorevole. L'eliminazione di quest'ultimo dal mondo giuridico estinguerebbe il diritto soggettivo, lasciando nuovamente il posto a un interesse legittimo pretensivo che nascerebbe insuscettibile di soddisfazione, per l'impossibilità di conseguire il bene della vita cui sin dall'inizio si aspirava, stante l'accertata non spettanza.

Come si avrà modo di illustrare *infra*, la strada percorsa dall'Adunanza Plenaria 20/2021 è diversa, sgombera da ogni riferimento a meccanismi di degradazione o reviviscenza delle situazioni giuridiche soggettive[55].

amministrazione, rispondente al paradigma della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione *ex* art. 1218 c.c., anziché a quello del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., è stata recisamente esclusa dalla recente Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, posizione condivisa dall'ordinanza di rimessione. Per un commento della Plenaria n. 7/2021 si vedano C. Contessa, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urb. app.*, 2021, 5, p. 621; G. Sabato, *Sulla natura aquiliana della responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 1, p. 111; M.L. Visconti, *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della P.A.: l'arrocco dell'Adunanza Plenaria*, in *Danno e resp.*, 2021, 4, p. 509. Anche i principi di diritto affermati dalla Plenaria con la sentenza n. 7/2021 possono essere letti, ad avviso di chi scrive, come un tentativo di riaffermare la specialità del rapporto giuridico amministrativo rispetto a quello di diritto comune e, con essa, la necessità di una giurisdizione separata, speciale. Essa, dunque, sembra collocarsi in un più ampio indirizzo della giurisprudenza amministrativa, volto a enfatizzare i momenti di specialità della relazione tra privato e amministrazione, anche in termini di reazione a una giurisprudenza delle Sezioni Unite sul riparto di giurisdizione tendente a una lettura asfittica degli spazi di decisione del g.a. Questo indirizzo sembrerebbe contrapporsi a un altro indirizzo, di cui la decisione n. 5/2018 dell'Adunanza Plenaria costituisce fulgido esempio, che invece pare più propenso a una lettura del rapporto tra amministrazione e privato in termini di non contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato.

[54] È il caso, ad esempio, di A. Travi, *In tema di giurisdizione*, cit., p. 2399.

[55] E in ciò, senza voler anticipare le riflessioni che saranno svolte *infra*, è possibile scorgere un sicuro merito dell'iter argomentativo seguito dalla pronuncia che qui si commenta. Del resto, quel che non sembra convincere della ricostruzione patrocinata dall'ordinanza di rimessione – in disparte la sostenibilità teorica della degradazione – è la circostanza che dall'annullamento del provvedimento favorevole nasca una situazione giuridica nuova, destinata a poter trovare soddisfazione solo per equivalente, in presenza di un affidamento

Sulla base dell'argomentare così sintetizzato, la Sezione rimettente giunge alla conclusione che il privato sia titolare di un interesse legittimo e che la pretesa risarcitoria troverebbe ragione nelle censure rivolte alle modalità di esercizio del potere, sicché, si tratterebbe sotto i profili soggettivi, oggettivi e funzionali di controversie riconducibili alla giurisdizione amministrativa, per come delineata all'art. 7 c.p.a.

4. *La risoluzione della questione di giurisdizione*

Ebbene, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato risolve la questione di giurisdizione in favore di quella amministrativa, tanto nelle materie di giurisdizione esclusiva quanto in sede di giurisdizione generale di legittimità.

La motivazione prende le mosse dai fondamentali arresti del giudice costituzionale (cfr. sentenze nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007), 'legificati' dal disposto dell'art. 7 c.p.a., con i quali sono stati delineati i limiti alla discrezionalità del legislatore nell'attribuzione di "particolari materie" alla giurisdizione esclusiva del g.a.

Segue poi quello che può essere letto come il perno argomentativo su cui la soluzione della questione si regge, laddove la Plenaria ritiene che l'affidamento non sarebbe una situazione soggettiva autonoma e distinta dai diritti e dagli interessi, potendo ad essi alternativamente riferirsi[56].

L'Adunanza, pur riconoscendo che la sensibilità nei confronti dell'affidamento si deve in origine all'elaborazione civilistica, rileva, tuttavia, come lo stesso abbia assunto ormai il ruolo di principio (non già situazione giuridica soggettiva) regolatore di ogni rapporto giuridico, inclusi quelli di diritto amministrativo: con ciò richiamando un importante precedente della VI Sezione[57], ove il Consiglio di Stato aveva rilevato l'idoneità dell'affidamento a fondare la costituzione di particolari rapporti o situazioni giuridiche[58], potendo tradursi nell'ambito del diritto pubblico

incolpevole. Di "*rischio concreto di tornare alla formulazione dell'interesse legittimo quale 'diritto in attesa di espansione' o 'diritto affievolito*" parla R. Caroccia, *Risarcimento dell'interesse legittimo.* Chance*, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Torino, 2022, p. 137.

[56] Cfr. Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §5. La centralità di questo passaggio argomentativo è rilevata anche da R. Caroccia, op. cit., p. 146.

[57] Cons. St., Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

[58] Non a caso l'Adunanza Plenaria richiama, al §5, gli artt. 534, 1153, 1189, 1415 e 1416

nell'aspettativa del cittadino alla legittimità dell'atto ampliativo che, ove frustrata, può essere fonte di responsabilità per la p.a.

La pronuncia procede dunque a rilevare come si verta in ipotesi di giurisdizione amministrativa allorquando l'affidamento che viene in rilievo si appunti sulla stabilità del rapporto amministrativo "*costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e* a fortiori *quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva*"[59]. Non verrebbe difatti in rilievo un comportamento mero ma una vicenda che si inscrive nell'esercizio del potere, disciplinato da regole speciali che connotano l'*agere* autoritativo della p.a.

Ad assumere rilevanza, dunque, sulla scorta della richiamata giurisprudenza costituzionale, sarebbe l'operato dell'amministrazione-autorità, rispetto al quale la relazione con il privato si fonda sulla dinamica relazionale potere-interesse legittimo, che la Costituzione affida *naturaliter* alla cognizione del giudice amministrativo.

Non sarebbe possibile, in tale contesto, l'interposizione di un diritto soggettivo avente ad oggetto l'affidamento, idoneo a radicare la giurisdizione ordinaria. La stabilità del provvedimento e del rapporto giuridico di diritto amministrativo inerirebbe dunque all'interesse legittimo. Ipotizzare la degradazione del provvedimento favorevole annullato a mero fatto sarebbe operazione ermeneutica priva di base testuale nell'art. 7, comma 1, c.p.a., disposizione dalla quale non è possibile ritenere che la domanda risarcitoria attribuita alla cognizione del g.a. sia limitata all'ipotesi di danno da provvedimento sfavorevole illegittimo.

Ad avviso dell'Adunanza Plenaria, una conferma delle conclusioni in punto di giurisdizione si trarrebbe dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1, legge n. 241/1990, inserito dal d.l. n. 76/2020 (convertito con modificazioni dalla l. 120/2020), c.d. d.l. Semplificazioni, in base al quale i rapporti tra privati e pubblica amministrazione sono informati ai principi di buona fede e collaborazione. La novella avrebbe positivizzato principi già ricavabili dall'art. 97, comma 2, Cost., disvelando come il procedimento assurga a sede privilegiata per la composizione del conflitto tra gli interessi

c.c. In questi casi l'affidamento partecipa alla formazione di una situazione soggettiva che però, non operando un fenomeno di partenogenesi, non può che essere diversa da una delle sue componenti. Ad esempio, nel caso dell'erede apparente, la stabilità dell'acquisto da parte del terzo sussiste in presenza di una pluralità di elementi, fra i quali la buona fede del terzo stesso che abbia fatto affidamento sulla qualità di erede del proprio dante causa. La tutela, però, non è dell'affidamento in sé considerato, ma della stabilità dell'atto di acquisto e, dunque, del diritto soggettivo che l'erede apparente ha trasferito – a titolo oneroso – al terzo.

[59] Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §7.

pubblici e privati rilevanti nella concreta vicenda della vita di relazione. Collaborazione e buona fede opererebbero in via bilaterale, senza che ciò possa obliterare la qualificazione in termini pubblicistici della relazione tra privato e cittadino "*sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti*"[60]. Simili doveri comportamentali e obblighi di protezione, tuttavia, lungi dall'assurgere ad autonome situazioni soggettive, andrebbero letti come posti "*a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza*"[61].

Portando a compimento quanto rilevato al §5, e cioè della possibilità di ricollegare l'affidamento tanto ai diritti soggettivi, quanto agli interessi legittimi, la Plenaria ribadisce che la violazione del dovere di correttezza da parte della p.a., incidente sul principio di affidamento, non può che ledere la situazione soggettiva del privato che effettivamente assume rilievo nella dinamica di esercizio del potere, l'interesse legittimo.

A riprova della bontà delle conclusioni cui giunge, la Plenaria richiama il precedente n. 6/2005, con il quale il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha affermato la giurisdizione amministrativa nell'ambito di una controversia relativa al risarcimento chiesto a titolo di responsabilità precontrattuale, dall'aggiudicataria di una procedura di evidenza pubblica a seguito della revoca legittima della gara. Segue l'affermazione – sulla quale si avrà modo di soffermarsi *infra* – in base alla quale il risalente precedente disvelerebbe l'operatività autonoma e su piani distinti delle regole di legittimità amministrativa, la cui violazione incide sulla validità del provvedimento, e quelle di correttezza che, se violate, comportano il sorgere della responsabilità dell'amministrazione. Si richiama anche la più volte citata sentenza n. 5/2018, con la quale l'Adunanza Plenaria ha scisso la risarcibilità del danno da illecito precontrattuale e il giudizio sulla spettanza del bene della vita finale. Ciò dimostrerebbe l'autonomia dei due ordini di regole – di validità e di comportamento – all'interno della quale verrebbe in rilievo l'affidamento del privato, proiettato sia sulla positiva conclusione del procedimento sia nel caso in cui, pur a fronte di un legittimo diniego del bene della vita, l'amministrazione abbia suscitato,

[60] Tale affermazione, contenuta in chiusura del §10, sembra discostarsi da quanto affermato nella Ad. Plen. n. 7/2021, da cui al contrario sembrerebbe leggersi una visione panaquiliana della responsabilità dell'amministrazione, in cui il 'contatto' procedimentale sembra non assumere particolare rilievo in punto di qualificazione della natura della responsabilità.
[61] Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §10.

con il suo comportamento, una ragionevole aspettativa sull'esito favorevole della vicenda procedimentale.

Da qui l'affermazione conclusiva in base alla quale "*è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base al richiamato art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i 'comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni'; ed inoltre che 'nelle particolari materie indicate dalla legge' di giurisdizione esclusiva… essa si manifesta 'attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela', anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione*"[62].

5. *Alcune osservazioni sui principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria*

Così brevemente esposto l'*iter* argomentativo con il quale la Plenaria ha deciso la questione di giurisdizione deferita dalla IV Sezione, si procederà con qualche breve considerazione.

In via preliminare occorre osservare che, nell'attuale assetto ordinamentale, dal combinato disposto degli artt. 111, commi 7 e 8 Cost., 360, n. 1 e 374 c.p.c., 111 c.p.a., 65 ord. giud., emerge chiaramente come la funzione nomofilattica in tema di riparto di giurisdizione – e dunque di perimetrazione degli ambiti di ciascun plesso in cui si articola l'unità funzionale del sistema giurisdizionale – sia devoluta alle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, a conferma della scelta di fondo operata agli albori del sistema di giustizia amministrativa con la legge 31 marzo 1877, n. 3761 (c.d. legge sui conflitti)[63].

[62] Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §15.

[63] La tematica del riparto di giurisdizione e della soluzione dei conflitti è stata oggetto di un'attenzione pressoché costante della dottrina e ciò non consente – neppure in via tendenziale – di fornire indicazioni bibliografiche esaustive. Sia dunque consentito limitare i riferimenti a qualche cenno. *Ex multis* A. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47; F. Benvenuti, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 589 ss., in part. p. 602; E. Cannada Bartoli, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 295; Id., voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, p.

Si può dunque comprendere come la posizione nella quale la Sezione rimettente ha posto la Plenaria non fosse – quanto meno dal punto di vista istituzionale – delle più semplici, considerato l'alto rischio che le Sezioni Unite possano procedere alla smentita dei principi di diritto affermati in punto di giurisdizione dalla pronuncia n. 20/2021, adottata dalla Plenaria "*con la sua istituzionale autorevolezza*". Del resto, la Plenaria è sicuramente consapevole di un simile rischio. Essa, difatti, conclude l'analisi della questione di giurisdizione rilevando il "*possibile contrasto del principio di diritto come sopra affermato… con l'orientamento certamente prevalente della Corte regolatrice*", osservando che esso "*potrà essere vagliato in sede di eventuale impugnazione ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione*", invitando però la Sezione rimettente – a cui la causa è stata restituita per la prosecuzione del giudizio – a osservare l'affermato principio (salva nuova rimessione) *ex* art. 99 c.p.a.[64]

Il rischio dell'ennesima guerra tra Corti, dunque, è tutt'altro che remoto[65].

508; M.C. Cavallaro, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo ammnistrativo*, Padova, 2018; V. Cerulli Irelli, *Il problema del riparto delle giurisdizioni: premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; M.S. Giannini, A. Piras, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 229; M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 137; A. Pajno, voce *Il riparto di giurisdizione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo speciale*, vol. V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, p. 4193; E. Picozza, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il Processo*, 2021, 1, p. 47; A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; A.M. Sandulli, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, 1, p. 1073; F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549; M. Stipo, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la p.a. e la doppia tutela*, Roma, 1979. Per la manualistica v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, F. Fracchia (a cura di), Milano, 2017, p. 757; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, p. 116; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 121.

[64] Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §15.

[65] Il livello di tensione tra le Corti ha raggiunto un evidente apice con la nota ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598 del 18 settembre 2020, che ha disposto rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, denunciando un contrasto con il diritto dell'UE da parte del diritto vivente sorto a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 6/2018, con la quale la Consulta ha operato un'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. tesa ad escludere estensioni in chiave evolutiva del concetto di "*motivi inerenti alla giurisdizione*", evidentemente volte ad ampliare gli spazi del sindacato della Suprema Corte sui provvedimenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. L'esito del rinvio, deciso da CGUE, Grande Sezione, 21

Venendo ora alle considerazioni relative alla risoluzione della questione di giurisdizione, l'incedere argomentativo della sentenza pare, nel complesso, largamente condivisibile, apprezzandosi per linearità e logicità.

Viene in rilievo, in primo luogo, l'affermata giurisdizione del g.a. nelle materie ad esso devolute in via esclusiva. Su questo crinale la giurisprudenza delle Sezioni Unite non è mai riuscita convincentemente a chiarire fino in fondo in base a quale meccanismo giuridico l'effetto caducatorio *ex tunc*[66]

dicembre 2021, in C-497/20 è stato sfavorevole alla tesi propugnata dall'ordinanza di rinvio. La vicenda ha suscitato un vivacissimo dibattito tra studiosi di varie discipline (diritto amministrativo, costituzionale, processuale civile e dell'Unione europea). L'"*elevato numero di commenti all'ordinanza delle Sezioni unite è di per sé sintomatico del fatto che essa tocca un nervo scoperto, cioè i rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa all'interno delle coordinate tracciate dalla Costituzione*", M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, p. 217. Sull'ordinanza, *ex plurimis*, E.M. Barbieri, *Un ricorso per Cassazione per difetto di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato approda, forse senza ragione, alla Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 103; R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione,* in *federalismi.it,* paper, 18 novembre 2020; A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 65; M.P. Chiti, *La Corte Costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 1; G. Costantino, A. Carratta, G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 2020; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020; M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia,* in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2020; S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere del concorrente escluso dalla gara: la Cassazione sceglie il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 79; A. Pajno, *L'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Cassazione tra costruzione e decostruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 31; A. Sandulli, *Impervi sentieri dell'interlegalità: dal conflitto tra giurisdizioni allo scontro tra ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2021, 1, p. 57; M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2020, I, p. 3415.

[66] Effetto che tra l'altro una parte della giurisprudenza amministrativa sembra ritenere disponibile e modulabile. La tematica esula dalle presenti osservazioni. Sia consentito il rinvio ad alcune pronunce del g.a. che hanno riconosciuto la possibilità di modulare gli effetti temporali dell'annullamento del provvedimento, al fine di garantire l'effettività della tutela. In termini, Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13, Cons. St., Sez. VI, 3 dicembre 2018, n. 6858. *Contra* Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4, Ad. Plen., 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5. V'è da chiedersi, però, quali ricadute

riconosciuto all'annullamento del provvedimento sia idoneo a degradare tale atto di esercizio (seppur illegittimo) di potere a comportamento mero.

Sul punto è bene ricordare che con tale espressione la Consulta chiaramente intendeva quelle ipotesi "*nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere*"[67]. Tale essendo la matrice concettuale che ha ispirato l'attuale formulazione dell'art. 7 c.p.a., la giurisprudenza prevalente delle Sezioni Unite – con evidente torsione testuale e concettuale – finisce per intendere per "mero comportamento" qualcosa di profondamente diverso dal significato ricavabile alla luce di un'interpretazione sistematica delle disposizioni rilevanti, senza però dirlo apertamente e anzi dichiarando formale adesione alla giurisprudenza costituzionale. Così procedendo, il diritto vivente della Corte regolatrice opera una parcellizzazione arbitraria di una complessiva vicenda di manifestazione del potere, al fine di ricondurre quel che era (e resta) un atto di (illegittimo) esercizio di tale potere a un comportamento, per giunta non riconducibile – neppure mediatamente – a detto esercizio. Sembra evidente che il provvedimento illegittimo sia espressione del potere tanto quanto quello legittimo. L'atto provvedimentale, difatti, non è in alcun modo riconducibile a una delle ipotesi in cui la p.a. non esercita il potere, essendo manifestazione tipica dell'*agere* autoritativo dell'amministrazione.

Il ragionamento della Plenaria, all'evidenza maggiormente adesivo al dato testuale dell'art. 7 c.p.a. e alla giurisprudenza costituzionale che ne ha ispirato la lettera[68], consente dunque di affermare la giurisdizione amministrativa in quelle "*particolari materie indicate dalla legge*" attribuite in via esclusiva alla sua cognizione, non venendo in rilievo il criterio di

potrebbe avere l'indirizzo giurisprudenziale che ammette la disponibilità e la modulabilità degli effetti della sentenza di annullamento sui principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite a far data dal 2011. Si pensi all'ipotesi in cui la lesione dell'affidamento sia originata da un provvedimento favorevole che il g.a. abbia annullato con effetti solo *ex nunc* o, addirittura, escludendo del tutto l'effetto caducatorio. Sarebbe ancora possibile ritenere l'atto di esercizio del potere alla stregua di un mero elemento fattuale?

[67] Corte. Cost., 5-6 luglio 2004, n. 204, § 3.4.3.

[68] E ciò sulla scorta del criterio di delega di cui all'art. 44, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69, in base al quale il Governo era delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo amministrativo "*al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori*". Sul punto v. A. Pajno, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, p. 119; Id., *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Librio I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, p. 100.

riparto fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Questo risultato ermeneutico, sicuramente condivisibile, era del resto auspicato dalla stragrande maggioranza della dottrina amministrativistica[69], la quale non ha mancato di sottolineare la forzatura dell'esclusione della giurisdizione amministrativa, quanto meno nelle ipotesi di cui all'art. 133 c.p.a.

Ma l'Adunanza si spinge oltre, ritenendo che nelle controversie della tipologia di quelle poste alla sua attenzione la giurisdizione del giudice amministrativo possa essere affermata anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva e ciò sulla base del criterio di riparto *ex* artt. 24 e 103, Cost., fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo.

Anche tale statuizione è da accogliere favorevolmente.

Non va dimenticato che il contesto giurisprudenziale in cui la sentenza che qui si annota si colloca sembra caratterizzato da una tendenza a rinvenire situazioni giuridiche soggettive, senza tuttavia un previo effettivo riscontro, sul piano positivo, del ricorrere di una posizione differenziata. Esemplificative le oscillazioni in termini di (fantomatico) diritto all'integrità del patrimonio, di affidamento inteso come diritto soggettivo o come nuova e autonoma situazione soggettiva.

In questo ordine di idee l'intervento nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembrerebbe cogliere con maggior rigore metodologico l'essenza dell'affidamento, quale principio generale dell'ordinamento[70] e, perciò, comune al diritto privato e a quello pubblico e dal quale possono derivare spazi di tutela indifferentemente inerenti a diritti soggettivi o interessi legittimi, a seconda della posizione sostanziale concretamente rinvenibile.

E difatti, può dirsi ormai acquisita l'operatività del principio di buona fede e correttezza anche nel diritto pubblico e ciò senza che sia possibile limitarne la portata all'agire privatistico e paritetico dell'amministrazione, la quale è vincolata dalla buona fede anche – e forse *a fortiori* – quando agisce in veste di autorità[71], secondo i propri paradigmi procedimentali e

[69] Su cui ampiamente *supra*, §2.

[70] Peraltro esso assume rilievo costituzionale. La Consulta, infatti, individua il fondamento del principio nell'art. 3 Cost. (cfr. *ex multis*, Corte cost. 27 giugno 2017, n. 149), nonché in altre disposizioni più settoriali di volta in volta coinvolte (come glii artt. 41, 42 e 97 Cost.). In termini, A. Travi, *La tutela dell'affidamento*, cit., p. 122, nt. 3.

[71] In termini, F. Manganaro, op. cit., p. 47, il quale – per superare le obiezioni di quanti vorrebbero limitare l'operatività della buona fede ai rapporti paritari – evidenzia come "*alle origini del diritto romano, l'istituto della* fides *riguardava proprio rapporti di tipo non*

provvedimentali.

In altre parole, la presenza e la spendita del potere non può essere ridotta a comportamento mero, primo anello della catena causale che ha determinato l'illecito, senza con ciò disconoscere le specificità – e perché no la specialità – del rapporto giuridico amministrativo[72].

Se vi è esercizio, anche mediato, di potestà pubblica, rivolta alla cura dell'interesse pubblico, la relazione con il privato non può che essere governata dalla dinamica relazionale potere/interesse legittimo. Al contrario, ove la p.a. si relazioni sul piano sostanziale come farebbe un qualsiasi altro consociato, allora l'atteggiamento colposamente lesivo del principio dell'affidamento non potrà che incidere sulla trama dei diritti e dei doveri reciprocamente incombenti su due soggetti dell'ordinamento che si interfacciano in un contesto paritario e, dunque, con lesione del diritto soggettivo.

Poiché nel caso di provvedimento favorevole poi annullato è innegabile che la fiducia sia tradita nell'ambito di una relazione in cui l'amministrazione non spende la sua capacità negoziale di diritto comune ma la situazione giuridica soggettiva di potere amministrativo[73], non può che concludersi che la situazione lesa dalla violazione del principio di affidamento sia l'unica che concretamente possa dialogare col potere, e cioè l'interesse legittimo[74].

---

paritario, cioè rapporti giuridici in cui una delle parti esercitava un potere di supremazia sull'altra ed è in questo ambito che la buona fede veniva generalmente riconosciuta come limite all'esercizio del potere", concludendo che "*la buona fede esplichi i suoi effetti, anzi acquisisca maggiore rilevanza, proprio quando regolamenti rapporti in cui le parti si trovano in posizione di disuguaglianza*".

[72] Sul quale, M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008. V. anche M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 112 ss.

[73] Per un recente studio della situazione giuridica di potere, nell'ambito di una più ampia riflessione sull'oggetto del processo amministrativo, v. A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020. Utili spunti, specie rispetto alla tematica del potere di autotutela e della tutela dell'affidamento, anche in M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo: profili critici*, Napoli, 2018, il quale non manca di osservare che mentre il principio di un buon andamento può costituire la base costituzionale favorevole all'inesauribilità del potere amministrativo, "*la tutela del legittimo affidamento, che costituisce un principio di diritto europeo di livello costituzionale, rappresenta il più diretto antagonista dell'inesauribilità del potere, in quanto trova realizzazione nella stabilità del provvedimento favorevole e nell'intangibilità della sfera giuridica del cittadino una volta decorsi i termini per provvedere*" (p. 172-173).

[74] Non è ovviamente questa la sede per poter affrontare *funditus* un discorso sulla natura e sulle caratteristiche dell'interesse legittimo. Per un esame completo e approfondito dell'evoluzione storica della figura, si veda l'imponente monografia di F. G. Scoca, *L'interesse*

La circostanza che in un primo momento tale interesse sia stato soddisfatto non assume rilievo, se non nel senso che tale non dovuta e illegittima soddisfazione possa aver contribuito al radicamento di una aspettativa di stabilità sull'assetto d'interessi predisposto per mezzo di quella vicenda di esercizio del potere.

Occorre a questo punto chiedersi se i principi di diritto autorevolmente affermati siano da limitare al contenzioso in materia di risarcimento del danno da provvedimento favorevole annullato o se possano essere estesi anche alle questioni di cui le Sezioni Unite si sono occupate con l'ordinanza n. 8236/2020 e, cioè, più in generale per quanto riguarda il danno da

legittimo. Storia e teoria, Torino, 2017. In chiave storica si v. anche B. SORDI, voce *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, 2008, p. 709; Id., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, spec. p. 339 ss. La letteratura sull'interesse legittimo è sconfinata, le citazioni che seguono non hanno alcuna pretesa di esaustività. *Ex multis*, F. Bassi, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 185; Id., *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 108; C. Bozzi, voce *Interesse e diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 844; A. Cacciari, *In difesa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.-TAR*, 2012, 12, p. 4065; E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 334; Id., voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 1; E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 611; Id., *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a 'progressivo rafforzamento'*, in *Dir. econ.*, 2008, 1, p. 7; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, F. Fracchia (a cura di), Milano, 2017, p. 324; G. Codacci-Pisanelli, *Interessi giuridicamente protetti e diritti soggettivi nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, p. 817; P. Cotza, *L'interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, 2017; M. D'Arienzo, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, Napoli, 2017; L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, III, p.723; M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Rimini, 2017; M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, p. 46; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 93 ss.; Id., *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit.; N. Paolantonio, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda),* in *Dir. amm.*, 2015, 1, p. 1; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1960; A. Romano, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95; A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, p. 273; F. G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit.; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; Id., voce *Interessi protetti (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989. Per la configurabilità degli interessi legittimi nel diritto privato, L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; Id., voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 527.

lesione dell'affidamento.

Il *thema decidendum* era ovviamente relativo all'annullamento di un precedente provvedimento favorevole. La Plenaria, dunque, non affronta il tema in un'ottica più ampia, involgente il generale profilo della lesione dell'affidamento *tout court* inteso. Nonostante ciò, la valorizzazione dell'ambiente relazionale in cui si svolge il confronto tra privato e p.a., caratterizzato dal fatto che quest'ultima è chiamata a spendere i propri poteri autoritativi, milita a favore dell'estensione della soluzione in tema di riparto di giurisdizione anche a quelle ipotesi – esaminate da Sez. Un. n. 8236/2020 – in cui un provvedimento favorevole sia in effetti mancato, nonostante il complessivo comportamento dell'amministrazione potesse far ragionevolmente sperare nella sua emanazione.

Nel caso di mancata adozione di un provvedimento nell'ambito di una complessiva vicenda procedimentale, volta all'ottenimento di un atto ampliativo, il privato comunque dialoga e si relaziona col potere pubblico in ragione della titolarità di un interesse legittimo.

La relazione non è paritetica ma connotata dall'*agere* autoritativo della p.a. che l'istante vorrebbe orientato a suo favore, al fine di soddisfare l'interesse legittimo pretensivo di cui è portatore. In caso di mancata adozione del provvedimento favorevole, ad essere frustrato risulta proprio quell'interesse legittimo pretensivo fatto valere con l'istanza propulsiva della sequela procedimentale. Anche in queste ipotesi, dunque, il principio di affidamento si inserisce in un contesto autoritativo in cui il dialogo tra privato e amministrazione è animato dalla dinamica interesse legittimo/potere amministrativo.

La generalizzazione dei principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria anche alle controversie della tipologia esaminata dalle Sezioni Unite nel 2020 consente di superare, ad avviso di chi scrive, l'insostenibile idea che, mancando il provvedimento, sicuramente difetti il potere e, con esso, l'interesse legittimo.

Contrariamente, il consolidamento della posizione delle Sezioni Unite potrebbe condurre a una ripresa di quelle posizioni che vedevano nel solo provvedimento lesivo il fatto genetico dell'interesse legittimo[75], come se la fase precedente (il contatto procedimentale) non avesse alcun rilievo[76].

Affermata la natura sostanziale dell'interesse legittimo e preso atto che gli istituti partecipativi cooperano alla sua emersione sul piano normativo,

[75] Per un'approfondita disamina di come si sia giunti ad affermare la rilevanza anche procedimentale dell'interesse legittimo v. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 188 ss.

[76] In ciò forse trovando un'inaspettata sponda nelle affermazioni di Ad. Plen. n. 7/2021, circa la natura aquiliana della responsabilità dell'amministrazione.

dovrebbe ormai essere dato acquisito quello per cui l'interesse legittimo non nasce frustrato dal provvedimento lesivo ma si colloca sul piano sostanziale già nel procedimento, la cui disciplina generale prevede una serie "*di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità*"[77].

Insomma, la posizione espressa dalla Corte regolatrice sembrerebbe condurre ad affermazioni – quali la negazione dell'esercizio del potere fintantoché lo stesso non si concretizzi in un provvedimento formale – che risultano evidentemente distoniche con l'attuale assetto ordinamentale.

Se in punto di giurisdizione l'Adunanza Plenaria offre una soluzione assolutamente condivisibile, qualche profilo di criticità sembra emergere con riferimento alla declinazione sostanziale della vicenda. Essendo le presenti riflessioni incentrate sul tema del riparto, sia consentito esaminare questo profilo mediante l'esposizione di alcune suggestioni che taluni passaggi argomentativi hanno suscitato.

L'Adunanza, risolvendo le questioni di diritto sottoposta al suo esame dall'ordinanza n. 3753/2021 della IV Sezione, statuisce che "*la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sia insorto un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento*"[78].

L'attenzione va posta in particolare sulla valorizzazione della proposizione dell'azione di annullamento ai fini dell'esclusione dell'affidamento incolpevole.

Procedendo con ordine, l'esclusione dell'affidamento incolpevole in presenza di una dolosa induzione all'emanazione del provvedimento ad opera dell'istante, o al ricorrere di un'illegittimità evidente facilmente accertabile dal beneficiario (colpa grave), è pienamente condivisibile. Così come è da condividere la valorizzazione della posizione non paritetica del privato rispetto alla p.a., al fine di escludere che ogni contributo del privato all'emanazione dell'atto illegittimo possa essere causa di esclusione dell'affidamento. In questi termini correttamente la Plenaria rileva come si addiverrebbe a negare sempre la tutela risarcitoria, tenuto conto che la stragrande maggioranza dei provvedimenti ampliativi sono emessi all'esito di un procedimento ad impulso privato. Importante il chiarimento circa il fatto che, pur nell'ambito di un procedimento governato da correttezza e

[77] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 103.
[78] Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, §26.

collaborazione, mentre il privato persegue comunque il proprio utile, è la p.a. l'effettiva tenutaria dell'interesse pubblico concreto[79].

Il *punctum dolens* della pronuncia sembra però rinvenirsi subito dopo, nell'esaminare i limiti alla configurabilità di un affidamento incolpevole in presenza di colpa non grave. Qui la Plenaria, valorizzando "*i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune*" ritiene che la proposizione dell'azione costitutiva di annullamento – nella quale il destinatario del provvedimento ampliativo assume la veste del controinteressato – porrebbe il privato "*nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza*".

Sicché dovrebbe escludersi un affidamento incolpevole sulla stabilità del rapporto, dato che con la proposizione dell'azione di annullamento la caducazione dell'atto diverrebbe "*evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso*"[80]. Al contrario, l'affidamento incolpevole sarebbe ipotizzabile antecedentemente alla notifica del ricorso per l'annullamento.

Il ragionamento del Supremo Consesso di giustizia amministrativa sembrerebbe condurre alla perdita di rilevanza pratica della stragrande maggioranza delle controversie relative al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento maturato rispetto a un atto ampliativo caducato in sede giurisdizionale: il risarcimento, infatti, sarebbe sempre escluso in ragione della precedente azione di annullamento.

Gli spazi per il risarcimento residuerebbero nelle limitate ipotesi in cui gli impegni economici e d'investimento siano stati assunti dal privato prima della proposizione del ricorso in sede giurisdizionale da parte dei controinteressati.

In questo modo, però, si introduce una evidente asimmetria tra i

[79] Va comunque rilevato che i principi di collaborazione e buona fede, codificati al comma 2-*bis* dell'art. 1, l. 241/1990, hanno portata bilaterale, imponendosi sia in capo al privato che all'amministrazione. Ciò ha il sicuro effetto di attenuare la spinta egoistica che muove il privato nell'ambito del rapporto giuridico amministrativo, in modo non dissimile da quanto avviene nel rapporto obbligatorio di diritto civile, grazie agli artt. 1175 e 1375 c.c. Come già chiarito, il comma 2-*bis* è stato inserito dall'art. 12, comma 1, lett. a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120. Sul punto, F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato 'responsabilizzato'*, in *federalismi.it*, 2020, 36, p. 67 ss.

[80] Questo passo, come quelli precedenti, sono tratti dal §22 della sentenza che qui si commenta.

provvedimenti favorevoli annullati d'ufficio – rispetto ai quali alcun automatismo escludente l'affidamento è stato rilevato dalla Plenaria – e quelli caducati dal giudice amministrativo. Asimmetria che non sembra giustificarsi fino in fondo, dato il comune esito effettuale della pronuncia giurisdizionale e del provvedimento amministrativo adottato *ex* art. 21-*nonies* l. n. 241/1990[81].

La conclusione della Plenaria, poi, sembrerebbe confliggere proprio con quegli elementi di specialità del diritto amministrativo in premessa valorizzati. Il regime di impugnazione dell'atto amministrativo si fonda evidentemente sull'efficacia costitutiva della sentenza di annullamento del giudice amministrativo, tant'è che, com'è noto, il decorso del termine di decadenza comporta l'inoppugnabilità dell'atto, pur se illegittimo. Atto amministrativo, poi, che è connotato dalla presunzione di legittimità, sino alla sua effettiva caducazione, a seguito del positivo riscontro di una causa di illegittimità. Sicché, affermare in via generale e astratta che la mera proposizione dell'azione di annullamento a monte abbia efficacia preclusiva al riconoscimento del risarcimento da lesione dell'affidamento a valle sembra scontrarsi proprio con la natura e la declinazione positiva dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti.

Con ciò non vuole certo concludersi nel senso che la proposizione di un ricorso giurisdizionale da parte di un terzo sia circostanza incolore rispetto all'affidamento che ragionevolmente può riporsi sul provvedimento favorevole. Ma, ad avviso di chi scrive, l'incidenza di una tale circostanza dovrebbe essere concretamente accertata caso per caso[82].

[81] Del resto, anche chi autorevolmente sostiene la necessità di tenere separate le ipotesi di annullamento d'ufficio da quelle di annullamento giurisdizionale, giunge comunque alla conclusione che in ambo i casi la situazione giuridica soggettiva lesa assume i connotati dell'interesse legittimo: nel primo caso un interesse legittimo oppositivo, fatto valere nel procedimento amministrativo di secondo grado; nel secondo, invece, l'originario interesse legittimo pretensivo, illegittimamente soddisfatto dal provvedimento favorevole, poi annullato dal g.a. In termini, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 465 ss. Rileva la necessità di non confondere le due ipotesi anche Cons. St., Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, in particolare al §10.3. Come chiarito però, la questione deferita alla Plenaria non è stata esaminata. Difatti, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19 ha arrestato il suo esame alla prima questione deferitale, ritenendo non superabile l'indirizzo che ritiene inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente soccombente in primo grado.

[82] È facile ipotizzare il caso in cui il ricorso del controinteressato risulti palesemente contrastare con un granitico indirizzo della giurisprudenza, indirizzo poi modificato proprio nel caso di specie. È possibile argomentare che l'affidamento incolpevole possa far difetto in simili evenienze per il solo fatto della notifica di un ricorso che, sulla base di un

6. *Un dialogo (im)possibile? Considerazioni conclusive e suggestioni* de jure condendo

Svolte le brevi osservazioni che precedono e considerato il più ampio contesto giurisprudenziale e dottrinario in cui la sentenza n. 20/2021 si colloca, pare opportuno svolgere qualche considerazione conclusiva anche in vista dei possibili successivi sviluppi.

Come si è avuto modo di osservare, la soluzione prospettata dalla Plenaria è sideralmente distante dal diritto vivente (allo stato prevalente) delle Sezioni Unite. La lite che ha dato la stura alla sentenza n. 20/2021[83] potrebbe essere portata all'attenzione dei giudici di Piazza Cavour. Se così non dovesse essere, è comunque ragionevole attendersi una replica delle Sezioni Unite, non appena queste ne avranno occasione[84].

Queste ultime potranno orientarsi in almeno tre direzioni: *a)* estremizzare il conflitto e dare avvio all'ennesima guerra tra Corti, respingendo globalmente le argomentazioni propugnate da Ad. Plen. n. 20/2021, così confermando l'indirizzo risalente al 2011; *b)* accettare una sorta di transazione giurisprudenziale[85], rinunciando alla posizione che sembra più insostenibile alla luce della lettera dell'art. 7 c.p.a., e cioè riconoscendo la giurisdizione amministrativa almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva; *c)* operare un (sofferto) *revirement* e aderire alle posizioni propugnate dal Supremo Consesso di giustizia amministrativa[86].

L'ultima soluzione, che ad avviso di chi scrive sarebbe da preferire, è anche quella che più difficilmente pare possa essere percorsa. Le resistenze che emergono dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, infatti, sembrano andare ben oltre le vicende dell'affidamento incolpevole e della sua

giudizio prognostico ragionevole, apparisse destituito di ogni fondamento?

[83] Il cui epilogo si rinviene nella sentenza 26 aprile 2022, n. 3179, con la quale la IV Sezione del Consiglio di Stato, cui la controversia era stata rimessa dalla Plenaria in commento *ex* art. 99, comma 4, c.p.a., ha respinto l'appello del Comune di Numana, ritenendo sussistente l'affidamento incolpevole della parte appellata.

[84] Occasione non rinvenibile nell'ordinanza delle Sezioni Unite n. 7515/2022, depositata in data 8 marzo 2022. Tale provvedimento opera un mero richiamo ai precedenti orientamenti della Corte regolatrice (in specie alla pronuncia n. 8236/2020), senza alcun confronto con la decisione che qui si commenta. Ciò alla luce del fatto che l'udienza di discussione svoltasi a Piazza Cavour è antecedente (9 novembre 2021) alla data di deposito della sentenza n. 20/2021 dell'Adunanza Plenaria (29 novembre 2021).

[85] Senza essere preceduta, questa volta, da 'contatti giurisdizionali' tra le due Corti. Il riferimento è ovviamente al concordato Romano-D'Amelio, su cui *infra*.

[86] Magari valorizzando quei (pochi) precedenti delle stesse Sezioni Unite che risultano distonici con l'indirizzo prevalente.

lesione, appuntandosi a un livello più generale. Dalle decisioni della Corte regolatrice, difatti, traspaiono sovente dubbi e riserve sulla idoneità del giudice amministrativo ad offrire una tutela risarcitoria piena ed effettiva, tutela ancora percepita da Piazza Cavour come naturale appannaggio della giurisdizione ordinaria[87]. Insomma, la strada del dialogo, seppur astrattamente percorribile, sembra la più irta di resistenze e di ostacoli.

Così, però, a farne le spese è inevitabilmente il privato, il quale non è evidentemente posto nelle condizioni di determinare con precisione e con un certo margine di certezza il giudice cui l'ordinamento riconosce il potere di decidere la lite insorta sul piano sostanziale con l'amministrazione e, con esso, l'intera comunità nazionale[88]. È ormai un dato acquisito, difatti,

[87] Al riguardo è stato autorevolmente osservato che "*anche alla luce della prassi interpretativa, non è priva di fondamento l'opinione secondo la quale il giudice amministrativo ha ancor oggi una minor familiarità rispetto al giudice ordinario con le questioni risarcitorie. Del resto, ciò è riconosciuto in qualche modo dallo stesso Codice del processo amministrativo che consente al giudice, accertato l'*an *del risarcimento, di rimettere in prima battuta all'accordo delle parti la determinazione del* quantum *secondo i criteri stabiliti dallo stesso giudice*", M. Clarich, *Il dualismo*, cit., p. 224.

[88] Il che sembra contraddire il disegno costituzionale emergente dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. che, realizzando una sostanziale parità e originarietà tra i due plessi giurisprudenziali, disvela come la protezione giurisdizionale nei confronti del potere pubblico sia orientata nella prospettiva del cittadino. Cfr. A. Pajno, voce *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 4220, il quale più avanti soggiunge (p. 4225) che "*la qualità complessiva di un sistema di tutela giurisdizionale dipende dalla sua capacità di garantire quelle utilità secondo le modalità avvertite come significative dalla società alla quale il sistema di tutela si riferisce*". In quest'ottica, oscillazioni così evidenti nell'individuazione del giudice munito del potere di decidere sembrano porre in dubbio la capacità dell'attuale sistema di soddisfare le esigenze sociali. Potrebbe allora essere utile un mutamento di prospettiva, aderendo ad un'ottica in cui anziché disquisire di quale giudice abbia il potere di decidere, si individui l'operatore in grado di erogare un servizio pubblico nel modo più efficace ed efficiente possibile. Per questa prospettiva v. A. Pajno, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 1, p. 207 ss., in part. p. 236; M. Clarich, *Il dualismo*, cit., p. 225. Per una ricostruzione storica del passaggio dall'attività giurisdizionale in termini di potere giudiziario all'ottica del servizio pubblico della giustizia v. N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 167. Sull'impianto costituzionale della giustizia amministrativa v. V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; V. Cerulli Irelli, *Costituzione e amministrazione. Saggi*, Torino, 2022, in part. p. 150 ss.; E. Follieri (a cura di), *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul processo amministrativo*, Bari, 2018; A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, p. 419; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa.* Sonntagsgedanken, Milano, 2005; A. Poggi, *Il sistema giurisdizionale tra 'attuazione' e 'adeguamento'*, Napoli, 1995; F.G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, p. 371; F. Sorrentino, *Profili costituzionali*

la relazione tra (una tendenziale) certezza del diritto (anche in punto di regole riparto) e appetibilità del "Sistema Paese" agli occhi degli investitori internazionali e nazionali[89].

È appena il caso di osservare come contrasti in tema di riparto tra giudice ordinario e amministrativo siano tutt'altro che infrequenti, costituendo le controversie in tema di lesione dell'affidamento incolpevole solo un significativo esempio di una certa incomunicabilità tra i plessi giurisdizionali e la Corte regolatrice della giurisdizione. Non sembra pertanto inconferente, nell'economia del contributo, l'allargamento dell'orizzonte speculativo, seppur limitato a qualche breve suggestione che la tematica affrontata dalla Plenaria suscita in chi scrive.

della giurisdizione amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 68.

[89] È evidente come i contrasti in punto di riparto – specie nei casi in cui non sia attivato il regolamento preventivo di giurisdizione – incidano assai negativamente sulla durata dei processi, contribuendo al rallentamento complessivo nella celebrazione dei processi, con evidenti ricadute sul piano macroeconomico. Segnala la negativa incidenza economica della regola di riparto fondata sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo "*che sembra talvolta inseguire corpi astrali piuttosto che il concreto assetto del potere, e che continua a produrre incertezza anche dopo il codice del processo amministrativo*", A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica: serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, 2014, p. 58. Sul punto v. anche, di recente, M. Clarich, *Il dualismo*, cit., p. 226. Non può mancare di osservarsi che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (c.d. PNRR) pone particolare enfasi sulla riforma della giustizia che, assieme a quella della pubblica amministrazione, campeggia tra le riforme strutturali di carattere orizzontale nel complessivo progetto di riforma e rilancio del Paese. Il PNRR è consultabile e scaricabile dal sito https://italiadomani.gov.it/it/home.html. Per la riforma della giustizia si veda, in particolare, p. 55 ss. Particolarmente indicativo quanto esposto a pag. 56: "*Studi empirici dimostrano che una giustizia rapida e di qualità stimola la concorrenza, poiché accresce la disponibilità e riduce il costo del credito, oltre a promuovere le relazioni contrattuali con imprese ancora prive di una reputazione di affidabilità, tipicamente le più giovani; consente un più rapido e meno costoso reimpiego delle risorse nell'economia, poiché accelera l'uscita dal mercato delle realtà non più produttive e la ristrutturazione di quelle in temporanea difficoltà; incentiva gli investimenti, soprattutto in attività innovative e rischiose e quindi più difficili da tutelare; promuove la scelta di soluzioni organizzative più efficienti. Si stima che una riduzione della durata dei procedimenti civili del 50 per cento possa accrescere la dimensione media delle imprese manifatturiere italiane di circa il 10 per cento. A livello aggregato, uno studio recente ha valutato che una riduzione da 9 a 5 anni dei tempi di definizione delle procedure fallimentari possa generare un incremento di produttività dell'economia italiana dell'1,6 per cento. Una giustizia inefficiente peggiora le condizioni di finanziamento delle famiglie e delle imprese: il confronto tra province mostra che un aumento dei procedimenti pendenti di 10 casi per 1000 abitanti corrisponde a una riduzione del rapporto tra prestiti e Pil dell'1,5 per cento. Inoltre, alla durata dei processi più elevata si associa una minore partecipazione delle imprese alle catene globali del valore e una minore dimensione media delle imprese, quest'ultima una delle principali debolezze strutturali del nostro sistema*".

In tale direzione, lo scenario complessivo lascia perplessi e rende attualissime le parole di quanti, per il centenario della Legge Crispi, autorevolmente osservavano come "*un secolo di dibatti dottrinali, spesso vivaci e perfino acrimoniosi, e di applicazione giurisprudenziale, talvolta acritica ma più spesso consapevole, non è stato sufficiente per chiarire quale sia, e soprattutto come nelle situazioni le più disparate si atteggi, il criterio in base al quale le controversie tra privati e pubbliche amministrazioni vadano proposte dinanzi al giudice ordinario ovvero dinanzi al giudice amministrativo*"[90].

Del resto, i fraintendimenti tra Piazza Cavour e Palazzo Spada non sono nuovi, potendosi scorgere persino nei momenti di apparente concordia sui confini delle rispettive giurisdizioni.

Si pensi all'emblematica vicenda che interessò lo stesso celeberrimo concordato Romano-D'Amelio. I contatti giurisdizionali tra il Presidente del Consiglio di Stato Santi Romano e il Primo Presidente della Corte di Cassazione Mariano D'Amelio[91] intercorsi nel 1929, portarono l'anno seguente a decisioni concordi delle due alte Corti in materia di riparto di giurisdizione[92], a mezzo delle quali si individuava il criterio di riparto secondo la teorica del *petitum* e della *causa petendi*. Ma sin dall'inizio la concordia apparve più apparente che reale. Basti pensare che proprio le decisioni con cui il Consiglio di Stato aveva ritenuto di ratificare il concordato, furono cassate nel 1931 dalle Sezioni Unite[93].

L'episodio è sicuramente significativo e rivela le difficoltà intrinseche e senza tempo sottese a un sistema di riparto fondato sulla dicotomia diritto

[90] F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549. L'A. poco dopo (p. 567) rileva lucidamente come "*Le strade seguite dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, per definire ciascuno la propria sfera di giurisdizione, continuavano a rimanere separate, nonostante l'apparente comune criterio di riparto concordato nel 1929-30*".

[91] M. D'amelio, S. Romano, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, p. 181; M. D'amelio, *Il caso Laurens dopo quarant'anni di giurisprudenza*, in *Studi per Cammeo*, Padova, 1933, vol. I, p. 319; S. Romano, *Relazione al capo del Governo sull'attività del Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, Roma, 1930-31, p. 100.

[92] Cfr. Ad. Plen., 14 giugno 1930, nn. 1 e 2; e Sez. Un., 15 luglio 1930, n. 2680.

[93] La decisione n. 1/1930 è stata cassata da Sez. Un., 25 novembre 1931, *Società anonima Terme stabiane c. Ministero dell'interno*, in *Giur. it.*, 1932, vol. I, 1, p. 33. La sentenza n. 2/1930 ha seguito la stessa sorte ad opera di Sez. Un., 30 novembre 1931, *Possenti c. Provincia di Roma e Ministero dell'Interno*, in *Giur. it.*, 1932, vol. I, 1, p. 33. Per più ampi riferimenti alla vicenda v. R. Cavallo Perin, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, p. 14; Id., *Il riparto di giurisdizione*, in Aa. Vv., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, p. 169; F. G. Scoca, *Riflessioni sui criteri*, cit., p. 551.

soggettivo/interesse legittimo[94]. A ciò si unisce l'impossibilità di assicurare un riparto di giurisdizione maggiormente prevedibile, procedendo a una estensione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva nell'ottica dei c.d. blocchi di materie, impossibilità dovuta all'interpretazione fornita alla formula "*particolari materie*" dell'art. 103 Cost. dalle note sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Consulta.

La risposta all'insopprimibile esigenza di (tendenziale) certezza nella distribuzione delle liti tra giudice amministrativo e giudice ordinario non sembra dunque potersi rinvenire in modo pienamente appagante negli attuali meccanismi predisposti dal diritto positivo, specie per come interpretati nella prassi giurisprudenziale.

In questo scenario, allora, tornano di attualità proposte di riforma che vanno dall'istituzione di un tribunale dei conflitti[95], sul noto esempio

[94] Problema che non risulta affatto risolto dall'adesione a un determinato criterio di riparto (*petitum* formale, *causa petendi*, *petitum* sostanziale), in quanto tale adesione sposta il problema sul piano delle modalità concrete di distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Come osservato in dottrina, tra i fenomeni che incidono sulle regole di riparto, si pone proprio quello delle situazioni soggettive, apparendo diritto soggettivo e interesse legittimo "*sempre meno caratterizzati da differenze di tipo ontologico e sempre più legati, da una parte, alle modalità di esercizio del potere da parte dell'amministrazione e, dall'altra, alle diverse tecniche di tutela giurisdizionale*", così A. Pajno, voce *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 4196. Com'è noto, la difficile distinzione tra giurisdizione sui diritti e giurisdizione sugli interessi fu tra i motivi che condussero Piero Calamandrei ad avanzare in sede di Assemblea Costituente una proposta volta al ritorno alla giurisdizione unica. Cfr. M. Clarich, *Il dualismo*, cit., p. 219. Ai fini della distinzione tra le due situazioni giuridiche soggettive, pur risultando prevalente il criterio che distingue tra carenza e cattivo uso di potere (anch'esso fonte di non pochi equivoci), non mancano riferimenti ad altri criteri, specie a quello che muove dalla coppia discrezionalità/interesse legittimo – potere vincolato/diritto soggettivo. Con l'ulteriore *distinguo*, in riferimento al potere vincolato, tra vincolo posto nell'interesse pubblico (con conseguente configurabilità di un interesse legittimo) e vincolo posto nell'interesse del privato, rispetto al quale si rinverrebbe un diritto soggettivo. Un esempio di applicazione pratica della distinzione discrezionalità/vincolatezza è offerto da due recenti sentenze della Consulta (Corte cost. 20 febbraio 2020, n. 24 e 27 maggio 2020, n. 99) che, occupandosi della revoca della patente, riconoscono l'ammissibilità della questione di legittimità proposta dal g.a. e motivata "*non implausibilmente*" sul fatto che il suo accoglimento esplicherebbe effetti anche sulla giurisdizione. Il riconoscimento, ad opera dell'eventuale accoglimento della questione di costituzionalità, di margini di discrezionalità amministrativa in capo al Prefetto – è questa la tesi del giudice rimettente – renderebbe la posizione giuridica soggettiva incisa dalla revoca un interesse legittimo e non più un diritto soggettivo, con conseguente passaggio alla giurisdizione amministrativa. La Consulta ritiene tale argomento opinabile ma comunque idoneo "*ad escludere che nella specie la giurisdizione del giudice amministrativo possa ritenersi* ictu oculi *manifestamente insussistente*" (Corte cost. 20 febbraio 2020, n. 24, §2, v. anche Corte cost. 27 maggio 2020, n. 99, §2).

[95] Ci si riferisce, in particolare, alla proposta di legge (A.C. 649) presentata il 22 maggio

francese del *Tribunal des conflits*, alla valorizzazione delle capacità orientative di raccomandazioni emesse da gruppi informali[96].

Molte di queste proposte risultano difficilmente implementabili a Costituzione invariata.

La revisione costituzionale potrebbe essere facilitata da un'adeguata

2018 dall'On.le Bartolozzi e altri, volta a conferire "*Delega al Governo per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di cassazione*". La proposta ha avuto un'accoglienza piuttosto critica. Per tutti, N. Paolantonio, *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, p. 1235; A. Travi, *Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, in *questionegiustizia.it*, 11 giugno 2019. Di tenore critico anche il parere 15 maggio 2019 (Pratica n. 6/PP/2019) del Consiglio Superiore della Magistratura, che conclude (p. 17) nel senso che la proposta di legge presenta "*criticità dal punto di vista ordinamentale e processuale difficilmente superabili. Assorbente e la considerazione che l'intervento proposto non appare attuabile senza una modifica delle norme costituzionali. Dovendo escludersi che il Tribunale superiore dei conflitti possa essere qualificato come sezione specializzata della Corte di Cassazione in ragione della non assoggettabilita di tutti i suoi componenti al governo autonomo consiliare ed ai poteri organizzativi e direttivi del Dirigente dell'Ufficio, l'accentramento in capo a tale organo dell'intera materia della giurisdizione appare quindi difficilmente conciliabile con il disposto degli artt. 102, co.2 e 111, co.8 Cost.*". A favore dell'istituzione di un tribunale dei conflitti – previa modifica costituzionale – si sono espressi G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, p. 889 e, in part., p. 973 e R. Villata, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 483 e, in part., p. 515. La proposta non è nuova: fu avanzata anche da Lodovico Mortara nel lontano 1899. Cfr. L. Mortara, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1899, p. 241. Successivamente si v. anche F. Longo, *Proposte per una riforma del supremo organo giurisdizionale regolatore del riparto delle giurisdizioni e delle questioni di attribuzione giurisprudenziali*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. 1315.

[96] In questi termini M. Clarich, *Il dualismo*, cit., p. 231: "*Tra le soluzioni, pur imperfette e non risolutive, si potrebbe anche immaginare che, al di fuori del contesto formale di una controversia sottoposta al loro esame, la Corte di cassazione si faccia carico di esprimere orientamenti in via preventiva su possibili questioni interpretative generali relative al riparto di giurisdizione traendo ispirazione da una tecnica adottata dalle amministrazioni pubbliche in Germania che va sotto il nome di* 'antizipierte Verwaltungspraxis*'. In base a questa tecnica, utilizzata allo scopo di promuovere la certezza e la prevedibilità delle decisioni nei casi singoli, le pubbliche amministrazioni elaborano e comunicano all'esterno le prassi interpretative che intendono adottare in relazione a nuove leggi e regolamenti. Un qualche gruppo di lavoro informale al massimo livello, eventualmente integrato da componenti esterne, potrebbe cioè proporre, in modo non vincolante per i giudici ordinari e amministrativi e neppure per le stesse Sezioni unite, soluzioni interpretative, almeno nei casi più rilevanti, man mano che sorga l'esigenza di un chiarimento in seguito a mutamenti legislativi o a casi particolarmente significativi che iniziano a essere posti all'attenzione dei giudici di merito*".

considerazione dell'intrinseca storicità del modello di giustizia amministrativa confluito nella Carta del 1948.

Il modello dualista recepito dalla Costituzione ha difatti un'origine storica ben precisa che, inevitabilmente, ne ha condizionato l'assetto. Tale origine non può non essere tenuta in considerazione quando ci si ponga in una prospettiva di superamento dell'assetto attuale.

A tal fine non è fuor d'opera ricordare che a seguito della scelta abolitrice del 1865 si pose un problema non già di riparto di giurisdizione – per l'evidente ragione che la legge di abolizione del contenzioso aveva quale premessa logica e ideologica l'unicità della giurisdizione – quanto di attribuzione: la decisione sui conflitti, dapprima attribuita al Consiglio di Stato e poi affidata nel 1877 alla Corte di Cassazione di Roma[97], aveva quindi una consistenza costituzionale, involgente il tema della separazione dei poteri.

Istituita la IV Sezione e lentamente riconosciuta la sua natura giurisdizionale, i conflitti di attribuzione assunsero l'attuale fisionomia di conflitti tra giudici. Del resto, la tematica del riparto tra giudice ordinario e amministrativo è "*influenzata dal processo di omologazione delle giurisdizioni e dei processi, e tende, adesso, a porsi, non come uno spartiacque fra due mondi, ma come una linea, spesso assai mobile, di confine tra due segmenti di una medesima vicenda di tutela: dal riparto delle giurisdizioni si passa, progressivamente, al riparto della giurisdizione*"[98].

La scelta del 1877, fondata su un principio basilare dello Stato di diritto, quale quello di separazione dei poteri, è stata recepita nell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 8, Cost. in un contesto istituzionale e costituzionale profondamente diverso ma comunque storicamente influenzato dal precedente[99]. Le Sezioni Unite della Cassazione, oggi, non sono più chiamate a delineare le sfere attributive di due poteri[100], quanto a decidere quale sia il plesso giurisdizionale, facente parte di uno stesso

[97] Com'è noto, il Consiglio di Stato interpretò molto restrittivamente gli spazi della giurisdizione ordinaria in favore dell'amministrazione. A ciò si aggiunse un certo atteggiamento di *judicial deference* da parte del giudice ordinario, parco nell'esercizio dei poteri che la legge di abolizione gli conferiva. Ma l'affidamento della risoluzione dei conflitti alla Cassazione di Roma nel 1877 non fece progredire di molto gli spazi di tutela. Anche la Cassazione, infatti, si dimostrò in un primo momento piuttosto restia a risolvere i conflitti in favore dell'a.g.o.

[98] A. Pajno, voce *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 4197.

[99] E non potrebbe che essere così. La giurisdizione, infatti, "*non è una creatura metastorica*", rappresentando "*il risultato delle circostanze particolari nelle quali opera in concreto la razionalità umana*", così N. Picardi, *La giurisdizione*, cit., p. 155.

[100] Ruolo oggi riconosciuto dall'art. 134 Cost. alla Consulta.

sistema funzionale, seppur organicamente separato, chiamato a erogare la tutela richiesta. Esse, dunque, non assicurano più il rispetto della divisione dei poteri, dovendo al contrario (auspicabilmente) assicurare l'efficiente erogazione di un servizio pubblico essenziale[101].

[101] Se a ciò si aggiunge l'evidente sdrammatizzazione dell'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione grazie all'istituto della *translatio iudicii*, forse il passo veramente più coraggioso da compiere – una volta che si sia messo mano all'assetto costituzionale del riparto – sarebbe quello di riconsiderare in termini meno gravosi il trattamento processuale del difetto relativo di giurisdizione. Com'è noto, la *translatio iudicii* è stata dapprima riconosciuta per via pretoria (cfr. Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109; Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77) e poi codificata in termini generali nell'art. 59, legge 18 giugno 2009, n. 69 e, con specifico riferimento al processo amministrativo, nell'art. 11 c.p.a.

Enrico Zampetti*

Diritto dell'Unione europea e articolo 111 co. 8 Cost. Considerazioni a margine del caso Randstad *sui profili problematici della nomofilachia differenziata*

Sommario: 1. Premessa – 2. Sul principio di autonomia procedurale tra effettività ed equivalenza – 3. Sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura – 4. Osservazioni conclusive. Sulle attuali criticità dell'articolo 111 co. 8 Cost.

1. *Premessa*

I fatti alla base del caso *Randstad* sono ormai ampiamente noti e non serve ripercorrerli in dettaglio. In estrema sintesi, la vicenda origina dall'impugnazione proposta da una società, in qualità di concorrente ad una gara pubblica, per l'annullamento del provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti e della procedura nel suo complesso. A seguito del rigetto dell'impugnazione da parte del giudice di primo grado, che aveva giudicato legittima tanto l'esclusione quanto la gara nel suo complesso, il Consiglio di Stato confermava la legittimità del provvedimento di esclusione ma dichiarava il difetto di legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura, assumendo che, in ragione della sua legittima esclusione, la società fosse priva "*non solo del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti sotto altri profili, giacché diviene portatrice di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico de settore che non ha partecipato alla gara*"[1].

La società ricorreva in Cassazione ai sensi dell'articolo 111, co. 8, Cost., contestando la decisione del Consiglio di Stato per avere erroneamente dichiarato inammissibile l'impugnazione avverso la gara nel suo complesso, in violazione del diritto dell'Unione europea e, in particolare,

* Professore associato di Diritto amministrativo, Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali, Università degli Studi di Siena.

[1] Cons. St., sez. III, 7 agosto 2019 n. 5606, in *www.giustizia-amministrativa.it*

del diritto ad un ricorso effettivo così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue.

Senonchè, la Corte di cassazione rilevava come, allo stato, l'ammissibilità del ricorso fosse ostacolata da una "*prassi interpretativa nazionale*", da ultimo esplicitata nella sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, in forza della quale la violazione del diritto eurounitario non sarebbe riconducibile a un motivo di giurisdizione, ma integrerebbe una semplice violazione di legge, o comunque un ordinario *error in iudicando*, come tale non censurabile attraverso il ricorso per Cassazione di cui all'articolo 111, co.8, Cost. Conseguentemente, riteneva di sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue le seguenti questioni, che possono così sintetizzarsi[2]:

i) se il diritto dell'Unione osti a una prassi interpretativa che, in base all'articolo 111, co. 8, Cost., così come da ultimo interpretato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, esclude la proponibilità del ricorso per Cassazione per contestare sentenze del Consiglio

[2] Ci si riferisce, più esattamente, all'ordinanza della Corte di cassazione, sez. un.,18 settembre 2020 n. 19598; sull'ordinanza e le sue implicazioni, M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020; M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co.8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giustizia Insieme*, 11 dicembre 2020; Id., *L'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: i rimedi previsti dal diritto dell'Unione europea, l'inammissibilità del ricorso in Cassazione e la revocazione ordinaria*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (2021); F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020; Id., *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi.it*, n. 34/2020; G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione*", in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2020; A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.,* 11/2020, parte I, 2415 ss.; A. Carbone, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue e rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1/2021, 65 ss; A. Carratta, a cura di, *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, Roma, 2021; R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it,* 18 novembre 2020; R. Baratta, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *Eurojus* 1/2021, 167 ss.; all'ordinanza della Cassazione è dedicato il fascicolo n. 1 del 2021 della *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*; in una prospettiva più ampia, che inquadra l'ordinanza nell'attuale struttura pluralistica del sistema giurisdizionale designato dalla Costituzione, F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2021, anche in *Questione giustizia*, 1/2021, 133 ss.

di Stato contrastanti con il diritto dell'Unione[3];

ii) se il diritto dell'Unione osti a una prassi interpretativa che, in base all'articolo 111, co. 8, Cost., esclude la proponibilità del ricorso in Cassazione per contestare le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano immotivatamente omesso di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia[4];

iii) se il diritto dell'Unione, anche alla luce di specifici precedenti della Corte di giustizia[5], osti a una prassi giurisprudenziale nazionale che, come quella applicata dall'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, nega la legittimazione del concorrente escluso a contestare gli esiti della gara, sebbene l'esclusione non risulti definitivamente accertata e l'eventuale accoglimento dell'impugnazione possa determinare l'indizione di una nuova procedura.

Con la decisione 21 dicembre 2021, causa C-497/20[6], la Corte di

[3] Più esattamente, le norme europee invocate dalla Corte di cassazione a sostegno della prima questione pregiudiziale sono gli artt. 4 par. 3 e 19, par. 1 TUE; artt. 2, parr. 1 e 2, 267 TFUE; art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.

[4] Le norme europee invocate a sostegno di questa seconda questione sono le stesse richiamate a proposito della prima questione (v. nota precedente).

[5] Il riferimento è a Corte di giustizia Ue, 4 luglio 2013, c. 100/12, in *Foro it*., 2014, IV, 395 con nota di A. Travi; Corte giustizia UE, 5 aprile 2016, C- 689/13, in *Foro it*., 2016, IV, 324 con nota di G. Sigismondi, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*; Corte giustizia Ue, 5 settembre 2019, C – 333/18, Lombardi, in *Foro it*., 2020, IV, 55, con nota di E. Zampetti.

[6] Sulla sentenza della Corte di giustizia Ue, F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Ialia spa*, in *Federalismi.it*, 9 febbraio 2022; intervista di R. Conti a F. Francario, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte giust., G.S., 21 dicembre 2021 – causa C-497/20, Randstad Ialia?*, in *Giustizia Insieme*, 18 gennaio 2022; intervista di R. Conti a G. Montedoro, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia Insieme*, 18 gennaio 2022; intervista di R. Conti a E. Cannizzaro, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?*, in *Giustizia Insieme*, 22 febbraio 2022; M. Mazzamuto, *Il dopo randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?,* in *Giustizia Insieme*, 16 marzo 2022; P. Biavati, *Brevi osservazioni sul caso Randstad Italia*, in *Questione giustizia*, 9 marzo 2022; in una prospettiva più ampia, che prende in specifica considerazione anche la sentenza in esame della Corte di giustizia, D. Palazzo, *L'assetto pluralistico delle giurisdizioni alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del diritto europeo*, in questo Volume; M. Magri, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad"*, in *Giustizia Insieme*, 21 aprile 2022.

giustizia ha definito la prima e la terza questione posta dall'ordinanza della Cassazione, senza rispondere alla seconda in quanto ritenuta irrilevante ai fini della controversia. La sentenza, da un lato, ha escluso l'incompatibilità con il diritto dell'Unione dell'articolo 111 co. 8 Cost, così come interpretato dalla Corte costituzionale; dall'altro, ha stigmatizzato la violazione del diritto eurounitario perpetrata dal Consiglio di Stato per avere il giudice italiano negato al concorrente escluso la legittimazione ad impugnare gli esiti complessivi della procedura.

La pronuncia ha da subito suscitato un particolare interesse.

In primo luogo, perchè tocca il tema generale dell'effettività della tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alle ipotesi in cui la pronuncia del giudice nazionale violi il diritto eurounitario. In secondo luogo, perché riguarda da vicino il nostro assetto costituzionale imperniato su di un modello giurisdizionale dualista, che vede le decisioni del giudice ordinario soggette al ricorso in Cassazione per violazione di legge e quelle del giudice amministrativo ricorribili in Cassazione soltanto per "motivi inerenti alla giurisdizione" (art. 111 co. 8 Cost.). In terzo luogo, perché, nella specifica materia dei contratti pubblici, rimarca la distanza tra la giurisprudenza amministrativa e quella europea sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura di gara.

Nei paragrafi seguenti verranno più a fondo esaminate le argomentazioni con le quali la Corte di giustizia ha risposto alle questioni sollevate dalla Cassazione. Conclusivamente, saranno segnalate alcune criticità attualmente poste dall'articolo 111 co. 8 Cost, ulteriori rispetto a quelle prospettate nell'ordinanza di rimessione.

2. *Sul principio di autonomia procedurale tra effettività ed equivalenza*

Con riferimento alla prima questione, la Corte di giustizia osserva che, in forza del "*principio dell'autonomia procedurale*", spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro "*stabilire le modalità processuali"* dei rimedi giurisdizionali atti a garantire il "*diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva*". Più esattamente, afferma che, in linea di principio, il diritto dell'Unione "*non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione*", a condizione che "*siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*". Sotto questo profilo – sottolinea la Corte - la disciplina processuale italiana non si porrebbe in contrasto né con il principio di equivalenza né

con il principio di effettività. Il principio di equivalenza sarebbe rispettato dall'esperibilità del ricorso per motivi di giurisdizione sia quando sono in rilievo situazioni giuridiche protette dal diritto eurounitario sia quando sono in rilievo situazioni giuridiche protette dal diritto interno[7]. Quanto al principio di effettività, il diritto dell'Unione "*non produce l'effetto di obbligare gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno*", salvo che "*dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione*". Poiché il sistema processuale italiano garantisce l'accesso a un giudice indipendente e imparziale (anche) a tutela delle situazioni giuridiche riconosciute dalla normativa europea, la Corte conclude che "*una norma di diritto nazionale che impedisce che le valutazioni di merito effettuate dal supremo organo della giustizia amministrativa possano ancora essere esaminate dall'organo giurisdizionale supremo non può essere considerata una limitazione, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, del diritto di ricorrere a un giudice imparziale sancito all'articolo 47 della stessa*".

Una risposta al quesito in questi termini non sorprende ed era anzi prevedibile, considerato che, con riferimento alle questioni processuali, il principio di autonomia procedurale viene spesso invocato sul presupposto che in materia l'Unione europea non abbia una specifica competenza[8]. In quest'ambito, l'unico limite imposto dal diritto dell'Unione è il rispetto dei principi di effettività ed equivalenza, nel senso già precisato che le discipline processuali nazionali non devono creare discriminazioni per la tutela delle situazioni giuridiche tutelate dal diritto eurounitario e devono garantire l'accesso a un giudice imparziale, in conformità all'articolo 47

[7] Per quanto riguarda il rispetto del principio di equivalenza, la Corte sottolinea che, alla luce degli elementi forniti nell'ordinanza di rinvio, "l'articolo 111, ottavo comma della Costituzione, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, limita con le medesime modalità, la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione" e che, di conseguenza, "una siffatta norma di diritto interno non violi il principio di equivalenza".

[8] Cfr., ad esempio, Corte di giustizia Ue, 17 marzo 2016, C-161/15, *Abdelhafid Bensada Benallal*, la quale afferma che "in mancanza di norme dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilirle, in forza del principio di autonomia procedurale, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)".

della Carta di Nizza[9]. Se la normativa interna rispetta questi principi, lo Sato membro è libero di disciplinare il proprio sistema processuale senza ostacoli derivanti dal diritto dell'Unione. Del resto, la garanzia sancita nell'articolo 47 della Carta, così come anche rimarcato nelle conclusioni dell'Avvocato generale[10], "*non impone un doppio grado di giudizio*", ma si limita a garantire il diritto di accesso "*soltanto a un giudice*". Di conseguenza, se la disciplina dello Stato membro garantisce l'accesso a un giudice, conferendo a tale giudice la competenza a esaminare il merito della controversia, i principi di tutela giurisdizionale sanciti dall'articolo 47 della Carta di Nizza e dalla Direttiva 89/665 non possono ritenersi violati, proprio in quanto non "*impongono un ulteriore grado di giudizio per porre rimedio a un'applicazione erronea di dette norme da parte del giudice di appello*"[11].

Nel descritto quadro di riferimento, la ritenuta compatibilità con il

[9] Come noto, l'articolo 47 della Carta di Nizza stabilisce che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia". Il successivo articolo 52 prevede che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà" e che "nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Dal suo canto, l'articolo 1, par. 3 della Direttiva Cee 21 dicembre 1989, n. 89/665/Cee, sancisce che "gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione"; in argomento, si veda, in particolare, F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 279 ss., nonché S. Tranquilli, *Una rivoluzione che parte dall'effettività della tutela giurisdizionale. Imparzialità e indipendenza del giudice secondo i Giudici di Lussemburgo*, in *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2019*, a cura di F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti, Roma, 2020, 31 ss.

[10] Così le conclusioni dell'Avvocato generale nella causa c-497/20 originata dal rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di Cassazione con la citata ordinanza n. 19598 del 2020, cit.; per un sintetico inquadramento delle conclusioni dell'Avvocato generale, E. Zampetti, *Le conclusioni dell'Avvocato generale sulle questioni pregiudiziali poste dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 13 settembre 2021.

[11] Così sempre le conclusioni dell'Avvocato generale.

diritto dell'Unione dei limiti al ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato è pienamente condivisibile. Sebbene la limitazione ai motivi inerenti alla giurisdizione impedisca di per sé di contestare in Cassazione una decisione del Consiglio di Stato adottata in violazione del diritto dell'Unione, non si ravvisa in ciò alcuna incompatibilità con il principio di effettività, proprio in quanto il diritto italiano garantisce pacificamente l'accesso a un giudice imparziale per l'esame nel merito della controversia[12].

Va ancora evidenziato che, coerentemente con l'invocato principio di autonomia procedurale, la Corte non si preoccupa di chiarire se il contrasto rilevato dia luogo a un motivo di giurisdizione deducibile con il ricorso in cassazione o se, invece, integri un errore di giudizio estraneo al campo di applicazione del rimedio[13]. Una volta escluso che l'articolo 111 co. 8

[12] Più esattamente, la Corte rileva che, sebbene "spetti al giudice del rinvio verificare se nell'ordinamento giuridico italiano esista, in linea di principio, un siffatto rimedio giurisdizionale nel settore dell'aggiudicazione degli appalti pubblici" (ossia un rimedio che consenta di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione), nessun elemento menzionato nell'ordinanza di rimessione o nelle successive osservazioni presentate al giudicante "induce a ritenere a priori che il diritto processuale italiano abbia, di per sé, l'effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, in tale settore del diritto amministrativo, dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione".

[13] All'indomani dell'ordinanza di rimessione una parte della dottrina ha rilevato che la questione posta alla Corte di giustizia Ue avrebbe potuto essere pacificamente risolta dalla stessa Corte di cassazione, alla stregua di una questione di giurisdizione sindacabile ai sensi dell'articolo 111 co. 8 Cost. Più esattamente, si argomenta che, nella misura in cui ha dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnazione del concorrente escluso avverso il provvedimento di aggiudicazione, il Consiglio di Stato abbia di fatto negato tutela giurisdizionale all'interesse strumentale alla ripetizione della gara, opponendo un vero e proprio rifiuto di giurisdizione nei confronti di una situazione giuridica pacificamente tutelata dal diritto eurounitario. Tale ricostruzione è stata sostenuta, in particolare, da F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Ialia spa*, cit., 7 ss., il quale rileva che non vi sarebbe "necessità di ridisegnare i contorni dell'eccesso di potere giurisdizionale, né di reinvestire la Corte costituzionale della questione, dal momento che la sentenza 6/2018 non ha certo espunto dal novero dei motivi di giurisdizione la figura del rifiuto di giurisdizione, ma ha solo chiarito che tale figura non può essere dilatata oltre i limiti tradizionalmente noti. Pertanto, una sentenza che continuasse a negare in termini assoluti l'interesse strumentale alla ripetizione della gara ben potrebbe e dovrebbe essere cassata dalle Sezioni Unite per rifiuto di giurisdizione" (sul punto, si veda sempre F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, cit.). Al di là di quella che può ritenersi l'esatta perimetrazione dell'eccesso di potere giurisdizionale, il rifiuto di giurisdizione viene, infatti, tradizionalmente inquadrato nei motivi inerenti alla giurisdizione che possono essere dedotti con il ricorso ex articolo 111 co.8 Cost. In tal senso si è recentemente espressa la citata decisione n. 6

Cost., così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, presenti aspetti d'incompatibilità con il diritto eurounitario, diventa, infatti, irrilevante ogni più accurata indagine sui presupposti del ricorso previsto dalla citata norma costituzionale. Piuttosto, alla Corte interessa rimarcare che, quando le istanze giurisdizionali previste dal diritto nazionale non consentono più di eliminare la violazione inferta al diritto eurounitario, il rimedio debba essere individuato *"nell'obbligo, per ogni giudice amministrativo dello Stato membro interessato, compreso lo stesso supremo giudice amministrativo, di disapplicare tale giurisprudenza non conforme al diritto dell'Unione*" e, in caso di inosservanza di un tale obbligo, "*nella possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro tale Stato membro*" (fermo restando che i singoli lesi nel diritto a un ricorso effettivo possono pur sempre "*far valere la responsabilità di tale Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subìto dal soggetto leso*"). Si ribadisce così che il prima-

del 2018 della Corte costituzionale, la quale, oltre che ai casi di sconfinamento, riferisce l'eccesso di potere giudiziario anche alle ipotesi in cui il Consiglio di Stato o la Corte dei conti neghino la propria giurisdizione "sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento)". Da qui, secondo la ricostruzione in esame, l'inquadramento della decisione del Consiglio di Stato in un'ipotesi di rifiuto di giurisdizione avrebbe consentito alla Corte di cassazione di decidere l'impugnazione senza rivolgersi preliminarmente alla Corte di giustizia Ue. Da un'altra prospettiva, si ritiene, invece, che il difetto di legittimazione pronunciato dal Consiglio di Stato sia inquadrabile in un *error in iudicando* e non in un motivo di giurisdizione (nemmeno *sub specie* di rifiuto di giurisdizione). In questi termini, M. Mazzamuto*, Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto*, cit., par.3: "da parte nostra si condivide pienamente l'idea che si tratti di *error in iudicando*, poiché attinente al merito, così del resto già sostenuto dall'antica dottrina (così ad es. Federico Cammeo; v. M. Mazzamuto, L'eccesso.., cit.) e così come del resto si ricava da ciò che normalmente fa la giurisprudenza civile quando, anche nel caso che ricorra invero un interesse di fatto, rigetta un'azione perché il diritto vantato non sussiste, pronunciandosi cioè sul merito e non dichiarando il difetto di giurisdizione". Va da sé che, nel caso di specie, un ipotetico *error in iudicando* potrebbe anche investire le regole sulla legittimazione ad agire, ove si assuma che il Consiglio di Stato abbia negato tutela all'interesse strumentale non perché lo ritenga sottratto in assoluto alla sua cognizione giurisdizionale, ma perché reputi il concorrente legittimamente escluso carente della legittimazione ad azionarlo; in generale sul tema, anche con specifico riferimento alla tormentata vicenda dell'eccesso di potere giurisdizionale con tutte le sue evoluzioni (o involuzioni) giurisprudenziali, M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, cit., 119 ss; in un contesto più ampio, anche oltre il caso Randstad, la questione è affrontata da M. Magri, *Individuazione dell'interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il "caso Randstad",* cit., par. 4.

to del diritto eurounitario può realizzarsi attraverso strumenti che lasciano impregiudicato il principio di autonomia procedurale.

Per altro verso, il richiamo al principio di autonomia procedurale ha levato la Corte di giustizia dall'imbarazzo di sindacare un assetto processuale sancito direttamente a livello costituzionale. Se, in ipotesi, anche le norme costituzionali degli Stati membri possono rivelare delle incompatibilità con il diritto dell'Unione, prospettare un'interpretazione di tale diritto in contrasto con le norme costituzionali degli Stati membri potrebbe risvegliare il tema dei controlimiti, rivelando una netta contrapposizione tra diritto nazionale e diritto eurounitario non facile da gestire[14]. Non è questa la sede per affrontare più a fondo il problema e verificare se effettivamente l'assetto costituzionale in esame possa integrare un controlimite rispetto al diritto dell'Unione. Resta il fatto che l'aver risolto la questione in base al principio di autonomia procedurale impedisce anche solo di ipotizzare un problema di controlimiti, scongiurando opportunamente qualsiasi eventuale scontro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.

3. *Sulla legittimazione del concorrente escluso ad impugnare gli esiti della procedura*

Nel rispondere al primo quesito la Corte affronta anche la questione della legittimazione ad agire del concorrente escluso, stigmatizzando il contrasto della decisione del Consiglio di Stato con il diritto dell'Unione, per avere il giudice italiano negato al concorrente escluso la legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura.

In base agli articoli 1 e 2 *bis* della Direttiva ricorsi[15], la giurisprudenza

[14] Sul tema, si veda G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione*", cit., par. 4, il quale, in una riflessione sviluppata anteriormente alla pronuncia della Corte di giustizia, non escludeva un'ipotetica attivazione dei controlimiti, nel caso in cui la Corte di giustizia avesse rilevato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione dell'assetto processuale interno, e in particolare dell'articolo 111 co. 8 Cost.

[15] Al riguardo viene in rilievo il combinato disposto degli articoli 1 e 2 *bis* della Direttiva ricorsi nella parte in cui prevedono, rispettivamente, che gli Stati membri debbano rendere accessibili le procedure di ricorso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione" e che "gli offerenti sono considerati "interessati se non sono già stati definitivamente esclusi", laddove s'intende esclusione definitiva quella che "è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente" ovvero quella che "non può più essere oggetto di una procedura di ricorso".

della Corte di giustizia assume che la legittimazione a contestare gli esiti della gara spetti ai concorrenti esclusi la cui esclusione non sia "definitiva" e non debba, invece, riconoscersi ai concorrenti la cui esclusione sia "definitiva", ossia quando sia stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o quando non possa più essere oggetto di una procedura di ricorso. Secondo la Corte, il concetto di definitività implica che l'accertamento sulla legittimità dell'esclusione sia ormai incontestabile ovvero provvisto dell'efficacia tipica del giudicato[16]. Solo in questi casi il concorrente escluso sarebbe privo della legittimazione a contestare gli esiti della gara; diversamente, quando manchi il definitivo accertamento sulla legittimità dell'esclusione, la legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura non potrebbe negarsi.

Dal punto di vista delle situazioni giuridiche, il riconoscimento della legittimazione in capo al concorrente escluso mira a tutelare il suo interesse strumentale alla ripetizione della gara, considerato che l'eventuale accoglimento del ricorso, se pur inidoneo a garantire l'utilità finale rappresentata

[16] Corte di giustizia Ue., 21 dicembre 2016, C -355/15, *Bietergemainschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich,* secondo cui "l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa". Sebbene la decisione non chiarisca esattamente quando l'esclusione debba considerarsi definitiva, nel caso di specie l'esclusione adottata nei confronti del concorrente era stata confermata da una decisione giurisdizionale passata in giudicato prima che il giudice investito del ricorso avverso l'aggiudicazione di quella stessa procedura decidesse. Da questa circostanza si evince che le conclusioni della Corte di giustizia nella citata sentenza sono assunte sul presupposto che la definitività dell'esclusione è correlata al passaggio in giudicato della decisione che ne accerti la legittimità. In tal senso si è del resto chiaramente espressa la sentenza della Corte di giustizia Ue, 11 maggio 2017, C – 131/16, *Archus e Gama*. Nel ribadire il principio per cui "all'offerente che ha proposto ricorso deve essere riconosciuto un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario che può portare, se del caso, alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare", la decisione ha tenuto a precisare che la diversa conclusione assunta nella citata sentenza del 21 dicembre 2016 non sconfessa il principio affermato, considerato che, in quel caso, l'esclusione dell'offerente era "stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione". Nel che viene espressamente confermato che, per la Corte di giustizia, l'esclusione è definitiva quando l'accertamento della sua legittimità abbia acquisto l'autorità della cosa giudicata.

dall'aggiudicazione, avrebbe pur sempre come effetto la rinnovazione della gara, rivelando in ciò il concreto interesse a coltivare l'impugnazione. Del resto, la stessa attenzione per una tutela piena ed effettiva che ricomprenda in sé l'interesse strumentale è alla base della giurisprudenza della Corte Ue sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, secondo la quale il ricorso principale deve essere esaminato anche quando sia accolto il ricorso incidentale, sul presupposto che l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione potrebbe indurre la stazione appaltante a rinnovare la procedura[17].

In conformità alla sua giurisprudenza, la Corte ritiene, dunque, che il difetto di legittimazione pronunciato dal Consiglio di Stato violi il diritto a un ricorso effettivo, osservando che sia al momento di proposizione del ricorso al giudice di primo grado, sia al momento della decisione del ricorso da parte di tale giudice, l'esclusione non poteva ritenersi definitiva in quanto non precedentemente "*ritenuta legittima da quest'ultimo giudice o da qualsiasi altro organo di ricorso indipendente*". L'inciso non brilla per chiarezza perché non sembra tenere adeguatamente in conto che anche il Consiglio di Stato, e non solo il Tar adito in primo grado, aveva giudicato legittima l'esclusione. Tuttavia, ciò che la Corte intende affermare è che, al momento in cui è stata instaurata e decisa per la prima volta l'impugnazione, non esisteva alcun accertamento definitivo e irretrattabile sulla legittimità dell'esclusione. Sicchè, rifiutando di esaminare nel merito la domanda volta all'annullamento dell'aggiudicazione, il Consiglio di Stato avrebbe negato tutela ad una situazione giuridica protetta dal diritto eurounitario, quale appunto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara[18].

Senonchè, secondo una diversa ricostruzione emersa principalmente in dottrina[19], un'interpretazione della direttiva ricorsi più aderente alla sua

[17] Si fa riferimento alle note decisioni della Corte di giustizia Ue, 4 luglio 2013, c. 100/12, cit. 395; Corte giustizia UE, 5 aprile 2016, C- 689/13, cit., 324; Corte giustizia Ue, 5 settembre 2019, C – 333/18, *Lombardi*, cit., 55. Tuttavia, le fattispecie coinvolte in queste decisioni sono parzialmente diverse da quella in rilievo nel caso Randstad, considerato che, nelle prime, l'esclusione del concorrente è l'effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, mentre, nella seconda, l'esclusione del concorrente è adottata direttamente dalla stazione appaltante (sul punto, cfr. Corte di giustizia Ue, 21 dicembre 2016, cit., paragrafi 30-33).

[18] Da qui la conclusione della Corte secondo la quale "la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta da parte del Consiglio di Stato, che ha dichiarato irricevibile la parte del ricorso della Randstad con cui quest'ultima contestava l'aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento Synergie-Umana, è incompatibile con il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di quest'ultima".

[19] Si vedano i rilievi di R. Villata, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili*

formulazione letterale escluderebbe di ricollegare la definitività dell'esclusone al passaggio in giudicato della decisione che ne accerti la legittimità[20]. Piuttosto, ad integrare il concetto di definitività, sarebbe sufficiente una decisione amministrativa o giurisdizionale che abbia riconosciuto la legittimità dell'esclusione. In questa prospettiva, la decisione del Consiglio di Stato apparirebbe corretta, in quanto, a prescindere dalla formazione del giudicato, il difetto di legittimazione ad impugnare gli esiti della procedura verrebbe a colpire un concorrente "definitivamente" escluso in virtù di un provvedimento giudicato due volte legittimo, sia dal giudice di primo grado che dal giudice di appello[21].

Tra le due la ricostruzione preferibile appare quella avallata dalla Corte di giustizia, poiché il prospettato ampliamento della legittimazione ad agire garantisce piena tutela ad una situazione giuridica strumentale che, a differenza di quanto ritenuto dal Consiglio di Stato, non sembra potersi sottrarre all'ordinaria protezione riservata all'interesse legittimo. Sotto questo profilo, il paventato rischio che, nel seguire la giurisprudenza europea, il processo amministrativo venga ad assumere una connotazione

effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo qual figura centrale del processo amministrativo), in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2018, 325 ss. anche in Id*., Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Milano, 2019, 121 ss.

[20] Come si è già ricordato, ai sensi dell'articolo 2 *bis* della direttiva ricorsi (21 dicembre 1989 n. 89/665/Cee), l'esclusione si intende definitiva quando "è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente" o quando "non può più essere oggetto di una procedura di ricorso". Secondo la ricostruzione esaminata, la definitività dell'esclusione non sarebbe testualmente correlata al passaggio in giudicato della decisione giurisdizionale che abbia accertato la legittimità della medesima esclusione.

[21] Del resto, la decisione in esame del Consiglio di Stato recepisce le conclusioni della sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, in *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di G. Sigismondi, secondo la quale "la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso", posto che "la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva"; pertanto, "non spetta alcuna legittimazione a contestare gli esiti della gara al concorrente escluso dalla gara, che non abbia impugnato l'atto di esclusione o la cui impugnazione sia stata respinta". Come è agevole constatare, la decisione dell'Adunanza Plenaria non collega la definitività dell'esclusione al passaggio in giudicato della decisione, ma al solo fatto che l'impugnazione avverso l'esclusione sia stata respinta, ossia alla circostanza manifestatasi nel caso in esame, laddove i motivi d'impugnazione proposti dall'operatore economico avverso l'esclusione sono stati respinti sia dal giudice di primo grado che dal giudice di appello; sulle condizioni dell'azione nella materia dei contratti pubblici, si veda, recentemente, D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in *Dir. proc. amm.,* 3/2020, 665 ss.

marcatamente oggettiva deve essere probabilmente ridimensionato, considerato che l'interesse strumentale è pur sempre riferibile a un soggetto che originariamente ha partecipato alla procedura e che, in quanto operatore economico in un determinato settore, aspira a partecipare alle gare pubbliche di quel settore.

In ogni caso, il contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia testimonia la perdurante attualità di una riflessione sulle situazioni giuridiche soggettive e sulla consistenza degli interessi che ne sono oggetto. Rapportata al diritto interno, la riflessione non può, però, adagiarsi sulla dicotomia interesse legittimo/interesse di fatto, ma deve adeguatamente misurarsi con le concezioni strumentali e finali dell'interesse legittimo[22].

4. *Osservazioni conclusive. Sulle attuali criticità dell'articolo 111 co. 8 Cost.*

La sentenza della Corte di giustizia induce ad alcune osservazioni conclusive sull'assetto giurisdizionale sancito dalla nostra Costituzione, che proprio nell'articolo 111 co. 8 rinviene una delle norme più significative e problematiche.

Va sottolineato che la questione posta dall'articolo 111 co. 8 Cost. è ben più ampia e generale di quella prospettata dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia. Nella sua portata più generale, infatti, la questione si sostanzia nel diverso trattamento processuale riservato a tutte le decisioni del Consiglio di Stato che, a differenza di quelle del giudice ordinario, possono essere impugnate in Cassazione solo per motivi

[22] Sul punto, F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, cit., par. 5, il quale, rievocando *l'Ebbene, ch'ei si rassegni* di Pasquale Stanislao Mancini, pone chiaramente la seguente alternativa: "ecco, siamo praticamente tornati innanzi al medesimo bivio, perché anche oggi si tratta di stabilire se il cittadino debba rassegnarsi o se sia giusto e doveroso tutelare l'interesse strumentale al corretto esercizio del potere; ovvero se l'interesse legittimo debba irrigidirsi sul carattere di una situazione finale o possa o debba sfruttare l'elasticità propria di una situazione strumentale". Sulla concezione strumentale dell'interesse legittimo, si rinvia per tutti a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, spec. 410 ss.; sulla concezione finale dell'interesse legittimo, G. Greco, *Dal dilemma del diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale – interesse finale,* in *Dir. proc. amm*., 3/2014, 479 ss.; di recente, sul tema generale delle situazioni giuridiche soggettive, M. Trimarchi, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. Ursi – M. Renna (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 131 ss; A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020.

di giurisdizione ma non per violazione di legge. Si tratta, dunque, di una questione che tocca il complesso delle decisioni assunte dal Consiglio di Stato, non soltanto quelle contrastanti con il diritto dell'Unione, ma anche quelle pronunciate in violazione del diritto nazionale. Solo in questa più ampia prospettiva possono adeguatamente cogliersi le attuali criticità poste dalla norma costituzionale, ulteriori e diverse rispetto a quelle indicate dalla Corte di Cassazione.

Una prima criticità riguarda direttamente l'articolo 111 co. 8 Cost, laddove prevede una disciplina del ricorso in Cassazione diversa da quella riservata alle sentenze del giudice ordinario. È noto, al riguardo, che il differente trattamento processuale riflette il modello giurisdizionale dualistico sancito nella nostra Costituzione, ripartito tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa[23]. Nell'originario contesto costituzionale, il modello veniva giustificato con ragioni di continuità con il sistema, ovvero in funzione della diversa natura delle situazioni giuridiche devolute all'una o all'altra giurisdizione, ovvero ancora in base alle differenti tipologie di tutela rispettivamente dispensabili dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario. Pertanto, nell'ambito di un siffatto sistema dualistico, non appariva incoerente sottrarre le decisioni del Consiglio di Stato al controllo di legittimità previsto per le sentenze del giudice ordinario, dal momento che in tal modo la funzione nomofilattica della Cassazione avrebbe investito la sola giurisdizione ordinaria, così da porre le condizioni per lo sviluppo di un'autonoma nomofilachia della giurisdizione amministrativa rapportata alla specificità delle controversie sugli interessi legittimi.

Il quadro originario ha, però, subito dei progressivi mutamenti. L'interesse legittimo ha cambiato profondamente fisionomia; la tutela dispensabile dal giudice amministrativo non è più solo quella costitutiva di annullamento ma anche quella risarcitoria o più in generale di condanna; nonostante la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, il giudice amministrativo mantiene una significativa cognizione sui diritti soggettivi, considerato il progressivo aumento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva; il giudice amministrativo dispone degli stessi poteri e mezzi istruttori del giudice ordinario. Pur non eliminandola, una tale evoluzione riduce di molto l'originaria distanza tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, poiché tanto il giudice amministrativo quanto il giudice ordinario possono decidere sui diritti con gli stessi poteri e tanto l'uno quanto l'altro sono spesso chiamati ad applicare le stesse norme, come accade nelle

[23] Sul tema, di recente, M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm*., 2/2021, 215 ss.

controversie risarcitorie rispettivamente attribuite all'una o all'altra giurisdizione. Ciò non di meno, a causa del differente regime costituzionale del ricorso in Cassazione, la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa conservano ciascuna una propria e autonoma nomofilachia. Il regime differenziato rivela così la carenza di una funzione nomofilattica unitaria, anche quando le controversie devolute alle rispettive giurisdizioni abbiano ad oggetto la medesima situazione giuridica di diritto soggettivo e richiedano l'applicazione della medesima disciplina. A fronte di questo stato di cose, talvolta, è stata evocata la violazione del principio di uguaglianza o di certezza del diritto, nel convincimento che solo una funzione nomofilattica unitaria possa garantire quella uniforme interpretazione del diritto altrimenti compromessa[24]. Se, concettualmente, una funzione nomofilattica unitaria presuppone una giurisdizione unica, l'obiettivo di un'uniforme interpretazione del diritto può raggiungersi anche per altra via. Al di là dell'eventualità di estendere, almeno in alcuni casi, il ricorso in Cassazione per violazione di legge alle decisioni del Consiglio di Stato[25], varie, infatti, sono le proposte per ovviare all'*impasse*: istituire una giurisdizione unitaria con sezioni specializzate applicate alle controversie di diritto amministrativo[26]; inserire, in determinate ipotesi, una quota di magistrati

[24] Si veda, ad esempio, A. Travi, *Unità della giurisdizione e costituzione*, in E. Fabiani, A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione in ricordo di Franco Cipriani*, Napoli, 2011, 72, il quale evidenzia la difficoltà di accettare che "disposizioni identiche (o disposizioni diverse, riconducibili però a principi o a contesti identici) vengano interpretate ed applicate in modo diverso solo perché parte in causa è un'amministrazione", rilevando che "nella situazione attuale mi pare evidente una violazione grave dei un principio basilare dell'ordinamento costituzionale, ossia del principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost."; F. Bile*, Intorno all'unità della giurisdizione*, in *Foro it.,* 4/2011, 95, osserva che "la limitazione del ricorso in Cassazione per violazione di legge alla sola giurisdizione ordinaria e la correlativa sua esclusione per quella amministrativa potrebbero oggettivamente risolversi nella mancanza di una sede istituzionale per comporre eventuali contrasti fra giudici ordinari e giudici ammnistrativi nell'interpretazione delle stesse norme, pur se relative (come si è detto) a diritti fondamentali. Si restringerebbe così l'esercizio effettivo del potere di nomofilachia e si porrebbe in pericolo il bene essenziale della certezza del diritto, cioè il principio supremo dell'eguaglianza di tutti di fronte alla legge proclamato dall'art. 3 della Carta".

[25] Ci si riferisce, ad esempio, ai casi in cui le decisioni del Consiglio di Stato vertano su diritti soggettivi; sul punto, M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa*, cit., 223, evidenzia la difficoltà di raggiungere il risultato attraverso un'interpretazione estensiva dell'articolo 111 co.8 Cost.: "appare del resto arduo, a Costituzione invaiata, imboccare la via di interpretare l'art. 111, comma 8, nel senso di ammettere il ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato per violazione di legge almeno limitatamente ai casi nei quali esse si pronuncino sui diritti soggettivi".

[26] A. Travi, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 1/2021, 27, il

amministrativi nel collegio delle sezioni unite della Corte di cassazione[27]; coltivare spazi di confronto ed elaborazioni comuni tra consiglieri della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato[28]. Si tratta di aspetti estremamente complessi e non soltanto perché alcune delle soluzioni prospettate implicano una modifica costituzionale. Ma anche perché un ipotetico superamento della doppia nomofilachia, pur se avvenga con l'introduzione di una giurisdizione unica, deve comunque confrontarsi con l'esigenza di preservare una funzione giurisdizionale centrata sui rapporti tra privato e pubblica amministrazione, capace di adattarsi alle diverse dinamiche che ancora distinguono il diritto amministrativo dal diritto comune[29].

quale sottolinea che "il superamento della pluralità delle giurisdizioni è possibile solo in un quadro di reale specializzazione del giudice ordinario, come d'altra parte esiste in altri paesi europei"; in ogni caso, l'evocazione della giurisdizione unica investe profili generali e non resta circoscritto all'esigenza di una nomofilachia unitaria: sul tema, C. Marzuoli, A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione ?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto*, Milano, 2005, 33 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in E. Fabiani, A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione in ricordo di Franco Cipriani*, cit., 89 ss.; L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione giustizia*, 3/2015, 106 ss.

[27] R. Rordorf, *Il ragno e la tela: note a margine di uno scritto di Scoditti e Montedoro sulla pluralità delle giurisdizioni*, in *Questione giustizia*, 1/2021, 82 ss., spec. 85.

[28] A. Cosentino, *Qualche riflessione su pluralità delle giurisdizioni e nomofilachia*, in *Questione e giustizia*, 1/2021, 96 ss., spec. 100-101.

[29] La mancata valorizzazione della specificità della giurisdizione amministrativa è criticata, tra gli altri, da M.A. Sandulli, *La "risorsa" del giudice amministrativo,* in *Questione e giustizia* n. 1/2021, 38 ss. Più esattamente, l'A. osserva che il giudice amministrativo deve mantenere la sua peculiarità, "che è e deve restare quella di impedire che gli atti amministrativi ingiustamente lesivi di posizioni giuridicamente tutelate producano effetti – evidentemente pregiudizievoli anche per l'interesse generale alla "buona amministrazione" – e non deve cedere alle spinte verso una progressiva assimilazione al giudice ordinario (che è invece giudice della controversia), che, inevitabilmente, pongono il problema della ragionevolezza e della proporzionalità di una sostanziale duplicazione della stessa funzione". Proprio al fine di valorizzare la specificità della giurisdizione amministrativa, senza che a ciò possa opporsi un'ingiustificata duplicazione della funzione giurisdizionale (ordinaria e amministrativa), l'A. non esclude che vada forse "ripensata anche l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, ipotizzando magari una mera partecipazione del relatore della sentenza al collegio giudicante ordinario"; F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, cit., par.4, nel valorizzare la specificità della giurisdizione amministrativa, evidenzia come l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di disporre il risarcimento dei danni non debba mai allontanare il giudice amministrativo dalla sua "mission istituzionale (e costituzionale)", che è quella di assicurare "giustizia nell'amministrazione". L'A. ritiene prioritario evitare qualsiasi tendenza

Di certo una questione così rilevante non può compiutamente risolversi a Costituzione vigente, né coinvolgendo il diritto dell'Unione su profili processuali interni e di rilevanza costituzionale.

Una seconda criticità non riguarda direttamente l'articolo 118 co. 8 Cost, ma le sue possibili implicazioni nelle concrete dinamiche del sistema di giustizia amministrativa. Tralasciando la questione della nomofilachia, il differente regime processuale del ricorso in Cassazione di per sé non pregiudica la pienezza ed effettività della tutela. Se, infatti, la previsione costituzionale del ricorso per violazione di legge garantisce che tutte le decisioni del giudice ordinario siano sottoposte ad un successivo controllo giurisdizionale, ugualmente, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, la previsione costituzionale di "*organi di giustizia amministrativa di primo grado*" garantisce che le decisioni di tali organi siano sempre sottoposte al successivo controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato[30]. In altri termini, il differente regime del ricorso in Cassazione non scalfisce quel generale principio d'impugnabilità pervasivo dell'ordinamento giuridico che richiede di sottoporre la decisione del primo giudice almeno ad un successivo controllo giurisdizionale.

Ciò, tuttavia, non toglie che, in alcune specifiche ipotesi, proprio il differente regime del ricorso in Cassazione possa far sì che una decisione di merito del giudice amministrativo sia di fatto sottratta a un successivo controllo giurisdizionale. Si considerino i casi in cui il Consiglio di Stato, sulla base di una giurisprudenza ormai pacifica che interpreta restrittivamente le cause di rimessione al primo giudice, decida per la prima volta nel merito la lite dopo aver riformato la decisione di primo grado che abbia omesso di pronunciarsi su una o più domande o che abbia errone-

volta ad una progressiva sostituzione della tutela risarcitoria alla tutela di annullamento, rilevando che "la patrimonializzazione dell'interesse legittimo ha senso, là dove sia possibile, se vale a concentrare la tutela risarcitoria innanzi a un unico giudice, non se diventa un pretesto per fornire un surrogato e, soprattutto, per abbandonare la forma di tutela specifica dell'annullamento, l'erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui è stata introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità e se ne è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo". Conclusivamente, l'A. evidenzia che il diritto amministrativo e il suo giudice debbano necessariamente conservare la loro specialità "perché forme e modi della cura e della protezione sostanziale degli interessi pubblici ubbidiscono a principi fondamentali differenti rispetto a quelli propri della cura e della protezione degli interessi privati, tanto sul piano sostanziale, quanto su quello giustiziale, non mutuabili dal sistema di diritto privato".

[30] Il riferimento è all'articolo 125 Cost., ai sensi del quale *"nella regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica*".

amente dichiarato il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile[31]. In queste ipotesi, la mancata previsione del ricorso in Cassazione per violazione di legge impedisce, infatti, alla decisione del Consiglio di Stato che per la prima volta abbia deciso nel merito la lite di essere sottoposta ad un successivo controllo giurisdizionale, poiché un ipotetico ricorso in Cassazione resterebbe necessariamente circoscritto ai profili giurisdizionali. Verrebbe così a determinarsi una violazione del principio d'impugnabilità che, nella giurisdizione amministrativa, si realizza compiutamente attraverso la garanzia costituzionale del doppio grado di giudizio[32]. In realtà, il discorso non è così semplice e lineare, perché, secondo la prevalente giurisprudenza, la decisione di merito assunta dal Consiglio di Stato in riforma di un'erronea sentenza di rito non violerebbe affatto il principio del doppio grado, sul presupposto che tale principio si esaurirebbe nella pura e semplice possibilità di appellare la decisione di primo grado, quale che ne sia il contenuto se di rito o di merito[33]. Ove, invece, si ritenga che il doppio grado richieda un secondo controllo giurisdizionale necessariamente esteso ai contenuti di merito delle pronunce giurisdizionali, i soli

[31] Il riferimento alle decisioni dell'Adunanza Plenaria, 30 luglio 2018 nn. 10 e 11, nonché 28 settembre 2018 n. 15, in *www.giustizia-amministrativa.it.* Secondo queste decisioni, il giudice di appello che riformi un'erronea decisione in rito (che, cioè, abbia erroneamente dichiarato inammissibile, improcedibile o irricevibile il ricorso) sarebbe tenuto a decidere nel merito la controversia senza dover rinviare la causa al primo giudice. Ugualmente, il giudice di appello che riformi una decisione che abbia erroneamente omesso di pronunciarsi su una o più domande sarebbe tenuto a decidere sulla domanda dimenticata senza dover rinviare la causa al primo giudice. La Plenaria giunge a queste conclusioni sul presupposto che l'articolo 105 c.p.a. non preveda espressamente tra le cause di rimessione al primo giudice i casi di omessa pronuncia o di erronea decisione in rito e che tali casi non possano essere ricondotti alla causa di rimessione rappresentata dalla "lesione del diritto di difesa".

[32] Sul principio del doppio grado nel processo amministrativo, si veda, da ultimo, E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, Napoli, 2020, 41 ss.; tra la dottrina che si è occupata del principio del doppio grado, si veda, in particolare, G. Serges, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993 e F. Sorrentino, *Il doppio grado di giudizio nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1387 ss.

[33] Secondo le decisioni dell'Adunanza Plenaria, nn. 10 e 11 del 2018, cit., il fatto che il giudice di appello decida il merito della controversia quando riformi l'erronea sentenza di rito non determinerebbe alcuna violazione del principio del doppio grado, poiché tale principio non implicherebbe che "il merito debba essere sempre esaminato in ciascun grado, conformemente alla natura devolutiva del mezzo d'appello", sicchè il giudice di appello sarebbe comunque chiamato ad un nuovo esame dell'intera controversia, senza che rilevi in contrario la circostanza che il primo giudice, sia pure erroneamente, non abbia pronunciato anche sul merito.

idonei a definire la lite con l'efficacia del giudicato sostanziale, il fatto che la decisione di merito resa per la prima volta dal giudice di appello resti sottratta ad un successivo controllo giurisdizionale, che non sia quello limitato ai profili di giurisdizione, rivela delle indubbie criticità rispetto alla garanzia del diritto di azione nel cui ambito è inquadrabile il principio del doppio grado. Volendo accogliere questa accezione "forte" del doppio grado, la questione si risolverebbe agevolmente attraverso un'interpretazione meno restrittiva della disciplina sulla rimessione e più aderente a una concezione evolutiva del diritto di azione[34], tale da ricondurre all'ipotesi generale di "lesione del diritto di difesa"[35] anche i casi di omessa pronuncia o di erronea chiusura in rito[36].

Dalle considerazioni esposte emerge, dunque, che le attuali criticità poste dall'articolo 111 co.8 Cost. investono aspetti centrali del nostro sistema giurisdizionale e non si esauriscono in quelle segnalate dalla Cassazione. Tali criticità devono essere affrontate e superate all'interno del nostro ordinamento, attraverso le opportune o necessarie modifiche alla Costituzione, ovvero mediante interpretazioni della legge processuale meno restrittive e più attente all'evoluzione delle garanzie costituzionali. Viceversa, anche per le ragioni desumibili dalla decisione sul caso Randstad, le rilevate criticità non possono essere affrontate e superate affidandosi esclusivamente al diritto dell'Unione.

[34] In quest'ottica, la garanzia costituzionale del diritto di difesa deve intendersi a tutela di una pronuncia di merito, nel senso che tende ad assicurare che le domande proposte in giudizio siano esaminate dal giudice per addivenire a una soluzione della lite nei suoi aspetti sostanziali. Di conseguenza, se il giudice di primo grado, per un suo errore, non decide nel merito la lite, tale errore rivelerebbe una violazione del diritto di difesa perché impedisce di ottenere una pronuncia di merito; conseguentemente, il giudice di appello deve rinviare la causa al primo giudice e ciò anche al fine di garantire la piena realizzazione del doppio grado di giudizio.

[35] Come noto, l'articolo 105 c.p.a. prevede che "il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio".

[36] Per questi aspetti, anche in relazione alla concezione "forte" del principio del doppio grado nella giurisdizione amministrativa, E. Zampetti, *Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello*, cit.,183 ss.

CONTRIBUTI

Filippo D'Angelo*

Traiettorie concettuali per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa

Sommario: 1. Le basi della «amministrazione comune» nello spazio europeo – 2. Le figure giuridiche di collegamento – 3. Il ruolo del procedimento amministrativo. – 4. Le relazioni organizzative procedimentali – 5. Due esempi: il procedimento per acquisire pacchetti azionari nelle banche – 6. (*Segue*). Le procedure di vigilanza sulle multinazionali del mercato digitale – 7. La valenza organizzativa del procedimento amministrativo: profili critici e spunti di riflessione – 8. Verso una nuova teoria giuridica della relazioni organizzative – 9. Relazioni organizzative e buon andamento dell'azione amministrativa.

1. *Le basi della «amministrazione comune» nello spazio europeo*

L'esistenza di una «pubblica amministrazione», intesa nel significato giuridico tradizionale dell'espressione[1], è un traguardo che concettualmente si può considerare raggiunto anche all'interno del sistema ordinamentale europeo a sessant'anni dalla sua nascita[2]. Ad essa si riferisce ora espressamente

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Sassari.

[1] Il concetto di «pubblica amministrazione» compendia, nella molteplicità dei significati di cui è dotato, l'idea di organizzazione e di attività; lo ricorda M. Nigro, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1, nei seguenti termini: la «espressione pubblica amministrazione ha, tradizionalmente, due significati. Nel primo di essi, l'espressione indica il complesso di soggetti, di uffici, in generale di figure organizzatorie che svolgono attività di pubblica amministrazione (nozione soggettiva o organizzatoria o strutturale); nel secondo, indica questa attività (nozione oggettiva o funzionale)»; si veda anche M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1958, 236-237, che si riferisce a un «disegno preordinato di uffici, e di relative attribuzioni»; e per considerazioni di stampo generale si rinvia infine a S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, 90.

[2] Conforme in tal senso la lettura di A. von Bogdandy, *Il diritto amministrativo nello spazio giuridico europeo: cosa cambia, cosa rimane*, in S. Cassese – P. Schiera – A. von Bogdandy, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2013, 99; non si dubita che lo sviluppo di un apparato amministrativo sia conseguenza del «carattere evolutivo» dell'ordinamento dell'Unione su cui si veda J.H.H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processi*

l'art. 298 Tfue che, con dizione innovativa rispetto al passato, così recita: «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su una amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente»[3].

Il Trattato di Lisbona[4], come si intuisce leggendo la norma appena menzionata, ha assegnato un'esplicita base legale alla «amministrazione europea» e il valore dichiarativo della previsione deve essere adeguatamente enfatizzato[5]: nella sua portata generale il nuovo Trattato ha formalmente enunciato che in seno all'Unione esiste un «complesso di strutture» che formano un'autentica amministrazione[6]; per usare una locuzione più precisa una «amministrazione di istituzioni, organi e organismi dell'Unione»[7].

Eppure chi volesse guardare con maggiore profondità d'analisi al percorso storico dell'Unione potrebbe eccepire che la formula definitoria impiegata dal Trattato costituzionale, pur ricca di suggestione, abbia probabilmente colto solo un aspetto (di certo non trascurabile) della complessa realtà amministrativa che connota tale ordinamento giuridico; nel farlo dovrebbe, tuttavia, prestare molta attenzione a soppesare ogni parola per evitare di cadere in pericolosi equivoci concettuali.

La ragione è presto spiegata.

Pochi dubbi vi sono sul fatto che l'Unione possegga – e, va aggiunto, da sempre – una propria amministrazione composta da organi e uffici che svolgono attività con rilievo pubblicistico. L'esperienza primigenia della Comunità europea carbosiderurgica ne era prova tangibile nella parte in cui dotava le relative istituzioni di un «apparato amministrativo», ancorché

politici, Bologna, 1985, 44.

[3] Art. 298, par. 1, Tfue dove nel testo inglese è ancora più netto il richiamo alla «European administration».

[4] Siglato il 13 dicembre 2007.

[5] Di «legal basis» dell'amministrazione dell'Unione parla E. Nieto-Garrido, *Possible Developments of Article 298 TFUE: Towards an Open, Efficient and Independent European Administration*, in *European Public Law*, 2, 2012, 373; su questi aspetti si sofferma ampiamente anche D. Sorace, *L'amministrazione secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, 167 ss.

[6] La definizione è di F.G. Scoca, *Considerazioni sull'evoluzione dell'organizzazione amministrativa*, in R. Cavallo Perin – A. Police – F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 643, che ricorda che nel suo profilo centrale «l'amministrazione pubblica si è conservata come complesso di strutture» che agiscono attraverso «l'esercizio, prevalente, anche se non esclusivo, di poteri autoritativi».

[7] Così si legge all'art. 4, lett. a) della risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 che usa il termine «amministrazione dell'Unione» per indicare la «amministrazione delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione».

«ridotto»[8], per il loro funzionamento; e lo stesso vale per il Trattato cd. di 'fusione degli esecutivi' che stabiliva che alla «data dell'entrata in vigore del presente Trattato, i funzionari e gli altri agenti della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica diventano funzionari ed altri agenti delle Comunità europee» e fanno parte della «amministrazione unica di tali Comunità»[9].

Quindi l'idea di istituire, allestire e conservare un'amministrazione propriamente europea non è mai mancata, dalle origini fino ad oggi, nel progetto fondativo dell'Unione[10]. Di significativo c'è che, col passare del tempo, tale apparato è sensibilmente cresciuto in quantità e in capacità d'azione (basti pensare alle numerose funzioni di cui esso è titolare)[11]. È per questo che l'art. 298 Tfue si riferisce alla «amministrazione europea» sia in senso strutturale («istituzioni, organi e organismi dell'Unione»), sia in senso funzionale (i «loro compiti») con una terminologia che non lascia spazio a incertezze.

Senonché pare altrettanto corretto sostenere che, sin dal principio, l'Unione abbia seguito in parallelo anche una diversa strategia; e abbia

[8] Art. 5, par. 3 del Trattato istitutivo della «Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio» del 18 aprile 1951 (in tema tra i tanti si ricordano P. Reuter, *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953, 9 ss.; G. Morelli, *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, in *Riv. dir. internaz.*, 1954, 3 ss.; E.B. Haas, *The Uniting of Europe. Political, social, and economics forces 1950-1957*, Stanford, 1958, 3-59; G. Sperduti, *La C.E.C.A. - Ente sopranazionale*, Padova, 1966, 9 ss.). La «Comunità Economica Europea» e la «Comunità Europea dell'Energia Atomica» sono state invece istituite col successivo Trattato di Roma del 25 marzo 1957 (in argomento tra i molteplici si vedano E. Anchieri, *La formazione storica delle Comunità europee*, in *Le Comunità Europee*, I, Milano, 1961, 3 ss.; R. Monaco, *Comunità economica europea*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 319 ss.; B. Conforti, *Sulla natura giuridica delle Comunità europee*, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, I, Milano, 1971, 563 ss.).

[9] Art. 24, par. 1 del Trattato che istituisce un «Consiglio unico ed una Commissione unica delle Comunità Europee» dell'8 aprile 1965 (su queste vicende si vedano G.P. Orsello, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Milano, 1998, 86 ss.; P. Gerbet, *La Construction de l'Europe*, Paris, 1999, 270 ss.; W. Reinhard, *Storia del potere politico in Europa*, Bologna, 2001, 636 ss.; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2014, 4 ss.).

[10] Basterebbe rileggere le pagine significative di E. Noël, *Comment fonctionnent les institutions de la Communauté Economique Europeénne*, in *Revue du Marché Commun*, 1, 1963, 14 ss. e di P. Gasparri, *Politica ed amministrazione nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano, 1967, 297 ss.

[11] Le trasformazioni dell'organizzazione dell'Unione europea sono ampiamente descritte da G. della Cananea, *L'organizzazione amministrativa della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 1993, 1105 ss.

deciso di affiancare al proprio apparato amministrativo le burocrazie degli Stati membri per individuare masse di interessi concreti per i quali una gestione decentrata sarebbe stata di tutta evidenza vantaggiosa[12].

Anche questo è un aspetto su cui vi è sufficiente concordia di opinioni tra gli studiosi.

Se dunque è vero che dall'inizio è esistita un'amministrazione riferibile all'Unione, bisogna del pari ammettere che essa è stata ideata in maniera tale da richiedere, per sua natura, il sostegno continuo delle amministrazioni nazionali[13]. Ancora oggi tale regola sorregge, come un pilastro[14], l'edificio europeo ed è scolpita nel Trattato costituzionale nei seguenti termini: gli «Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione»[15]; e di nuovo: gli «Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione»[16].

In questo contesto il Trattato di Lisbona ha fatto un passo avanti nel processo di unificazione amministrativa.

All'art. 197 Tfue, rubricato «Cooperazione amministrativa», ha infatti dichiarato che la «attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri», o meglio la «loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione», è «essenziale per il buon funzionamento dell'Unione» ed è considerata una «questione di interesse comune»[17]; al punto che l'Unione è autorizzata a «svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri»[18].

[12] In questo senso A. Spinelli, *Europeismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, II, Roma, 1977, 855 ss., ora in ristampa col titolo *Europeismo. Per un'Europa libera e unita*, Roma, 2019, 29; per profili parzialmente convergenti si veda anche L. Scheinman, *Some Preliminary Notes on Bureaucratic Relationships in the European Economic Community*, in *International Organization*, 4, 1966, 750 ss.

[13] Secondo la visione di J. Monnet, *Mémoires*, Paris, 1976, 546.

[14] Lo ricorda R. Schütze, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the new European Union*, in *Common Market Law Review*, 5, 2010, 1397: the «Member States will generally enjoy the power to execute legally binding acts of the European Union. The recognition of an autonomous national competence is couched in terms of a European obligation».

[15] Art. 291, par. 1, Tfue; ancora più esplicita in riferimento alla materia amministrativa la dichiarazione n. 43 allegata al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 secondo cui «l'applicazione amministrativa del diritto comunitario compete essenzialmente agli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali. Ciò non pregiudica le competenze di supervisione, controllo ed attuazione delle istituzioni comunitarie».

[16] Art. 4, par. 3, Tue.

[17] Art. 197, par. 1 e par. 2, Tfue.

[18] Art. 6, lett. g), Tfue.

È di tutta evidenza che tali previsioni, senza confliggere col disposto dell'art. 298 Tfue e dell'art. 291 Tfue, restituiscono l'immagine di un'amministrazione europea che vive del dialogo costante con le omologhe realtà nazionali[19]; e attestano che, da un punto di vista funzionale, l'organizzazione amministrativa dell'Unione non può essere scissa dal supporto delle entità domestiche che di essa sono parte integrante.

Tutto ciò serve allora a puntualizzare che, quando si parla della «amministrazione europea», non si dovrebbe mai omettere di considerare la sua connaturata polisemia: essa è certamente quella che fa capo a «istituzioni, organi e organismi dell'Unione»; è quella che parimenti comprende le autorità nazionali chiamate ad attuare a vario titolo il diritto di matrice europea; è ancora quella che prevede forme d'intersezione, più o meno marcate, tra i due livelli amministrativi[20].

Questa è la chiave di lettura da cui intende partire la presente ricerca; ed è anche quella che riscuote maggior consenso presso una parte non esigua della dottrina pubblicistica che da tempo ha preso atto della natura «plurale» dell'amministrazione dell'Unione[21]; la quale, non diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali coevi[22], molto spesso funzio-

[19] Infatti K. Lenaerts, *Federalism: Essential Concepts in Evolution – The Case of the European Union*, in *Fordham International Law Journal*, 3, 1997, 752, è dell'avviso che «At first sight, the European Union should be regarded as a form of integrative federalism, as the idea of integration is predominant in the list of objects of Union».

[20] Ne dà atto E. Schmidt-Assmann, *Le modèle de l'«administration composée» et le rôle du droit administratif européen*, in *Revue française du droit administratif*, 2, 2006, 1247, che è dell'opinione che l'amministrazione dell'Unione europea «englobe au contraire les administrations nationales et communautaires. Les administrations communautaires et nationales doivent être entendues comme organismes co-dépendants».

[21] Tra i primi a darne atto S. Cassese, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 1993, 338; e più di recente C. Franchini, *Le fasi e i caratteri del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, 378, che ricorda che «oggi, quindi, può affermarsi che anche nell'Unione europea i profili organizzativi hanno assunto particolare importanza. E in questi termini risulta evidente il parallelismo con l'esperienza della maggior parte degli Stati nazionali. Questi con il passare degli anni hanno perso gradualmente l'unità originaria e si sono trasformati in enti senza centro. In meno di un secolo, vi è stata una evoluzione marcata dell'assetto organizzativo delle pubbliche amministrazioni nazionali: da organizzazioni compatte si sono trasformate in organizzazioni reticolari, cioè articolate su più poli, oltretutto collocati in aree diverse, locali, statali e sovranazionali. All'iniziale uniformità si è sostituito il plurimorfismo e l'ordinamento amministrativo si è modificato, venendosi ora a caratterizzare per la marcata frammentarietà e per l'estrema differenziazione».

[22] Dove ugualmente si è verificato un fenomeno di moltiplicazione dei pubblici poteri ben descritto da M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 79, nei termini di

na attraverso congegni che assicurano un'effettiva integrazione tra i soggetti che la compongono[23].

Non è casuale che oggi si parli a più riprese dell'esistenza di uno «spazio amministrativo europeo»[24]. La locuzione vuole appunto significare ciò: che una miriade di entità pubbliche autonome – sovranazionali e nazionali – è chiamata a eseguire le norme dell'Unione in un contesto giustamente definito «composito» perché frutto della convergenza di altrettanti poteri pubblici che dialogano fra loro[25]. In molti settori disciplinati dal diritto dell'Unione agisce oramai un sistema complesso di figure soggettive di varia estrazione che formano una «amministrazione comune dell'ordinamento europeo» all'interno della quale si sviluppano molteplici nessi giuridici tra le sue componenti[26].

un «congiunto organizzato di amministrazioni diverse»; da S. Cassese, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1985, 378, che nella stessa prospettiva ha rimarcato il carattere «multiorganizzativo» dell'amministrazione contemporanea; da G. Guarino, *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, 7, che ha sottolineato come la diversificazione dei modelli organizzativi dipenda dalla moltiplicazione degli interessi pubblici nella società contemporanea e, per conseguenza, dalla necessità di adattare la struttura delle singole amministrazioni ai ruoli e ai compiti che esse devono svolgere in favore della collettività; da A.M. Sandulli, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Iustitia*, 1, 1968, 6, che ha sottolineato la «serie inestricabile di corpi sociali» intermedi che coesistono nello Stato contemporaneo.

[23] Cioè a dire la «partecipazione di più centri di potere alla produzione di atti o all'espletamento di attività»; tali collegamenti assicurano la «interdipendenza delle attività pubbliche» e rispondono alla «necessità di adeguare l'azione di ciascun centro di potere a un disegno unitario» (così L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento. Profili dogmatici*, Milano, 1974, 5).

[24] Di uno «spazio» giuridico comune parla l'art. 3, par. 2, Tue e la dizione è adattata al contesto amministrativo da J. Trondal, B.G. Peters, *A Conceptual Account of the European Administrative Space*, in M.W. Bauer, J. Trondal (Editors), *The Palgrave Handbook of the European Administrative System*, New York, 2015, 79 ss.; M.P. Chiti, *Lo spazio amministrativo europeo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 178 ss.; H.C.H. Hofmann, *Mapping the European Administrative Space*, in *West European Politics*, 4, 2008, 662 ss.; J.P. Olsen, *Towards a European administrative space?*, in *Journal of European Public Law*, 4, 2003, 506 ss.

[25] L'uso dell'aggettivo «composito» (sulle cui implicazioni teoriche si veda comunque in generale N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 197) con riferimento all'ordinamento dell'Unione ricorre in S. Cassese, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2000, 990 ss. e in G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, 112 ss.

[26] La citazione è tratta da M.P. Chiti, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in M.P. Chiti e G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte generale*, I, Milano, 2007, 416; ma per analoghe considerazioni si veda anche C. Franchini,

Se ciò accade è perché il tratto caratteristico dell'amministrazione dell'Unione, da almeno tre decadi[27], sono le figure organizzative che perseguono una finalità di integrazione e di composizione amministrativa; che consistono, cioè, in strumenti giuridici capaci di collegare in ambienti omogenei soggetti che svolgono attività di pubblica amministrazione[28].

Una di esse è il procedimento amministrativo cui sono dedicate le pagine che seguono.

2. *Le figure giuridiche di collegamento*

Volgendo per un attimo lo sguardo indietro è possibile notare come le fasi del percorso evolutivo appena descritto, e per larghi tratti ancora incompiuto, siano state relativamente brevi specie se rapportate all'esperienza talora plurisecolare degli Stati nazionali[29].

Un esempio che ne dimostra la precocità si può ricavare dall'ultimo discorso pronunciato da Vittorio Emanuele Orlando nelle aule parlamentari italiane il 18 luglio 1952; un intervento che di solito viene ricordato per le parole piuttosto scettiche (se non polemiche) che l'Orlando ebbe a esprimere sulla prospettiva di istituire una Comunità

Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2004, 1180.

[27] In via orientativa da quando sono stati firmati l'Atto Unico Europeo del 17 febbraio 1986 e, soprattutto, il Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992 che hanno ampliato le competenze di attribuzione dell'Unione in settori del diritto amministrativo tradizionalmente riservati agli apparati nazionali come la politica monetaria e di bilancio; l'istruzione e la formazione professionale; la cultura; la protezione dei consumatori; l'industria; le reti transeuropee di trasporto; la coesione economica e sociale; la ricerca e lo sviluppo tecnologico; l'ambiente; la politica commerciale; la cooperazione allo sviluppo (sulle implicazioni amministrative che ne sono conseguite si vedano i volumi collettanei curati da A. Massera, *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione. Dall'Atto Unico Europeo al Trattato sull'Unione*, Bologna, 1994, 13 ss. e da C. Debbasch, *Administrations nationales et intégration européenne*, Paris, 1987, 11 ss.).

[28] Su questi aspetti si sofferma ampiamente S. Cassese, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero pubblico moderno*, 1, 2002, 154, che rimarca come le figure di composizione siano espressione della natura plurale dell'ordinamento dell'Unione al cui interno convivono altrettanti ordinamenti particolari integrati, ma distinti.

[29] Ben ricostruite nel saggio di P. Craig, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e «accountability»*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 11-65.

europea sovrastatale (si trattava, nella specie, di quella del carbone e dell'acciaio) e quindi di ipotizzare una più stretta integrazione, non solo politica ma anche amministrativa, fra i paesi dell'Europa continentale postbellica.

L'Orlando manifestò le sue perplessità sin dall'esordio della sua orazione: «questo è stato detto; e allora io dico: no, e credo di avere il diritto di provocare una risposta, un chiarimento, una spiegazione che mi rassicuri che ciò non sia possibile»; infatti «ho sentito parlare della istituzione di una comunità europea. Che scoperta sarebbe questa, in tal caso? Una comunità europea c'è e c'è sempre stata»: una «comunità non è se non un insieme di enti che convivono in uno stato di puro diritto, tanto che si dice tuttora dai giuristi la comunità internazionale»[30].

Donde la prima domanda: «allora cosa sarà? Una alleanza? Bene, ma non sarebbe una novità: la storia è tutta una serie di alleanze»; e poi: «se invece fosse una Unione? La differenza consisterebbe nella permanenza, nell'esistenza di un termine obbligatorio. Il diritto internazionale conosce delle unioni permanenti onde non sarebbe neanche questa una novità»; quindi la conclusione, decisamente negativa: «vuol dire che questa di oggi sarà un'unione per il commercio dell'acciaio e del carbone. Ma dopo, basta!»[31].

Ora l'autorevolezza e l'incisività della lezione orlandiana non possono certo essere sminuite o sottovalutate. La prolusione parlamentare dell'Orlando risentiva della particolare condizione politica di quel tempo e probabilmente, dinanzi all'avanzata del progetto europeo, intendeva ammonire sui possibili rischi di un'accelerazione troppo repentina o ancor peggio avventata[32].

[30] Così è riportato testualmente nel discorso parlamentare di V.E. Orlando, *Discussione in occasione della votazione per la nomina: a) di un membro effettivo dell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa; b) di nove membri dell'Assemblea della comunità europea del carbone e dell'acciaio*, in *Discorsi pronunziati da Vittorio Emanuele Orlando nel Senato della Repubblica*, Roma, 1954, 332-333 (sul pensiero internazionalista di Orlando si veda il saggio su *I presupposti giuridici di una federazione di Stati*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti nel XXXV anno d'insegnamento*, II, Padova, 1930, 151 ss., con le annotazioni di G. Ambrosini, *Diritto, Stato e Comunità superstatale nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1953, 805; e Id., *Enti locali, Stati e Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 2-3, 257).

[31] Così si legge ancora in V.E. Orlando, *Discussione in occasione della votazione per la nomina: a) di un membro effettivo dell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa; b) di nove membri dell'Assemblea della comunità europea del carbone e dell'acciaio*, cit., 334-335.

[32] Interpretandone il pensiero e le parole A. Sandulli, *La scienza del diritto amministrativo e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2005, 864-865, ha ricordato che «Orlando considerava ineluttabile l'apertura ad un ordinamento sovranazionale (europeo od internazionale che fosse), ma vedeva questo, in primo luogo, come il risultato di un

Tuttavia, tornando al periodo attuale, riesce obiettivamente difficile immaginare che, a distanza di sei decadi, quella previsione abbia ottenuto il seguito auspicato[33]. Lo dimostrano i progressi compiuti nel tempo dall'amministrazione dell'Unione che ha infittito i collegamenti con le analoghe realtà nazionali e con esse ha stretto legami che da tempo sono stati inquadrati sia in termini statici[34]; sia in veste dinamica[35].

Tali vicende non sono sfuggite alle riflessioni di quanti hanno approfondito l'impatto della cd. «integrazione amministrativa europea»[36]; e in definitiva denotano come la specificità dell'amministrazione dell'U-

lento processo, di là da venire, e, soprattutto, come un evento che, pur implicando una consistente limitazione della sovranità statale, non avrebbe significato la dissoluzione del modello istituzionale dello Stato a fronte della creazione di una Unione europea, bensì una armonica convivenza tra l'ordinamento giuridico sovranazionale e quello degli Stati. E, forse, le ragioni al fondo della recisa reazione parlamentare di fronte alla ipotesi di imminente indizione del processo costituente europeo vanno ricercate proprio nel rischio di una eccessiva accelerazione del fenomeno».

[33] Ché anzi è indubbio il «successo» dell'ordinamento europeo per la sua capacità di «omogeneizzazione di regimi giuridici anche ulteriori a quelli più immediatamente necessari per la creazione di un mercato unico»; ed è da «questo suo radicamento fattuale, che trae la propria legittimazione in quanto tale: in quanto ordinamento giuridico cioè. Il che vale quanto dire che da ordinamento derivato, e quindi solo autonomo, tende a trasformarsi in un ordinamento originario, e quindi sovrano» (così A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità, ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1, 1999, 140).

[34] Ci si riferisce naturalmente alle forme di integrazione che l'Unione realizza attraverso i numerosi «collegi amministrativi misti, nei quali l'amministrazione europea poggia sulle spalle delle amministrazioni nazionali e le guida» (così M. Savino, *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibro perduto*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2011, 1048).

[35] Apripista di queste riflessioni in Italia è stato senz'altro S. Cassese coi tre saggi seriali *Relations Between International Organizations and National Administration*, in XIXth International Congress of Administrative Science, *Proceedings*, Bruxelles, 1985, 161 ss.; *Theoretical Sketch of the Cooperative and Multidimensional Nature of Community Bureaucracy*, in J. Jamar - W. Wessel (eds.), *Community Bureaucracy at the Crossroads – L'administration communautaire à l'heure du choix*, Bruges, 1985, 39 ss.; *Poteri divisi: amministrazione europea e amministrazioni nazionali*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, 159 ss.

[36] Come ad esempio E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 8, che precisano che il «processo di integrazione europea ha dato luogo ad un crescente numero di rapporti tra amministrazioni nazionali ed autorità comunitarie, moltiplicato le figure giuridiche di composizione amministrativa tipiche degli ordinamenti compositi, determinato un cospicuo, seppur problematico, scambio di istituti amministrativi tra ordinamenti nazionali ed ordinamento comunitario, posto in relazione le tradizioni scientifiche ed i sistemi concettuali all'interno dei quali si collocano i diversi diritti amministrativi nazionali»; del pari F. Astone, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, 2004, 327-335.

nione ruoti attorno alle «forme miste» di azione che servono a compattare poteri, solo in apparenza, separati[37].

3. *Il ruolo del procedimento amministrativo*

Fatta questa premessa si deve subito ripetere e meglio precisare che nel presente studio saranno esaminati solo gli aspetti dinamici dell'integrazione amministrativa europea; e cioè le connessioni procedimentali. Il motivo è che, tra gli strumenti giuridici di composizione che hanno assunto un rilievo sempre maggiore nel diritto europeo, il procedimento amministrativo è quello che più di altri si presta a rinnovate esplorazioni quale forma ordinaria dell'agire delle amministrazioni pubbliche[38]. Sul piano pratico l'Unione ha preso coscienza della centralità che merita il paradigma procedimentale come manifestazione sensibile della funzione amministrativa[39]; e ciò è testimoniato dalla presenza di un «ampio numero

[37] Così J. Streil, *Le norme. Sistema, efficacia, genesi, applicazione*, in B. Beutler - R. Bieber - J. Pipkorn - J.H.H. Weiler (a cura di), *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, 281. Ma, d'altra parte, a queste stesse conclusioni era già pervenuta quella parte della dottrina che, analizzando il fenomeno organizzatorio negli ordinamenti pluralistici statali, aveva potuto osservare che l'organizzazione si «presenta essenzialmente come collegamento e non come separazione di competenze»; come attuazione combinata di poteri intestati a centri di attività originariamente autonomi (in questi termini G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 76).

[38] Così M.P. Chiti, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in F. Bignami – S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 67: la «progressiva emersione di varie forme di azione amministrativa comunitaria si è accompagnata alla "scoperta" del procedimento amministrativo quale forma ordinaria dell'agire dell'amministrazione». Per una conferma dell'assunto, e senza scendere in dettaglio, si vedano i contributi di A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2009, 14 ss.; H.C. Röhl, *Procedures in the European composite administration*, in J. Barnés (editor), *Transforming Administrative Procedure*, Sevilla, 2008, 75 ss.; M.C. Baruffi, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001, 4 ss.; H.P. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999, 2 ss.; A. Gil Ibañez, *The Administrative Supervision & Enforcement of EC Law. Powers, Procedures and Limits*, Oxford-Portland, 1999, 24 ss.; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 214 ss.; A. Weber, *Il diritto amministrativo procedimentale nell'ordinamento della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 1992, 393 ss.

[39] Il riferimento è, come palese, alla visione oramai classica del procedimento amministrativo che si deve a F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1, 1952, 128, in questi termini specifici: «se peraltro io mi rifaccio a considerare

di procedure amministrative settoriali» (previste cioè dal diritto derivato) che si rivolgono indistintamente agli apparati degli Stati membri e della stessa Unione[40].

Ora proprio l'analisi delle discipline speciali ha consentito alla dottrina pubblicistica di evidenziare come il procedimento amministrativo di matrice europea non rilevi solo come sequela di atti giuridici concatenati verso uno scopo finale[41]; o come veicolo per conoscere fatti, acquisire interessi ed esercitare poteri[42]; ma assolva anche a un ruolo del tutto particolare e qualificativo che è quello di ricucire dinamicamente i tessuti connettivi, i gangli di un'organizzazione complessa e disarticolata (qual è l'amministrazione dell'Unione) grazie alla sua innata capacità ordinante[43].

A dire il vero l'attitudine della serie procedimentale a dispiegare effetti organizzativi non rappresenta una novità per la riflessione giuridica italiana

il procedimento sotto il profilo del suo oggetto, e ripeto che il procedimento è, secondo come appare, la strada attraverso cui passa il potere per concretarsi in atto, non mi sembra dubbio che il procedimento sia niente più che la manifestazione sensibile della funzione, il modo di esternazione cioè del farsi in atto».

[40] Così il considerando 4 della citata risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2016; si ritiene di prescindere dal problema, pur attuale, di una possibile codificazione generale delle norme sul procedimento amministrativo dell'Unione europea (su cui si rinvia tra i tanti a O. Mir Puigpelát, *Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 19, 2010, 147 ss.; S. Cassese, *Una legge sul procedimento amministrativo europeo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, 1133 ss.; C. Harlow, *At risk: national administrative procedure within the European union*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2015, 61 ss.; L. Saltari, A. Salvato, *Frammentazione dei procedimenti amministrativi europei di settore. Verso un loro completamento unitario grazie ad una codificazione generale?*, in G. della Cananea, M. Conticelli (a cura di), *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali*, Torino, 2017, 121 ss.).

[41] Prospettiva disvelata da A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 36-37; ma si veda anche G. Pastori, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Milano, 1989, 48 ss.

[42] Per quest'ordine di idee si vedano F.G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 1999, 1274; E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983, 33; e naturalmente M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74, per il comune rilievo per cui il procedimento sia il luogo di acquisizione e valutazione degli interessi che convergono in una situazione sociale concreta in modo che «ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie».

[43] Il rilievo è di G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in M.P. Chit, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte generale*, I, cit., 508.

più risalente che vi ha già ravvisato un «fenomeno di organizzazione» che coinvolge una «pluralità di uffici appartenenti a soggetti giuridici distinti»[44]; ma indubbiamente la teoria gode di restituita attualità, fuoriuscendo dalle retrovie in cui è stata troppo presto confinata, se osservata attraverso la lente dell'integrazione amministrativa europea. In simile prospettiva si può senz'altro (ri)affermare che il procedimento «non si limita a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa»[45].

Da ciò l'utilità di studiare le discipline procedimentali dell'Unione europea come luogo di incontro e di congiunzione tra apparati amministrativi che appartengono a ordinamenti distinti e al contempo coesi[46].

4. *Le relazioni organizzative procedimentali*

Da quanto s'è detto dovrebbe apparire sufficientemente chiaro che il procedimento amministrativo – concepito come figura di organizzazione[47] – è l'oggetto della ricerca che ci accingiamo a svolgere e, per fare ciò,

[44] Così testualmente G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 12; ma già M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 124, aveva avuto modo di anticipare e precisare che il «procedimento amministrativo, da un parte, è attività, o forma di attività, dall'altra ed insieme è coordinazione (azione coordinata) di uffici (cioè, di competenze, d'interessi), quindi organizzazione».

[45] Così ancora M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 1980, 273, che è dell'avviso che il «valore primario del procedimento – in assoluto e nel rapporto con la tutela giurisdizionale – sia un valore organizzativo. Il procedimento appartiene al mondo dell'organizzazione, non al mondo dell'atto, e nemmeno, in generale, dell'attività amministrativa. Il procedimento non si limita, infatti, a legare gli atti e i fatti in una serie progrediente verso un risultato finale, ma cuce dinamicamente soggetti (in senso ampio) e interessi, in una trama che è anzitutto organizzativa»; come «qualunque struttura organizzativa, il procedimento è sede di emersione e comparazione (o conflitto) di interessi; e la sua importanza non sta nel risultato che attinge, ma proprio nel suo «farsi», nel suo creare organizzazione».

[46] Lo ricorda J. Barnés, *Procedimiento administrativo e integración europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2004, 1130.

[47] Lo è perché la «continuità fra organizzazione e attività è tanto più avvertibile oggi che forme organizzative emergono continuamente nel seno dell'attività e si disciolgono in essa per far fronte alle mutevoli esigenze di una realtà instabile» (così M. Nigro, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, cit., 1).

intendiamo porci nell'ottica del diritto dell'Unione europea; ma rispetto all'elaborazione dottrinaria più consolidata (di cui si è appena dato conto) intendiamo sondare una specifica ipotesi ricostruttiva che, ove si rivelasse fondata, potrebbe innovare l'assunto di partenza per cui il procedimento amministrativo sia una «sintesi organizzatoria»[48].

Bisogna allora essere più precisi.

Poco fa si è notato come i contatti tra gli uffici sovrastatali e nazionali che formano l'amministrazione dell'Unione avvengano di frequente all'interno di circuiti procedimentali in cui essi possono interagire in forme e con intensità variabili; si tratta un fatto abbastanza consueto nella realtà contemporanea in cui sovente allo svolgimento di attività amministrative partecipa una molteplicità di figure soggettive (e di livelli di governo) dotati di autonomia e di prerogative stabilite per legge.

Calati negli ordinamenti dei singoli Stati membri i procedimenti disciplinati dal diritto dell'Unione vanno ad arricchire un panorama di per sé già alquanto ampio e, pur non divergendo morfologicamente da analoghe forme di composizione giuridica ben collaudate nel diritto interno (si pensi ai procedimenti che coinvolgono apparati centrali e enti locali[49]), hanno la peculiarità di connettere corpi amministrativi dislocati in differenti sfere ordinamentali; il che non è un fatto di poco conto[50].

Ora se si indugia a osservare il lato esteriore del fenomeno potrebbe essere facile concludere che esso descriva nientemeno che abituali forme di commistione plurisoggettiva che si realizzano all'interno del procedimento come manifestazione plastica della funzione amministrativa. La conclusione, in sé considerata, non sarebbe per nulla errata e poggerebbe sul dato di comune esperienza per cui di rado un procedimento amministrativo si esaurisce con l'intervento di un solo ufficio, mentre in genere discende dalla combinazione necessitata delle attività di più soggetti[51].

Tuttavia, al di là delle apparenze più immediate e scendendo nel dettaglio, è proprio qui che alligna la radice propriamente organizzativa del

[48] Il termine è ripreso di nuovo da G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 40.

[49] Si pensi, ad esempio, al procedimento amministrativo complesso per formare il piano regolatore generale di un comune che, ai sensi degli artt. 8, 9, 10 della legge 17 agosto 1940, n. 1150, coinvolge attivamente sia l'ente municipale, sia l'amministrazione centrale e quella regionale.

[50] Lo ricorda C. Franchini, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2003, 1050.

[51] In questo senso si esprime V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2011, 72.

procedimento amministrativo; nel senso che, forse non sempre in maniera del tutto avvertita, la legge (nel qual caso il diritto dell'Unione), tramite la disciplina procedimentale, disvela il profondo legame che intercorre tra la fisionomia dell'amministrazione contemporanea, le strutture che la costellano e i rapporti che esse intrattengono. Inevitabilmente il pluralismo istituzionale e la distribuzione delle competenze incidono sulla posizione del problema: perché non basta dire che l'esercizio dell'attività amministrativa è ripartito su più centri di potere autonomi; occorre invece indagare come in concreto si atteggiano e che consistenza giuridica assumono i loro legami procedimentali[52].

Troppo spesso tale profilo rimane in ombra; non si pone cioè in debito risalto che talvolta la compartecipazione di più entità soggettive all'esercizio di una funzione è qualcosa di più del fatto esteriore che essa proietta e può avere una connotazione più netta e definita: si può tradurre in concomitanti relazioni strutturali, di tipo organizzatorio, che trovano ubicazione all'interno del procedimento amministrativo e lì si ambientano[53]. Quando ciò accade il ciclo procedimentale contrassegna il perimetro entro cui si svolge la relazione organizzativa che al di fuori di esso non emerge se non in maniera del tutto astratta. Il più delle volte tale aspetto passa sotto traccia nelle riflessioni dottrinali ed è offuscato da profili limitrofi e più vistosi della vicenda procedimentale come il contraddittorio e la partecipazione dei privati all'esercizio del potere; tuttavia in un'amministrazione policentrica come quella attuale è proprio il piano dinamico della funzione a offrire un rinnovato banco di prova alla teoria giuridica dei rapporti organizzativi tra enti pubblici.

Questo è ciò che si vuole indicare affermando che il procedimento amministrativo possiede valore organizzativo; vale a dire che talvolta esso diviene il luogo in cui per legge si possono stabilmente svolgere relazioni giuridiche tra figure soggettive che perseguono in concorso un medesimo fine; detto altrimenti: il procedimento amministrativo come teatro di relazioni organizzative a carattere strutturale capaci di restituire unità a

[52] Si confronti L. Arcidiacono, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento. Profili dogmatici*, cit., 38.

[53] Fugaci cenni in M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 990, che ricorda che nei «limiti in cui sono giuridicamente rilevanti» alcune forme di attività amministrativa si concretano in «qualificazioni di stato giuridico, in quanto da esse derivano complessi di situazioni soggettive attinenti ai rapporti organizzativi tra uffici»; e in G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 804, per il quale è «facile, infatti, vedere le intime connessioni tra la distribuzione delle competenze e il procedimento».

un'amministrazione disaggregata e in continuo movimento[54].

A nostro avviso tale aspetto è particolarmente intenso nei procedimenti amministrativi previsti dal diritto dell'Unione; ma è stato poco approfondito dalla dottrina pubblicistica che in rare occasioni si è posta nell'inversa prospettiva di cogliere i riflessi della disciplina dell'attività sul piano dell'organizzazione; o per meglio dire di classificare i collegamenti soggettivi che ineriscono allo svolgimento di attività amministrative procedimentalizzate[55].

5. *Due esempi: il procedimento per acquisire pacchetti azionari nelle banche*

Ma l'indagine che si propone di compiere non può essere condotta in astratto e necessita di prove tangibili. Valgano allora due esempi. Si consideri anzitutto il procedimento volto ad autorizzare l'acquisto (e la conservazione) di partecipazioni rilevanti in enti creditizi che si svolge nel seguente modo[56].

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento n. 1024/2013 il soggetto interessato presenta una domanda di acquisizione all'autorità di vigilanza nazionale che ne informa senza indugio la Banca centrale europea[57].

L'amministrazione interna è chiamata a esaminare in via preliminare l'istanza e a verificare nella specie se la «potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale»;

[54] Immediato è il riferimento a V. Bachelet, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965, 5, per l'assunto che l'amministrazione contemporanea sia un corpo eterogeneo «in movimento».

[55] Quelle che sempre G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., 12, correttamente definisce sul piano soggettivo come «relazioni di struttura intercorrenti tra gli uffici e gli organi, da cui promanano le varie manifestazioni componenti la fattispecie procedimentale».

[56] Su cui si veda ampiamente il contributo di M. Gnes, *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Le procedure di vigilanza*, in M.P. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 256.

[57] Art. 15, par. 1 del regolamento n. 1024/2013: la «notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa è presentata alle autorità nazionali competenti dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio»; art. 85, par. 1 del regolamento n. 468/2014: una «ANC che riceve una notifica dell'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio insediato nello Stato membro partecipante, comunica alla BCE tale notifica non oltre cinque giorni lavorativi successivi alla comunicazione di aver ricevuto la notifica».

dopodiché essa redige una «proposta di decisione» e indica alla istituzione europea la «propria intenzione di opporsi o non opporsi all'acquisizione»[58].

Il procedimento si sposta allora in ambito sovranazionale dove spetta alla Banca centrale europea adottare il provvedimento finale e decidere se «vietare l'acquisizione» o autorizzarla[59].

In particolare – ed è il perno di tutta la procedura – essa adotta il provvedimento finale sulla base della «propria valutazione» della «proposta di acquisizione e del progetto di decisione» nazionale[60].

Da quanto precede emerge abbastanza nitidamente che, sotto l'epidermide del procedimento composto, giace il suo sostrato organizzativo: esso consiste nella relazione ausiliaria che lega l'autorità amministrativa nazionale e quella europea; [61].

Ora si ricorderà che le ipotesi di «ausiliarità» danno luogo a un «riparto di compiti tra uffici collegati» e si verificano quando a un «ufficio spetta il potere di decisione, ad altro ufficio dei poteri o dei compiti che rispetto alla decisione hanno natura complementare: sono poteri e compiti che non sono fini a se stessi, ma senza i quali il potere di decisione non potrebbe dispiegarsi»[62].

Per quel che qui interessa il concetto di ausiliarità – come «formula a carattere sostanzialmente organizzatorio»[63] – rileva sotto un duplice aspetto: da un lato per il significato usuale del termine che implica

[58] Art. 86, par. 1 del regolamento n. 468/2014: la «ANC cui è notificata l'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio valuta se la potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale. A seguito di tale valutazione, l'ANC predispone un progetto di decisione con cui propone alla BCE di opporsi o non opporsi all'acquisizione».

[59] Art. 15, par. 2 del regolamento n. 1024/2013: la «BCE decide se vietare l'acquisizione sulla base dei criteri di valutazione stabiliti dal pertinente diritto dell'Unione».

[60] Art. 87 del regolamento n. 468/2014: la «BCE decide se opporsi o non opporsi all'acquisizione sulla base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione dell'ANC».

[61] In questi termini la sentenza della Corte di giustizia C- 219/17 del 19 dicembre 2018, punto 55, in cui si legge che il ruolo degli enti nazionali consiste nel «registrare le domande di autorizzazione e nel prestare assistenza alla BCE, titolare esclusiva del potere di decisione, segnatamente comunicandole tutte le informazioni necessarie all'adempimento della propria missione, istruendo dette domande e trasmettendole infine una proposta di decisione che non vincola la BCE»; la sentenza riprende le conclusioni dell'Avvocato Generale del 27 giugno 2018 che ha qualificato il ruolo delle autorità nazionali come «preparatorio, meramente ausiliario» (punto 109).

[62] Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 317.

[63] La citazione riportata nel testo è di F. Benvenuti, *L'amministrazione indiretta*, in *Amm. civ.*, I, 1961, 175.

«aiuto, soccorso, assistenza, cooperazione etc., da parte di uno allo scopo di sostenere, agevolare, soccorrere o comunque rendere più efficiente l'attività di un altro»[64]; dall'altro per il rilievo giuridico della relazione sottostante che postula l'esistenza di un ente con propria soggettività «utilizzato come mezzo da un altro ente»[65].

Ciò spiega perché in diritto amministrativo la categoria dell'ausiliarità, come rapporto strumentale, sia stata da tempo inquadrata in una prospettiva quasi esclusivamente dinamica[66]. Essa riguarda nello specifico i casi in cui, all'interno di uno stesso procedimento, un soggetto è titolare della potestà provvedimentale in senso proprio, mentre ad altro competono poteri di vario contenuto (preparatori, consulenziali, esecutivi), ma non decisori[67]; entrambi gli uffici concorrono a svolgere la funzione procedimentalizzata, ma uno di essi sta in posizione definibile di coadiuzione rispetto all'altro secondo la specifica configurazione del ruolo assegnato dalla legge[68].

Per andare sul concreto si pensi all'art. 11 della legge 24 marzo 2012, n. 27 sulla «apertura di nuove sedi farmaceutiche». La norma recita che ciascun comune, previo censimento della popolazione residente, «individua le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio territorio» e «invia i dati alla regione» sotto forma di relazione istruttoria[69]. Una volta ricevute le informazioni necessarie le autorità regionali hanno il compito

[64] Così G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, Milano, 1956, 123.

[65] Così R. Resta, *Gli enti ausiliari dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1939, 689: «ente ausiliare, infatti, significa ente che agisce sussidiariamente rispetto a uno scopo, per cui agisce in via principale un altro ente; ente che, con la propria azione, porta ausilio ad un altro ente; il cui scopo, in altre parole, è utilizzato come mezzo da un altro ente».

[66] Si tratta infatti di una «attività accessoria o, come con diversa qualifica, ma con identico significato è stato detto, di attività servente o strumentale» (così G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, cit., 344).

[67] Si veda F. Garri, *In tema di delega, concessione e affidamento ad enti pubblici della progettazione ed esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1967, 424, per la precisazione che al soggetto ausiliario «competono poteri o compiti di natura complementare (comunque non decisionali) e di vario contenuto».

[68] Si è notato che in «tale rapporto l'esercizio di una potestà da parte di una figura soggettiva è assistito dall'esercizio di funzioni complementari e strumentali da parte dell'ufficio ausiliante. Le funzioni ausiliarie non hanno una loro autonoma configurabilità, nel senso che non trovano dispiegamento se non con un ruolo di assistenza e complemento rispetto alle potestà finalistiche esplicate dall'altra figura soggettiva; quest'ultime, tuttavia, non possono esplicarsi senza il sussidio delle attività ausilianti» (così S. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, 1996, 100).

[69] Art. 11, co. 2 della legge 24 marzo 2012, n. 27.

di bandire concorsi pubblici per la «copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione e per quelle vacanti»[70]. A tal fine esse devono nominare una commissione giudicatrice che è chiamata a valutare i requisiti partecipativi dei candidati e a stilare una graduatoria di merito che assegna ai vincitori le sedi farmaceutiche messe in palio[71].

L'esempio vuol dimostrare che gli organi ausiliari hanno in genere compiti di natura finale[72]. Essi sono vincolati a svolgere una certa attività che, ove richiesta, serve a raggiungere determinati fini legali; e ciò avviene sempre in collegamento con l'esercizio del potere principale – di stampo decisionale – di cui quello ausiliario è indispensabile comple-mento[73]. La combinazione dei due momenti si consuma all'interno del procedimento amministrativo di cui l'atto ausiliario forma un tassello spesso necessario e qualificante, integrando la fattispecie precettiva sul piano degli effetti[74].

Tale connessione dà vita a «rapporto di collaborazione» immanente alla figura dell'ausiliarità perché indica una tensione di volontà verso uno scopo comune[75]; e che è stata giustamente definita «pertinenziale» in quanto l'ausiliario, pur dovendo coadiuvare l'ufficio principale, conser-va intatta la propria sfera di autonomia[76].

---

[70] Art. 11, co. 3 della legge 24 marzo 2012, n. 27.

[71] Art. 11, co. 6 della legge 24 marzo 2012, n. 27.

[72] Motivo per cui G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, cit., 126, ricorda che il termine ausiliarità indica «due distinte realtà, di cui una è caratterizzata e, meglio ancora, condizionata nella sua esistenza dall'altra, cui appunto viene riferita. Da ciò deriva che i due organi non possono ignorarsi ed agire ognuno per proprio conto, ma devono trovarsi in una certa relazione si può allora dire che altro elemento fondamentale va riconosciuto il rapporto collegante i due soggetti» (in questo stesso senso si esprime anche V. Bachelet, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, cit., 46).

[73] Sul punto si veda G. de' Vergottini, *Gli organi ausiliari*, *Parte seconda: L'organizzazione costituzionale*, in G. Amato – A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 497, che giustamente parla di attività «strumentali ma necessarie per un soddisfacente esercizio della funzione primaria».

[74] Molto spesso infatti, per espresse previsioni delle norme di legge, la «attività ausiliaria e quella ausiliante sono talmente intrecciate l'una con l'altra, da dar luogo a fattispecie complesse – evidentemente a complessità diseguale – nelle quali l'effetto tipico dell'atto ausiliato non si produce se non v'è l'atto ausiliante» (così ancora S. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, cit., 101).

[75] Rapporto di collaborazione che è «proprio della funzione ausiliaria» come nota ancora F. Garri, *Ausiliarità della funzione di controllo della Corte dei conti*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 420.

[76] Lo ricorda F. Benvenuti, *Gli enti funzionali*, *Profili generali*, in *Archivio ISAP*, I, 1962, 748: gli «enti ausiliari possono agire sulla base di una soggettività non soltanto formale ma anche sostanziale». Con ciò si vuole altrimenti dire che il «nesso costituito appunto dalla

Ora questo è esattamente ciò che accade nella descritta procedura per controllare gli assetti proprietari negli enti creditizi.

L'art. 15, par. 1 del regolamento n. 1024/2013 stabilisce che la «notifica di acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio stabilito in uno Stato membro partecipante ovvero ogni informazione connessa è presentata alle autorità nazionali competenti dello Stato membro nel quale è stabilito l'ente creditizio». Ricevuta l'istanza l'autorità nazionale «valuta l'acquisizione proposta e trasmette alla BCE la notifica e una proposta di decisione di vietare o di non vietare l'acquisizione»[77]. Nello specifico essa è tenuta a verificare se la «potenziale acquisizione soddisfa tutte le condizioni stabilite dal pertinente diritto dell'Unione e nazionale»; e il suo esame preliminare mette capo a un «progetto di decisione» con cui «propone alla BCE di opporsi o non opporsi all'acquisizione»[78]. Esaurita la fase istruttoria il fascicolo passa immediatamente alla Banca centrale europea che «decide se vietare l'acquisizione» o autorizzarla[79]; ma ciò avviene sulla «base della propria valutazione della proposta di acquisizione e del progetto di decisione» redatto dall'autorità di vigilanza nazionale[80].

Ebbene, nel caso in esame, sembra effettivamente possibile scorgere i tratti di un rapporto di ausiliarità procedimentale: qui, infatti, l'operato dell'amministrazione nazionale serve a preparare la successiva attività decisionale dell'autorità dell'Unione; nella specie l'autorità interna è tenuta ad assistere il decisore sovranazionale nell'istruzione procedimentale, stilando un «progetto» e una «proposta» di decisione[81].

cooperazione prestata dall'un organo e dall'una attività all'altro organo ed all'altra attività si può legittimamente configurare e definire giuridicamente come rapporto di collaborazione pertinenziale o ausiliaria (e, quindi, in posizione collaterale o fiancheggiatrice, cioè autonoma), in quanto, mentre fa salva l'autonomia di struttura dell'ausiliario, coglie ed esprime la destinazione istituzionale di quest'ultimo a cooperare al più regolare esercizio della funzione del proprio principale ed assumendo ad oggetto della propria attività quello stesso su cui opera il principale» (così G. Ferrari, *Gli organi ausiliari*, cit., 290).

[77] Art. 15, par. 2 del regolamento 15 ottobre 2013, n. 1024.

[78] Art. 86, par. 1 del regolamento attuativo 16 aprile 2014, n. 468.

[79] Art. 15, par. 3 del regolamento 15 ottobre 2013, n. 1024.

[80] Art. 87, par. 2 del regolamento 16 aprile 2014, n. 468.

[81] Come ricorda F. Guarracino, *Le "procedure" comuni nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4, 2014, 275, sul «piano strutturale, ciò comporta che la procedura di valutazione prudenziale delle acquisizioni e cessioni di partecipazioni qualificate negli enti creditizi si compone sempre di due segmenti, che corrispondono l'uno al procedimento iniziale condotto dall'autorità domestica, che si conclude con l'atto strumentale contenente la proposta alla BCE, l'altro al procedimento propriamente decisorio svolto presso quest'ultima, che si conclude col provvedimento finale con il quale la BCE decide se vietare o meno l'operazione»; ne emerge

Tale attività preliminare è priva di valore provvedimentale in senso stretto dato che il potere decisorio spetta unicamente alla Banca centrale europea. Tuttavia si inquadra nella medesima funzione come suo elemento determinativo: si tratta dunque di un apporto ausiliario nel senso finora precisato, indispensabile nella dinamica di produzione degli effetti legali[82].

Esaminando la successione dei segmenti procedurali per controllare gli assetti proprietari nelle banche la conclusione che se ne trae è che le competenze intestate alle varie autorità si intrecciano nel procedimento amministrativo in vista di un risultato predefinito. La saga procedimentale è il canale prescelto dal diritto dell'Unione per connettere, attraverso una relazione organizzativa posizionata al suo interno, enti di diversa estrazione ordinamentale che collaborano per scopi comuni.

6. *(*Segue*). Le procedure di vigilanza sulle multinazionali del mercato digitale*

Si prenda adesso un altro esempio.

Il 15 dicembre 2020 l'Unione europea ha pubblicato la proposta n. 2020/361 per adottare un regolamento sul «mercato unico dei servizi digitali». Dopo una lunga attesa il documento è intervenuto a colmare un vuoto legislativo non più procrastinabile e ha dettato «norme armonizzate sulla prestazione di servizi intermediari nel mercato interno»[83]. Questi

la «natura bifasica anche della procedura in questione, la quale, nonostante la competenza per l'emanazione del provvedimento finale spetti esclusivamente alla BCE, necessita sempre della cooperazione dell'ANC di riferimento (destinataria della notifica delle intenzioni di acquisire una partecipazione qualificata in un ente creditizio, responsabile dell'istruttoria e autorità proponente)».

[82] Aspetto chiarissimo in F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 409: «di massima, pare da presumere che l'organo o l'ente chiamato a prendere parte al procedimento debba dare una collaborazione effettiva: non per nulla, se gli usi linguistici hanno un significato, si è introdotta l'espressione «organo ausiliario». La collaborazione, quindi, per quanto concerne l'istruttoria, non può concretarsi che nella rappresentazione di fatti attinenti alla fattispecie o nel giudizio tecnico o valutativo su fatti già acquisiti od in questi due momenti insieme»; risulta ad ogni modo che «taluni atti preparatori hanno la funzione di rappresentare, per l'autorità deliberante, dei fatti, tecnicamente elaborati». Sul punto si veda anche M.T. Serra, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 442, che pone l'accento sul profilo della «deconcentrazione di compiti istruttori» così da assicurare una «articolazione soggettiva in senso pluralistico del procedimento».

[83] Art. 1, par. 1; come chiarisce il cons. n. 4 il regolamento introduce una «serie mirata di norme obbligatorie uniformi, efficaci e proporzionate a livello dell'Unione al fine di tutelare

i suoi obiettivi: «stabilire un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile»[84]; contrastare la diffusione di «contenuti illegali» in rete[85]; garantire la neutralità delle piattaforme telematiche[86]; tutelare i diritti fondamentali degli utenti[87].

La nuova normativa si applicherà a tutti i «servizi intermediari prestati a destinatari il cui luogo di stabilimento o di residenza si trova nell'Unione» (il riparto delle funzioni di vigilanza segue dunque un criterio territoriale)[88]; e riguarderà nello specifico i servizi di semplice trasporto ("mere conduit"), di memorizzazione temporanea ("caching") e di memorizzazione su richiesta dell'utente ("hosting")[89]. In quest'ultima categoria rientrano le «piattaforme online», come i social network o i mercati digitali[90], che possono assumere «dimensioni molto grandi» se «prestano i loro servizi a un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni», ossia al 10% della popolazione totale dell'Unione[91].

L'esecuzione del nuovo regolamento è stata affidata a un «sistema comune» di autorità amministrative formato dalla Commissione, dai coordinatori nazionali dei servizi digitali e dal comitato che li riunisce[92]; in base al disposto regolamentare essi «cooperano tra loro» secondo collaudati

e migliorare il funzionamento del mercato interno. Il presente regolamento stabilisce le condizioni per lo sviluppo e l'espansione di servizi digitali innovativi nel mercato interno».

[84] Art. 1, par. 2, lett. b.

[85] Cioè «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione ad un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro» (art. 2, lett. g).

[86] Cons. n. 20.

[87] Che ai sensi del cons. n. 41 sono la libertà d'informazione e di espressione; il diritto alla riservatezza e alla vita privata; la libertà d'impresa; la tutela della proprietà intellettuale.

[88] Art. 1, par. 3.

[89] Art. 2, lett. f) che include nel concetto di «servizio intermediario»: un «servizio di semplice trasporto ("*mere conduit*"), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire accesso a una rete di comunicazione; un servizio di memorizzazione temporanea ("*caching*"), consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite dal destinatario del servizio, che comporta la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni al solo scopo di rendere più efficiente il successivo inoltro delle informazioni ad altri destinatari su loro richiesta; un servizio di "*hosting*", consistente nel memorizzare informazioni fornite da un destinatario del servizio su richiesta di quest'ultimo».

[90] Cons. n. 13.

[91] Art. 25, par.1.

[92] Cons. n. 45.

meccanismi di coamministrazione delle funzioni di vigilanza[93]. La proposta di regolamento ha assegnato alla Commissione e alle autorità nazionali rilevanti poteri istruttori (possono richiedere informazioni ai prestatori di servizi digitali; possono ispezionare i loro locali aziendali; possono sequestrare documenti; possono verbalizzare qualunque dichiarazione) e altrettanto incisivi poteri decisionali (possono ordinare la cessazione di comportamenti illeciti; possono imporre misure correttive e accettare impegni vincolanti; possono adottare misure cautelari; possono irrogare sanzioni pecuniarie e penalità di mora) da esercitare nel rispetto del principio del contraddittorio coi destinatari[94].

La vigilanza settoriale spetta in prima battuta alle autorità nazionali (secondo il menzionato criterio del luogo di stabilimento dell'impresa vigilata), anche se sono previsti specifici meccanismi di interlocuzione con la Commissione. Le autorità pubbliche dell'Unione e degli Stati membri sono infatti collegate attraverso raccordi di natura procedimentale ed è qui che si può apprezzare più nitidamente l'intensità della loro collaborazione.

Tanto accade, ad esempio, nella procedura di «cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali» che si svolge nel seguente modo.

Il procedimento è avviato da qualunque coordinatore nazionale dei servizi digitali che può chiedere al coordinatore competente per territorio di «valutare la questione e di adottare le misure di indagine e di esecuzione necessarie» qualora vi sia il sospetto che un prestatore di servizi intermediari abbia violato le norme del nuovo regolamento[95]. La richiesta è motivata in punto di fatto e diritto, ed è corredata delle prove necessarie[96]. Ricevuta l'istanza il coordinatore interpellato avvia quindi l'indagine ed entro due mesi comunica la propria valutazione del caso, indicando le eventuali misure adottate[97].

Laddove l'autorità proponente «non abbia ricevuto una risposta» alla propria richiesta nel termine previsto, oppure «non concordi con la valutazione del coordinatore dei servizi digitali» interpellato[98], può deferire la questione alla Commissione che la esamina entro tre mesi. Se giunge a conclusioni diverse da quelle dell'autorità nazionale che ha condotto

[93] Art. 38, par. 2.

[94] Art. 41, par. 1 e par. 2 (per quanto concerne le autorità di vigilanza nazionali); artt. 54-63 (per quanto riguarda la Commissione).

[95] Art. 45, par. 1.

[96] Art. 45, par. 2.

[97] Art. 45, par 3 e par. 4.

[98] Art. 45, par. 5 e par. 6.

l'indagine la Commissione le può chiedere di «valutare ulteriormente la questione e di adottare le misure di indagine o di esecuzione necessarie» nei successivi due mesi[99].

Tuttavia il procedimento non termina qui: se l'indagine riguarda una «piattaforma online di grandi dimensioni» e il coordinatore dei servizi digitali competente non ha svolto il supplemento istruttorio richiesto dalla Commissione[100], quest'ultima può richiamare a sé il procedimento di vigilanza e da quel momento il «coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento interessato non è più autorizzato ad adottare alcuna misura di indagine o di esecuzione in relazione alla pertinente condotta della piattaforma online di dimensioni molto grandi interessata»[101]. Egli può solo coadiuvare la Commissione, fornendole il fascicolo d'indagine con tutte le informazioni necessarie affinché questa possa adottare la decisione più appropriata nei confronti della piattaforma telematica vigilata[102].

Un procedimento in parte analogo si osserva per la «vigilanza rafforzata sulla piattaforme online di dimensioni molto grandi». In base alle disposizioni del nuovo regolamento quest'ultime sono soggette ad alcuni specifici oneri comportamentali come ad esempio: adottare misure cicliche di attenuazione dei rischi sistemici (ossia la manipolazione dei dati e la loro illegale divulgazione); sottoporsi ogni anno ad audit indipendenti; detenere un registro dei dati pubblicitari diffusi al pubblico; istituire un ufficio di contatto con le autorità di settore[103]. In caso di una o più sospette violazioni la Commissione, il comitato dei coordinatori o almeno tre coordinatori nazionali dei servizi digitali possono interpellare il coordinatore competente per territorio e chiedergli di avviare un'indagine[104].

Aperto il procedimento l'autorità agente prende subito contatto con la piattaforma telematica vigilata e le può chiedere di elaborare anzitutto un «piano di azione in cui precisi come intende far cessare o porre

[99] Art. 45, par. 7.

[100] Il presupposto previsto dall'art. 51, par. 1, lett. a) è che la piattaforma di grandi dimensioni «abbia violato una qualsiasi delle disposizioni del presente regolamento senza che il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento abbia adottato alcuna misura di indagine o esecuzione a seguito della richiesta della Commissione di cui all'articolo 45, paragrafo 7, dalla scadenza del termine stabilito in tale richiesta».

[101] Art. 51, par. 2.

[102] Art. 51, par. 3.

[103] Artt. 26-32.

[104] Art. 50, par. 1.

rimedio alla violazione»[105]; e poi di sottoporsi a un «audit indipendente supplementare che consenta di valutare l'efficacia di tali misure nel far cessare o porre rimedio alla violazione»[106]. Esauriti tali passaggi istruttori il coordinatore dei servizi digitali comunica alla Commissione, al comitato e alla piattaforma online se ritiene o meno che le misure intraprese abbiano rimediato alla violazione riscontrata; dopodiché egli «non è più autorizzato ad adottare alcuna misura di indagine o di esecuzione»[107].

Il motivo è presto spiegato: qualora infatti persista una violazione regolamentare spetta solo alla Commissione il potere di intervenire, al posto dell'autorità nazionale, nei confronti della piattaforma digitale con una decisione puntuale[108]. Si ripete allora lo stesso schema già visto nel precedente procedimento: la Commissione avvia un'indagine in autonomia, ma col supporto dell'autorità nazionale, e al termine adotta il provvedimento di vigilanza più adatto a reprimere la violazione.

Ora è sicuramente prematuro avanzare previsioni sull'impatto che avrà il nuovo regolamento sui servizi digitali dell'Unione all'indomani della sua entrata in vigore; un dato tuttavia appare di estremo valore e si deduce dalla struttura dei due procedimenti appena analizzati che forniscono interessanti spunti di riflessione nella direzione intrapresa.

Andando infatti oltre il profilo puramente esteriore rappresentato dalla contitolarità della funzione tipica dei casi di coamministrazione, emerge con ogni evidenza che in entrambi i procedimenti il legislatore dell'Unione ha posizionato una relazione organizzativa che esprime il momento culminante della collaborazione tra le autorità amministrative coinvolte[109]. I due procedimenti si caratterizzano, a ben vedere, per il potere della Commissione di sostituirsi al coordinatore nazionale dei servizi digitali

[105] Art. 50, par. 2.

[106] Art. 50, par. 3.

[107] Art. 50, par. 4.

[108] Art. 51, par. 1, lett. c).

[109] Anche gli esempi proposti nel testo, al pari degli altri richiamati nei precedenti capitoli, sembrerebbero confermare che la collaborazione è il criterio che regola le funzioni amministrative comuni in cui la legge prefigura e richiede un concorso plurisoggettivo di volontà nella formazione di vicende giuridiche unitarie. Qui un dato effetto è il risultato di più poteri, molto spesso di diversa intensità, intrecciati e dislocati in vari momenti del procedimento amministrativo (per considerazioni analoghe si veda G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 92). Per tale ragione gli apporti degli enti cooperanti non confluiscono nel momento costitutivo o provvedimentale degli effetti (rispetto al quale un'esigenza collaborativa rileva solo marginalmente), ma in quello determinativo in cui essi concorrono a definire secondo la propria competenza la trama, il disegno legale, della fattispecie precettiva di rango sovrastatale.

nei casi tipicizzati dal regolamento; e in questo senso hanno anche, e soprattutto, valenza organizzativa[110].

La regolamentazione settoriale sui servizi digitali sembra dunque comprovare, ove ce ne fosse ancora bisogno, l'elevato potenziale scientifico che si annida nei «sistemi comuni» dell'Unione; e conferma l'utilità di studiare la disciplina del procedimento amministrativo non solo sul piano formale (la scansione in fasi) o sul piano sostanziale (l'esercizio del potere pubblico), ma anche nei suoi immanenti aspetti organizzativi: cioè dalla (poco esplorata) prospettiva delle relazioni organizzative procedimentali tra apparati pubblici.

7. *La valenza organizzativa del procedimento amministrativo: profili critici e proposte di riflessione*

Il quadro giuridico, così tratteggiato, diviene allora più nitido nella prospettiva tracciata e permette di svelare una dimensione non sempre adeguatamente lumeggiata del procedimento amministrativo: la dimensione organizzativa.

Occorre però un chiarimento.

Che il procedimento possa rispondere a un'esigenza di tal genere – come si è anticipato – è un aspetto da tempo posto in luce dalla dottrina italiana, anche se spesso offuscato da profili più eclatanti della medesima vicenda: si pensi ai temi del contraddittorio, della partecipazione, dell'esercizio del potere sui cui la scienza giuridica si è lungamente esercitata.

Tuttavia, al di là di ciò, è stato autorevolmente sostenuto che nel

[110] Sul punto si vedano per i saggi M.R. Spasiano, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione: dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*, in *Dir. e soc.*, 1, 2019, 41 ss.; A. Police, *Il potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle regioni: condizioni e limiti di esercizio*, in *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, Milano, 2007, 653 ss.; M. Cammelli, *Poteri sostitutivi*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna, 1998, 32 ss.; U. Borsi, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi senesi*, 3, 1916, 7 ss. Per le opere monografiche si vedano M. Scudiero, *I controlli sulle regioni sulle province e sui comuni nell'ordinamento costituzionale italiano*, I, Napoli, 1963; E. Esposito, *Il potere sostitutivo. Amministrazione centrale ed enti locali*, Napoli, 1968; G. Sirianni, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991; C. Barbati, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri – sanzioni – rimedi*, Milano, 1992; M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004.

procedimento amministrativo può anche «intravvedersi, più che come substrato, come componente di base, un fenomeno di organizzazione, tanto più degno di attenzione questo quanto più il procedimento, non limitandosi a svolgersi secondo contatti tra organi di uno stesso ente, implichi il superamento dei confini determinati dalla personalità di quest'ultimo, e coinvolga così il concorso, nel proprio ambito, di una pluralità di uffici appartenenti a soggetti giuridici distinti»[111]; e parimenti si è osservato che il «procedimento amministrativo è qualcosa di più di un'attività preparatoria. Esso è il riflesso, nell'attività, dell'organizzazione: come quest'ultima è ordinata sul principio della distribuzione delle funzioni, la prima è ordinata sul principio di articolazione, per cui i momenti in cui essa si svolge sono distintamente rilevanti e regolati. Insomma, il procedimento è il profilo dinamico dell'organizzazione»[112].

Lo stesso è stato detto, non casualmente, a proposito del sistema ordinamentale dell'Unione europea dove il procedimento amministrativo non di rado «serve a completare l'organizzazione. Esso consente ai vari pubblici uffici di assolvere i rispettivi compiti, di scambiarsi informazioni, di collaborare, a volte in modo dialettico. In questo senso, può dirsi che il procedimento abbia una valenza organizzativa»[113].

In ciascuna delle ricostruzioni citate ricorre una condivisibile idea di fondo: ossia che nel procedimento amministrativo esiste un lato organizzatorio strettamente connesso a quello dell'attività; entrambi possono risultare così intrecciati da renderne spesso difficoltosa la scissione. Lo schema procedimentale può essere alternativamente inquadrato nell'uno o nell'altro angolo visuale; e risalta per la sua intrinseca capacità di convogliare (e collegare) dinamicamente organi e uffici in una trama unitaria[114].

Tuttavia a noi pare che la prospettiva esegetica appena evocata – indiscutibile da un punto di vista di teoria generale – possa essere maggiormente specificata alla luce dei casi empirici poc'anzi citati;

[111]Così G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 12 (su cui da ultimo G. Sala, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni organizzativi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, 511 ss.).

[112] Così S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 224.

[113] Il rilievo è di G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea*, in M.P. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte generale*, I, cit., 508.

[114] Ne dà atto D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 282.

rilevando cioè che il procedimento amministrativo possiede valenza organizzativa tutte le volte in cui la legge ripone al suo interno una relazione organizzativa tra figure soggettive autonome.

Questo aspetto è parzialmente diverso dall'ipotesi finitima – cui alludono gli autori in precedenza richiamati – che ricorre quando la legge disciplina un procedimento strutturalmente aperto alla presenza, necessaria o eventuale, di più enti pubblici che intervengono e operano sinergicamente al suo interno[115].

È di tutta evidenza infatti che un conto è parlare di procedimenti complessi (o pluristrutturati) per la partecipazione doverosa o episodica di più figure soggettive in azione; altro è dire che il loro concorso procedimentale risponde a una logica organizzativa in quanto è il frutto di una relazione organizzativa posizionata dalla legge dentro i confini del procedimento amministrativo[116].

In altre parole il ragionamento proposto intende rimeditare l'idea, autorevolmente argomentata, per cui il procedimento possegga anche un risvolto organizzativo. Che ciò accada è fuor di dubbio. Ma dipende non tanto dalla frequente e fisiologica convergenza di più autorità amministrative al suo interno; bensì dalla presenza di una relazione organizzativa che le lega nel contesto della serie procedurale. I due procedimenti esaminati, forse inconsciamente, sembrano marcare tale sfumatura quando ricostruiscono in termini di *ausiliarità* e di *sostituzione* l'intima sostanza della relazione procedimentale tra le due amministrazioni contitolari della funzione.

Se ne potrebbe allora inferire una conclusione di più estesa portata: ossia che l'essenza delle relazioni organizzative, qualora esistenti e tipicizzate, è di costituire modi normativamente previsti per consentire a più soggetti di svolgere la stessa funzione in vista di un unico obiettivo[117]; in una

[115] Quando, cioè, si ha un procedimento che risulta dalla «azione coordinata di un insieme di figure soggettive, nello svolgimento di una pluralità di poteri e funzioni verso un risultato unitario» (così D. D'Orsogna, *contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, 255); in cui vi sono «raccordi funzionali tra amministrazioni destinati a regolare una intera vicenda amministrativa» (così G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 364).

[116] Il punto è colto incidentalmente anche da M. Trimarchi, *Premesse sistematiche sulle relazioni organizzative*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2021, 254, quando nota che occorre da un lato considerare che la «attività amministrativa assume rilievo interstrutturale sempre in ragione di una norma di organizzazione»; ma che dall'altro bisogna «distinguere quella parte di essa che si compie all'interno di una relazione organizzativa da quella che si colloca all'esterno».

[117] Esse, come dovrebbe essere oramai chiaro, attengono al momento dell'azione e realiz-

parola di collaborare come plasticamente testimoniano i procedimenti di coamministrazione dell'Unione europea.

8. *Verso una rinnovata teoria giuridica della relazioni organizzative*

Ci sono a questo punto tutti gli ingredienti per provare a trarre qualche conclusione di più ampio respiro teorico.

Le relazioni organizzative procedimentali sono lo specchio di un'organizzazione pubblica che nel tempo ha mutato pelle ed è passata da un sistema compatto a un complesso disaggregato e multilivello[118]. In ogni cambiamento si verifica sempre, anche a livello inconscio, un'inversione di prospettiva; e tanto è avvenuto anche nel caso delle relazioni organizzative.

Il breve studio sin qui condotto ha tentato di mostrare come le relazioni organizzative non ricalchino più le dinamiche tipiche di una amministrazione ordinata verticalmente, scarna di apparati e rigidamente accentrata; dove la regola era la netta suddivisione dei ruoli che sempre potevano calare dall'alto e qui eventualmente risalire[119]. Codesta visione presupponeva che il potere amministrativo fosse concentrato in pianta stabile all'apice dell'organizzazione, e da qui potesse essere distribuito ai livelli inferiori secondo criteri di riparto prevedibili e statici[120]. In breve

zano fenomeni di compartecipazione soggettiva all'esercizio di funzioni amministrative unitarie (cfr. F. Benvenuti, *I controlli amministrativi dello Stato sulla regione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1972, 596-597).

118 Lo ricorda M.S. Giannini, *Amministrazione pubblica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, I, 1991, 182 ss.

119 Sul punto si rinvia alla sintesi di B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 337-339; ma soprattutto di G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1989, 9, che ricorda che il sistema amministrativo italiano nasce dalla fusione dei principi dell'«accentramento gerarchico» e della «personificazione nello Stato» di tutta la società.

120 Lo ricorda M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, cit., 76: in «questo modello si assume che il potere amministrativo possa essere concentrato in modo stabile nel vertice dell'organizzazione e da qui venire poi eventualmente distribuito per quote decrescenti verso i gradi inferiori della gerarchia e verso le articolazioni periferiche dell'organizzazione, secondo un principio per cui tutti i compiti possono essere ripartiti *ex ante*, in modo prevedibile e statico. I collegamenti fra le diverse parti dell'organizzazione vengono considerati come articolati secondo linee verticali, in cui le relazioni sono asimmetriche ed orientate in modo univoco e non variabile in senso discendente, perché chi occupa una posizione sovraordinata o centrale ha per definizione più potere di chi ha una posizione subordinata o periferica e mantiene sempre questo differenziale attivo, qualsiasi sia la relazione posta in essere. Si

si era al cospetto di un'entità amministrativa uniforme e omogenea; visibile solo attraverso i suoi atti espressivi della volontà statuale; dove le dinamiche interne all'organizzazione rimanevano perlopiù in retrovia, confinate in un ambito privo di visibilità esterna[121].

Che il volto dell'organizzazione amministrativa sia adesso ampiamente mutato, anche per l'influsso dell'integrazione europea, è circostanza da tempo segnalata nelle riflessioni dottrinali; e ciò ha riguardato anche le relazioni tra i diversi centri coinvolti nella cura degli interessi pubblici che non possono più essere delineate secondo schemi (o meglio: secondo suddivisioni di competenze) riferibili a un unico soggetto collocato al vertice della piramide organizzativa. L'esistenza di un simile modello non è più predicabile dopo la rottura dell'unità gerarchica e la graduale ascesa dei principi costituzionali di autonomia, decentramento e differenziazione che hanno segnato il formale trapasso verso un sistema reticolare di poteri e interessi pubblici collocati anche al di fuori del territorio nazionale[122]. Il fatto è sufficientemente noto e su di esso non occorre intrattenersi;

ritiene che tutti i rapporti organizzativi si svolgano sulla base di questo differenziale di potere, in base al quale l'organo subordinato agisce unicamente sulla base di quanto gli viene richiesto dai livelli gerarchici superiori, mentre l'organo sovraordinato può sempre agire sovrapponendosi all'ufficio subordinato, determinandone l'azione e indirizzandola secondo un percorso esattamente prevedibile. Il vertice della piramide è così il necessario punto di passaggio e di intermediazione di tutti i collegamenti che si possono stabilire fra le diverse unità organizzative subordinate o periferiche. Le interdipendenze fra le diverse parti dell'organizzazione sono considerate come del tutto condizionate dagli impulsi che derivano dal vertice e per questo stabili, invarianti e prevedibili».

[121] Ne dà puntualmente atto G. D'Alessio, *I giuristi e l'organizzazione amministrativa*, in *Queste istituzioni*, 2, 1983, 11-13.

[122] Per un rilievo in questo senso si veda E. Carloni, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004, 296, per il quale lo «scenario con cui si confronta chi voglia analizzare lo sviluppo contemporaneo delle istituzioni pubbliche deve tenere conto di un dato difficilmente controvertibile: la natura plurale e composita delle pubbliche amministrazioni» che «viene ad essere percepita, ed assunta come tale anche dallo stesso legislatore». Per conseguenza è «venuta meno la certezza che l'organizzazione amministrativa inerisca all'ordinamento statale e consista di una porzione dell'elemento organizzazione proprio di questo, poiché il diritto positivo mostra sconfinamenti sempre più marcati in altri ordinamenti, sicché elementi organizzativi di ordinamenti diversi compartecipano all'esercizio di funzioni amministrative. Di più, queste funzioni si svolgono talora tra più ordinamenti, o comportano comunque l'attività di più soggetti, oltre lo Stato, talché si è proposta la più vasta e precisa definizione di apparato di pubblici poteri, come l'insieme dei soggetti (e del relativo elemento organizzante) che compartecipano di funzioni amministrative» (così S. Valentini, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, cit., 5).

ciò che invece conta rilevare è che la trasformazione in senso pluralistico dell'ordinamento giuridico ha investito anche la teoria delle relazioni organizzative che all'evidenza non possono più essere filtrate attraverso lo schema (che ben si può considerare) recessivo dell'unità statocentrica e del correlato impianto piramidale[123].

L'immagine di una realtà profondamente modificata non esime tuttavia dal ricercare le ragioni che giustificano la persistenza di relazioni giuridiche – o meglio di collegamenti che hanno consistenza giuridica – tra figure soggettive dotate di autonomia che agiscono in un'organizzazione frammentata in un coacervo di poteri concomitanti[124]. Come hanno tentato di dimostrare i vari esempi riportati nelle pagine che hanno preceduto la risposta all'interrogativo, pur non agevole, dev'essere proprio ricercata nella rinnovata fisionomia dell'ordinamento contemporaneo: le relazioni organizzative, all'inizio concettualizzate per un sistema ordinato per gradi, fanno ora leva su un'esigenza di *flessibilità* (o di elasticità) più adatta a un'amministrazione complessa e disaggregata[125]; questo è il dato di fondo (o meglio: l'elemento comune) che sembrerebbe emergere dalla nostra trattazione.

Per meglio intendersi.

Nell'organizzazione contemporanea i rapporti tra le persone giuridiche pubbliche rifuggono all'evidenza ogni tentativo di rigida partizione come avveniva nella precedente esperienza; reclamano invece una qualità inversa che è quella di sapersi adattare ai differenti settori di governo della società

[123] Perché oggi, come si è cercato indietro di dimostrare, è possibile inquadrare la gerarchia più che altro come elemento isolabile nell'ambito di una relazione (organizzativa) tra figure soggettive dotate di autonomia, e non come principio che anima e informa tutte le dinamiche dell'organizzazione amministrativa; osservazioni di estremo valore, anche se inserite in un differente percorso ricostruttivo, si possono trovare in A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 3, 2008, 527.

[124] La natura composita dell'attuale sistema amministrativo è evidenziata tra i tanti da L. Torchia, *Il riordino dell'amministrazione centrale: criteri, condizioni e strumenti*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1999, 691; nonché da S. Cassese, *Concentrazione e dispersione dei poteri pubblici*, in *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, I, Milano, 1987, 153 ss.; e prima ancora da G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, 88-89.

[125] Si tratta di un dato empirico che tra l'altro emerge anche dalle riflessioni sociologiche dedicate al tema dell'organizzazione; per tutti si vedano M.J. Hatch, *Teoria dell'organizzazione. Tre prospettive: moderna, simbolica, postmoderna*, Bologna, 2013, 321; R. D'Amico, *Le pubbliche amministrazioni come species del genus «organizzazioni complesse»*, in R. D'Amico (a cura di), *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, I, Milano, 2004, 35; G. Bonazzi, *Come studiare le organizzazioni*, Bologna, 2002, 19; P. Romei, *L'organizzazione come trama. Fondamenti per la conoscenza e lo studio dei fenomeni organizzativi*, Padova, 2000, 49.

e alle specifiche necessità di pubblico interesse che lì si manifestano[126]. Poco importa sapere ogni volta chi è sovraordinato, chi è parificato, chi sta in posizione strumentale; non si dànno collocazioni invariabili; non vi è più un unico soggetto, un attore privilegiato, da cui fuoriescono tutte le attribuzioni e le competenze amministrative[127].

Le relazioni organizzative, per come tramandate di consueto, certo permangono anche nel nuovo quadro dell'amministrazione, e non potrebbe essere altrimenti; ma quel che adesso rileva è il diverso scenario in cui esse si collocano (l'ordinamento declinato al plurale[128]) e il risultato pratico cui esse aspirano (la cura congiunta dell'interesse pubblico[129]): due fattori che condizionano le modalità di collegamento tra gli enti interessati.

Ecco allora che in un contesto caratterizzato da una galassia di poteri congeneri le relazioni organizzative, altrimenti evanescenti se inquadrate secondo la loro tradizionale versione teorica, riscoprono un ruolo essenziale di collante sistemico; e lo fanno nella sede che, meglio di altre, è in grado di governare la moltiplicazione delle competenze presenti in un'organizzazione in perenne movimento, conferendole la necessaria agilità di manovra: il procedimento amministrativo[130].

---

[126] Utili spunti riflessivi in M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002*, Milano, 2003, 118.

[127] Lo sottolinea G. Di Gaspare, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 524.

[128] Il punto è colto da M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, cit., 155: la «complessità dei problemi da affrontare richiede che le diverse componenti dell'organizzazione amministrativa agiscano in modo fortemente interdipendente, il che impone loro di adottare modelli organizzativi flessibili e dinamici, che non consentono più di guardare all'organizzazione amministrativa secondo un disegno unitario, armonico e stabile». Le «relazioni organizzative si allontanano quindi dalla loro immagine tradizionale, ordinata in un quadro sempre riconducibile alla piramide gerarchica e articolata in riferimento quasi esclusivo ai suoi punti di vertice. La loro evoluzione avviene in coerenza ad un modello diverso, in cui il legame tra le diverse competenze e l'ordine reciproco che essere vengono ad assumere non si reggono solo sull'equilibrio statico della loro distinzione formale, ma si appoggiano anche sui punti mutevoli di equilibrio dinamico individuati dalle connessioni organizzative temporanee e variabili che sono necessarie per affrontare le complessità del reale e possono fornire all'amministrazione pubblica la flessibilità necessaria per consentirle di raggiungere nel modo migliore i risultati che le sono affidati».

[129] Inteso come l'insieme di diritti (e di doveri) costituzionali che appartengono alla collettività secondo L.R. Perfetti, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 1, 2019, 58-59.

[130] La disciplina procedimentale finisce così per tracciare le linee di un'organizzazione dinamica che esprime un'amministrazione complessa e policentrica in cui agiscono

Il passaggio è di fondamentale importanza.

L'attenuazione del modello gerarchico, e la sua tendenziale sostituzione ad opera di un principio di legittimazione a carattere procedimentale, hanno ridefinito il volto delle relazioni organizzative per come tradizionalmente intese; in origine configurate per una amministrazione costruita secondo un ideale di rigida gradualità, esse hanno dovuto rinnovare se stesse nel momento in cui la dimensione piramidale dell'organizzazione si è slegata in una miriade di figure soggettive autonome che di regola agiscono attraverso il paradigma procedimentale[131].

Il punto di svolta sta, insomma, nell'avvento del procedimento amministrativo come modulo ordinario di svolgimento delle funzioni amministrative in un'organizzazione complessa e come canale di collegamento dinamico tra poteri pubblici. È qui che la legge intende ricomporre in unità il pluralismo che connota la società contemporanea; ed è ancora qui che oramai albergano le relazioni organizzative che (ri) acquistano così piena evidenza esteriore e rinforzata dignità sul piano della teoria giuridica.

Nella loro nuova veste esse rilevano entro, e non oltre, il perimetro del procedimento amministrativo ed emergono in occasione di esso; è per questo che hanno il carattere della *duttilità* in quanto scandiscono connessioni variabili in base al tipo di funzione ideata dalla legge. Fuori dal procedimento amministrativo non vi possono essere, se non da un punto di vista del tutto astratto, relazioni organizzative[132]: è questo il diverso orizzonte di inserimento che esse hanno (ri)guadagnato nella dogmatica giuridica dell'organizzazione pubblica.

---

soggetti diversi, ma al contempo connessi; il procedimento diviene, in altre parole, «regola di organizzazione della funzione amministrativa e regola di misurazione della reciproca rilevanza, nel processo decisionale, di interessi, diversi e a volte anche contrapposti, la cui cura è attribuita a soggetti distinti, ma il cui coordinamento si impone per il raggiungimento del risultato complessivo: la definizione dell'interesse, o meglio della risultante della composizione di interessi, tutelato come pubblico» (così G. Sala, *Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1, 2004, 17).

[131] Si veda A. Romano Tassone, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2007, 108 (Id., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Messina*, 2, 1981, 457).

[132] Essendo oramai chiaro che le relazioni organizzative sono concepite dall'ordinamento come mezzi giuridici di collegamento soggettivo e servono a realizzare fattispecie complesse in cui la funzione amministrativa è scomposta in segmenti imputabili ad agenti diversi, ma diretti a produrre un solo effetto (cfr. G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., 113).

Certo si potrebbe in altro avviso obiettare che così facendo si finisce per smarrire il tratto qualificante delle relazioni organizzative che era – ed è – dato dalla loro tendenziale stabilità (o prevedibilità); il rilievo non sarebbe in sé privo di potenziale fondamento, ma ad esso si può opporre che in realtà il problema è solo apparente dato che l'evidenziata qualificazione (non in discussione presso la dottrina pubblicistica) va adesso intesa in senso affatto differente rispetto all'abitudine più consolidata.

Le relazioni organizzative ben si possono considerare stabili se inquadrate nella logica di risultato tipica dell'intelaiatura procedimentale. È una stabilità che si potrebbe definire contingente (ma non casuale) perché scaturisce dalla specifica fisionomia della funzione amministrativa e dal modo in cui la legge sceglie di aggregare, volta per volta e in modi sempre diversi, gli enti pubblici che ne fanno parte[133]. La flessibilità delle relazioni organizzative importa che una figura soggettiva che ricopre per legge un certo ruolo all'interno di una funzione, ne può poi assumere un altro in un diverso contesto procedurale; si tratta, insomma, di una stabilità cinetica e mobile che si rinnova nella continua tensione dell'attività amministrativa al suo scopo naturale: l'interesse pubblico.

L'esempio dei procedimenti di coamministrazione è in questo senso eloquente: sono infatti procedimenti che rilevano anzitutto in chiave organizzativa – si direbbe quasi che diano luogo a una organizzazione procedimentale – e che si adattano alle esigenze specifiche dei settori in cui il diritto dell'Unione intende conseguire un effetto di integrazione tra figure soggettive autonome in vista di un unico obiettivo[134].

L'eterogeneità dei fini rilevabili nei settori comuni richiede di modellare relazioni organizzative procedimentali differenziate e capaci di adattarsi alle cangianti necessità di pubblico interesse indicate dalla legge; la quale ogni volta può decidere di raccordare in modo diverso persone giuridiche in principio poste su un piano di reciproca indifferenza[135]. Nel corso

[133] In tal modo le singole figure soggettive «acquistano ciascuna una posizione relativa (un senso di posizione volta per volta variabile e relativo), in funzione del risultato da perseguire» (così D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, cit., 279).

[134] Vale la pena ripetere che nel corso della trattazione si è adoperata la nozione di coamministrazione come espediente teorico per esaminare alcuni procedimenti amministrativi in cui è preminente il profilo organizzativo nel senso più volte ricordato; resta però inteso che siffatti procedimenti, anche se disciplinati da normative di rango sovrastatale, rientrano a tutti gli effetti nel catalogo dei procedimenti – a struttura complessa e a logica compositiva – di cui abbonda il diritto amministrativo interno e di cui essi sono un ulteriore formante tipologico (un'ampia rassegna in questo senso riferita all'ordinamento italiano si trova in G. Vesperini, *I poteri locali*, II, Roma, 2001, 30-52).

[135] Lo ricorda anche G. Sydow, *Cooperazione amministrativa nell'Unione europea*, in *Studi*

della trattazione ne abbiamo evidenziato la logica intrinseca: nella realtà contemporanea – di cui l'Unione europea è parte costitutiva – è frequente che una pluralità di soggetti, e quindi di poteri pubblici, formalmente separati venga attivata per risolvere un solo problema amministrativo. In simili occasioni assume preminente centralità il problema del loro collegamento dinamico per raggiungere il risultato previsto; e la trama organizzativa è esattamente il prodotto dei nessi giuridici che inquadrano le figure soggettive all'interno della procedura amministrativa[136]. Quando ciò accade subentrano le relazioni organizzative come modi normativi per coniugare enti autonomi in procedimenti complessi diretti a uno scopo comune[137].

9. *Relazioni organizzative e buon andamento dell'azione amministrativa*

Quanto precede testimonia, in conclusione l'utilità di inquadrare le relazioni organizzative in una prospettiva dinamica e giustifica l'approfondimento che ha provato a rinverdire, in chiave problematica, la riflessione sul tema prescelto.

Se un elemento di sintesi è emerso dal discorso è che le relazioni organizzative, ricollocate nella loro appropriata dimensione topologica, assicurano il buon funzionamento dell'apparato amministrativo, la sua tangibile epifania nel momento della azione. Nella dinamica relazionale – perché di ciò si tratta – le singole figure soggettive sono chiamate a esercitare i propri poteri in una condizione di reciprocità da cui non si possono sottrarre. Il collegamento plurisoggettivo può assumere morfologia diversa a seconda dei contesti d'intervento, ma ciò che conta è l'intelaiatura procedimentale che è in grado finalmente di mostrare il potenziale delle relazioni organizzative nella produzione degli effetti finali della funzione amministrativa[138].

parl. pol. cost., 203-204, 2019, 31 ss. (studio che si pone in linea di continuità col lavoro monografico *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, Tübingen, 2004).

[136] Di «meccanismi relazionali di mezzi allo scopo» parla ancora G. Marongiu, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, cit., 161.

[137] Così che si può definitivamente affermare – usando le parole di G. Berti, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1982/83, 1028 – che il procedimento amministrativo «riflette l'organizzazione», rispecchia l'immanenza dell'attività e i suoi risvolti nell'organizzazione.

[138] Di «complesso plurisoggettivo» parla M. Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pub-*

Le relazioni organizzative, ogni volta che sono previste dalla legge, divengono un mezzo per consentire all'attività amministrativa di proseguire senza ostacoli verso i suoi obiettivi. In quest'ordine di idee si può sostenere che le relazioni organizzative, e l'intreccio collaborativo che esse esprimono, possiedono un sostrato di immanente doverosità; nel senso che sono legate a funzioni qualificate come obbligatorie per il grado di inderogabilità dei fini segnati dalla legge[139].

blico (Considerazioni generali), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, 380, per designare il collegamento di «vari soggetti (e della loro attività), per garantire anche da un punto di vista organizzativo, la convergenza delle attività verso l'unico fine». L'Autore trae simile conclusione dall'analisi dei rapporti direttivi nell'ordinamento settoriale degli alloggi pubblici, ma è indubbio che le stesse considerazioni si possono estendere a tutti i rapporti di organizzazione che chiamano in causa più figure soggettive e connettono le loro competenze nel momento dell'attività. La comunanza della funzione e dell'interesse perseguito dalle singole autorità pubbliche è il presupposto del loro collegamento organizzativo procedimentale; e tanto vale, a nostro avviso, a superare le obiezioni di quanti hanno osservato come la categoria della collaborazione amministrativa sia «incerta nei contorni e soprattutto nel fondamento sistematico» (così A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., 135).

[139] È questa l'esigenza che, ad esempio, ispira l'architettura istituzionale, a trazione direttiva, incaricata di attuare il piano nazionale di ripresa e resilienza finanziato con i capitali dell'Unione ai sensi del regolamento n. 241/2021 del 12 febbraio 2021. In via preliminare si ricorda che ai sensi del citato regolamento i piani elaborati a livello nazionale devono coprire determinate aree d'intervento (ecologia, digitalizzazione, crescita economica e sociale, salute, politiche giovanili) e sono approvati di concerto dal Consiglio e dalla Commissione che possono sospendere o revocare i finanziamenti in caso di elusione degli impegni assunti dagli Stati membri. Ai sensi del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108 il sistema di gestione del piano di ripresa economica italiano ruota attorno a un organo centrale con «poteri di indirizzo» (denominato «cabina di regia» ai sensi dell'art. 2) coadiuvato da un ufficio di segreteria, tre uffici tecnici, due strutture di missione e un collegio consultivo. La «gestione» dei singoli interventi inclusi nel piano chiama in causa le amministrazioni centrali dello Stato che, tramite le proprie strutture, coordinano le relative attività, vigilano sulle procedure di assegnazione dei fondi dell'Unione e sul loro corretto impiego, assicurano il celere raggiungimento dei traguardi fissati (art. 8). La «realizzazione operativa» degli interventi spetta invece, a cascata, agli enti regionali e alle amministrazioni locali secondo le rispettive competenze (art. 9). Lo scopo generale perseguito dal sistema descritto è di «agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza» dal momento che «assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi» programmati (art. 1, commi 1 e 2). A tal fine il governo è abilitato a esercitare poteri sostitutivi in caso di mancato rispetto, omissione o ritardo di uno o più progetti inclusi nel piano (art. 12). Come si può notare l'impianto organizzativo e l'articolazione delle competenze intestate alle varie figure soggettive coinvolte nell'attuazione del piano economico nazionale sono chiaramente ispirati a una logica direttiva che vede nella cabina di regia il motore del sistema e nelle amministrazioni centrali e territoriali il braccio

Per loro natura le relazioni organizzative garantiscono la continuità dell'azione amministrativa, evitano interruzioni nella cura degli interessi pubblici e danno la misura di come, in un'organizzazione complessa, il potere esercitato dalle singole autorità è molto spesso un ingranaggio di un più ampio meccanismo rivolto a conseguire determinati risultati; così facendo esse creano una rete di connessioni – di tipo procedimentale – fra i diversi centri di cura di interessi pubblici a struttura composita (come testimoniano i casi trattati di coamministrazione).

Per le stesse ragioni le relazioni organizzative sono un antidoto al problema dell'inefficienza amministrativa e un viatico per una migliore amministrazione in risposta alla frammentazione delle competenze in un'organizzazione policentrica. Nella loro quotidiana applicazione esse compongono l'azione amministrativa e i suoi fini entro un sistema unitario che li riconduce alla fonte immediata della loro giustificazione nella società[140]. Nel concreto le relazioni organizzative attuano il precetto costituzionale del buon andamento tutte le volte che il legislatore intende fare in modo che l'azione degli apparati pubblici avanzi senza indugi alla sua meta; e tale conclusione riposa sul connubio insolubile tra attività e organizzazione consacrato nel testo fondamentale agli artt. 97 e 98: da una parte il potere, come forza giuridica, con i suoi intrecci dinamici; dall'altra il dovere di risultato che sta alla base della funzione e che esprime il vincolo che lega l'amministrazione all'ordinamento e quindi alla comunità[141].

operativo. Quel che emerge è il carattere di doverosità della relazione organizzativa e al contempo la sua indefettibilità. Ciò dipende dal fatto che l'esecuzione tempestiva del piano è ineludibile, e ad essa è subordinata la provvista dei fondi stanziati dall'Unione. La cabina di regia svolge un'azione di impulso che mira a trasportare gli indirizzi del piano nella fase realizzativa – cioè procedimentale – che costituisce il punto d'incidenza dell'organizzazione sulla realtà esterna; suo precipuo compito è incanalare in un alveo unitario i vari atti di esecuzione del programma che non lascia spazio a separazioni di competenze rispetto all'interesse pubblico perseguito. È così dimostrato con un esempio concreto quanto si è inteso affermare nel testo in termini generali: e cioè che il carattere fondante delle relazioni organizzative è di assicurare un collegamento in vista di risultati che si pongono con grado di precettività nei confronti della pubblica amministrazione. In tali casi il procedimento è il canale che permette di raggiungere gli obiettivi prefissati e in esso si risolve l'organizzazione nello stesso modo in cui al suo interno si dispiega, sotto altro e diverso profilo, l'esercizio del potere amministrativo.

[140] Osservazioni in tema si possono leggere in A. Police, *Il potere, il coraggio e il tempo nel decidere. Corpi tecnici e loro valutazioni nel trentennale della legge sul procedimento amministrativo*, in A. Bartolini – T. Bonetti – B. Marchetti – B.G. Mattarella – M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 369-371.

[141] Dovere che affonda le sue radici nel testo costituzionale italiano ed europeo (si veda per tutti F. Merusi, *L'"imbroglio" delle riforme amministrative*, Modena, 2016, 46 ss.) e al cui servizio le relazioni organizzative sono preordinate per rispondere alle aspettative che

Le relazioni organizzative, ricollocate all'interno del procedimento, sono l'anello di congiunzione tra la statica e la dinamica amministrativa; tra la funzione e l'organizzazione come ha provato a dimostrare il binomio di esempi proposti. I rapporti di sovraordinazione nelle loro evocate sfaccettature; i momenti di necessaria equiordinazione tra poteri interferenti a un pari livello di incidenza; le posizioni di strumentalità variamente declinate sono tutti accomunati dalla stessa esigenza di rilievo costituzionale: assicurare il buon andamento dell'attività amministrativa – inteso come spedito e inostacolato perseguimento di risultati di pubblico interesse da parte di figure soggettive collegate, alla cui elastica realizzazione esse cospirano[142]. Si è dunque al cospetto di congegni normativi (formali e perciò prevedibili) intesi a razionalizzare l'amministrazione complessa e a rimuovere le barriere che la separano dalle finalità (unitarie) che essa deve raggiungere per ragioni di efficienza[143].

Una ricerca sul tema delle relazioni organizzative che voglia conseguire un traguardo, pur minimo, di utilità sul versante teorico ne deve mostrare anche le ricadute sul piano empirico; ed è questo forse l'indicatore più affidabile per misurare la persistente utilità dell'amministrazione pubblica (e della sua dogmatica giuridica) e per saggiarne la reale capacità, pur tra numerosi travagli, di adempiere alla sua missione quotidiana al servizio della collettività[144].

---

la collettività nutre verso l'apparato amministrativo. Attraverso di esse (e grazie alla legge che le tipicizza) il buon andamento penetra nell'amministrazione e si può avverare l'ideale non più astratto dell'«incremento del benessere individuale, e sociale cui è dedicata tutta la struttura della pubblica amministrazione» (così V. Caputi Jambrenghi, *Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, I, Napoli, 2012, 114). Nell'intersezione tra organizzazione e attività le relazioni organizzative, reinquadrate nella loro dimensione procedimentale, riescono a trovare un più che plausibile aggancio anche nel testo costituzionale.

[142] Collegando l'attività di più soggetti amministrativi le relazioni organizzative esprimono la rilevanza del principio di buon andamento, e ciò per effetto di due momenti concomitanti: da un lato la combinazione di competenze distinte; dall'altro l'attività considerata nel suo fluire verso un fine comune; ma ciò che più conta notare è che si tratta di meccanismi legali intesi a raccordare sul piano procedimentale entità soggettive quando lo richiedono ragioni specifiche di rapidità ed efficienza per realizzare certi obiettivi – inderogabili e quindi rilevanti in punto di buon andamento – cui sono preordinate le funzioni amministrative.

[143] Ossia il «miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata» (così ancora M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 85, nel descrivere l'impatto organizzativo del canone giuridico di buon andamento dell'azione amministrativa).

[144] Che poi altro non è se non la tangibile realizzazione del «principio democratico» – di cui parla V. Ottaviano, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Nov. dig. it.*, X, Torino, 1964, 576 – da porre in relazione ai compiti che l'amministrazione quotidianamente «svolge in favore di cittadini».

Clara Napolitano*

L'amministrazione Condivisa: Note Sparse Su Co-Progettazione Ed Enti Del Terzo Settore

Sommario: 1. Riflessioni per un dialogo sulla co-amministrazione – 2. Il "polo privato" delle collaborazioni con la p.A.: la categoria degli ETS in una recente pronuncia della Consulta – 3. Co-progettazione ed ETS – 4. Sussidiarietà orizzontale quale esplicazione del principio solidaristico – 5. Soggetti privati preposti alle pubbliche funzioni: considerazioni di natura organizzativa – 6. (*Segue*). ETS e interesse generale, ragioni e requisiti di un sottoinsieme – 7. Conclusioni.

1. *Riflessioni per un dialogo sulla co-amministrazione*

Lo studio sui beni comuni urbani presente in questo volume[1] adotta sul tema, al contempo, una prospettiva di ampio respiro – concernente il progressivo acquisto di consapevolezza da parte dei cittadini e delle Amministrazioni locali circa le sinergie utili per il recupero di un *droit à la ville* – e un angolo visuale più squisitamente tecnico – afferente alla natura giuridica delle fonti che regolano detto acquisto di consapevolezza nelle sue applicazioni fattive – che indagano sul ruolo della c.d. società civile nella gestione di beni urbani asserviti a funzioni d'uso e di godimento generalizzate.

Tra le fonti regolatrici dei rapporti tra Amministrazioni territoriali e società civile, grande attenzione è dedicata a quella che più da vicino ne detta la cifra, cristallizzando reciproci diritti e obblighi: il patto di collaborazione, ovvero quel «patto attraverso il quale Comune e cittadini attivi definiscono l'ambito degli interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani»[2].

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza Università del Salento.

[1] Mi riferisco a G.A. Primerano, *L'amministrazione condivisa dei "beni comuni" urbani*, *supra*, in questo volume.

[2] Si v. l'analisi di M.F. Errico, *Modelli di gestione dei beni comuni: i patti di collaborazione*,

Si tratta di uno strumento che – pur nella sua configurazione consensualistica quale *pactum* – nondimeno contiene elementi di autoritatività, stante la sua funzionalizzazione a fini sociali e d'interesse generale. Il dibattito sulla sua natura giuridica oscilla tra la sua riconduzione al *genus* degli accordi *ex* art. 11, l. n. 241/1990, e il suo inquadramento nella categoria dei contratti cui applicare il codice civile. Dalla rilevazione delle criticità di entrambi gli orientamenti sorge la terza ipotesi, secondo la quale i patti di collaborazione s'inquadrerebbero in atti amministrativi di natura non autoritativa[3], pur nella difficoltà d'incasellare rigidamente lo strumento, di per sé atipico e flessibile (tanto da assumere, in taluni casi, sfumature maggiori d'autorità rispetto a quelle del consenso).

Non v'è chi non abbia peraltro ricondotto la natura dei patti di collaborazione al *genus* dei «provvedimenti attributivi di vantaggi economici», *ex* art. 12, l. n. 241/1990[4], nei quali possono farsi rientrare le concessioni di beni, laddove il patto di collaborazione sia preceduto dalla scelta del soggetto col quale l'Amministrazione intende, appunto, collaborare, cedendogli il diritto d'uso del bene a fini d'utilità sociale.

Ciò in quanto quella disposizione si limita a richiedere la «predeterminazione […] dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi» nella scelta del concessionario in applicazione dei principi generali sull'azione amministrativa. Segnando, così, un *discrimen* con la disciplina degli appalti pubblici, che invece deve attenersi al codice dei contratti pubblici. La disposizione si candida, dunque, a fonte di

in *Il Foro amm.*, n. 12/2019, pp. 2197 ss.

[3] V. lo stesso Primerano, nonché il già citato M.F. Errico, *Modelli di gestione*, cit., come anche P. Michiara, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, n. 2/2016, ed E. Fidelbo, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Id.*, n. 3/2018.

[4] V. la vicenda della Sala Troisi - Cinema Induno di Roma, oggetto di un lungo e consistente contenzioso giurisdizionale. Tra le pronunce che ne hanno risolto alcuni aspetti, si segnala Tar Lazio, II, 6 aprile 2016, n. 4157. La vicenda concerneva la cessione del bene da parte del Comune di Roma solo a «soggetti giuridici senza scopo di lucro», decisa con delibera di Giunta Capitolina del 23 luglio 2014, n. 219. In quella occasione, il Giudice amministrativo confermò la legittimità della delibera poiché l'oggetto della concessione era irrilevante per il mercato: si trattava, piuttosto, «di una modalità di incentivazione di fini, di rilievo anche pubblicistico, liberamente perseguiti dalle formazioni sociali presenti sul territorio, attraverso la messa a disposizione di spazi pubblici a canone agevolato, per favorire sia la realizzazione di progetti di carattere sociale, artistico o culturale, sia lo sviluppo della socialità e della cultura nell'ambito della cittadinanza», E. Fidelbo, *Il caso della Sala Troisi di Roma. Quali insegnamenti trarre dalle sue vicende giudiziarie*, in *Labsus.org*, 18 marzo 2018.

legittimazione, idonea a fornire copertura legislativa ai regolamenti per l'amministrazione condivisa e dei susseguenti patti di collaborazione tra cittadini e Amministrazione, là dove essi riguardino la concessione di vantaggi economici a privati per fini di interesse generale[5].

V'è da notarsi che, secondo le recenti Linee guida ministeriali, i patti di collaborazione possono configurarsi quali attuazioni di una scelta puramente politica dell'Amministrazione locale[6]: esercizio di ampio potere discrezionale, come confermato dalla giurisprudenza[7].

V'è un aspetto che, peraltro, merita attenzione a parer di chi scrive, al quale lo stesso scritto che ispira questo contributo ha dedicato un denso passaggio: nella gestione dei beni comuni da parte dei cittadini – associati o singoli – in collaborazione con l'Amministrazione, costoro «condividono» con essa «la funzione amministrativa». Co-amministrano: in via integrativa rispetto all'apporto delle pp.AA., si specifica.

Ora, questa *administratio* condivisa implica il sorgere di una relazione tra l'Amministrazione e i privati che, nel solco di un'attività pubblicistica per il bene comune della collettività, può far uscire quei privati dalla loro sfera di autonomia, almeno in parte, riservando loro un regime *para*-pubblicistico.

Nondimeno, non tutti i soggetti privati contribuiscono alla co-amministrazione allo stesso modo: come si vedrà, è ragionevole pensare che – in effetti – l'amministrazione condivisa non si realizza semplicemente laddove tra privato e p.A. sorga una qualche forma di collaborazione, bensì quando il legame relazionale sia formalizzato in un *pactum* e quel privato risponda a caratteristiche precise che lo rendano in qualche misura imparziale rispetto alle esigenze di mercato o a quelle puramente pubblicistiche. In altre parole, *terzo*.

---

[5] Così, sempre E. Fidelbo, *Il caso della Sala Troisi*, cit.

[6] D.m. 31 marzo 2021, n. 72, *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del D.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore),* là dove affermano che «la concreta scelta [fra l'attivazione di rapporti collaborativi con ETS e l'affidamento di appalti e concessioni di servizi] potrebbe essere la conseguenza di un'opzione politica propria della P.A.», pag. 5, par. 1.1).

[7] Si pensi al caso dell'affidamento del servizio di gestione di una spiaggia attrezzata comunale destinata a persone disabili, deciso da TAR Campania, Salerno, I, 19 gennaio 2021, n. 158. L'Amministrazione comunale aveva riservato la partecipazione alla procedura comparativa a enti del terzo settore attraverso il ricorso allo strumento della co-progettazione. Il Giudice ha consacrato la legittimità di questa scelta. V. in proposito il commento di E. Fidelbo, *L'affidamento dei servizi di interesse generale agli enti del Terzo settore. Affidamenti di servizi di interesse generale riservati ad enti del Terzo settore: "pieni" e "vuoti" di una recente pronuncia del giudice amministrativo*, in *Labsus.org*, 1 ottobre 2021.

È allora opportuno soffermarsi sulle relazioni organizzative che si instaurano tra la p.A. e questa categoria di soggetti privati – denominati Enti del Terzo Settore (o ETS) – e le conseguenze di questo legame sulla loro autonomia giuridica.

2. *Il "polo privato" delle collaborazioni con la p.A.: la categoria degli ETS in una recente pronuncia della Consulta*

Una prospettiva particolare su questo punto può esser offerta guardando – più ampiamente – al tema della co-progettazione e dei soggetti ai quali la medesima è riservata, ovvero gli Enti del Terzo settore, i quali – non di rado – sono chiamati a gestire beni comuni fornendo servizi alla collettività.

In proposito, può assumersi quale punto di partenza dell'esame una nota e abbastanza recente pronuncia della Consulta[8] in merito alla legittimità costituzionale di una disposizione della Regione Umbria[9] la quale, nel disciplinare a livello regionale le «cooperative di comunità», le includeva nel novero dei soggetti che possono partecipare alle attività di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento con le Amministrazioni pubbliche ai sensi della disposizione statale, l'art. 55, d.lgs. n. 117/2017, c.d. Codice del Terzo Settore.

La norma regionale era stata impugnata per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. l), Cost. perché avrebbe previsto una estensione indebita delle attività *ex* art. 55, Codice Terzo Settore alle cooperative di comunità, non

[8] Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131. Per qualche commento a questa pronuncia si v., tra gli altri, G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, pp. 1449 ss.; A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche Amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, Quaderno dell'Associazione *Terzjus* - Osservatorio di Diritto del terzo settore, della filantropia e dell'impresa sociale, scaricabile da *www.terzjus.it*; M. Galdi, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in *Federalismi.it*, n. 32/2020, pp. 88-121.

[9] Art. 5, co. 1, lett. b), l.r. Umbria, 11 aprile 2019, n. 2, ai sensi del quale la Regione «riconoscendo il rilevante valore sociale e la finalità pubblica della cooperazione in generale e delle cooperative di comunità in particolare [...] b) disciplina le modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale».

contemplate dal legislatore dello Stato[10]: secondo le censure[11], l'art. 5, l.r. Umbria cit., prevedendo il coinvolgimento (anche) delle cooperative di comunità nell'attività di cui all'art. 55 Cod. terzo settore, avrebbe contrastato proprio con quest'ultima disposizione, non costituendone corretta applicazione. Secondo lo Stato ricorrente, la norma statale limitava il coinvolgimento ai soli ETS, «tra i quali, *pacificamente*, non sono ricomprese le cooperative di comunità»[12]. Sicché, l'indebito ampliamento del novero dei soggetti ammessi alle attività di co-programmazione, co-progettazione e accreditamento avrebbe costituito invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia dell'ordinamento civile[13].

Secondo la Corte la censura è pertinente e astrattamente fondata: gli Enti del Terzo Settore sono disciplinati da stringenti regole d'individuazione, legate all'esistenza di specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo

[10] La l.r. Umbria citata riconosce e promuove il ruolo e la funzione delle cooperative di comunità, tali intendendosi quelle società cooperative, costituite ai sensi del codice civile e iscritte al relativo albo, che «anche al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico, degrado sociale urbanistico, perseguono l'interesse generale della comunità in cui operano, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi, nonché alla valorizzazione, gestione o all'acquisto collettivo di beni o servizi di interesse generale»; quelle medesime società cooperative hanno come obiettivo «la produzione di vantaggi a favore di una comunità territoriale definita alla quale i soci promotori appartengono o eleggono come propria nell'ambito di iniziative a sostegno dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale vòlte a rafforzare il sistema produttivo integrato e a valorizzare le risorse e le vocazioni territoriali e delle comunità locali nonché a favorire la creazione di offerte di lavoro» (cfr. art. 1).

[11] Il testo completo del ricorso è pubblicato in G.U., 1° serie speciale – Corte costituzionale, n. 32 del 7 agosto 2019.

[12] Secondo l'art. 4, co. 1, cod. terzo settore, «Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore».

[13] A tal proposito, il ricorso cita Corte cost., n. 185/2018, che annette gli enti del terzo settore, la loro conformazione specifica, la loro organizzazione e le regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche, alla materia dell'ordinamento civile e dunque alla competenza legislativa esclusiva dello Stato per ovvie esigenze di uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale *ex* art. 3, co. 2, Cost.

dell'attività. Pertanto, se la disposizione regionale mirasse effettivamente all'ampliamento delle attività *ex* art. 55, d.lgs. n. 117/2017, anche alle «cooperative di comunità», non contemplate dal legislatore statale, si verificherebbe una indebita omologazione di questi soggetti giuridici agli enti del terzo settore.

Tuttavia, il Giudice ha preferito offrire una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata.

La legge regionale infatti non assimila in alcun modo le cooperative di comunità agli ETS: l'art. 2 di quella legge fa riferimento più in generale alle «società cooperative», le quali possono essere costituite in uno dei loro sottotipi quali *a)* la cooperativa sociale, *b)* la cooperativa a mutualità prevalente ovvero *c)* una cooperativa che non contempli una clausola di non lucratività nel suo statuto.

Le cooperative sociali *sub* lett. *a)*, nello specifico, possono essere peraltro qualificate come «imprese sociali» ove rispettino i requisiti dettati dal d.lgs. n. 112/2017.

Soltanto in quest'ultima ipotesi – nella quale appunto la cooperativa di comunità sia costituita quale cooperativa sociale *sub* lett. *a)*, ovvero qualificabile come impresa sociale – la cooperativa di comunità potrà essere qualificata come ETS e trattata come tale anche ai fini dell'art. 55, Codice Terzo Settore.

Laddove invece la cooperativa di comunità sia differentemente costituita (perché gli statuti non contemplano la clausola di non lucratività di cui all'art. 2514 cod. civ.) o qualificata (perché essa non ritenga di acquisire la qualifica di impresa sociale), rimane fermo che alla stessa non sarà riferibile alcuna delle forme di coinvolgimento attivo disciplinate dall'art. 55, Cod. Terzo Settore.

Questa interpretazione così orientata ha consentito alla Corte di ritenere che la norma regionale umbra impugnata prevede che le Amministrazioni pubbliche possano, per un verso, coinvolgere nelle attività *ex* art. 55, Cod. Terzo settore, gli ETS tra i quali possono essere ricomprese le cooperative di comunità costituite quali imprese sociali, e per altro verso, disciplinare *altre* forme di coinvolgimento – *diverse* da quelle procedimentalizzate nel citato art. 55 – per le cooperative di comunità in quanto tali.

La questione di legittimità costituzionale è, pertanto, dichiarata non fondata con sentenza interpretativa di rigetto.

3. *Co-progettazione ed ETS*

La pronuncia rivela alcuni profili d'indubbio interesse circa le relazioni intercorrenti tra pubbliche Amministrazioni ed Enti del Terzo Settore. Ciò in quanto – oltre a salutare finalmente le forme di co-programmazione, co-progettazione, convenzione e accreditamento come formule attuative del principio di sussidiarietà orizzontale[14] – la Consulta ha tracciato con una certa nettezza un confine definitorio degli ETS quali soggetti "privilegiati" nel rapporto con l'Amministrazione.

Questa operazione interpretativa dell'elenco dei soggetti giuridici inclusi nel novero degli ETS da parte della norma statale, l'art. 4 CTS, è fatta alla luce del dettato di cui all'art. 118, co. 4, Cost., ai sensi del quale – come noto – «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

La pedissequa citazione del testo è necessitata dall'esigenza di isolare i termini di quella disposizione che guidano l'ermeneusi della Consulta: «*favoriscono*» e «*autonoma*».

L'importanza ai nostri fini di queste due locuzioni è presto spiegata, utilizzando la lente di lettura dell'«interesse generale», pure presente nell'ordito normativo. La scelta del legislatore costituzionale di utilizzare il verbo *favorire* e l'aggettivo *autonoma* poggia, infatti, sulla distinzione che v'è da farsi – a monte – tra interesse pubblico e interesse generale.

La nozione di «interesse pubblico», pur centrale nel nostro Diritto amministrativo, non compare mai in Costituzione, lasciando piuttosto

[14] «Il citato art. 55, che apre il Titolo VII del CTS, disciplinando i rapporti tra ETS e pubbliche amministrazioni, rappresenta dunque una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.»; e ancora «È in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria» (entrambe citazioni del punto 2.1. in diritto). È storia nota che il principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, co. 4, Cost., sia rimasto dormiente e inattuato per molti anni, almeno fino all'introduzione del dibattito sui cc.dd. beni comuni derivanti dal disegno di legge Rodotà, che profilava finalmente la cittadinanza attiva quale vettore della funzione amministrativa in collaborazione con le pp.AA.: ne derivò il primo Regolamento comunale sull'amministrazione dei beni comuni del Comune di Bologna nel 2014, che ha fatto da modello a centinaia d'altri regolamenti simili in altri comuni. Sia consentito in proposito il rinvio a C. Napolitano, *Un "terzo paesaggio" per le periferie: abbandono, rammendo, pianificazione*, in *Nuove auton.*, n. 2/2020, pp. 499 ss.

spazio a quella di «interesse generale», presente in tre articoli[15]. Il rapporto tra queste due espressioni è stato tradizionalmente inquadrato in una sostanziale omogeneità[16] e sinonimia, sebbene lo stesso potrebbe pensarsi in termini di estraneità, per cui l'interesse generale sarebbe una sorta di interesse pubblico appartenente a una collettività indeterminata e tuttavia non inquadrabile in una posizione giuridicamente azionabile; una posizione infine differente, più mediata, alla quale peraltro qui si aderisce, vede nell'interesse generale qualcosa di *più ampio* rispetto all'interesse pubblico: qualcosa che va inteso – esattamente come l'interesse pubblico – d'interesse della società, della collettività (sia essa organizzata o meno), ma *non* connotato dalla doverosità che invece imbeve di sé soltanto la *species* dell'interesse pubblico.

In altre parole, l'interesse generale fa capo a tutti i componenti di una collettività, è più ampio dell'interesse pubblico perché può essere perseguito *anche* da soggetti privati, e non soltanto dalle pubbliche Amministrazioni. Tuttavia, proprio perché esso può essere perseguito anche da privati, quel medesimo perseguimento è soggetto all'iniziativa *autonoma* – intesa come *non eteronoma* – e dunque spontanea e soprattutto disponibile.

D'altra parte, quella iniziativa *autonoma* dev'essere *favorita* dalle pubbliche Amministrazioni: le quali non possono – e non devono – farsene carico, attenendo essa a interessi generali e non pubblici, ma al contrario sono tenute a creare le migliori condizioni perché i privati la assumano.

Il perseguimento degli interessi generali va dunque visto come operazione condotta da due differenti "polmoni" dell'ordinamento: uno è quello dell'apparato pubblico, delle pp.AA.; l'altro è quello degli ETS. Questi "polmoni" devono lavorare insieme, senza che l'uno si sovrapponga all'altro: garantendo le rispettive soggettività e appartenenze a due apparati diversi – pubblico l'uno, privato l'altro – ma *funzionando* in coordinamento.

Nel "polmone" privato si collocano, dunque, tutti quei soggetti giuridici privati i quali possono assumere autonoma iniziativa per la cura

[15] Precisamente nell'art. 42 Cost. sulla proprietà, per cui al co. 3 la proprietà privata può essere espropriata «per motivi d'interesse generale»; nell'art. 43 Cost. sulle imprese da riservarsi allo Stato che abbiano «carattere di preminente interesse generale»; nonché nel citato art. 118, co. 4, Cost.

[16] Cfr. A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XXVI, 56, 1972; T. Martines, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in G. Maranini (a cura di), *La regione e il governo locale: atti del symposium «Problemi della regione e del governo locale»*, Fondazione Adriano Olivetti, Istituto di diritto pubblico comparato della Facoltà di scienze politiche Cesare Alfieri, Milano, 1965, pp. 182 ss., spec. p. 188, e anche in Id., *Opere*, Milano, 2000, pp. 375 ss.

di interessi generali: tra questi, v'è poi un insieme più ristretto perimetrato proprio dal Codice del Terzo Settore, quello degli ETS. I quali hanno un *quid pluris* rispetto al resto dei soggetti privati dell'ordinamento: per usare le parole della Corte, essi devono possedere specifici «requisiti giuridici», che devono essere «garantiti» e soggetti a «relativi sistemi di controllo». Vi sono, cioè, requisiti essenziali ai fini della qualificazione degli ETS e che, se posseduti da questi enti, consentono loro di entrare in una relazione privilegiata con la p.A., la quale – se ne deduce – prima d'instaurare questo legame (co-programmando, co-progettando o convenzionandosi o accreditando), è tenuta al rispetto di rigorose procedure di controllo e di garanzia dell'esistenza di questi requisiti.

Solo così – questo è il principio che si può leggere (neanche troppo) tra le righe della sentenza della Consulta – si può giungere a quella «amministrazione *condivisa*» espressione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Nello specifico, la Corte usa una formula di significativo rilievo: parla di «condivisione della funzione pubblica». La co-programmazione è, dunque, esercizio della funzione pubblica in maniera condivisa.

Il che non implica che stia parlando di una forma di pubblicizzazione di quegli enti, i quali restano certamente privati, ma consente di immaginare quella funzione come un *pattern* a cerchi concentrici: la funzione pubblica in sussidiarietà può essere svolta dalla c.d. società civile (cerchio grande); all'interno della società civile vi sono poi gli ETS (cerchio più piccolo), ovvero soggetti privati che hanno connotati e requisiti particolari che ne incarnano la *terzietà* rispetto allo Stato e al mercato.

Che cosa s'intenda con «terzietà», la Corte non lo chiarisce. Ma, se la terzietà è requisito perché l'ETS possa esercitare una pubblica funzione, a parer di chi scrive, questo requisito non potrebbe essere molto differente da quello dell'imparzialità che si richiede a una p.A.[17]. La garanzia di imparzialità dell'ETS ne giustifica – sempre nelle parole della Consulta –

[17] D'altra parte, secondo l'art. 1, co. 1-*ter*, l. n. 241/1990, «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei princìpi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». I soggetti privati cui si riferisce la norma sono istituzionalmente titolari *non* di funzioni, bensì di mere *attività* amministrative, e sono tenuti quindi a rispettare tutti i princìpi, tra cui quello di imparzialità. V. in proposito R. Dipace (a cura di), *IX. I privati e il procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, pp. 226 ss.; sul principio di imparzialità v. anche L. Antonini (a cura di), *Il principio di imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, pp. 53 ss.

quella «specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale».

4. *Sussidiarietà orizzontale quale esplicazione del principio solidaristico*

La pronuncia della Consulta si colloca nel solco di una rinnovata[18] attenzione per il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, Cost.: la cui comparsa nel testo costituzionale in seguito alla riforma del 2001 ha innescato sin da subito ripensamenti del rapporto[19] tra gli apparati pubblici e la cittadinanza[20], all'epoca fortemente insoddisfatta della carente gestione pubblica dei compiti di solidarietà[21].

È fatto notorio che le forme di collaborazione tra società civile e statualità complessivamente intesa sono state per lunghi anni relegate nel perimetro della contrattazione pubblica avente per oggetto l'erogazione di servizi pubblici da parte di soggetti privati. Una lenta evoluzione del principio di sussidiarietà orizzontale si è rivelata tuttavia quanto mai necessaria per attuare lo spirito della Costituzione, nella quale – in una lettura coordinata tra gli artt. 2 e 3, co. 2, Cost. – si può riconoscere una

[18] Rinnovata rispetto all'attenzione sorta in coincidenza con la riforma del Titolo V: A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, n. 1/2001, pp. 13 ss., si riferisce alla sussidiarietà definendola «principio alla moda», p. 13.

[19] La sussidiarietà è raffigurata quale principio relazionale dallo stesso A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/1997, pp. 603 ss.: tra i diversi livelli territoriali di Governo (Stato, regioni, province e comuni), tra gli enti territoriali e gli enti funzionali (come – per esempio – le Università), tra la statualità (complessivamente considerata) e la società civile (in quest'ambito si iscrive il tema dei rapporti tra lo Stato ed il mercato).

[20] Per G. Pastori, *Istituzioni pubbliche e società civile nelle riforme recenti*, in *Vita e Pensiero*, 1999, p. 228, la sussidiarietà orizzontale è vòlta «alla realizzazione di un diverso dosaggio ed equilibrio fra istituzioni, cittadini e società», al fine della «immedesimazione dei cittadini nell'esercizio delle funzioni pubbliche, sia a titolo individuale sia attraverso le formazioni sociali in cui essi si organizzano, con correlativa responsabilizzazione in proprio». V. in proposito anche E. Castorina, *Le formazioni sociali del terzo settore: la dimensione partecipativa della sussidiarietà*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, *www.rivistaaic.it.*, e relativi riferimenti bibliografici.

[21] La parabola del principio di sussidiarietà è ben descritta, nel quadro storico-istituzionale che l'ha connotata, da V. Tondi Della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al codice del terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, *www.rivistaaic.it*.

«precedenza sostanziale»[22] della persona-individuo rispetto allo Stato, sul quale gravano «doveri inderogabili» di assicurarne i diritti inviolabili come singolo e nelle formazioni sociali.

All'individuo la Costituzione riconosce l'attributo della socialità, e impronta le relazioni tra (lo Stato e) i cittadini a un principio di solidarietà che si declina in politica, economica e sociale. Dalla socialità deriva una intima correlazione tra i diritti e i doveri di cui all'art. 2 Cost.[23]. Gli individui sono cioè destinati – in quanto animali sociali – a relazionarsi tra loro, in modo proattivo, sì da «perfezionarsi a vicenda»[24]. La Costituzione conferisce rilievo primario alle comunità – le «formazioni sociali», per citare il dettato della nostra *Grundnorm* – quali sistemi che consentono all'individuo di ramificare le proprie conoscenze ed evolversi spiritualmente, per realizzare ciò che è già *in nuce*, ovvero un essere destinato a incontrare e a instaurare relazioni con gli altri. Le cellule di comunità crescono gradualmente, occupando diversi ambiti della vita di ciascuno: la famiglia, la scuola, la comunità religiosa, quella sportiva, quella professionale, *etc*.[25]. È, dunque, la Repubblica a dover garantire che l'individuo possa sviluppare la propria relazionalità in senso proattivo per sé e per gli altri.

---

[22] Sono le parole di G. Dossetti riportate nei lavori preparatori alla Costituzione, appendice all'art. 2 Cost., pag. 23 de *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori da Vittorio Falzone, Filippo Palermo, Francesco Cosentino del Segretariato generale della Camera dei Deputati*, Roma, Colombo in Roma via Campo Marzio, 1949.

[23] «Poiché l'uomo è "animale sociale" e non può essere giuridicamente considerato se non in quanto tale, ai diritti naturali fanno riscontro, nell'articolo, i correlativi doveri, senza il rispetto dei quali non è possibile l'umana convivenza; e anche questi doveri non sono soltanto quelli specificati nei successivi articoli della Costituzione; sono doveri naturali, al pari dei diritti (rispetto della vita altrui, della libertà di movimento altrui, dell'onore altrui, ecc., ecc.)»: così spiega l'art. 2 la pagina dei lavori preparatori di cui alla Costituzione, cfr. pag. 24. V'è da sottolineare che i diritti di cui all'art. 2 sono stati qualificati «inviolabili» per una scelta politico-filosofica. La scelta aggettivale era assai ampia: «imprescrittibili, insopprimibili, irrinunciabili, incancellabili, fondamentali, essenziali, eterni, sacri, originarî, naturali. Dal punto di vista giuridico, quest'ultimo aggettivo sarebbe stato il più indicato, poiché è ben chiaro il concetto di diritto naturale; ma la sottocommissione fu unanime nell'attribuire all'articolo un significato più filosofico, storico e anche finalistico, che giuridico: tanto è vero che essa lo approvò *nella convinzione che i concetti contenutivi dovessero essere successivamente trasferiti in un preambolo alla Costituzione*. Il preambolo non fu poi deliberato, e l'articolo rimase» (corsivo originale), p. 23 dei *Lavori preparatori*.

[24] Sempre A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 14.

[25] Nel concetto di «formazione sociale» può comprendersi anche la pubblica Amministrazione: v. in proposito l'impostazione di M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, pp. 579 ss., spec. p. 582.

La stessa Consulta riconosce la «profonda socialità» che connota la persona umana[26] e la possibilità per questa di realizzare una «azione positiva e responsabile»[27]: l'individuo è collocato all'interno di un contesto sociale composto da più appartenenze, più nuclei, sicché la Costituzione prende le distanze tanto dall'individualismo di matrice illuministica, quanto dallo statalismo e dal collettivismo. La persona è insomma indipendente dai condizionamenti derivanti dalla società, ma, proprio in quanto naturalmente socievole, essa è comunque parte di molteplici relazioni che la coinvolgono su piani diversi.

E, se l'art. 2 attribuisce la garanzia dei doveri inderogabili di solidarietà alla Repubblica, è stato precisato in un recente studio[28] che il lemma «Repubblica» va inteso come comprensivo dell'apparato statuale, delle Amministrazioni territoriali, del settore pubblico più in generale, nonché dei cittadini, associati o *uti singuli*: è da considerarsi «aperto», insomma, il catalogo dei soggetti chiamati direttamente dalla norma costituzionale ad adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà[29].

[26] Corte cost., 16 luglio 2004, n. 228, per la quale le virtualità del principio di solidarietà espresso nell'art. 2 della Costituzione, «trascendono l'area degli "obblighi normativamente imposti", chiamando la persona ad agire non solo per imposizione di una autorità, ma anche per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa» (la sentenza concerneva il servizio civile).

[27] Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75: «Quale modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente presta personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente».

[28] Ci si riferisce al denso saggio di M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'Amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, pp. 543 ss.

[29] Proprio M. Monteduro, *Doveri inderogabili*, cit., assume come punto di partenza del suo studio il postulato – che giunge poi a sconfessare – per il quale il termine «Repubblica» di cui all'art. 2 Cost. si riferirebbe solo ai privati, singoli o associati, e non invece alle Amministrazioni, le quali sarebbero titolari di «funzioni» e non di «doveri». La dottrina costituzionalistica di riferimento per questo orientamento – tra cui Lombardi, Barbera,

Assumendo l'individuo quale centro di un sistema concentrico, questi doveri diventano gradualmente più estesi man mano che ce ne si allontana, e dunque all'ampliarsi delle formazioni sociali nelle quali egli è inserito. Questa sembra dunque essere l'impostazione di principio fatta propria dal Costituente e posta a base dell'edificio costituzionale; da questo presupposto, poi, che si riflette sulla lettura dei principi fondamentali, discendono – di logica consequenzialità – tutte le disposizioni contenute nei titoli successivi, quelle riguardanti i diritti e i doveri dei cittadini nei loro reciproci rapporti, nonché quelle relative all'organizzazione dello Stato e ai limiti delle attività delle Istituzioni. Le quali – anche se si volesse aderire alla lettura[30] per la quale esse non sono destinatarie di doveri inderogabili di solidarietà – devono ritenersi comunque tenute, proprio alla luce del principio solidaristico espresso all'art. 2 Cost., a porre i cittadini in condizione di adempiere spontaneamente ai doveri che la Costituzione intesta loro in quanto parti delle diverse formazioni sociali ch'essa riconosce.

Ciò posto, questo archetipo costituzionale trova una sua specificazione nel principio di sussidiarietà orizzontale espresso all'art. 118, comma 4, Cost.: la Repubblica deve tutelare l'individuo e incoraggiarne lo sviluppo

saggiamente citati dall'Autore – parte cioè dall'idea che "funzione pubblica" e "dovere inderogabile" siano concetti distanti e non sovrapponibili; viceversa, deve darsi atto di quella parte di dottrina – costituzionale, v. De Maria, ma anche amministrativistica, v. G. Rossi e D. Pappano e Tuccillo e Goggiamani – che radica nella funzione amministrativa e pubblica, prima ancora che il concetto di potere, quello di dovere: per cui il potere può essere esercitato solo se v'è un dovere di farlo e solo in ragione di esso.

[30] G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; Id., voce *Doveri pubblici (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, pp. 358 ss., nella quale rileva che l'art. 2 Cost. contiene una «clausola generale di doverosità»: mutatone il significato più profondo nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, essa oggi può considerarsi quale clausola in grado di funzionalizzare i diritti in favore della comunità; secondo l'A., per evitare che questa lettura consenta indebite invasioni del potere pubblico nella sfera di libertà dei singoli, quella clausola dovrebbe avere una efficacia orizzontale, «analogamente alla cosiddetta *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, che li vede operare da e verso soggetti formalmente privati ma, a causa degli art. 2 e 3 comma 2 Cost., con rilevanza costituzionale sul piano dei rapporti di promozione e di garanzia». Tuttavia, una espansione dei doveri inderogabili in carico ai soggetti pubblici è comunque leggibile negli *officia*: «Questa configurazione dei doveri corrisponde alla accresciuta complessità dello Stato ed al suo trasformarsi e perdere, per così dire, spessore, nell'ambito della sempre più rapida evoluzione dei rapporti economici, sociali e politici e delle sempre più complesse esigenze che, maturando sul piano dei diritti, ne determinano la struttura della prestazione dovuta, costruita anche come pretesa non soltanto più verso il potere pubblico ma altresì verso quello che da tempo abbiamo individuato – con una espressione presto entrata nell'uso comune – come "potere privato"».

nelle diverse comunità di appartenenza (familiare, territoriale, professionale che siano); lo Stato favorisce le condizioni per cui gli individui creino cellule di comunità e contribuiscano così allo sviluppo sociale e spirituale, individuale e comune; lo Stato, infine, potrà intervenire solo al fine di sopperire alle inadeguatezze di queste comunità, «per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino»[31].

Attenzione al principio di sussidiarietà: corrivamente inteso come incoraggiamento alla privatizzazione, e dunque alla dismissione di funzioni da parte dell'apparato statale, in realtà esso sta a indicare una nuova funzionalizzazione degli interventi del pubblico, ammettendoli per tutto ciò in cui il privato non sia sufficiente. Il pubblico è – e resta, pertanto – necessario e imprescindibile.

Questa lettura suggerisce già un verso, una direzione della sussidiarietà orizzontale[32]: dal pubblico nei confronti del privato, inteso quale primo attributario di funzioni di cura dell'interesse *generale*. Laddove il privato non riesca, interviene il pubblico. Ciò esclude la dicotomia oppositiva tra «pubblico sì» e «pubblico no»: la sussidiarietà orizzontale sta a indicare il viatico per una *diversa* forma di pubblico, che gradua attentamente il suo intervento per rapportarsi al privato solo laddove sia necessario il suo intervento[33].

La riflessione sulla necessarietà dell'intervento pubblico in sussidio del privato è quanto mai attuale in un sistema ordinamentale – quale il nostro – pervaso dalla crisi del rapporto tra Stato e società civile, o – per utilizzare termini forse non più *à la page* – tra governanti e governati. È il tempo della crisi dei cc.dd. corpi intermedi: i partiti politici, anzitutto[34]; i gruppi parlamentari; gli enti rappresentativi più in generale. Tutti quei

[31] Queste le parole di Dossetti in Assemblea costituente, cfr. Lavori preparatori.

[32] Come osservato da P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, p. 142 s., a differenza del suo omonimo in senso verticale, il modello relazionale della sussidiarietà orizzontale non pare connotato da alcuna specifica decisione di preferenza, rendendo la disposizione di cui all'art. 118, comma 4, Cost. «pavida».

[33] A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 29.

[34] A. Ruggeri, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, individua i grandi malanni nei partiti nel populismo e nell'assenteismo nelle consultazioni elettorali. Per l'A., un modo per sconfiggere quest'ultimo è l'introduzione di un premio di maggioranza «legandone tuttavia l'assegnazione non soltanto al raggiungimento di una certa soglia di consensi riscossi ma anche (e prima ancora) alla condizione che si sia recata a votare una consistente porzione del corpo elettorale» (p. 3).

bodies che avevano la specifica funzione di filtrare, coagulare e portare al livello governativo e legislativo le istanze dei cittadini: decretandone la rappresentatività in Parlamento.

Questo modello è andato progressivamente disgregandosi: tra le cause più discusse, la crisi delle *élites* dirigenziali[35], le quali hanno perso le loro funzioni di guida e si sono chiuse nella più ferrea autoreferenzialità; e l'avvento degli algoritmi e della digitalizzazione del consenso[36], non più di una grande illusione[37] dell'immediatezza della relazione tra società e

[35] F. Patroni Griffi, *Élite e partiti politici in Europa: à la recherche di una classe dirigente tra crisi e nuovi modelli di democrazia e di integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 16/2018. Le élites hanno tre caratteri distintivi: merito, conoscenza, capacità di guidare e al tempo stesso di porsi al servizio della società nel proprio ambito di appartenenza (p. 2). Senza questi elementi, «l'élite si chiude in una autoreferenzialità "insulare" e realmente si trasforma in casta, incapace di servire il Paese ma destinata anche inevitabilmente, prima o poi, a dissolversi» (p. 3). Quando questa perdita colpisce i partiti, essi dismettono la funzione tradizionalmente loro attribuita, ovvero quella di intermediazione tra corpo sociale e Stato, cadendo in una "crisi di riposizionamento": «I partiti "pigliatutto", deprivati della funzione di rappresentanza e mediazione, tendono a rivolgersi a tutti, attenuano le distanze tra loro ma tendono ad allontanarsi dal collegamento con la società e con la rete delle formazioni sociali apartitiche che nei partiti si riconoscono (sindacati, associazioni religiose e culturali), a spostarsi dal radicamento sul territorio, a quello con le istituzioni, vanno verso l'alto e lasciano un vuoto verso il basso; si trasformano in "partiti-cartello", la cui competizione – in linea con la concezione di Manin di "democrazia del pubblico" – si focalizza, più che sulla differenza nelle politiche, "sull'intenzione di offrire spettacolo"».

[36] La questione investe anche le nuove piattaforme di raccolta di consenso di partiti che assumono le forme del "MoVimento": cfr. A. Sterpa, *Come tenere insieme la "disintermediazione" istituzionale e la rappresentanza della Nazione?*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018, per il quale «La democrazia costituzionale rappresentativa, infatti, parrebbe pretendere un impianto normativo che punti non sull'elettore istantaneo, quotidiano, di una democrazia perennemente da legittimare, ma sull'elettore consapevole chiamato con scadenze regolari ad esprimersi in una democrazia del pensiero e della decisione che presuppone il tempo come fattore di costruzione della scelta. Il tempo e la libertà: il primo garantito al Parlamentare dalla previsione costituzionale sulla durata del mandato parlamentare con l'eccezione dello scioglimento anticipato e garantito all'elettore dal radicamento parlamentare della funzione legislativa; la seconda, ossia la libertà, tutelata in particolare (ma non solo) dagli artt. 67 e 68 della Costituzione e dagli artt. 48 e 49 della Costituzione sia per l'eletto che per l'elettore. Se uno dei due non è libero, infatti, difficilmente può esserlo l'altro: la libertà della Nazione e dell'elettore passa per la libertà del rappresentante della Nazione e viceversa. Ciò comporta che ogni innovazione istituzionale e normativa di impronta "direttista" è tenuta ad innestarsi a livello istituzionale compatibilmente con questo assunto proprio della democrazia costituzionale».

[37] C. Deodato, *La crisi (del settantesimo anno) della Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, n. 2/2018: «L'idea di contenere o annullare le spinte dell'anti-politica con l'immediatezza della relazione verticale tra governanti e governati e con l'uso (soprattutto, se non solo) mediatico della comunicazione politica si rivela, peraltro, illusoria, se non pericolosa» (p. 5).

apparato governante.

Sicché se, per un verso, la Costituzione parrebbe avere un volto *agé* rispetto alle attuali istanze sociali, per altro verso invece esiste al suo interno una norma vivificatrice del sistema dei rapporti Stato-società che può rispondere alle insufficienze del sistema democratico[38] in essa delineato: l'art. 118, comma 4, appunto[39].

Non v'è dubbio, invero, che questa disposizione abbia offerto un fondamento giuridico esplicito al fenomeno del Terzo Settore: ancor più di quanto avesse fatto, forse, il principio personalistico e solidaristico di cui all'art. 2 Cost.[40]. Se in quella norma emergeva netta la dimensione centrale della persona nella Costituzione[41] – non soltanto *uti singula*, ma

[38] L'insufficienza del modello democratico attuale e la conchiusa autoreferenzialità dei partiti sono identificati nella causa principale dell'emersione dei populismi che illudono perché portatori di una identità tra governanti e governati, in realtà irraggiungibile. Come sottolinea il già citato Patroni Griffi, questo concetto d'identità era già stato delineato in Carl Schmitt, il quale tuttavia non riteneva affatto che ciò comportasse l'inutilità e la dismissione dei partiti quali corpi intermedi.

[39] Per F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, n. 1/2020, pp. 3 ss., v'è un legame nettamente enucleabile tra il ritorno in voga della sussidiarietà e la disintermediazione quale causa della crisi della democrazia rappresentativa: «se all'origine della crisi sta la progressiva "disintermediazione" del sistema, il rimedio sta nella revitalizzazione e nell'espansione del ruolo delle "comunità intermedie"», p. 3, nota 1.

[40] «Il fondamento del Terzo Settore va rinvenuto in quella "libertà sociale" che la Corte costituzionale ha ricavato – e secondo alcuni in realtà "inventato" – da alcune disposizioni costituzionali quale valore che permea l'ordinamento costituzionale (come affermato nelle sentenze n. 50 del 1998 e n. 300 del 2003). Qualificando la "socialità della persona" come un "bene protetto da una molteplicità di disposizioni costituzionali" – non solo le libertà collettive garantite dagli artt. 17 e 18 della Costituzione, ma specialmente l'art. 2 della Costituzione – il giudice costituzionale ha inteso valorizzare quella "vocazione sociale dell'uomo", che già in altra occasione aveva indicato quale tratto che connota la libera scelta di chi agisce in nome di un "vincolo insopprimibile di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini" (così, la sentenza n. 75 del 1992, che rappresenta il *leading case*, a cui hanno fatto seguito varie altre decisioni)»: G. Tiberi, *La dimensione costituzionale del Terzo Settore*, in *www.astrid-online.it*, p. 8.

[41] G. Tiberi, *La dimensione costituzionale*, cit., p. 7: «È infatti l'accoglimento del principio personalista e del pluralismo sociale nell'art. 2 della Costituzione, quali suoi principi fondamentali ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale") che introduce la supremazia della "persona" rispetto allo Stato e a qualsiasi altro potere pubblico, a rappresentare il presupposto ineliminabile per la realizzazione di un assetto istituzionale democratico in cui non è soltanto garantito il rispetto dell'individuo, isolatamente considerato, ma – per usare le parole dell'on. Aldo Moro all'Assemblea Costituente – "dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale"».

anche quale parte di formazioni sociali di stampo non necessariamente associativo[42] – il principio di sussidiarietà orizzontale ha fornito lo strumento relazionale che decreta quella centralità imponendo ai pubblici poteri un obbligo[43] di *favorire* l'autonoma iniziativa dei cittadini nel curare interessi generali. Il ricorso alla sussidiarietà diventa, dunque parametro di validità dell'azione dei pubblici poteri[44].

Il quadro costituzionale restituisce, insomma, l'immagine di un ordinamento complessivamente orientato alla compartecipazione alla cura della *res communis omnium* di apparato pubblico e soggetti privati: scardinando la polarità che vede tradizionalmente opposti pubblico e privato e sancendo l'attualità perdurante di un paradigma[45] che li vuole – piuttosto – sinergici e convergenti verso un obiettivo comune.

Ora, l'apertura dell'apparato pubblico nei confronti dei privati a fini cooperativi – letta nella cornice del combinato disposto di cui all'art. 2 e all'art. 118, comma 4, Cost. – può apparire indiscriminata: la centralità del cittadino quale terminale primario delle funzioni amministrative e della cura del bene comune, se per un verso vira per la qualificazione di ciascun singolo come attuale o potenziale amministratore, per altro verso dev'essere bilanciata con l'esigenza di perimetrare e individuare le "categorie" di cittadini che condividano con le Amministrazioni un ruolo proattivo ma anche delle responsabilità.

Entrano qui in gioco gli Enti del Terzo Settore quali interlocutori privilegiati dell'Amministrazione nella cura del bene comune. Questi – che possono costituire una sorta di sottoinsieme della società civile – condividono con la p.A. la funzione pubblica. Il che significa, per un verso, una spiccata prerogativa nella gestione dei cc.dd. interessi generali (sì ampia da concorrere a individuarli *prima* dell'avvio di attività

[42] Il concetto di «formazioni sociali» è infatti scevro dalla necessarietà del vincolo associativo: P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 67 ss.

[43] Torna il discrimine sulla precettività o meno del dettato costituzionale di cui all'art. 118, comma 4: per l'immediata forza precettiva dell'art. 118, ultimo comma, si vedano G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, vol. I, Napoli, 2005, p. 180 ss.; V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, *Agg.*, 2003, p. 5. Sostenitori della natura programmatica della disposizione sono invece G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 30; Q. Camerlengo, *Art. 118*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2354.

[44] V. Tondi Della Mura, *Sussidiarietà ed enti locali: le ragioni di un percorso innovativo*, in *Federalismi.it*, n. 20/2007, p. 5.

[45] S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602.

programmatiche); per altro verso, una sottoposizione a oneri e controlli di diritto pubblico che li differenzino dalla società civile, organizzata o meno in forme predeterminate dal diritto comune.

5. *Soggetti privati preposti alle pubbliche funzioni: considerazioni di natura organizzativa*

Si è inteso sottolineare più sopra che il principio di sussidiarietà orizzontale non spinge verso una privatizzazione selvaggia: al contrario, esso va letto in un'ottica di integrazione tra apparato pubblico e soggetti privati nel perseguimento d'interessi comuni.

Il tema degli interessi pubblici curati da soggetti privati è di origine risalente: ne costituisce peraltro – sotto il profilo procedimentale – attuazione il già citato art. 1, comma 1-*ter*, l. n. 241/'90, riferito ai «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative».

Costoro assumono nell'ordinamento la qualifica di autorità pubblica pur senza essere pubbliche Amministrazioni, in ragione del fatto che non può stabilirsi una necessaria corrispondenza tra la titolarità e l'esercizio di funzioni amministrative e l'esistenza di un'organizzazione pubblica[46]: tuttavia, ciò non implica che si determini un affievolimento delle garanzie dei cittadini nei confronti degli atti da essi adottati, poiché la loro attività è procedimentalizzata[47] e sottoposta a quella trama di principi che definisce

[46] A. Maltoni, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, in *P.A. Pers. e amm.*, n. 1/2020, pp. 161 ss.: per l'A. quelle condizioni sono da individuarsi nell'obbligo di mantenere inalterato il livello delle garanzie procedimentali dei cittadini; nella conformazione dei poteri amministrativi agli indirizzi degli organi politici sì da garantirne la necessaria legittimazione democratica. A questo l'A. aggiunge ancora un fenomeno diverso, ovvero quello della parziale conformazione – etero-imposta – della struttura di organizzazioni private a fini di interesse generale: ne è esempio il *golden power* statale di modifica della *governance* di società concessionarie esclusive di servizi pubblici.

[47] Secondo Cons. Stato, VI, 11 luglio 2016, nn. 3042 e 3043: «quando un ente viene dalla legge sottoposto a regole di diritto pubblico, quell'ente, limitatamente allo svolgimento di quell'attività procedimentalizzata, diviene, di regola, "ente pubblico", a prescindere dalla sua veste formale», e lo diviene «non in maniera statica ed immutevole, ma dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre attività non procedimentalizzate».

lo statuto del cittadino rispetto all'attività amministrativa[48].

La cessione delle funzioni amministrative dall'apparato pubblico a questi soggetti privati ha non di rado provocato il problema di una ridefinizione del concetto di Amministrazione, tanto da imporre un interrogativo sulla perimetrazione dell'organizzazione amministrativa[49], vale a dire su quali *figurae* debbano ritenersi intranee o estranee al concetto di Amministrazione pubblica.

La questione sul *se* – e, in caso di risposta affermativa, *in che misura* – debbano ritenersi afferenti all'apparato pubblico organizzazioni aventi natura giuridica privata che svolgono funzioni amministrative accomuna tutti quei soggetti relazionati in modo più o meno stabile con gli enti pubblici[50]: concessionari di pubblico servizio, società pubbliche istituite *ex lege*, società ausiliarie, *etc.*

Ciò consente di transitare logicamente dai soggetti di cui all'art. 1, comma 1-*ter*, citato, agli Enti del Terzo Settore, poiché accomunati ai primi da una questione di tipo organizzativo, ossia se debbano questi tenere e mantenere standard di organizzazione *funzionali* alle attività di interesse generale che devono svolgere: se cioè gli ETS abbiano un obbligo giuridicamente sanzionato di organizzarsi rispettando un nucleo minimo di principi pubblicistici.

A questo proposito si devono dare per presupposti due passaggi logico-argomentativi.

Anzitutto, si aderisce qui a una dottrina che funzionalizza l'organizzazione amministrativa *non* a interessi pubblici predeterminati dall'indirizzo

[48] Il rapporto tra cittadino e pubblica Amministrazione è regolato da uno statuto i cui cardini sono contenuti nella Costituzione – anzitutto all'art. 97 – e che si concretizzano in imparzialità e buon andamento quali precipitati della democraticità dell'ordinamento. V. per un'ampia analisi G. Corso, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Reg. gov. loc.*, n. 1/1989, pp. 5 ss. e in *Quad. Ist. Fed.*, n. 2/2010, pp. 197 ss., nella quale il Maestro profila le assonanze tra sistema democratico e principi dell'organizzazione e dell'attività amministrative: esse sono rintracciabili nel principio di uguaglianza *sia* tra cittadino e p.A., *sia* tra cittadini dinanzi alla p.A.; ruolo centrale ha il procedimento amministrativo e il principio di partecipazione quale strumento di controllo dell'operato pubblico.

[49] Tanto che se ne riconosce una qualificazione "al plurale": D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9° ed., Bologna, 2018.

[50] È una questione che si pone una dottrina, alla quale qui si aderisce, di recente emersione, la quale considera intranee alla p.A. – seppure con graduazioni diverse a seconda del rapporto tra organizzazione e attività – tutte quelle figure soggettive chiamate a perseguire interessi (non necessariamente pubblici bensì) appartenenti a una collettività: M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Pers. e amm.*, n. 1/2020, pp. 545 ss., al quale fanno richiamo molti dei passaggi qui esposti.

politico, *bensì* a interessi – anche privati – non qualificati formalmente ma meritevoli comunque di tutela[51] da parte dell'ordinamento[52]. Questo primo passaggio, che di per sé parrebbe ovvio o sin troppo generico, ha una origine carsica che prende le mosse dalla considerazione per la quale per "organizzazione amministrativa" deve intendersi quel complesso di apparati – pubblici o privati – che svolgono in qualche misura una funzione "amministrativa"[53]. Questa nozione consente di allargare il perimetro del concetto di organizzazione amministrativa, applicandolo *non solo* alle relazioni tra enti pubblici *ma anche* alle relazioni tra enti pubblici e privati preposti allo svolgimento di attività amministrative: la pubblicità di questa tipologia di relazione, peraltro, è graduabile a seconda dell'intensità del legame intersoggettivo[54]. Ciò che accomuna queste relazioni è la *strumentalità* dell'organizzazione: non più intesa solo come «macchina» che concretizza l'indirizzo politico promanante dal soggetto pubblico (e dunque come strumento di realizzazione di interessi pubblici), ma anche quale apparato *servente* il compito di garantire altresì quegli interessi privati pure meritevoli di tutela, i quali – dunque – diventano cellule dell'unico organismo "interesse pubblico" non alieno – né asseritamente superiore – rispetto agli interessi dei singoli[55]. Ecco, dunque, emergere un

[51] Sulla complessità del filtro di meritevolezza della tutela sia consentito il rinvio a P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2020, spec. pp. 107 ss.

[52] M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 560: «Sono le persone in carne ed ossa, infatti, ad essere titolari, in forma singola o associata, di quegli interessi privati sostanziali che, qualificati o meno come interesse pubblico formale, si fronteggiano sul piano "atomistico" dell'esistenza, e che l'organizzazione amministrativa è deputata a curare e garantire sul piano "molecolare" della co-esistenza, massimizzandone per quanto possibile il godimento concomitante in condizioni di eguaglianza sostanziale».

[53] Si tratta del concetto di amministrazione oggettiva espresso da Domenico Sorace nel suo *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, esaminato in modo approfondito da M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa*, cit., spec. p. 549 ss.

[54] M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 552, applica qui il gradualismo di una nota dottrina: «In altri termini:

- nell'*an*, l'intraneità al perimetro dell'organizzazione oggettivamente amministrativa determina una (parziale, ma ineludibile) conformazione/limitazione dell'autonomia organizzativa dei citati enti privati per effetto dell'applicazione di principi, come quello dell'imparzialità, propri dell'organizzazione amministrativa;
- nel *quomodo* e nel *quantum*, il grado di conformazione/limitazione dell'autonomia organizzativa degli enti privati attratti all'interno del perimetro dell'organizzazione amministrativa, lungi dal porsi in misura uniforme e rigida, varia in base ai diversi possibili modelli di relazioni organizzative tra soggetto pubblico e soggetto privato».

[55] Il pensiero di Sorace, come richiamato da Monteduro, delinea insomma una doppia anima dell'interesse pubblico, inclusiva degli interessi privati "frontisti" rispetto al bene

fondamento delle prossime osservazioni: l'organizzazione amministrativa è strumentale all'affermazione del primato della persona, dei diritti sociali, è un precipitato pratico dell'art. 2 Cost. e in esso trova diretto fondamento. Questo implica l'esistenza di *doveri* amministrativi – anche di solidarietà – non solo nell'attività ma anche nell'organizzazione: doveri che sono strumentali *non* a quella fetta di collettività che incarna e rappresenta la maggioranza politica del momento[56], bensì alla collettività interamente considerata, i cui componenti sono *tutti* ugualmente accomunati da diritti sociali e pretese a che questi siano soddisfatti e garantiti.

In secondo e conseguente luogo. Questa prospettiva dev'essere coniugata con una lettura razionale del principio di sussidiarietà orizzontale onde, per un verso, evitare estremizzazioni per le quali *chiunque* svolga una funzione che abbia un rilievo d'interesse comune assurga ad Amministrazione; per altro verso, affermare comunque il valore della cittadinanza attiva quale forma di amministrazione condivisa.

Questo perché bisogna evitare che le funzioni di rilievo comune diventino una sorta di Re Mida: se così fosse, qualunque cittadino attivo e di buona volontà andrebbe incontro *non soltanto* al privilegio di esser amministratore e dunque di esercitare il potere (cosa che non esiste), ma addirittura al *dovere* di organizzarsi in un determinato modo[57] per garantire

comune, che non s'identifica con l'interesse pubblico tradizionalmente inteso; di rimando, la tesi fa risuonare l'eco ranellettiana di quel concetto di "interesse occasionalmente protetto" che invece imbeve di sé l'interesse legittimo del privato nei confronti del potere amministrativo, anch'esso dotato di una commistione tra aspirazione personale e bene comune. V. in proposito P.L. Portaluri, *La cambiale*, cit., p. 127.

[56] Così M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 561: «la strumentalità dell'organizzazione amministrativa viene considerata servente innanzitutto al primato del "pieno sviluppo della persona umana", singola e associata, nelle relazioni in cui "si svolge la sua personalità" (cfr. artt. 2 e 3 Cost.), in termini di "servizio esclusivo della Nazione" (art. 98 Cost.) ossia del "popolo" cui appartiene la sovranità (art. 1 Cost.), intendendosi per popolo la "molteplicità" di cittadini "viventi" e per nazione la medesima "collettività, in tutta la sua pienezza", dunque tutte le persone in carne ed ossa che, nel loro insieme, al di là della "distinzione di opinioni politiche" (art. 3 Cost.) costituiscono il popolo».

[57] M. Monteduro, *L'organizzazione amministrativa*, cit., p. 569: «Qualora, infatti, siano già presenti ed attive in un medesimo bacino territoriale varie strutture di soggetti privati, che operino in modo adeguato a servizio di determinati diritti consentendone la piena realizzazione, il principio di sussidiarietà preclude (pena l'illegittimità della scelta contraria) un esercizio della discrezionalità organizzativa che espanda le strutture dei soggetti pubblici, aumentandone le dimensioni o elevandone i costi, al fine di sovrapporle o sostituirle alle esistenti ed adeguate strutture organizzative private. Ma vale anche l'opposto: i titolari dei diritti a prestazioni, ove manchino nel loro bacino territoriale strutture organizzative di soggetti privati in grado di garantire in modo adeguato i medesimi diritti, potranno agire

l'assolvimento di un *munus publicum* che in realtà egli non ha, perché la sua azione è spontanea e lasciata dunque all'autonoma iniziativa.

In compenso, la sussidiarietà orizzontale – laddove ampiamente valorizzata – consente alla cittadinanza attiva in qualunque forma di farsi amministrazione in senso lato e tutrice di interessi generali, e dunque d'instaurare anch'essa relazioni con la p.A., le quali non possono tuttavia dirsi prettamente relazioni organizzative.

Il baricentro di questa lettura tra strumentalità dell'organizzazione amministrativa rispetto ai diritti inviolabili della persona e sussidiarietà orizzontale potrebbe collocarsi proprio negli ETS: soggetti privati, facenti capo alla società civile, dotati di autonoma iniziativa nella scelta statutaria di perseguire interessi generali ma che – a un certo punto – si distinguono *tanto* dalla società civile *quanto* dall'Amministrazione pubblica per diventare interlocutori privilegiati della p.A. soggetti a specifici regimi di controllo, anzitutto di tipo organizzativo.

Ce lo dimostra proprio il Codice del Terzo Settore, che all'art. 56 subordina il convenzionamento con la p.A. allo scrupoloso ossequio, da parte di questi enti, di precisi doveri organizzativi[58] riferiti alle risorse umane e finanziarie ivi coinvolte, all'attitudine professionale, alla capacità tecnica, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari che vi operano.

in sede giurisdizionale contro le pubbliche amministrazioni competenti se queste ultime, violando il principio di sussidiarietà, omettano di intervenire attraverso la predisposizione di proprie strutture organizzative in supplenza sussidiaria, per rimediare a quelle carenze che, manifestatesi in concreto nell'auto-organizzazione della società civile, pongano a rischio la realizzazione di diritti».

[58] Art. 56, CTS: «Le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale, e dimostrare adeguata attitudine, da valutarsi in riferimento alla struttura, all'attività concretamente svolta, alle finalità perseguite, al numero degli aderenti, alle risorse a disposizione e alla capacità tecnica e professionale, intesa come concreta capacità di operare e realizzare l'attività oggetto di convenzione, da valutarsi anche con riferimento all'esperienza maturata, all'organizzazione, alla formazione e all'aggiornamento dei volontari».

6. *(*Segue*). ETS e interesse generale, ragioni e requisiti di un sottoinsieme*

Perché, allora, limitare la platea dei soggetti che possono avere un dialogo "privilegiato" con l'Amministrazione nel perseguimento d'interessi generali?

La scelta si può anzitutto spiegare ricorrendo proprio alla nozione di "interesse generale". La quale – come accennato in apertura di questo lavoro – non coincide con quella d'interesse pubblico, indubbiamente più familiare per il giurista di diritto amministrativo.

Il concetto d'interesse pubblico – peraltro, come detto, del tutto assente in Costituzione, dove pure sono dettati i principi che guidano l'organizzazione e l'attività amministrativa[59] – è differente rispetto a quello d'interesse generale, non potendo essere qualificato a mo' di sinonimo di questo[60].

È stato sottolineato che – nella sua accezione tecnica – l'interesse è pubblico quando «soggettivato in un ente pubblico che ne ha cura»[61]; manca, invece, del requisito della soggettivazione l'interesse generale, la cui appartenenza alla sfera pubblica o privata è impregiudicata e che, per questo, può essere soddisfatto e perseguito sia dall'apparato pubblico sia da quello privato.

L'interesse pubblico, ancora, è determinato dalla fonte legislativa che – in quanto deliberata dal Parlamento legittimato dai cittadini – riconduce i fini eteronormati al concetto di democrazia: il legislatore, infatti, non è libero di predeterminare il fine pubblico che l'Amministrazione deve perseguire. I fini individuati dalla Costituzione richiedono al legislatore di creare gli apparati amministrativi necessari per il loro conseguimento: ciò implica che la Costituzione, per un verso, riferisce i fini pubblici al

[59] Si può parlare di una sorta di statuto della p.A. in Costituzione o – per usare le parole di F. Cortese, *Costituzione e nuovi principi di diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, pp. 329 ss. – di una «Costituzione amministrativa». Per l'Autore i Costituenti hanno infatti introdotto nella Legge fondamentale principi che progressivamente sono stati a ragione utilizzati per una apertura dell'Amministrazione rispetto a tutto ciò che essa si trovi ad affrontare nel suo ruolo istituzionale: «Per effetto del *cantiere nazionale delle riforme* […] i principi costituzionali sulle pubbliche amministrazioni si sono rapidamente riempiti di un contenuto più chiaro e operativamente concreto, capace come tale di condizionare, in una sorta di "effetto retroattivo", positivo o negativo a seconda delle tesi, anche le interpretazioni propriamente effettuabili sulle disposizioni della Costituzione […]».

[60] A dispetto di una prassi corriva, la sinonimia dev'essere esclusa per ragioni di teoria generale: secondo l'insegnamento di D. Sorace, *Un'idea di amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2016, p. 459, l'interesse pubblico è «incorporato in una norma, in una politica, o in una misura pubblica (dei pubblici poteri)».

[61] F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica*, cit., p. 29.

legislatore, per altro verso li impone direttamente all'Amministrazione. Così, «quando sono riferiti alla pubblica amministrazione i fini stabiliti dal legislatore sono definiti in termini di interesse pubblico»[62].

L'interesse pubblico, insomma, rispetto a quello generale, ha un elemento formale in più: la giuridificazione[63], che ne comporta l'attrazione nella sfera del potere pubblico[64]. L'interesse generale, finora considerato

[62] G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, 3° ed., Milano, 2020, p. 44, il quale prosegue: «Ne offre un esempio ancora una volta la Costituzione quando dice che la proprietà privata può essere espropriata per motivi di interesse generale (non quindi al solo scopo di incrementare la proprietà pubblica, art. 42, commi 3 e 1) o quando richiama l'utilità sociale con la quale non può porsi in contrasto l'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2), o menziona l'utilità generale che legittima, in presenza di particolari presupposti, la nazionalizzazione o la riserva originaria di imprese (art. 43)». Non si può fare a meno di notare che, in realtà, la costruzione dell'interesse pubblico del Maestro si rifà al lemma "interesse generale" in Costituzione: quando, dunque, quell'interesse generale è riferito all'Amministrazione pubblica, esso diventa interesse pubblico. Non si può prescindere quindi dalla soggettivazione di questo.

[63] Il concetto di giuridificazione è ben condensato – pur se ivi riferito al settore alimentare – da M. Ramajoli, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Dir. amm.*, n. 4/2015, pp. 657 ss., per la quale, con esso, «s'allude alla sottoposizione di una serie di attività umane — in precedenza libere, oppure soggette soltanto a convenzioni sociali — a regole formali, sia quanto a fonte, sia quanto a contenuto prescrittivo».

[64] V. in proposito le osservazioni di A. Cioffi, *Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, in *Jus publicum*, n. 2/2014, pp. 1 ss., *www.jus-publicum.it*, nonché, Id., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 4/2015, p. 839, per il quale l'interesse pubblico è tradizionalmente formalizzato nelle disposizioni di legge che assegnano poteri all'Amministrazione ma deve altresì essere «oggettivato» in concreto, in modo da essere criterio di valutazione del corretto esercizio del potere. La sua oggettivazione consente non solo di rileggere istituti del diritto amministrativo sostanziale nel solco della loro funzione concreta, ma anche di distinguerlo da categorie affini quali – per esempio – l'interesse generale. E invero, «L'interesse generale, difatti, è il riflesso di una valutazione politica, è opera della legge, s'identifica con la volontà generale. Così l'interesse generale dovrebbe darsi per tutti e verso tutti e dovrebbe essere universale. L'interesse pubblico amministrativo invece si configura diversamente. È l'interesse di uno solo dei soggetti dell'ordinamento generale ed è definito nell'ordinamento amministrativo». La valutazione degli interessi nelle decisioni pubbliche quale frutto del dialogo con i privati è delineata da ultimo da F. Sciarretta, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 23, per il quale «la moderna concezione dell'amministrazione vuole che l'identificazione dell'interesse pubblico quale scopo dell'attività amministrativa non sia più riservata alla legge e al potere amministrativo (soggettivamente inteso), ma richiede percorsi decisionali aperti alla comunità e ai singoli». D'altronde, queste osservazioni rimandano al più ampio e generale tema della partecipazione dei privati ai processi decisionali, i quali – anche laddove unilaterali per definizione – devono aprirsi all'apporto di questi perché il baricentro di forza (economica o di risorse o di *know-how*) è sito nel polo privato: v. in

come metagiuridico[65], è stato invece qualificato e riempito di contenuto proprio con il CTS, il quale ha individuato, all'art. 5, i casi in cui esso è perseguito[66] e vi ha ricondotto conseguenze circa il regime giuridico dei soggetti che lo perseguono e gli strumenti con i quali la loro realizzazione è possibile. Questo aspetto induce ad accogliere un modello di disciplina degli Enti del Terzo Settore che li differenzia dagli altri soggetti – pure privatistici – del libro I del codice civile: aprendo loro, invece, la possibilità di essere regolati sui profili più sensibili – per esempio la *governance* – dal diritto amministrativo[67].

L'interesse generale oggettivato muove il reticolo delle funzioni e dei requisiti degli Enti del Terzo Settore. Gli ETS sono infatti soggetti costituiti apposta per perseguire una delle finalità tipiche elencate nell'art.

proposito il fondamentale studio di P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998. Assumono dunque fondamentale importanza – indubbiamente adombrata negli ultimi lustri – gli istituti partecipativi formali al procedimento: v. in tal senso A. De Siano, *Le forme della decisione della p.A.*, in R. Ursi, M. Renna (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2020, pp. 11, ss., spec. p. 32, per il quale le formalità del procedimento amministrativo – necessarie e ineludibili per il farsi della decisione – «per un verso, sono collegate alla teleologia dell'attività amministrativa (art. 1, co. 1, L. 241); per altro verso, fungono da limiti alla capacità della P.A. di fronteggiare la complessità e di ridurla unilateralmente in sintesi, assolvendo ad una funzione tanto garantistica, quanto collaborativa».

[65] V. le puntuali osservazioni di M. Galdi, *Riflessioni in tema di terzo settore*, cit., spec. p. 100.

[66] «Da questo punto di vista, si può affermare che l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, comma 4 Cost., operata dal d.lgs. n. 117/17 (e dal d.lgs. n. 112/1748), ha determinato l'emersione della categoria dell'interesse generale da una dimensione meramente metagiuridica ad una dimensione propriamente giuridica, consentendo di distinguere un "interesse generale aspecifico", come presupposto delle scelte dei pubblici poteri, ed un "interesse generale specifico", come ragione fondante e giuridicamente rilevante dell'intervento sussidiario dei cittadini singoli o associati, sostenuto dai pubblici poteri ex art. 118, comma 4, Cost.»: così M. Galdi, *Riflessioni in tema di terzo settore*, cit., p. 100; v. anche A. Fusaro, *Spunti per un'ermeneutica della Riforma del Terzo settore e dell'Impresa sociale*, in *Federalismi.it*, 10/2020.

[67] Per A. Fusaro, *Spunti per un'ermeneutica*, cit., p. 231, sono «preziosi» i suggerimenti di G.P. Cirillo (Sistema istituzionale di diritto comune, Cedam, Padova, 2019, il quale aspira alla fondazione di un diritto comune fondato su basi non già privatistiche, ma pubblicistiche), «rivolti ad assecondare il trasferimento di regole e procedimenti del diritto amministrativo. La proposta riesce particolarmente appropriata rispetto all'affidamento a soggetti privati, quali sono associazioni e fondazioni, del perseguimento di obiettivi di utilità sociale, poiché consentirebbe di ovviare all'inadeguatezza del loro corredo normativo, della *governance*. Merita, dunque, condivisione l'invito ad estendere ad associazioni e fondazioni categorie e modelli dal diritto amministrativo, regole e modelli mutuati dal regime normativo degli enti pubblici incentrati sul procedimento».

4 e che svolgono una delle attività di interesse generale elencate nell'art. 5, e sono pertanto iscritti in apposito registro, il Registro unico del Terzo settore (Runts). La compresenza di questi elementi deve essere garantita nel tempo, pena la cancellazione dal Runts e quindi la perdita della correlata qualifica.

Ciò non toglie che tutti i soggetti giuridici collettivi possano svolgere le attività elencate nell'art. 5 anche senza essere iscritti nel Runts; in mancanza dell'iscrizione si applica loro la disciplina comune e non quella speciale disposta dal Codice del Terzo Settore. Laddove – si badi – per disciplina comune s'intende quella civilistica attinente alla *governance* e quella della contrattualistica pubblica laddove i soggetti *non* qualificabili come ETS svolgano funzioni d'interesse pubblico o generale.

Ciò in quanto, appunto, solo gli ETS, con i loro specifici requisiti, accedono alle attività di co-programmazione e co-progettazione con le Amministrazioni: attività che, pur se disciplinate con evidenti lacune[68], mostrano un chiaro intento del legislatore di coinvolgere questi specifici Enti in procedimenti vòlti alla rilevazione dei bisogni sul territorio e al loro soddisfacimento concreto con criteri analoghi a quelli che il legislatore applicherebbe a una p.A. nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

[68] Ben descritte da A. Gualdani, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021.

7. *Conclusioni*

Il saggio sulla gestione dei beni comuni urbani ha consentito di soffermarsi, come detto in apertura, sullo strumento che consente la cooperazione tra Amministrazione e privati in modo istituzionale a tal fine.

Ne è derivata una riflessione di respiro più generale sulle nuove frontiere del rapporto organizzativo tra p.A. ed enti, di natura giuridica privata, che svolgono funzioni e attività d'interesse generale: enti che, nelle parole della Consulta, condividono con l'apparato pubblico la funzione amministrativa.

Ebbene, la condivisione della funzione – che sfocia in una vera e propria co-amministrazione – ha delle ricadute significative sia sugli strumenti deputati a istituirla e disciplinarla in concreto, sia sulle relazioni organizzative tra i soggetti che, appunto, la condividono.

Ne sono testimonianza le vicende che negli ultimi anni hanno interessato il Codice del Terzo Settore e precipuamente i rapporti dei soggetti *non profit* con le pubbliche Amministrazioni, che rivelano una costante tensione tra concorrenza e sussidiarietà, tanto da sollecitare l'ANAC, intervenuta con le sue Linee guida, e poi il Consiglio di Stato, espressosi sul Codice con il parere nel 2018.

L'intervento della Consulta, tuttavia, resta la guida di questi rapporti: ribadendone il valore, fondato sulla fattiva collaborazione tra p.A. ed ETS, e soprattutto qualificando questi Enti che «in quanto rappresentativi della 'società solidale' [...] costituiscono sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale e sono quindi in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico), sia un'importante capacità organizzativa e di intervento: ciò che produce spesso effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della 'società del bisogno'»[69].

L'attenzione prestata agli ETS ne qualifica la speciale natura giuridica, "privata ma non del tutto": disvelata nella sua complessità da un reticolo normativo in costante evoluzione che, di fatto, impone controlli stringenti che assicurino l'idoneità di questi Enti a prestare attività d'interesse generale in forma imparziale e *para*-amministrativa, a garanzia ancora una volta che – pur beneficiando dell'intervento privato – la cura del bene comune non può prescindere da un'impronta disciplinare pubblicistica.

[69] Corte cost., n. 131/2020, cit.

Gianmarco Poli*

In principio sono i diritti. Considerazioni a margine della tutela cautelare nel processo amministrativo

Sommario: 1. La tutela cautelare come prima linea a difesa dei diritti. Il modello del processo civile – 2. L'oggetto del processo amministrativo, alla luce della Costituzione – 3. La tutela cautelare nel c.p.a. e nel diritto vivente: gli equivoci rimasti in sospeso – 4. Per un modello di tutela cautelare realmente effettiva: i presupposti – 5. (*Segue).* Le misure cautelari e i rapporti con l'azione principale – 6. La declinazione proteiforme della tutela cautelare: interesse legittimo, diritti partecipativi, diritti strumentali, etc. – 7. (*Segue*). Le modalità di soddisfazione della pretesa: ordine di riprovvedere, ordinanza cognitiva con effetti esecutivi, giudizio di ottemperanza – 8. Concludendo.

1. *La tutela cautelare come prima linea a difesa dei diritti. Il modello del processo civile*

La tutela cautelare giurisdizionale, reiterando un antico adagio, è l'istituto con cui un ordinamento interviene a impedire che il fattore tempo, componente ineliminabile del fenomeno giuridico "processo", dissipi ogni utilità per colui che domanda giustizia[1].

Nelle more della definizione del giudizio, per opinione da lungo tempo condivisa, potrebbe, infatti, accadere che la soddisfazione della pretesa vantata venga pregiudicata dai mutamenti del quadro giuridico e fattuale

* Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'ambiente, Università di Firenze.

[1] Tra i primi, G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 255 ss. dove si sottolinea come la funzione della tutela cautelare fosse di «evitare che l'attuazione di una possibile volontà di legge sia impedita o resa difficile a suo tempo da un fatto avvenuto prima del suo accertamento, cioè dal mutamento nello stato di cose attuale; oppure di provvedere anche durante un processo, in caso di una possibile volontà di legge la cui attuazione non ammetta ritardo». Un pregiudizio al diritto, variamente articolato ma sempre derivante dal "ritardo" con cui il processo ordinario perviene al suo esito conclusivo: la definizione della controversia con sentenza (sul tema, ancorché in modo meno puntuale, vedi già A. Diana, *Le misure conservative interinali*, in *Studi senesi*, 1909, 210 ss.).

che fa da sfondo alla controversia, ovvero dall'intempestività – connessa al mero trascorrere del tempo – con cui la situazione soggettiva è riconosciuta dal giudice[2]. È l'esigenza di garantire che quella giurisdizionale si dimostri una tutela effettiva a rendere, quindi, immancabile la previsione di un tipo di giustizia più immediata, che si esprima attraverso misure con funzione cautelativa[3].

In tal senso, essa ha rappresentato – e rappresenta – la prima linea che gli ordinamenti moderni hanno posto a tutela dei diritti dell'individuo.

L'archetipo di questo più evoluto atteggiamento nell'approcciarsi alla difesa dei diritti è rappresentato dal processo civile, luogo nel quale il problema teorico dell'anticipazione della tutela ha avuto la sua origine, trovando, per successivi approfondimenti e messe a punto, una appagante risposta. Una soluzione che, in termini di ricostruzione dogmatica e disciplina positiva, raggiungesse l'obiettivo – prioritario – di mantenere integro il diritto cautelato, senza con ciò compromettere la pretesa dell'altra parte di veder utilmente celebrato un giudizio a cognizione piena (evenienza, altrimenti, preclusa nel caso di provvedimenti cautelari ad effetti irreversibili).

Per tenere insieme, in posizione di equilibrio, i valori e le istanze su cui l'istituto va fatalmente a calarsi, nel processo civile la tutela cautelare ha finito per poggiarsi – a partire dalle sue prime teorizzazioni – su tre assi portanti, che ne hanno caratterizzato la tradizionale fisionomia: 1) l'individualità (termine da intendere, assecondandone l'accezione aggettivale, nel significato di strumentalità-ancillarità rispetto alla situazione soggettiva attribuita all'individuo dal diritto sostanziale[4])

[2] Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 4 ss. Così pure C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele*, Padova 2004, 283; G. Verde, B. Capponi, *Profili del processo civile*, III, Napoli 1998, 325; C.E. Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 75; A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 2, 9, 33.

[3] Come si avvertì fin dai tempi di Chiovenda (cfr. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 45 ss., 81 ss., 226; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 12). Per A. Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc,* 1988, 16 ss. l'odierno principio di effettività della tutela giurisdizionale ha il suo precursore nell'enunciato chiovendiano secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire».

[4] Quale proiezione del generale carattere individualistico della tutela giurisdizionale (su cui, vedi, per tutti, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 10 ss.; A. Di Majo, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 360 ss.; S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, ivi, XIX, Milano, 1970, 218 ss.).

della tutela impartita[5]; 2) la pluralità e la atipicità delle misure cautelari in cui essa si estrinseca; 3) la terzietà del giudice rispetto alle parti (e ai relativi interessi) in causa.

La tutela cautelare, sotto un primo punto di vista, è stata concepita (e dunque tagliata su misura) per rispondere alle esigenze di protezione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e messa a repentaglio dalla condotta altrui. Essa, quale manifestazione tangibile del principio di effettività della tutela dei diritti[6], completa e conferma l'esistenza delle situazioni di vantaggio riconosciute dallo stesso diritto sostanziale[7]. Più di ogni altro istituto previsto dalle norme processuali – comparse nell'ordinamento come contropartita del divieto di autotutela privata –, infatti, la giustizia cautelare è deputata a dare attuazione al singolo diritto soggettivo proprio nel momento in cui se ne ravvisa maggiormente il bisogno[8].

In questo senso – concetto che è stato variamente declinato – tutte le misure cautelari si connettono «all'esigenza di non frustrare la tutela giurisdizionale dei diritti, quale garantita dalla Carta fondamentale»[9] e – con la partecipazione dell'Italia all'Unione europea – dal diritto eurounitario[10].

---

[5] Cfr. F. Tommaseo, *Provvedimenti di urgenza*, in *Enc. Dir*., XXXVII, Milano, 1988, 860; Id., *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza,* in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, II, Milano, 2005, 1484 - 1485, dove si afferma che «la tutela d'urgenza è lo strumento che munisce la generalità dei diritti soggettivi di un'idonea tutela sommaria urgente […] la misura cautelare urgente è quindi strumento di tutela dei diritti soggettivi». In senso analogo e in epoca pre-costituzionale, E. Allorio, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc*., 1936, I, 18 ss.

[6] Sul tema, tra i contributi principali, G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 274; A. Proto Pisani, *Chiovenda e la tutela cautelare*, cit., 19 ss.; L. Lanfranchi, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1987, 169 ss.; V. Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc*., 1984, 446 ss. In giurisprudenza, cfr. C. Cost., 27 dicembre 1974, n. 284, in *Giur. cost*., 1974, 2953 ss.; C. Cost., 17 luglio 1975, n. 227, in *Foro it*., 1975, I, 2413 ss.

[7] L'effettività della tutela, secondo M. Taruffo, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 635 ss., dev'essere intesa come «idoneità ad assicurare l'attuazione del diritto, in funzione del *contenuto* che gli è proprio».

[8] Sul carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale e, quindi, come contropartita che lo Stato riconosce ai cittadini al divieto di farsi ragione da sé, in termini generali, cfr. A. Proto Pisani, *Appunti preliminari fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur.*, 1978, 1 ss.; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 4 ss. e, con riferimento alla tutela giurisdizionale cautelare, Id., *Procedimenti cautelari*, cit., 1 ss.

[9] E. Fazzalari, *Provvedimenti cautelari (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir*., XXXVII, Milano, 1988, 841.

[10] Sulla tutela cautelare come strumento fondamentale di garanzia delle posizioni dei singoli

È in tale ottica che vanno letti i presupposti a cui la legge subordina la concedibilità della misura cautelare: il diritto invocato in quella sede deve avere un'alta probabilità di fondatezza (cd. *fumus boni iuris*), così come la minaccia di pregiudizio allegata, una altrettanto alta probabilità di verificarsi (cd. *periculum in mora*). Quando, infatti, appare altamente probabile l'esistenza del diritto che costituirà – o già costituisce – l'oggetto del giudizio ordinario di cognizione, l'ordinamento verrebbe meno alla sua missione primaria se lasciasse l'attore esposto al rischio (probabile) di subire un danno dalla durata (o a causa della durata) del processo[11].

Nello stretto rapporto tra tutela cautelare e diritto azionato – ordinato secondo una logica servente –, d'altro canto, va ricercato anche il coefficiente che, tre lustri orsono, ha dato impulso a una revisione, nel senso dell'"allentamento", ai rapporti tra decisione cautelare e decisione di merito, rimettendo alla volontà delle parti la scelta (libera) di introdurre una fase di giudizio a cognizione piena[12]. Si è, infatti, compreso che, per poter raggiungere fino in fondo il proprio scopo (di dare certezza e attuazione immediata a un diritto), gli effetti del provvedimento adottato in sede cautelare devono – sebbene in esito a una cognizione soltanto sommaria – potersi stabilizzare[13], trasformando la successiva fase processuale da necessaria (previsto a pena di inefficacia della misura interinale) a eventuale, come opportunità per i contendenti e non più obbligo[14].

garantite dal diritto comunitario, cfr. CGCE 9 novembre 1995, C-465/93, in *Giorn. dir. amm*., 1996, 333; Id., 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-82/89, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1992, 125; Id., 19 giugno 1990, C-213/89, in *Foro amm*., 1991, 1885.

[11] Cfr., in argomento, A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., 1 ss.; Id., *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur*., XXV, Roma, 1991, 1 ss.

[12] La stessa tesi di P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 21 ss. (secondo cui «la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l'efficace funzionamento della giustizia»), è stata superata dalla dottrina moderna, al cui cospetto l'idea che il provvedimento cautelare perdesse ogni scopo in caso di mancata pronuncia del provvedimento principale, già all'epoca «risultava opinabile, quanto meno nei casi di misure pienamente satisfattive» (U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv. dir. proc*., 2006, 1255).

[13] Una «stabilità, almeno potenzialmente, a tempo indeterminato», fino, cioè, «alla revoca o fino all'emanazione della sentenza di primo grado». Così, U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, cit., 1260. In senso analogo, G. Tarzia, *La tutela cautelare*, in *Il processo cautelare*, a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2008, XXVII ss.

[14] A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari* (postilla di aggiornamento), in *Enc. giur*., XXIV, Roma, 2006, 1 ss.; R. Caponi, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it*., 2006, V, 69 ss.; L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare*

Nel processo cautelare civile, dunque, è il diritto (*rectius*, la situazione giuridica soggettiva) riconosciuto dalle norme sostanziali il fulcro attorno al quale ruotano la struttura e la disciplina dell'istituto[15].

Al punto tale, che anche il secondo elemento distintivo della tutela cautelare in ambito civile – un sistema che si compone di pluralità di misure tipiche, più una misura atipica a carattere residuale – si presta a essere letto come sorta di corollario della dedizione all'individuo (individualità) su cui poggia il sistema cautelare.

È, infatti, proprio allo scopo di offrire alle varie forme di interessi protetti dall'ordinamento un apparato di misure che, in maniera specifica e ottimale, rispondessero tempestivamente alle varie forme di aggressione che gli interessi potrebbero subire, che la tutela cautelare ha sempre potuto contare su un modello all'avanguardia. Un sistema (cd. "tipico temperato") articolato orizzontalmente su due livelli di protezione, in cui a un gruppo di misure tipiche (tarate su esigenze di tutela e situazioni di rischio tipizzate dal legislatore) fa da complemento una misura atipica (l'art. 700, c.p.c.[16]), concepita come rimedio di chiusura capace di intercettare nelle sue maglie applicative situazioni e pericoli non tipizzati o non tipizzabili *a priori*[17].

Soprattutto l'applicazione dell'art. 700 c.p.c. ha dimostrato come nel diritto vivente la tutela cautelare sia andata plasmandosi a immagine e somiglianza del tipo di diritto (o situazione soggettiva minore) chiamato in causa, fino a legittimare l'adozione di misure non soltanto conservative, ma finanche anticipatorie della decisione di merito e, talvolta, attributive di vantaggi maggiori di quelli ottenibili dalla sentenza. Questo perché, in

e giudizio di merito, Bologna, 2006. Ha rammentato, di recente, U. Corea, *La tutela cautelare anticipatoria secondo la Cassazione: cala il sipario sul référé all'italiana*, in *www.judicium.it,* 2020, 6, che «il legislatore aveva finalmente coniato uno strumento di tutela che perseguiva il fine immediato di neutralizzare un pericolo non più necessariamente collegato alla durata del processo di merito, ormai solo eventuale, mediante provvedimenti sommari satisfattivi non più necessariamente strumentali a quest'ultimo».

[15] Cfr. F. Tommaseo, *Provvedimenti di urgenza*, cit., 860, per cui la tutela cautelare è «strutturalmente preordinata alla tutela d'un diritto soggettivo». Specularmente, quindi, il provvedimento cautelare diviene «strumento *servente* della tutela dei diritti» (U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, cit., 1260).

[16] Sull'art. 700, c.p.c. (oggetto di una vastissima letteratura), cfr. per tutti A. Panzarola, R. Giordano, *Provvedimenti d'urgenza. Art. 700 – 702*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, dove si trovano, altresì, richiamati (in nota n. 2) i principali contributi in materia.

[17] Tra i vari, A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., 7. Ma vedi già, A. Coniglio, *Sui procedimenti cautelari innominati*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, 319; V. Denti, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di P. Ciapessoni*, Pavia, 1948, 29.

una visione sempre meno formalistica della tutela d'urgenza, il criterio della strumentalità – quale argine alla discrezionalità del giudice nell'ideare il contenuto concreto della misura[18] – viene riferito non più tanto alla futura sentenza di merito, quanto al contenuto del diritto cautelato[19]. Con la conseguenza, che l'unico, vero limite che incontra il giudice della cautela risiede – nella stessa misura del giudice della cognizione – nella norma di carattere sostanziale, non potendo egli adottare provvedimenti produttivi di effetti diversi da quelli che la legge fa discendere dalla fattispecie normativa, come concretamente prospettata dalle parti[20].

Qualunque variazione sul tema, d'altra parte, determinerebbe una distrazione dallo scopo essenziale della funzione giurisdizionale (che è – e deve rimanere – quello di dare applicazione alla legge), trasformandola in attività regolativa di interesse. Affrancandosi dal limite della fattispecie, infatti, il giudice perderebbe la sua (consustanziale) terzietà rispetto agli interessi delle parti, divenendo esso stesso creatore della regola risolutiva del conflitto del caso concreto[21].

Circostanza, quest'ultima, interdetta dai principi fondamentali su cui l'istituto del processo, in tutte le sue declinazioni (comprese quelle volte a impartire una tutela sommaria e interinale), è stato edificato. Anche il giudizio cautelare, per l'appunto, si regge sul principio di imparzialità-terzietà del giudice, il quale, accertati i presupposti di legge[22], non può svolgere alcuna ulteriore valutazione sugli interessi coinvolti nel giudizio

[18] A. Panzarola, R. Giordano, *Provvedimenti d'urgenza. Art. 700 – 702*, cit., 9 «l'imponente fenomeno della discrezionalità del giudice […] che la atipicità della misura urgente non può che far risaltare ancora di più».

[19] Cfr., ancora, F. Tommaseo, *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza,* cit., 1485: «la misura cautelare urgente è quindi strumento di tutela dei diritti soggettivi qualunque ne sia la natura, senza che sia possibile discriminare i diritti relativi da quelli assoluti e, ancora, senza far dipendere l'ammissibilità della tutela cautelare dalla tipologia dell'azione di cognizione alla quale essa è strumentale. Si tratta di considerazioni da tempo largamente condivise». Nonché, F. Cipriani, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 23 ss.; U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, cit., 1268, che riflette su come «il provvedimento cautelare anticipatorio, più che strumentale rispetto al *provvedimento definitivo* […] sia oggi direttamente "strumentale" al *diritto sostanziale* fatto valere».

[20] F. Tommaseo, *Provvedimenti di urgenza*, cit., 860.

[21] Facendo del «diritto libero» (F. Tommaseo, *Provvedimenti di urgenza*, ult. op. loc. cit.). Sul rischio di un abuso in tal senso dell'art. 700 c.p.c. anche N. Picardi, *Uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. civ.*, 1983, I 324 ss. (nota critica a Pret. Cassino, ord. 15 marzo 1982).

[22] Sul dovere di imparzialità del giudice, anche in fase cautelare, cfr. N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, 124 ss.

o tenere in considerazione i possibili riflessi che la decisione assunta *secundum legem* potrebbe propagare sulle parti o sui soggetti terzi.

Il problema è stato affrontato – e risolto – con riferimento ai provvedimenti d'urgenza adottati in virtù dell'art. 700, c.p.c., dove, molto spesso, al giudice era richiesto di raffrontare gli opposti interessi e rilasciare la misura solo a valle di una analisi costi-benefici[23]. Una necessità che si poneva, in maniera più sentita, per i provvedimenti ad effetti (anche solo potenzialmente) irreversibili[24] dove, a differenza delle misure cautelari tipizzate dal codice di rito, il giudizio di prevalenza tra gli interessi delle parti non era stato condotto – né avrebbe potuto esserlo – in astratto dal legislatore[25].

In casi simili, per scongiurare (o, quantomeno, controllare) il rischio che dall'applicazione si trascendesse in attività di creazione di norme (minando quel ruolo di soggetto terzo imparziale che il giudice deve incarnare)[26], è stato efficacemente proposto di sostituire la logica del bilanciamento di interessi – come *discrimen* per accordare una misura produttiva di modificazioni non (o difficilmente) reversibili – con una valutazione di tipo probabilistico, che valorizzasse la scelta legislativa, implicita nella formulazione dell'art. 700, c.p.c., di accordare prevalenza non già all'interesse più rilevante, ma al diritto ritenuto, all'esito di una

[23] In guisa da far diventare la domanda cautelare, domanda di tutela di valori e di esercizio della potestà normativa del giudice. In quest'ordine di idee, ad es., si collocano gli studi di C.E. Balbi, *Provvedimenti di urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ*., XVI, Torino, 1997, 73 ss. (per il quale, il giudice provvede «con esclusivo riferimento ad una scelta di valori contenuta in una norma predisposta dello stesso giudice dell'urgenza nel convincimento dell'idoneità della misura provvisoria ad assicurare l'effettività della decisione definitiva di merito», 115) e G. Arieta, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, 137 ss.

[24] Sui provvedimenti cautelari a effetti irreversibili, con particolare riguardo al problema dei limiti e del controllo del potere discrezionale del giudice, cfr. R. Martino, *Tutela innominata d'urgenza e discrezionalità del giudice (brevi note a margine di un recente volume su "I provvedimenti d'urgenza")*, in *Il giust. proc. civ*., 2016, 925 ss. In argomento, pure C. Delle Donne, *Linee evolutive della tutela (anticipatoria) d'urgenza nell'esperienza applicativa e in alcune scelte del legislatore: l'irrilevanza della durata del giudizio di merito e l'emancipazione dall'eseguibilità forzata*, in *Riv. esec. forz.,* 2014, 722 ss.

[25] O, per lo meno, così è stato per lungo tempo ritenuto, come dimostrano, ad es., le parole di L. Dittrich, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, cit., 286 - 287, che, dissentendo da chi prospetta l'opportunità di accentuare la tipicità del sistema cautelare allo scopo di ridurre la discrezionalità del giudice (*i.e.,* A. Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 361), reputa «un miraggio irraggiungibile la tendenziale completezza di un sistema cautelare integralmente sostenuto da provvedimenti cautelari tipici».

[26] F. Tommaseo, *Riflessioni sulla tutela cautelare d'urgenza,* cit., 1500 – 1501.

cognizione semi-piena[27], verosimilmente più fondato[28].

Se non – in una prospettiva riformistica – di esortare lo stesso legislatore, soprattutto in situazione di complessa comparazione dei pericoli di danno, a effettuare egli stesso, «a livello di valutazione generale ed astratta sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, la valutazione, per determinate categorie di ipotesi, degli interessi in conflitto, determinando legislativamente quale sia l'interesse di rango prevalente»[29].

2. *L'oggetto del processo amministrativo, alla luce della Costituzione*

Anche del processo amministrativo, specialmente dopo che la Costituzione ha fatto il suo ingresso nel panorama ordinamentale, si è iniziato sempre di più a ragionare come di un giudizio su diritti. Un giudizio, più esattamente, che avesse ad oggetto – al pari del processo civile – la situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente[30].

Gli studi scientifici e gli interventi riformatori del legislatore susseguitisi nel tempo, infatti, hanno innescato un processo di aggiornamento nel modo

[27] A. Proto Pisani, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 15, il quale, tuttavia, ritiene che il giudice debba comunque operare una valutazione comparativa sui danni (patrimoniali o non patrimoniali, irreparabili o non irreparabili) che le parti rischierebbero di subire in seguito alla decisione cautelare.

[28] In una logica in cui il giudice, chiamato a scegliere tra situazioni sostanziali in conflitto, sacrifica senza limiti «l'improbabile al probabile» (F. Tommaseo, *Intervento*, in *Les mesures provisoires en procédure civile: atti del colloquio internazionale*, Milano, 1985, 307, concetto già maturato in *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, 1983, 155: «il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile»); in senso pienamente adesivo, Trib. Milano, 14 agosto 1995, in *Giur. it.*, I, 2, 1996, 354. Nonché, F. Santangeli, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.,* 2006, 61: «laddove il diritto non possa essere preservato che con un provvedimento irreversibile, si tratta semplicemente di scegliere quale diritto privilegiare, e da questo punto di vista appare ovvio che il diritto da privilegiare sia quello assistito dal *fumus*».

[29] A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 612. In tal modo – prosegue l'A. – al giudice è rimessa «soltanto la valutazione del *fumus boni iuris* unitamente alla sola individuazione di un *periculum in mora* (dell'attore o se del caso anche del convenuto) legislativamente tipicizzato».

[30] Cfr., in termini ricognitivi e generali, A. Police, *Il cumulo di domande nei «riti speciali» e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1197 ss.; L. Mazzarolli, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, ivi, 1997, 463 ss.

di intendere la questione, sfociato nel superamento di vecchie concezioni (legate, in maniera più o meno diretta, all'idea di una giurisdizione oggettiva, garante di interessi collettivi e pubblici) e culminato nella comparsa delle teorie cd. soggettivistiche, di cui è debitrice la presa d'atto che, anche il giudizio amministrativo, la domanda di parte non è altro che richiesta di riconoscimento di una situazione giuridica individuale immersa – nelle sue versioni più contemporanee ed evolute – in un rapporto in senso tecnico.

È, ormai, letteratura che, in tempi più risalenti – quando il sistema della giustizia amministrativa era tessuto a partire dal t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato e dal regolamento di procedura del 1907 –, le costruzioni teoriche che hanno indagato il tema dell'oggetto del giudizio amministrativo, fossero condizionate dalla posizione di supremazia che la P.A. ricopriva nel suo rapporto con il privato e dalla correlata necessità di assicurare una giustizia speciale per l'Amministrazione[31].

La tendenza a riconoscere, anche nell'ambiente processuale, una posizione di preminenza all'interesse pubblico di cui era portatrice l'autorità amministrativa (relegando a un ruolo subalterno quello del privato-ricorrente), ha indotto molti a considerare, come obiettivo primario del contenzioso amministrativo, il ripristino della legalità, piuttosto che la tutela della situazione giuridica soggettiva dei litiganti. Ragion per cui, oggetto del contezioso innanzi al g.a. è stato ritenuto, di volta in volta (e limitandosi a citarne alcuni)[32], l'interesse pubblico impersonato dalla P.A.[33], l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa (o dei singoli

[31] P. Aimo, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma – Bari, 2000, *passim*.

[32] Per una elencazione più esaustiva, con relativi riferimenti bibliografici sulla paternità delle singole tesi, si veda, invece, E. Picozza, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 467 ss.; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 175 ss.

[33] Vedi E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, *passim*. Eco di questa tesi, peraltro, si ritrovano ancora nella manualistica più recente: cfr., ad es., E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, 815, il quale afferma che il processo amministrativo «ha per oggetto il modo con cui è stato esercitato il potere finalizzato al perseguimento di interessi pubblici».

atti impugnati)[34], l'interesse privato occasionalmente protetto[35], il diritto potestativo di provocare l'annullamento dell'atto[36] o i singoli motivi di ricorso[37].

Una volta che la Costituzione ha sgomberato il campo da ogni equivoco, parificando il rapporto tra cittadino e amministrazione e prevedendo per le controversie tra costoro le stesse garanzie e principi che governano il contenzioso tra privati (l'individualità ed effettività della tutela, la parità delle parti, la terzietà del giudice, etc.), la giurisdizione di tipo oggettivo

[34] E. Tosato, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937, *passim*; Id., *L'impugnativa dei decreti reali d'annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 48 e ss.; R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano 1953, 557 e ss. ove si ravvisa l'oggetto del giudizio nell'interesse strumentale alla legittimità; S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche*, cit., 341, secondo cui «là dove c'è un atto giuridico della pubblica Amministrazione, di cui si lamenti l'annullabilità, lì c'è sempre una norma che può essere portata alla cognizione del giudice amministrativo». A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960, 625: «l'oggetto del giudizio è dunque, di solito, l'accertamento – in vista della pronuncia richiesta – della legittimità o della convenienza dell'atto impugnato».

[35] O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 463, nt. 4, che vede concretizzarsi nel giudizio amministrativo «il diritto di far valere innanzi alla giurisdizione amministrativa il proprio interesse legittimo […] e con esso il diritto oggettivo, su cui si fonda, che si pretende leso da un atto amministrativo». G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 186 ss.; U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, 204 ss.; C. Vitta, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1937, 127 e ss., Torino, II, 1948, 573 ss.; U. Forti, *Diritto amministrativo*, III, Napoli 1945, 551 e ss.

[36] E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, 1950, 58 ss.; M. Nigro, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4, delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, 258 e 280; G. De Giorgi Cezzi, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1999, 3, per la quale «del processo amministrativo è oggetto la verifica dell'affermazione del ricorrente che esso ha il potere di provocare l'annullamento dell'atto e quindi, conseguentemente, anche l'attuazione di tale potere».

[37] Cfr. R. Villata, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 542, secondo cui «oggetto del giudizio amministrativo è l'affermazione dell'illegittimità del provvedimento impugnato in relazione ai motivi dedotti»; P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1976, 182 ss.: «l'oggetto del giudizio amministrativo è costituito dall'accertamento della legittimità o meno di un determinato provvedimento amministrativo in relazione ai motivi dedotti dalle parti»; S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1495 ss. Impostazione criticata, di recente, da S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 821 ss. con contro replica di R. Villata, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, ivi, 2021, 369 ss. (in partic. 388 - 389), che riafferma la rilevanza dei vizi dell'atto anche configurando il processo amministrativo come giudizio sul rapporto tutt'affatto peculiare (390 ss.).

non ha avuto più ragion d'essere[38].

Nel solco tracciato dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, si inquadrano anche le iniziative riformatrici del contenzioso amministrativo che, già *ante codicem* (e grazie al contributo del diritto europeo), hanno condotto a un progressivo, quanto inesorabile, allontanamento del potere dalla sua tradizionale caratterizzazione in senso autoritario e alla contestuale emersione del carattere sostanziale della situazione portata in giudizio.

È, allora, in seno al mutato ambiente culturale e ordinamentale che si sono originati i tentativi di far convergere il baricentro dell'oggetto del giudizio amministrativo verso la situazione giuridica soggettiva propria di chi domanda giustizia (nei confronti della P.A.), dapprima, individuandola nell'interesse legittimo, ma raffigurato come prerogativa (irrelata[39] o

[38] Sulla parificazione nel prisma della Costituzione, da segnalarsi i contributi di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, 43 ss.; F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 808 ss.; Id., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, 211 ss.; Id., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Nonché, G. Berti, *Commento all'art. 113*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, IV, Bologna – Roma, 1987, 90 ss.; Id., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 2004, 91 ss.; V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana,* Milano, 1966; U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.

[39] F. La Valle, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 847 ss., dopo aver criticato l'idea che lo rappresentava come mera condizione di ammissibilità del ricorso, afferma che «per contro, è proprio l'interesse legittimo, l'oggetto del giudizio amministrativo»; cfr., altresì, A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 143 ss., ove si sostiene che a essere domandato è l'accertamento – a opera di un atto invalido – della lesione di un interesse legittimo. Più di recente, in questa direzione sembra muoversi anche M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 206, che definisce oggetto del processo amministrativo «l'affermazione della titolarità di un interesse legittimo – volto a conservare o ad acquisire, in forma specifica o per equivalente, un bene della vita – che è stato leso da un atto o da un atto o da un comportamento della pubblica amministrazione non conformi alla norma attributiva del potere». Per una recente disarticolazione teorica della nozione di interesse legittimo, come condizione di accesso al g.a. idonea ad aprire la tutela a tutti gli «interessi non illegittimi», M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, 330.

inserita in un rapporto – asimmetrico – col potere[40], strumentale[41] o a carattere finale[42]) tipica del diritto amministrativo[43].

Poi, in una prospettiva più contemporanea e adulta, nell'interesse legittimo ricondotto verso le tradizionali categorie di teoria generale[44], proiettato, cioè, in una dimensione che lo collocasse tra le *species* del diritto soggettivo a struttura creditizia (in particolare, l'aspettativa di

[40] Il rapporto giuridico amministrativo tra il privato, titolare dell'interesse legittimo e la P.A., titolare del potere, costituisce l'oggetto del giudizio nella costruzione elaborata da A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, 27 ss.; M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 254 ss.; F.G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 294. Da ultimo, cfr. ancora F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 161, che ha indicato nel «potere amministrativo (inteso come situazione giuridica soggettiva) […] in funzione della tutela dell'interesse legittimo» l'oggetto del processo amministrativo.

[41] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria,* Torino, 2017, 362 ss., dove è rimarcato che esercitare l'interesse legittimo «consente al privato di tutelare, seppure indirettamente, l'interesse finale, il bene della vita, che egli intende conservare o acquisire». Il che, precisa più avanti l'A., «è quanto dire che oggetto del giudizio è l'interesse legittimo nella sua configurazione strumentale» (420, nt. 41)

[42] G. Greco, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. Soc.*, 2016, 203 ss., per il quale che vi è interesse legittimo pretensivo quando, a fronte di un'attività discrezionale, «non vi siano valide ragioni di interesse pubblico per precludere l'emissione dell'atto ampliativo»; Id., *Dal dilemma Diritto soggettivo-Interesse legittimo alla differenziazione Interesse strumentale-Interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss. («l'interesse legittimo, se esistente, dovrebbe sempre consentire il conseguimento […] del bene della vita»).

[43] Un interesse legittimo che, a prescindere dalle sue mutevoli declinazioni, ha il torto – lo ha rilevato L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 732, nt. 44 – di mantenersi allo stato fluido (una situazione soggettiva di carattere dinamico), in cui anche l'eventuale sentenza di accoglimento rischierebbe (rinnegando la sua stessa ragion d'essere del processo) di essere non satisfattiva della situazione soggettiva vantata dall'attore o, all'estremo opposto, di terminare il processo decretando la spettanza di un'utilità insussistente al momento della sua instaurazione.

[44] Sull'interesse legittimo come categoria di teoria generale, cfr. L. Bigliazzi Geri, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967; Id., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.,* IX, Torino, 1993, 527 ss.; L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*, I, Torino, 1999, 330 ss. In argomento, più di recente, sia consentito rinviare a G. Poli, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 81 ss.

diritto[45] o la *chance*[46]), fino a raggiungere il rango di diritto soggettivo vero e proprio, laddove i vincoli normativi che limitano il potere pubblico, vengono concepiti come fonte di obbligazioni a cui corrispondono, nella dimensione relazionale che caratterizza tipicamente i rapporti debito-credito, diritti individuali di pretesa[47].

[45] Così, N. Paolantonio, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm*., 2015, 1 ss.; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo,* Milano, 1980, 169; P.M. Piacentini, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione e interesse legittimo*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 3346, secondo cui ciò che nel diritto amministrativo viene definito interesse legittimo pretensivo ha la stessa consistenza dell'aspettativa di diritto civile (*contra*, ci si permette di rinviare a G. Poli, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 47 ss., dove si è sostenuto che, a diversificare le situazioni, è l'oggetto della posizione vantata, avendo l'una - l'interesse legittimo - un contenuto attivo, che si estrinseca in facoltà extra processuali, l'altra - l'aspettativa - un contenuto esclusivamente conservativo).

[46] Una *chance* di carattere normativo, secondo L. Ferrara, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.,* 2010, 643 ss., che, rifiutando la nozione di *chance* accolta dalla giurisprudenza (come mera aspettativa collegata al bene della vita e dipendente dall'esercizio del potere), ne propone una lettura in termini di autonomo bene della vita: «la *chance*, cioè, è la (più o meno ampia) *possibilità normativa* di un risultato favorevole» (644). Se questa è la situazione soggettiva vantata dal privato, ne consegue che la P.A., verserà «in una situazione di obbligazione» essendo «vincolata nei confronti del soggetto privato a garantire o dare siffatta possibilità» (651). Cfr., anche C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, 42: «se si ragiona in termini di *chance*, allora non è più vero che l'interesse legittimo non garantisce un risultato: non garantisce un certo bene (il risultato finale) ma garantisce un altro bene (la *chance*). Cade la barriera visibile fra interesse legittimo e diritto soggettivo. Il bene della vita tutelato con la forma dell'interesse legittimo è un bene tutelato anche nei rapporti fra privati a fronte di altrui poteri unilaterali di scelta. E se nel rapporto fra privati si parla di diritto soggettivo perché non altrettanto nel rapporto con la pubblica amministrazione?». In giurisprudenza, ha aderito a questa tesi, Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Dir. proc. amm.*, 1171, su cui vedi, in particolare, la nota di F. Orso, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, ivi, 1236 ss.

[47] Sicché la figura dell'interesse legittimo viene a essere superata (assorbita dalla categoria del diritto soggettivo) o ridotta una funzione descrittiva, come espressione ellittica che riassume il complesso dei diritti vantati dal privato nei confronti di chi esercita un pubblico potere (cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 159 ss. e in partic. 170: «in ogni caso la violazione di norme inerenti al rapporto tra amministrazione e cittadino, anche nel caso in cui detto rapporto venga definito da un atto, rilevano, in questa prospettiva, in termini di comportamento, e più precisamente di inadempimento di obblighi inerenti al rapporto stesso»). Alla pretesa, sia pure ricostruita in una chiave inedita (di «pretesa che si rivolge direttamente, in termini negativi o positivi, nei confronti della situazione effettuale a cui il potere fa riferimento (l'utilità finale, come mediata dall'adozione del provvedimento)»), che si astrae dalla dinamica classica del rapporto creditorio, si è richiamato, da ultimo, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, 2020, in partic.,

Il merito del differente approccio mostrato dai fautori delle tesi che hanno riportato l'oggetto del processo alla categoria del diritto, risiede nell'aver ancorato la soddisfazione dell'interesse dell'individuo all'autorità della legge, anziché a quella del potere. Cosicché anche il giudizio celebrato avanti al giudice amministrativo – alla pari di quanto avviene nel processo civile – risulti preordinato a garantite l'attuazione immediata (con la sentenza) della situazione protetta dall'ordinamento, in armonia con i principi di effettività e pienezza della tutela che, a mente dell'art. 24, Cost., devono informare la posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tanto quanto la posizione dei cittadini tra di loro[48].

Dal raggiungimento di una simile consapevolezza può discendere una e una sola conclusione: in un processo amministrativo dall'anima del tutto nuova, anche la disciplina della tutela cautelare, per essere giudicata realmente piena ed effettiva, dovrà specchiarsi nell'oggetto del giudizio amministrativo (la situazione soggettiva individuale), dimostrandosi adeguata e coerente con esso. E per gli aspetti rimasti ancora distanti, allinearsi al modello processual-civilistico (che rappresenta il punto di riferimento della tutela cautelare in materia di diritti) e al firmamento di principi che gli fanno da sfondo[49].

Per stabilire lo stadio evolutivo in cui la disciplina del giudizio cautelarsi si trova attualmente, allora, non si può prescindere dal rievocare le tappe fondamentali che, dalle origini alle riforme degli anni duemila, hanno condotto l'istituto fino a oggi. Fino, cioè, ad acquisire la fisionomia che, poco più di due lustri orsono, gli ha conferito il c.p.a.

3. *La tutela cautelare nel c.p.a. e nel diritto vivente: gli equivoci rimasti in sospeso*

Storicamente, la tutela cautelare ha fatto la sua comparsa – nell'ambito della giustizia amministrativa – come proiezione ortogonale del potere

507 ss. e 515 ss., facendone l'oggetto del giudizio amministrativo di condanna *ex* artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. (520 - 521).

[48] Il che spinge L. Ferrara, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, a cura di A. Carbone, I, Torino, 2020, 88 ss. a ribadire che, anche nei confronti della P.A., la tutela dell'interesse individuale va ricercata all'interno e non al di fuori della situazione soggettiva protetta dalla legge.

[49] Cosa che in parte accade già, per effetto del richiamo esterno contenuto nell'art. 39 c.p.a.

di sospensione in via amministrativa degli effetti di un precedente atto, divenuto o rivelatosi dannoso (anche) per l'interesse pubblico [50].

Fin dalla sua prima apparizione tra le norme di diritto positivo, infatti, è apparso di intuitiva evidenza che la natura originariamente amministrativa nell'organo deputato ad amministrare la misura (la quarta sezione del Consiglio di Stato) avesse condizionato la scelta di identificare la tutela cautelare con la sospensione[51] – «ispirata alla tutela del bene collettivo»[52] – del provvedimento impugnato[53].

Il modello teorico ed empirico di riferimento, d'altra parte, restava, pur sempre, quello dei rimedi a carattere giustiziale[54], in relazione al quale l'istituto della sospensiva si presentava – e tutt'oggi si presenta, quantomeno nel ricorso gerarchico[55] – come sorta di ircocervo, nel quale coabitano esigenze di garanzia del ricorrente ed esigenze di tutela dell'interesse pubblico (che giustificano, ad es., l'adozione della misura anche per ragioni

[50] Tanto che, come osserva I. Correale, *Sospensione (incidenti di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 79, si è «dubitato, più di una volta, della sua inerenza, o meno, al settore giurisdizionale, cosicché all'intero procedimento ed alla relativa pronuncia conclusiva si era, talora, voluto attribuire natura amministrativa». Sul tema della natura (giurisdizionale o amministrativa) del procedimento incidentale di sospensione, E. Bonaudi, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908; M. Nigro, *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, in *Foro amm.*, 1941, 277 ss.; A. Stoppani, *Cenni sulla sospensione dell'esecuzione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1945, 92 ss.; E. Aliotta, *La sospensione del provvedimento amministrativo impugnato dinanzi al Consiglio di Stato*, Napoli, 1948; U. Gargiulo, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, Napoli, 1948, 37 ss.; G. Falzone, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici*, Milano, 1966; E. Cannada-Bartoli, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, 1970, 934.

[51] Sul piano storico, rileva A. Travi, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. disc. plubbl.*, XIV, Torino, 1999, 372, come «l'istituto della sospensione del provvedimento impugnato rappresent[i] quindi, nella giustizia amministrativa, non una semplice modalità della tutela cautelare, ma il nucleo centrale e fondamentale di tale tutela».

[52] U. Borsi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938, 303.

[53] Cfr. V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 688 ss. che rileva come «tutto l'istituto riposa sopra una smilza disposizione che, in via incidentale, si trova nella legge organica del Consiglio di Stato».

[54] Non per caso, l'art. 3 d.p.r. 1199/71 reca, tutt'oggi, l'identica formula dei "gravi motivi", usata dall'art. 39, t.u. cons. stato (r.d. n. 1054/24).

[55] Cfr. S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, Padova, 2012, 43 ss. (in partic., nota 64, dove si evidenzia la vicinanza della sospensione del provvedimento in seno al ricorso gerarchico con il modello previsto dall'art. 21 *quater* l.n. 241/90).

diverse da quelle sollevate con l'atto di iniziativa di parte)[56].

L'esistenza di un interesse dell'Amministrazione, quale presenza costante del potere di sospensiva disposto a seguito di un ricorso, ha così ingenerato quell'equivoco di fondo che ha accompagnato e condizionato l'evoluzione dell'istituto anche nei suoi successivi sviluppi ricostruttivi[57]; dimostrandosi talmente radicato nella percezione comune, da opporre resistenza persino alla ormai raggiunta consapevolezza, in dottrina come nella società civile (ipostatizzata nell'assetto costituzione della giustizia amministrativa), circa la natura giurisdizionale della tutela cautelare impartita dal Consiglio di Stato[58].

Non c'è, dunque, da sorprendersi se il carattere di originalità che è andato assumendo l'istituto – rispetto al sistema processual-civilistico – e i suoi rapporti con l'interesse pubblico, abbiano lasciato orme bene riconoscibili nella normativa (anche quella post costituzionale e meno risalente) e nel diritto vivente.

L'aspetto che, forse più di ogni altro, rappresenta emblematicamente la confusione dei ruoli (amministrare e giudicare l'Amministrazione) in cui è avvolto il giudizio cautelare è la sudditanza che esso mostra, in maniera talvolta palese, talaltra latente, rispetto all'interesse istituzionalmente perseguito da una delle due parti in causa. In tempi moderni, così come ai suoi esordi, la bussola della tutela cautelare assai di rado è coincisa con la necessità di salvaguardare, a ogni costo, la pretesa del ricorrente (pur assistita da un ragionevole grado di verosimiglianza) nei confronti di un cattivo esercizio del potere; il più delle volte, a trasparire maggiormente dalle decisioni dei giudici della cautela è stata la preoccupazione che la sospensione dell'efficacia dell'atto potesse frustrare il raggiungimento dell'obiettivo a cui mirava il provvedimento impugnato[59].

---

[56] A. Travi, *Sospensione del provvedimento impugnato*, cit., 372 ss.; Id., *Ricorso gerarchico*, in *Dig. disc. pubbl.,* 1997, 394 ss.

[57] Sulla sospensione come istituto generale, di cui la sospensione giurisdizionale e quella amministrativa costituivano una «specie del genere», U. Gargiulo, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, cit., 2 ss. (e nt. 6); P. Carnevale, *L'ordinanza di sospensione, in s.g., del provvedimento amministrativo con particolare riguardo a quella emanata dal Consiglio di Stato*, in *Nuova rass.*, 1972, 183 ss.

[58] In tema, M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 229 ss.; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 336 ss.; F. Merloni, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 483 ss.

[59] D'altro canto, come messo in rilievo da S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 50, «il presupposto costituito dalle "gravi ragioni" […] si addiceva più a valutazioni di carattere amministrativo che a decisioni di carattere giurisdizionale». Ne è

Lo si nota soprattutto nella prassi applicativa, incline a interpretare il presupposto delle «gravi ragioni» (formula così introdotta in origine dall'art. 12, l.n. 5992/1889 e traslitterata, con neutralità di effetti, fino ai «danni gravi e irreparabili» di cui all'art. 21 l. tar[60]) come imprescindibile necessità di prendere in considerazione anche l'interesse pubblico, contestualmente all'interesse del ricorrente (nonché agli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti) [61].

Il che implicava, fatalmente, la presenza di un'ulteriore anomalia nel governo della fase cautelare, destinata a caratterizzarne, di lì in poi, il funzionamento: il riconoscimento di uno spazio di discrezionalità del giudice amministrativo nell'adozione della misura. Una discrezionalità, si badi bene, non tipica della funzione giusdicente (delimitata, cioè, a mone dalla legge, entro un termine minimo e uno massimo)[62] ma che ha rasentato – fino, talvolta, a sovrapporvisi completamente – la scelta discrezionale amministrativa.

La tesi, che si è fatta largo con la compiacenza della dottrina, è che la sospensione degli effetti dell'atto – tanto quanto l'adozione di altra forma di tutela soprassessoria – non potesse mai prescindere dal contemperamento discrezionale, appannaggio del giudice, di tutti gli interessi in causa, direttamente o indirettamente toccati dalla decisione cautelare. Cosicché,

riprova l'entrata in vigore, nel 2005, dell'art. 21 *quater* della l.n. 241/90, che menziona tra i presupposti di esercizio del potere di sospensione in via amministrativa del provvedimento, proprio l'esistenza di «gravi ragioni» (sul tema, di recente, G. Iacovone, *Decisioni cautelari amministrative. Principi e regole*, Napoli, 2020, 101 ss.).

[60] Cfr. V. Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 414 («sul punto sembra che nulla sia innovato dal punto di vista legislativo»), cui *adde* I. Correale, *Sospensione (incidenti di)*, cit., 82, per il quale si tratta «di variazione meramente terminologica a cui non corrisponde una difformità concettuale».

[61] Cfr., ad es., Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 1899, in *Giust. amm.*, X, 300; nonché, Id., sez. IV, 12 giugno 1931, n. 187 e Id., 23 agosto 1934, n. 848, entrambe in *Relazione del Consiglio di Stato. Quadriennio 1931 - 1935*, II, Roma, 1937, 861 ss. Nella dottrina coeva, favorevoli a un'applicazione giurisprudenziale che tenesse conto anche dell'interesse della P.A., F. Rocco, *Il rimedio della sospensione dell'esecuzione degli atti e provvedimenti amministrativi impugnati dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 515 ss. (in partic. 550 ss.); F. Malpeli, *Sulla sospensione dei provvedimenti impugnati*, in *Foro amm.*, 1933, 2 ss. Affermava U. Gargiulo, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, cit., 55, che è il medesimo interesse pubblico, talvolta, a richiedere la sospensione del provvedimento.

[62] Per tutti, sul concetto di discrezionalità del giudice, A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; R. Marengo, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996; A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 102-103 e 154 ss.

seppur nel limitato arco temporale in cui si consuma il giudizio cautelare, si è ritenuto accettabile che il giudice, attentando al principio della separazione dei poteri[63], vestisse i panni dell'Amministrazione e conducesse, in luogo di quest'ultima[64], una scelta tra gli interessi, nelle forme del vero e proprio bilanciamento[65]. Prassi alla quale, alcuni anni più tardi, il legislatore stesso avrebbe dato sistematica consolidazione[66].

L'atteggiamento rifletteva l'essenza di un mancato superamento, a dispetto delle prese di posizione su più fronti, dell'indole ibrida che aveva segnato la nascita dell'istituto, sintomo, a propria volta, di un ambiente culturale in cui non è mai tramontato del tutto quell'assioma che vuole l'interesse pubblico – anziché l'interesse privato antagonista – quale l'oggetto ultimo della tutela cautelare (e, più in generale, giurisdizionale) o, se non altro, le colonne d'Ercole oltre le quali a nessun giudice è consentito spingersi pur di cautelare una situazione individuale[67].

[63] Rappresentando, per A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2500, «un caso, sia pure non legislativamente previsto, di giurisdizione amministrativa estesa al merito». Sul filone giurisprudenziale disposto ad aderire all'idea di una giustizia cautelare come ipotesi di giurisdizione di merito, cfr. S. Giacchetti, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Sherwood*, in *Cons. St.*, 1997, II, 499 ss.; S. Raimondi, *Profili processuali ed effetti sostanziali nella tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, in partic. 624 ss. In argomento, altresì, F. Saitta, *Cautele amministrative e giurisdizionali*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. Guidara, Torino, 2021, 260 ss.

[64] Così, U. Gargiulo, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, cit., 50 ss.

[65] Cfr. S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 75, che osserva come l'apprezzamento delle gravi ragioni a fondamento della misura sospensiva «assume[sse] storicamente forma di vero e proprio bilanciamento di interessi, dando luogo a valutazioni spiccatamente amministrative che richiamano le dinamiche più vicine alla giurisdizione di merito che alla giurisdizione di legittimità» (atteggiamento legittimato dall'A. – vd. nt. 141 – in base al rilievo che «un così ampio potere del Giudice amministrativo può trovare giustificazione considerando la temporaneità del giudizio di sospensiva»).

[66] Con la codificazione dei contratti pubblici, infatti, si è colta l'occasione per rendere esplicito e, altresì, accentuare l'obbligatorietà, in sede cautelare, di una valutazione e comparazione dell'interesse pubblico, accanto a quello del ricorrente (cfr. l'art. 246, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, sulle controversie in tema di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale. Norma successivamente trasfusa, con pressoché identica formulazione, nel c.p.a., all'art. 125).

[67] Il rapporto tra le tendenze della giurisprudenza cautelare e l'interesse pubblico, fino agli anni 2000, è ben rappresentato da A. Romano Tassone, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, 26 ss., che classifica le diverse posizioni «a seconda dello spessore che si dia all'interesse pubblico (con)tutelato dal giudice della

E la situazione non è mutata neppure all'indomani delle riforme processuali dei primi anni duemila, quando, con la legge n. 205/2000, il Parlamento ha voluto imprimere al processo amministrativo un indirizzo più marcatamente paritario e vicino alle esigenze di garanzia del cittadino, recidendo l'ulteriore cordone ombelicale – la tipicità della misura, sostituito dal regime dell'atipicità delle misure – che, fino ad allora, aveva tenuto legato l'istituto processuale a quello sostanziale (la sospensiva alla sospensione amministrativa) e distinto, nel segno della specialità, il regime della tutela rispetto al processo civile.

Il superamento delle restrizioni connaturate al previgente sistema monistico, fondato sulla tipicità della (unica) misura cautelare, non è, infatti, coinciso con l'auspicabile abbandono da parte del g.a. della – ormai secolarizzata – abitudine di mettere la sospensiva al vertice del sistema cautelare[68] e con la prospettiva, pure vagheggiata[69], di inaugurare una stagione in cui, all'ampliamento dei poteri del giudice (nella scelta

cautela. Si possono infatti prospettare tre visioni principali di tale interesse: a) l'interesse generale della collettività alla legalità in quanto tale; b) l'interesse specifico curato dall'amministrazione nel caso concreto; c) l'interesse generale della collettività alla corretta definizione degli interessi, soggettivamente pubblici e privati, coinvolti nella decisione», con il risultato di confermare «il carattere prevalentemente oggettivo e non soggettivo della tutela amministrativa nel suo complesso e della cautela in particolare».

[68] Cfr. F. Saitta, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in *Giur. amm.*, 2006, 215 ss., secondo cui «tenendo conto del limitato successo del nuovo sistema, solo in minima parte sfruttato al fine di aumentare davvero l'effettività della tutela cautelare, può forse darsi, riprendendo una classificazione utilizzata dai processualcivilisti che, al di là delle apparenze, quello in vigore nel nostro processo amministrativo non è, come sembrerebbe desumersi dal dettato normativo, un sistema atipico temperato da una misura cautelare tipica (tale potendosi definire la vecchia – ma, come si è visto, ancora largamente utilizzata – "sospensiva"), ma è rimasto, in concreto, un sistema tipico temperato da una misura cautelare atipica a carattere residuale, da utilizzare nei soli casi in cui il ricorso abbia ad oggetto dinieghi/omissioni (ma, in realtà, spesso non utilizzata neanche in quei casi)».

[69] In relazione all'avvento della prima riforma del processo amministrativo degli anni duemila, aveva auspicato A. Romano Tassone, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, cit., 31 ss. che «le nuove disposizioni le nuove disposizioni sul giudizio cautelare parrebbero introdurre note dissonanti rispetto a questa impostazione [il carattere oggettivo della tutela cautelare]: la stessa assoggettabilità a cauzione della concessione (e non più soltanto del rifiuto) di una misura cautelare "reale" destinata a produrre effetti irreversibili, impone di considerare suscettibile di soddisfazione "per equivalente" lo stesso interesse pubblico specifico curato dall'amministrazione, di cui sarebbe dunque possibile, in sede cautelare e sia pure a talune condizioni, il sacrificio in termini di tutela "reale". Questo contrasta - mi sembra - con l'idea che sia proprio tale interesse a rappresentare lo scopo primario ed invariabile della tutela cautelare».

della concreta misura da adottare), corrispondesse un diverso modo di approcciarsi alla tutela interinale dei diritti individuali, depurato dai residui dell'*ancien regime* e ispirato, soprattutto in relazione alle parti e ai rispettivi interessi in conflitto, al modello paritario del giudizio cautelare civile[70].

Può, perciò, apparire normale che, nell'applicazione giurisprudenziale del nuovo istituto, abbia trovato spazio un approccio talvolta pigro, tendente a privilegiare – senza soluzione di continuità rispetto al passato – la sola sospensione dell'atto[71], talaltra solerte, pronto a rimarcare – ancor di più per giustificare misure diverse dalla sospensiva – la portata bidirezionale del rimedio adottato (giacché funzionale ad assicurare tanto gli interessi pubblici, quanto quelli privati)[72] o la sua dedizione prevalente alla difesa

[70] La giurisprudenza, infatti, ha seguitato a considerare il *periculum* un requisito con portata bidirezionale, da valutare anche in relazione agli interessi dell'Amministrazione (cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 23 ottobre 2001, n. 5791, in *www.giustizia-amministrativa.it*); questo perché larga parte della dottrina riteneva che la nuova disposizione normativa, pur non contenendo un esplicito riferimento al bilanciamento degli interessi, lo presupponesse, potendosi ricavare sia dall'inciso "secondo le circostanze", sia dalla possibilità di imporre una cauzione (così, E. Picozza, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 276). Contraria, invece, a questa lettura dell'art. 21, l. tar, Cass., Sez. un., 26 giugno 2004, n. 11750, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 1615, al cui avviso «se è vero, infatti, che la tutela cautelare amministrativa, alle origini, era valutata soltanto alla luce dell'interesse pubblico, tanto è vero che l'esame del giudice avveniva nella prospettiva di un danno grave, che l'amministrazione avrebbe potuto subire se la sospensione non fosse stata riconosciuta, questo requisito non ricorre nella disciplina contenuta nel nuovo testo dell'art. 21 della legge t.a.r., il quale prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all'amministrazione, originariamente contemplato dalla giurisprudenza amministrativa».

[71] Ne sono esempio le decisioni volte a frapporre ostacoli di ordine processuale all'adozione della misura atipica. Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2000, n. 2586, in *Cons. St.*, 2000, I, 1579; Id., sez. VI, 27 settembre 2005, n. 4354, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che limita l'impiego delle misure a contenuto positivo ai soli poteri vincolati; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2000, n. 5895, ivi, in cui si afferma che «l'ampia formulazione normativa dell'art. 3 della l.n. 205/2000 consente di adottare misure cautelari positive idonee a tutelare l'interesse del ricorrente [ma] è onere di quest'ultimo, in conformità al principio dispositivo, precisare contenuto ed effetti del provvedimento d'urgenza, non spettando al giudice d'ufficio sostituirsi alla carente domanda di parte».

[72] Cfr. TAR Lazio – Roma, sez. I, 24 febbraio 2005, n. 1462, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, disponendo un'ammissione con riserva, ha affermato che «a parte l'ovvio interesse del candidato, che trae origine dall'implicazione nei procedimenti in esame di scelte ed aspetti fondamentali per lo sviluppo della sua personalità, pare utile soprattutto sottolineare il sicuro interesse dell'Amministrazione ad una pronta definizione del procedimento concorsuale o idoneativo». In senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2002, n. 545, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 195 ss.

degli interessi pubblici riferibili all'Amministrazione (nonostante quelli privati del ricorrente)[73]. Se non, molte altre volte, a imporre all'autorità uno specifico assetto di interessi, ben oltre la regola del conflitto stabilita dalla legge (che segna il confine tra ciò che spetta al ricorrente e la libertà che residua in capo alla P.A.)[74]

Neppure l'avvento di una codificazione del processo amministrativo, realizzata un decennio più tardi nel segno di una decisa "civilizzazione" della sua struttura e funzionamento, sembra aver indicato agli operatori del diritto una rotta precisa, priva di ambiguità[75].

Accanto a previsioni che confermano la centralità della situazione soggettiva individuale – di diritto o interesse legittimo – dedotta in causa (indicandola, all'art. 7, come oggetto dell'accertamento processuale) e della sua tutela (prevedendo espressamente, agli artt. 30 e 34, un'azione di condanna al *facere* a cui corrisponde una «pretesa»), infatti, permangono nel tessuto normativo elementi equivoci, a cui sovente ci si è aggrappati per coonestare posizioni conservatrici in tema di giudizio cautelare[76].

[73] Come accade, sovente, con l'istituto del *remand* su cui, ad es., C. Cost., 9 aprile 2009, n. 108, in *Giur. cost*. 2009, 1057, che ne giustifica gli eventuali effetti irreversibili (destinati a precludere un'ulteriore prosecuzione del processo), atteso che esso si fa carico «dell'interesse pubblico all'accertamento dell'idoneità del candidato, di cui l'amministrazione stessa è portatrice». In argomento, cfr. S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 64, per il quale i comportamenti imposti dal giudice della cautela sono adottati «talvolta, anche al dine di *difendere* gli interessi dell'Amministrazione nonostante quelli privati del ricorrente, come accade emblematicamente attraverso il c.d. *remand*» (nt. 116). Vedi altresì M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino e A. Zito, II, Napoli, 2010, 567 ss., secondo cui «l'analisi della giurisprudenza degli ultimi anni conferma la funzione conformativa rimessa (e spesso assolta dalla) tutela cautelare in vista di una più effettiva garanzia del buon andamento della p.A.».

[74] Cfr. Cons. Stato, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1798, in cui si dice che il potere cautelare atipico attribuito al g.a. «può spingersi fino alla sostituzione del giudice all'Amministrazione».

[75] Critica in radice la scelta di avvicinare lo statuto del processo amministrativo al modello del processo civile (specie con riferimento al giudizio cautelare), accusata di arrecare un serio *vulnus* alla tutela del cittadino, M. Mazzamuto, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. Guidara, Torino, 2021, 241 ss.

[76] Tant'è che, all'indomani della codificazione di settore, ancora si ritiene che «la cura di interessi pubblici nella concessione (o meno) della misura cautelare evidenzia una peculiare duplicità funzionale», vale a dire «una doppia tutela fondata sul combinato disposto degli articoli 24 e 97 della Costituzione, rispettivamente a garanzia degli interessi individuali e a garanzia degli interessi pubblici» (così, S. Villamena, *Il potere di sospensione amministrativa*, cit., 88 e nt. 21).

Tra questi, la subordinazione della domanda di condanna rispetto a quella di annullamento[77] (di cui la sospensiva simula gli effetti, mantenendo una posizione privilegiata nella gerarchia delle misure astrattamente irrogabili[78]) e tra l'azione cautelare e quella di merito[79],

[77] Una scelta codicistica, ravvisabile nell'attuale formulazione degli artt. 30 e 34, c.p.a., messa all'indice dalla dottrina. Da ultimo, cfr. L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del codice*, in *Munus*, 2020, 29 ss., che osserva: «quanto alla precedenza dell'azione di annullamento, normativamente fissata, può dubitarsi della relativa indispensabilità logico-giuridica in un contesto di compiuta applicazione del principio della domanda e di "accostamento dei c.d. interessi pretensivi ai diritti (diritti di credito)"». Per P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss., non è ben chiara la *ratio* della previsione. Secondo C. Commandatore, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo, dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urb. e app.*, 2017, 660, la regola della contestualità e dell'accessorietà dell'azione di adempimento è semplicemente mutuata da una pregressa elaborazione giurisprudenziale. In argomento, cfr. altresì A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 196 ss. secondo cui il requisito della necessaria contestualità «rappresenta un limite per lo svolgimento dell'azione di condanna» atteso che «seguendo l'insegnamento di chi [ha rilevato] che il principio ordinante in materia giurisdizionale è quello individualistico [il riferimento è a A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto,* cit., 59] deve essere lasciata al titolare del diritto tutelato la scelta dello strumento più idoneo a soddisfare il proprio interesse» (208). Nonché, Id., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 ss., ove si osserva che «l'esigenza di "svincolare", in taluni casi, la statuizione di condanna dai limiti di cui agli artt. 30, co. 1, e 34, lett. c), c.p.a. impongono, a nostro avviso, di guardare con favore ad ogni sforzo interpretativo volto ad ottenere un risultato analogo a quello che si avrebbe in presenza di un'azione autonoma di condanna ad un facere, così da concedere al privato la possibilità di articolare la sua pretesa processuale in conformità con il suo interesse sostanziale».

[78] Di talché non di rado si è ritenuto che «laddove si tratti di azione di annullamento, evidentemente, l'obiettivo cautelare non può che essere quello di impedire che il provvedimento impugnato produca effetti […]» e che «la misura della sospensione cautelare del provvedimento impugnato conserva (verrebbe da dire: naturalmente), una certa qual "preminenza" nel caratterizzare la tutela cautelare dinanzi al G.A.», nonché «una specifica rilevanza, e ciò persino laddove si tratti di provvedimenti a contenuto negativo» (così, G. Clemente di San Luca, *Brevi note sulla tutela cautelare nel processo amministrativo dopo la entrata in vigore del codice del 2010*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1030, 1037 e 1040).

[79] Come si ricava, per citarne alcuni, dagli artt. 55, comma 4 e 56, comma 1, che prevedono l'improcedibilità dell'istanza cautelare fino a quando non viene presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito; dall'art. 61, comma 5, che determina l'incondizionata cessazione degli effetti del decreto cautelare *ante causam* decorsi sessanta giorni dalla sua emissione; dall'art. 55, commi 10 e 11, che prevedono la possibilità di fissare la data dell'udienza di merito in aggiunta o sostituzione della concessione della misura cautelare. La scelta operata dal codice del 2010, di rendere ancora più stretto il rapporto tra cautela e merito, si giustifica, secondo F. Saitta, *Cautele amministrative e giurisdizionali*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, cit., 264, in considerazione della rilevanza che

oltre alle disposizioni che ospita il titolo V a proposito del rito abbreviato in materia di appalti pubblici (segnatamente, gli artt. 120, comma 8 *ter* e 125, c.p.a.)[80]; norme nelle quali si fa ancora largo l'idea del giudice-amministratore, che deve valutare, in concreto, l'eventuale prevalenza dell'interesse pubblico (su quello del ricorrente)[81] e orientare l'azione amministrativa verso un migliore perseguimento dello stesso[82].

Emblematico è il caso dell'accoglimento dell'istanza cautelare ai fini del riesame (più comunemente noto come *remand*)[83] che, anche all'indomani del c.p.a., continua a essere inquadrato da certa giurisprudenza come occasione di riabilitazione per P.A. (ricondotta sui binari della legalità e del buon andamento come l'art. 97, Cost. comanda), piuttosto che – come imporrebbe l'impronta soggettivistica del codice – strumento di

assumono nel processo amministrativo gli interessi pubblici, al punto da «escludere che essi potessero trovare una loro definizione all'esito di una fase sommaria». Contrario, invece, G. Castriota Scanderberg, *La pronuncia cautelare e l'immediatezza della tutela di merito*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2010, 21, il quale auspicava, in linea con la tendenza del processo civile, un rafforzamento del giudizio cautelare, magari con trattazione piena. Analogamente, F. Cintioli, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, in *www.federalismi.it,* 7, 2021, 87 ss., che propende, in aperta opposizione alla prassi consolidatasi negli anni in materia di appalti, per una valorizzazione del *fumus* (rispetto al *periculum*).

[80] Per una panoramica sulla disciplina della tutela cautelare a opera del c.p.a., A. Pavan, *La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 69 ss.

[81] Fino a operare, oltre al vaglio di legittimità della decisione amministrativa e all'accertamento dei diritti, un giudizio di sostenibilità economica in relazione ai presupposti e agli effetti della pronuncia. Così, G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo ammnistrativo*, in *Giorn. dir. amm*., 2011, 681.

[82] Cfr. G. Clemente di San Luca, *Brevi note sulla tutela cautelare*, cit., 1034, ove si afferma che «il giudice deve tenere conto anche delle conseguenze che la sua decisione potrebbe produrre sulla cura dell'interesse pubblico».

[83] Sulle ordinanze propulsive, cfr. in letteratura A. Travi, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 168 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 37 ss.; G. Sorrentino*, Ordinanza cautelare e jus superveniens*, in *Dir. proc. amm*., 1995, 451 ss.; M. Andreis, *L'attività successiva alla sentenza di annullamento tra acquiescenza e principio di assorbimento*, ivi, 2003, 1201 ss.; F. Goisis, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto "propulsivo" nel processo amministrativo*, ivi, 856 ss.; R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del* remand *e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, ivi, 2002, 857 ss.; F. Cintioli, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app*., 2001, 237 ss.; D. De Carolis, *Tutela cautelare e atti negativi*, in *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, a cura di M. Rossi Stanchini, Milano, 2006, 135 ss.

soddisfazione coattiva di un diritto dell'individuo[84].

Si può allora dire, volendo formulare un giudizio di sintesi, che malgrado l'intervento a più riprese sulla materia da parte legislatore, mosso dall'obiettivo di incrementare l'effettività della tutela accorciando le distanze con il processo civile, l'impressione che si avverte è di una riforma incompiuta, che non mette completamente al primo posto il cittadino e la tutela dei suoi diritti; soprattutto alla luce di come il diritto vivente ha dato prova di (proseguire a) maneggiare l'istituto.

Nonostante l'incalzare di riforme sempre più organiche, infatti, quasi mai la parte privata riesce a uscire vittoriosa dal giudizio comparativo di interessi[85], sicché la tutela cautelare appare ancora troppo vicina a un potere tutorio di indole amministrativa[86] e, al tempo stesso, troppo distante da un modello processuale calibrato sul diritto leso[87].

[84] Vedi, ad es., TAR Toscana, Sez. I, 09 novembre 2016, n. 569, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella cui prospettiva, l'esigenza del ricorrente «si combina con l'esigenza di buon andamento»; TAR Sicilia – Catania, sez. IV, 12 ottobre 2010, n. 1285, ivi, secondo il quale «un più attento esame degli elaborati, al fine di giustificare in maniera adeguata e puntuale il proprio operato, suscettibile di essere sottoposto al vaglio dell'Autorità giurisdizionale, […] sicuramente rafforza l'osservanza del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione»; Cons. Stato, sez. III, 18 febbraio 2013, n. 585, ivi, per cui «nel bilanciamento dei contrapposti interessi, appare preminente quello generale al buon andamento dell'attività». In dottrina, M.A. Sandulli, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1134, per la quale la tutela cautelare assume «rilevanza essenziale anche per il buon andamento della P.A.».

[85] Evidenzia M. Ricciardo Calderaro, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo. Un nuovo modo di valutare i presupposti processuali*, in *www.federalismi.it*, n. 27/2020, 241, che «dall'esame della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la comparazione degli interessi sembra propendere, nella quasi generalità dei casi, per la prevalenza dell'interesse generale».

[86] Anche dopo il codice, per G. Clemente di San Luca, *Brevi note sulla tutela cautelare*, cit., 1066 «non può ritenersi assente il carattere obiettivo [dell'azione cautelare], essendo difficile sostenere che l'azione cautelare non sia oggi vocata al perseguimento della legalità».

[87] In cui la soluzione alla disparità delle parti non viene cercata nella legge, ma nel senso di giustizia del giudice (vedi, ad es., A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 292, secondo il quale «nel processo amministrativo, specie nel giudizio di impugnazione, le posizioni delle parti non sono equilibrate […]. A questa situazione di disparità si ricollega perciò l'esigenza di forti garanzie affinché la pronuncia del giudice sull'istanza cautelare sia il più possibile "giusta" ed appropriata»).

4. *Per un modello di tutela cautelare realmente effettiva: i presupposti.*

L'abitudine di chi decide a recitare il ruolo di giudice-amministratore, autorizzato a operare un bilanciamento di interessi e riluttante ad accordare la cautela quando mette a repentaglio l'interesse pubblico[88], è la manifestazione più evidente della necessità di considerare il c.p.a. non l'approdo evolutivo del processo cautelare amministrativo, ma il suo punto di (ri) partenza.

Per essere realmente effettivo e in linea con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, infatti, il giudizio cautelare deve muovere un passo in più e tendere verso un vero e proprio processo di parti, il cui oggetto sia rappresentato dall'accertamento e dalla tutela della situazione giuridica soggettiva contestata, giammai dalla salvaguardia (diretta o anche solo riflessa) dell'interesse pubblico *a latere* del processo[89].

Se si vuole raggiungere un risultato del genere e ultimare l'opera, è indispensabile che l'intero *corpus* delle disposizioni in materia cautelare venga filtrato e arricchito dal confronto con i dati costituzionali e da quelli

[88] E questo, a causa di un preciso atteggiamento culturale che ha accompagnato la stessa nascita del g.a., secondo cui «*juger l'administration c'est encore administrer*» (l'espressione, attribuita a P.P.N. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, 1818, è ricordata da L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 562, che soggiunge: «il giudice amministrativo come giudice speciale è figlio dell'idea che giudicare l'amministrazione è amministrare»; nonché Id., *Prefazione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, XIII. Sul tema, cfr. pure L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 188 ss., che ha constatato: «accade che il giudice sostituisca la propria valutazione a quella dell'amministrazione, utilizzando gli strumenti propri del sindacato di legittimità sino al limite dello sconfinamento in una valutazione di merito […] In tutti questi casi si verifica una vera e propria interferenza della decisione del giudice rispetto all'attività amministrativa, a volte dovuta ad una sorta di abdicazione dell'amministrazione al suo ruolo, altre volte al fatto che i principi predominano ormai sulle regole nel nostro ordinamento e consentono quindi una latitudine sempre più ampia all'interpretazione, altre volte ancora all'importazione nel giudizio amministrativo di tecniche di bilanciamento fra diritti e interessi — largamente utilizzate nel giudizio di legittimità costituzionale — che riproducono l'attività di ponderazione tipicamente amministrativa».

[89] Sul carattere individualistico della giurisdizione amministrativa, cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto,* cit., 46 ss.; V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana,* cit., 26 ss.; M.S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 229 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 306 ss.; A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 419 ss.; G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 919 ss.

ricavabili dalle fonti euro-unitarie[90] e dagli obblighi internazionali[91] che valorizzano le garanzie giurisdizionali del cittadino, *uti singulus* e nel suo rapporto con la P.A.; solo in questo modo le conquiste oggi raggiunte grazie al codice del processo amministrativo potranno considerarsi preludio di una più completa maturazione del sistema di giustizia contro il pubblico potere.

A tal riguardo, la prima indicazione presente in Costituzione, con cui pure la funzione cautelare deve fare i conti in un processo sulle situazioni soggettive, è rappresentata dalla essenziale neutralità del giudice. Sotto questo aspetto, nello stabilire una inscindibile connessione tra giurisdizione e magistratura, la Costituzione connota detto fondamentale potere dello Stato con il requisito essenziale della imparzialità[92].

È stato ormai da tempo dimostrato – in una ben nota ricostruzione teorica – che il principio di imparzialità, nel suo risvolto oggettivo, ha istituito una relazione di implicazione necessaria – denominata di "terzietà-parità" – tra i caratteri del rapporto giuridico sostanziale e l'equidistanza strutturale che il giudice deve dimostrare rispetto alle parti e ai loro interessi[93].

In virtù di una simile relazione, nei settori a regime pubblicistico, la funzione costituzionale della giustizia appare garantita solo a patto che il giudice sia posto in condizione di valutare la «affermazione giudiziale»[94] nel contesto di un rapporto che sia a carattere fondamentalmente partitario,

[90] Si allude, in particolare, all'art. 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che ha il valore giuridico dei Trattati (e, a fronte al quale, non può non segnalarsi una discrasia rispetto all'abitudine della CGUE – ben messa in luce da L. Querzola, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è di nuovo il fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 317 ss.; Id., *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, ivi, 2001, 501 ss. – di trattare la tutela cautelare come strumento per "amministrare" i vari interessi in gioco).

[91] Segnatamente, l'art. 6, comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848.

[92] Sul tema, di recente, P. Tanda, *Profili istituzionali, processuali e comparatistici dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, 697 ss.

[93] Il richiamo è all'opera monografica di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto,* cit., 60 ss. dove si espone analiticamente il nesso tra parità del rapporto e terzietà dell'organo giudicante (in partic. 71 e 108).

[94] Come denominata da F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 384, a opinione del quale «oggetto immediato del giudizio è *l'affermazione giudiziale*, cioè quella che la parte ricorrente sottopone all'esame critico del giudice», sicché «la sentenza esprime essenzialmente un giudizio di verità, avente per oggetto appunto quella affermazione, che introduce nel processo la realtà extraprocessuale».

venendo, in caso contrario, compromessa tanto la «pari dignità giuridica formale delle situazioni soggettive che si confrontano nel processo», prefigurata dall'art. 24, Cost. (cd. parità sostanziale), quanto il concetto di parità processuale, oggi raccolto nell'art. 111, comma 2, Cost.[95]

Alla luce di questa precisazione, pertanto, per poter considerare su un piano di parità sostanziale la parte pubblica e quella privata, è esigenza imprescindibile che si possa contare su un organo giudicante che, sebbene appartenente a un ordine giudiziario diverso da quello ordinario, risponda alle medesime regole di imparzialità, terzietà e indipendenza[96].

Sotto questo profilo, come è emerso dalle pagine che precedono, la disciplina codicistica appare ancora inadeguata, persistendo nel suo impianto norme, corroborate dalla prassi, che vogliono il giudice cautelare ancora molto vicino agli interessi delle parti in causa (in specie, quella pubblica). Una condizione, a ben guardare, ulteriormente incoraggiata dalla scelta – di sistema – di mantenere la giustizia cautelare saldamente ancorata – sia pur migrando verso una forma di tutela atipica (da tipica che era) – a un modello monistico[97].

[95] A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto,* cit., 66 - 67. In questo senso, spiega l'autore, «va letto allora l'art. 24 Cost.: il riferimento all' "agire in giudizio" e alla "difesa" colloca necessariamente le parti sullo stesso piano, "in ogni stato e grado del procedimento" e in primo luogo nel suo momento iniziale, in cui esse rappresentano le loro ragioni giuridiche; lettura che appare tanto più plausibile in base ad un reciproco rinvio tra gli artt. 24 e 111, co. 2, nel senso che quest'ultimo, nel fissare i cardini del giusto processo (contraddittorio e parità da un lato, terzietà ed imparzialità dall'altro), non solo stabilisce una coessenzialità tra questi, ma una precedenza logico-giuridica dei primi due rispetto ai caratteri del giudice».

[96] Il tema è stato riproposto, da ultimo da L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, I, Torino, 2021, 64 ss. ove si evidenzia come le caratteristiche della imparzialità e dell'indipendenza del giudice si rinvengano già dallo stesso art. 3, Cost., nonché dagli artt. 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e dall'art. 6, comma 1, della CEDU; disposizioni, queste ultime, che il legislatore è tenuto a rispettare, quale vincolo derivante dagli obblighi internazionali, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. Cfr., altresì, M. Protto, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in *Le garanzie delle giurisdizioni: indipedenza e imparzialità dei giudici*, a cura di G. Piperata, A. Sandulli, Napoli, 2012, 99, il quale afferma che, per quanto riguarda il giudice amministrativo ed il relativo processo, i concetti di imparzialità e di indipendenza si trovano «perfettamente sovrapposti».

[97] Tutela atipica, come ha sentenziato la notissima C. Cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881, che rappresenta il *minimum* di tutela sotto il cui livello il legislatore ordinario non può mai scendere. Ma che non intacca la discrezionalità del legislatore nell'introdurre, in aggiunta, misure tipiche o, in certe ipotesi, sottrarre alla valutazione del giudice qualsiasi indagine in ordine al *periculum*, ovvero ancora, indirizzare/condizionare, attraverso scelte valoriali a monte, tale valutazione (cfr. A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., 4 - 5).

Un passo ulteriore verso la "codificazione" della parità-terzietà nella fase cautelare, allora, sarebbe quello di iniziare a mettere in discussione *funditus* la scelta positiva di affidarsi a un sistema «totalmente atipico»[98], contrassegnato da un unico procedimento, a cautela di tutti i *periculum in mora* che assurgono agli estremi della irreparabilità del pregiudizio.

I tempi appaiono maturi affinché il legislatore si orienti – sulla falsariga del processo cautelare civile – verso un sistema «tipico temperato» che, attraverso la previsione di specifiche misure a contenuto predeterminato, in aggiunta a una misura cautelare atipica[99], tipizzi, risolvendoli in astratto, i conflitti di interesse che abitualmente e con carattere di regolarità si presentano in talune specie di controversie (l'esempio più lampante è la materia degli appalti pubblici[100])[101].

In questo modo, la misura atipica acquisirebbe il carattere della residualità, con conseguente riduzione allo stretto indispensabile (nel caso, cioè, di *pericula* realmente imprevedibili) delle ipotesi in cui il sistema è costretto ad affidarsi alla discrezionalità del giudice. Per il resto, potendo contare su un reticolo di misure, tipicizzate dal legislatore nel contenuto (la sospensione dell'efficacia del provvedimento, l'ordine di ripetere il procedimento, etc.) e nella specie di pregiudizio (alla persona, al patrimonio, etc.)[102], che il giudice dovrà concedere previo semplice

[98] Secondo la classificazione operata da A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., 7 – 8.

[99] Vedi nota precedente.

[100] Dove, lo si è visto, il sistema lascia ancora troppa discrezionalità al giudice. Sulla tutela cautelare in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, tra i vari, cfr. M. Lipari, *La "nuova" tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le "esigenze imperative di interesse generale"*, in *www.federalismi.it*, n. 5 del 2017; E. Mastrodomenico, *Le criticità della fase cautelare nel rito speciale degli appalti, in bilico tra "vecchia" e "nuova" disciplina*, in *App. e contr.*, 2012, 37 ss.; P. Provenzano, *Tutela giurisdizionale (tutela cautelare in tema di appalti - d.l. n. 90/2014 - Direttiva 2007/66)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1384 ss.; M. Giuliante, *La tutela cautelare negli appalti pubblici dal d.lgs. n. 53 del 2010 al nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 218 ss.; M. Ramajoli, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 928 ss.

[101] Quando, per dirla con l'espressione di A. Proto Pisani, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (anni Settanta)*, in *Foro it.*, 2012, V, 170 ss., «il bisogno di tutela urgente sia emerso in modo non episodico o marginale».

[102] Per un confronto con l'ordinamento tedesco, che non contiene una disciplina unitaria della tutela cautelare, bensì distingue sulla base del tipo di azione esercitata, cfr. la disamina condotta da V. Bontempi, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 692 ss. Un'analisi comparata tra i sistemi, in rapporto a quello spagnolo, è contenuta, invece, in S. De la Sierra, *Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo. Un Estudio Normativo y Jurisprudential*, Elcano, 2004.

accertamento dei presupposti indicati dalla legge[103].

Il progredire del contesto normativo che ospita la tutela cautelare, tuttavia, non può rappresentare, di per sé stesso, un'iniziativa sufficiente a portare a termine il compito. Per recuperare la terzietà mancante è, infatti, imprescindibile che a guidare e/o ad accompagnare il processo di transizione verso una giustizia cautelare paritaria, vi sia un mutamento culturale radicale nell'approccio al problema, che si traduca in una diversa sensibilità dell'interprete nel valutare i presupposti ai quali il codice subordina la concessione della tutela e il peso ponderale di ciascuno di essi (il *periculum* e il *fumus*) nell'economia complessiva della decisione.

Per questo motivo occorre, fin da subito, che si elimini dallo schema mentale del decidente (e, prim'ancora, dall'ordinamento, ove – lo si è visto con gli artt. 120 e 125, c.p.a. – è ancora presente e molto avvertita) l'idea stessa che la ponderazione degli interessi, quale terzo requisito-ombra valutato dai tribunali amministrativi ai fini della concessione della misura cautelare, costituisca un elemento connaturato e irrinunciabile del giudizio cautelare amministrativo[104]. In un processo realmente paritario e strumentale alla tutela dei diritti, il coinvolgimento del giudice nella valutazione degli interessi in causa non è mai un momento di ulteriore garanzia per il cittadino, bensì un elemento di dubbio sulla reale imparzialità di chi assume le decisioni[105].

Ne discende che, quand'anche risulti impossibile prescindere da una valutazione comparativa in concreto condotta *ope iudicis* (nel caso in cui, ad es., si manifestino esigenze cautelari imprevedibili), l'oggetto stesso della comparazione meriti di essere rivisto secondo le consuetudini del processo

[103] E, quindi, «indipendentemente da qualsiasi accertamento diretto a verificare se tale *periculum* assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio e da qualsiasi attività diretta ad individuare il contenuto del provvedimento» (per dirla con le parole di A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, cit., 8).

[104] Recentemente sull'argomento, cfr. B. Mameli, *Il principio della domanda tra* mutatio libelli *e conversione dell'azione*, in *Giur. it*., 2020, 724 ss., dove si rileva che l'art. 120 c.p.a., affida al giudice «vere e proprie valutazioni dell'interesse pubblico», di talché «il giudice è chiamato ad operare un vero e proprio apprezzamento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco».

[105] Cfr. S. Panunzio, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir.*, 2000, 3 ss., per il quale «con il progressivo calarsi dell'Amministrazione nella società e con il ridursi dei suoi connotati di specialità, si indeboliscono le ragioni di una giustizia amministrativa speciale del tutto separata e diversa dalla giurisdizione del giudice ordinario e si rafforza l'esigenza di un'assoluta garanzia di indipendenza e imparzialità del giudice, anche (e tanto più) se speciale». In argomento, cfr. altresì, R. Alesse, *L'imparzialità del giudice amministrativo nel pensiero di Sergio Panunzio*, in *Quad. cost*., 2006, 557 ss.

civile diretto a sfociare in un provvedimento d'urgenza.

Nel contesto dell'art. 700, c.p.c., infatti, è usuale che il giudice confronti tra loro i pretesi diritti che si fronteggiano nel processo e che sono oggetto della richiesta di accertamento giurisdizionale, soppesando e paragonando i pregiudizi che le parti subirebbero dal misconoscimento delle rispettive pretese. È, invece, infrequente che, all'interno del giudizio, trapelino e confluiscano interessi estranei e ultronei rispetto a quelli protetti dalle situazioni soggettive dedotte in causa, o interessi (individuali o collettivi) ad esse indirettamente collegati[106].

Accade, così, che in una vertenza sull'adempimento di un rapporto obbligatorio, nello scrutinare il requisito del *periculum*, il giudice metta a confronto il danno che subirebbe il creditore dal mancato riconoscimento del credito con il danno derivante al debitore dal disconoscimento del proprio diritto a essere dichiarato libero dal vincolo contrattuale[107]. Solo eccezionalmente si tiene conto degli effetti che la negazione di uno dei due diritti può produrre sulla sfera giuridica di soggetti estranei al giudizio o sulla collettività[108].

Stesso copione per la sospensione cautelare delle delibere assembleari di una s.p.a., dove la norma dell'art. 2378 c.c. circoscrive testualmente il confronto comparativo ai pregiudizi potenzialmente patiti dai due soggetti del rapporto societario: il socio e la società-persona giuridica[109].

---

[106] Ragion per cui è stata stigmatizzata dalla dottrina quella stagione in cui la giurisprudenza ha piegato l'istituto alla tutela interessi non direttamente protetti dalle norme. Vedi, ad es., gli Autori riportati *supra* alla nota 21.

[107] Ne è un esempio (tratto dai rapporti di garanzia) il caso deciso da Trib. Verona, 20 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 118, ove si evidenzia come «il requisito del "*periculum in mora*" per la pronuncia di un provvedimento d'urgenza, che inibisca il pagamento di una garanzia internazionale a prima richiesta, è integrato dalla prospettazione delle notevoli difficoltà cui si andrebbe incontro per recuperare la somma escussa». Sulla tutela *ex* art. 700 c.p.c. del credito, in dottrina, A.M. Bruni, *Tutela d'urgenza e diritti di credito*, in *Giust. civ.*, 1986, 2853 ss.; F. Santangeli, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e la manutenzione del contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 53 ss.

[108] Cfr., ad es., Cass., sez. II, 3 settembre 1993, n. 9312, in *Giust. civ.*, 1994, I, 103, nonché Trib. Milano 23 dicembre 1993, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 848, che, nella tutela in via d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c., ammettono la valutazione di interessi estranei (benché connessi) alle situazioni soggettive dedotte in giudizio quando «il diritto di credito, in virtù del coinvolgimento di sottostanti posizioni giuridiche, spesso anche costituzionalmente garantite, eccezionalmente trascende dai limiti propri del diritto delle obbligazioni».

[109] Cfr. Trib. Bari, 18 maggio 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 152; Trib. Palermo, 12 settembre 1961, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 1891; Trib Milano, 19 maggio 1993, in *Giur. Comm.*, 1993, II, 736. Prima della novella del 2004, tuttavia, esisteva un nutrito orientamento giurisprudenziale, ormai divenuto minoritario, che, in tema di *periculum*,

In identico modo, dunque, nell'ambito di cognizione dei tribunali amministrativi, l'apprezzamento del giudice della cognizione dovrebbe limitarsi, nella fase cautelare, a prendere in esame il danno che l'Amministrazione-parte in causa subirebbe dal riconoscimento, benché provvisorio, della pretesa del ricorrente e dalla connessa negazione del corretto adempimento del suo obbligo (ad es., il danno all'apparato, *sub specie* di efficiente organizzazione amministrativa, dovuto alla temporanea impossibilità di dare attuazione al rapporto disciplinato nell'atto impugnato[110]), senza soffermarsi ad apprezzare anche i rischi riflessi per l'interesse pubblico primario[111] (o per altri interessi super-individuali toccati, direttamente o indirettamente, dalla decisione) che la norma attributiva del potere le affida in cura[112] e che rimane – *rectius*, deve rimanere – fuori dal processo[113].

L'alternativa (o il correttivo ulteriore) sarebbe di ridimensionare il peso ponderale che, nell'apprezzamento del soggetto decidente, assuma il profilo del pregiudizio rispetto al requisito del *fumus*. Le riflessioni maturate in

riteneva che i gravi motivi di sospensione della delibera dovessero riguardare i soli interessi dell'impugnante (cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 23 marzo 1999, in *Società*, 1999, 1360; Trib. Napoli 6 febbraio 1990, in *Dir. e Giur.*, 1990, 115). Vedi altresì Tribunale Nocera Inferiore, 28 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 115.

110 In tal senso, sia pur in una delle materie attratte alla giurisdizione del g.o., Trib. Milano, sez. lav., 16 aprile 2014, in *giustiziacivile.com*, 2015, ove si puntualizza che nel «provvedimento di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., occorre tenere conto ed equamente contemperare le reciproche esigenze […] del ricorrente ed alla efficiente organizzazione amministrativa, oggetto di facoltà discrezionale». Analogamente, potrebbero trovare sbocco in sede cautelare altri interessi particolari della P.A. quali quelli connessi alle esigenze di bilancio (arg. *ex* Trib. Pescara, 26 gennaio 2007, in *Corr. merito*, 2007, 840), etc.

111 Come invece ritenuto da M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 18 ss., il quale, dalla premessa secondo cui «l'interesse pubblico è presente [nel processo] solo in quanto si concreti in interesse ad un bene della vita che forma oggetto di quelle situazioni soggettive di cui è titolare l'amministrazione pubblica» (non, però, « l'interesse pubblico in senso astratto e generico; ma l'interesse pubblico oggetto dell'attribuzione dell'organo con legittimazione propria o dell'ente pubblico che è parte del giudizio»), ricava la conclusione per la quale «nel processo amministrativo si tutela l'interesse pubblico solo in quanto interesse di parte, che si concreta in precise situazioni soggettive: […] l'interesse pubblico che non sia di parte non ha alcuna tutela nella giustizia amministrativa».

112 Rivelando quel generale atteggiamento, latente nel codice, che vuole il processo amministrativo «condizionato dall'importanza dell'interesse perseguito da una parte sul piano sostanziale» (A. Travi, *Considerazioni sul recente codice Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 598).

113 Pena, un'indebita commissione tra funzione amministrativa e giusdicente. Cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto,* cit., 83 ss.; V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., 22.

senso agli studi sul processo civile, infatti, hanno dimostrato la validità di un modello teorico in cui, per limitare l'incidenza della valutazione ponderativa degli opposti interessi sulla scelta finale, l'accoglimento della domanda passi, in misura prevalente, per un più attento e meditato scrutinio (una sorta di *semiplena* cognizione) delle probabilità di fondatezza della pretesa.

Nulla osta, quindi, a che anche nella fase cautelare di un processo amministrativo fondato sulla parità-terzietà del giudice, si assegni una posizione privilegiata al giudizio delibativo di verosimiglianza del diritto vantato, di modo che eventuali effetti irreversibili (per la P.A. e l'interesse pubblico) della misura concessa, trovino una loro giustificazione (sul piano dell'equilibrio tra i valori dell'ordinamento) nell'elevato grado di probabilità che la pretesa del ricorrente ha di essere riconosciuta e accolta, piuttosto che nel peso degli interessi coinvolti nella contesa[114].

La soluzione, d'altro canto, appare coerente con l'applicazione che tradizionalmente viene fatta dell'art. 700 c.p.a., quando parte in causa sia una P.A. e oggetto di cautela un diritto di pretesa. Dalla relativa casistica giurisprudenziale in materia, infatti, emerge la comune tendenza a definire il giudizio cautelare accordando prevalenza allo scrutinio svolto in ordine alla presumibile fondatezza della rivendicazione e all'entità della lesione paventata dal richiedente. Rimane assente, cioè, il giudizio comparativo con l'interesse della controparte pubblica il quale, tutt'al più, è preso in considerazione limitatamente ad aspetti che pertengono all'apparato amministrativo o all'interesse particolare dell'Amministrazione (in termini di diseconomie di bilancio o disfunzioni nell'organizzazione delle attività), piuttosto che all'interesse pubblico generale che essa ha in cura[115].

[114] Così facendo, oltretutto, si asseconda quell'esortazione, sempre più insistente nella dottrina contemporanea, a tenere – e indagare – in modo separato i poteri cautelari amministrativi e i poteri cautelari giurisdizionali amministrativi. Da ultimo, G. Iacovone, *Decisioni cautelari amministrative*, cit., in partic. 16 ss. (per la quale, «determinante appare la considerazione per cui nel procedimento amministrativo, anche cautelare, regna il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, mentre il processo, anche nella fase cautelare, è sorretto […] dal principio della effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione») e 210 ss. (ove si afferma che «la enfatizzazione del processo osmotico e di contaminazione non è utile né all'uno né all'altro potere, ove si abbia presente fino in fondo l'eterogeneità di funzioni posta a garanzia dal nostro ordinamento e sulla base delle quali i poteri medesimi sono chiamati a misurarsi nell'esercizio dei rispettivi compiti»).

[115] Cfr. Trib. Torino sez. lav., 16 ottobre 2017, in *Dejure.it*; Trib. Milano, sez. lav., 16 aprile 2014, cit.; Trib. Roma sez. lav., 12 settembre 2011, *Giust. civ.*, 2012, 1, I, 236; Trib. Roma, 15 giugno 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3230; Trib. Bari, sez. lav., 25 marzo 2008, in *Dejure*.

Questo perché nella mentalità del giudice ordinario è ormai sedimentata la consapevolezza che l'ulteriore caposaldo costituzionale a sovrintendere la materia cautelare, anche nei confronti di una P.A., è il principio, desumibile dagli artt. 24 e 113 Cost., di strumentalità dell'azione cautelare rispetto al diritto tutelato che deve, pertanto, mantenere un ruolo da protagonista nella dinamica del giudizio cautelare. Un principio che, proprio per la collocazione che ha assunto, dovrebbe orientare – al pari e in aggiunta a quello di imparzialità e terzietà – le scelte di legislatore e giudici quando, anche nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa, si approcciano all'istituto cautelare.

5. *(*Segue*). Le misure e i rapporti con l'azione principale*

Ma per dare ulteriore corpo al principio di strumentalità della tutela nel senso qui accolto (come strumentalità rispetto ai diritti) e, così, reindirizzare, anche nel processo amministrativo, l'azione cautelare entro la cornice delineata dagli artt. 24 e 113 Cost., l'ineludibile opera di ripensamento dovrebbe interessare almeno altri due aspetti significativi della materia.

Da un lato, vi è il tema (emerso nella prassi) della rigidità nel modo di interpretare la tutela che, appiattita dall'abitudine a ragionare in termini di sospensiva, ha mortificato le intrinseche potenzialità di un sistema incentrato sull'atipicità. Mentre è proprio quello delle misure in concreto irrogabili (ma sull'argomento si tornerà *ex professo* nel paragrafo successivo) a rappresentare il terreno di riprova su cui si misura la capacità di un sistema cautelare di proteggere i diritti.

L'obiettivo, in questo senso, dev'essere di incrementare le forme e le modalità attraverso le quali è possibile cautelare la situazione dedotta in giudizio. L'atipicità della misura, cioè, non può rimanere una formula-manifesto da consegnare agli archivi normativi ma deve tradursi in una reale panoplia di strumenti che, con la duttilità del caso, si adattino su misura alla situazione soggettiva di volta in volta dedotta in giudizio (che può essere di diritto strumentale o finale, regola di validità o di comportamento, semplice *chance* o situazione a esito vincolato, etc.), assecondando la disciplina che essa riceve nel diritto sostanziale.

it; Trib. Marsala, 27 giugno 2007, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 1175; Trib. Pescara, 26 gennaio 2007, cit.; Trib. Roma, 19 dicembre 2001, in *Giur. romana*, 2002, 206.

Una flessibilità, quella invocata, che si ottiene passando anche (e, forse, soprattutto) attraverso un cambio di paradigma nel rapporto tra gli strumenti di tutela dell'interesse legittimo, che modifichi, invertendola, la gerarchia delle azioni – di annullamento e di condanna – istituita dal c.p.a. e metta al centro del sistema la richiesta di condanna a un *facere*, elevandola a strumento generale di tutela[116]. Solo collocando la fase cautelare entro una mutata cornice teorica e positiva (come tutela strumentale rispetto all'azione di condanna, anziché – come avviene ora – all'azione di annullamento), infatti, è possibile sfruttare tutte le potenzialità che l'istituto dischiude, allargando il novero delle decisioni adottabili (anche in rapporto alle sentenze di merito)[117] che, senza rinunciare a impartire una tutela effettiva, garantiscono anche l'imparzialità e terzietà del giudice (è il caso, ad es., dell'istituto del *remand*, come si vedrà di qui a breve).

Dall'altro lato, invece, vi è l'ulteriore e parallelo tema – pur esso lungamente dibattuto – dei rapporti tra la domanda cautelare e l'azione esperita in via principale (e/o con la sentenza che definisce il giudizio).

I punti toccati in precedenza hanno dimostrato come il codice, sebbene abbia spinto in avanti le prospettive di tutela delle situazioni soggettive affidate al g.a., rimanga ancora arenato su di una concezione della strumentalità cautelare di tipo strutturale (o procedurale), rigido, anziché virare verso una più coerente con il principio individualistico della tutela giurisdizionale[118]. Un modello concettuale di strumentalità, quello fatto proprio dal c.p.a., ormai in via di superamento negli altri settori del diritto processuale, che non si intona più con la moderna funzione del giudizio amministrativo, né con le esigenze che l'economia di una società globalizzata impone[119].

---

[116] Sulle ragioni che spingono verso una conquista dell'autonomia dell'azione di condanna, gli autori citati *supra* alla nota n. 77.

[117] Cfr., ad es., quanto osservato da M. Allena, F. Fracchia, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 191 ss., per i quali «il riconoscimento di tale nuovo potere di condanna al g.a. consentirebbe di ampliare lo spettro con riferimento al quale misurare la continenza delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito».

[118] Sul tema, cfr. R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla l.n. 205/2000 al codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 57 ss. e 378 ss., ove si ritiene che siano «la tutela dell'interesse pubblico e la presenza della pubblica amministrazione in un processo amministrativo a confermare la strumentalità della fase cautelare rispetto al giudizio di merito e in tutti i modelli di tutela cautelare prospettati dal Codice».

[119] Sui riflessi che le decisioni del g.a. hanno sulle attività economiche e sul loro svolgimento, cfr. F. Merusi, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 136 ss.

Se (anche) il processo amministrativo ha la funzione di tutelare l'individuo e le situazioni soggettive protette di sua pertinenza, è quest'ultimo che dovrebbe poter decretare quando l'interesse che lo ha indotto ad agire possa dirsi adeguatamente soddisfatto. L'attuale tessuto codicistico, d'altro canto, è dotato di tutto l'occorrente – a tratti, anche più dello stesso codice di rito[120] – per rendere la decisione cautelare un efficace strumento di soddisfazione dell'interesse sostanziale e, specie in talune circostanze (quando, ad es., la soddisfazione del diritto cautelato si esaurisce *uno actu* o produce effetti irreversibili[121]), una valida alternativa alla sentenza[122].

Il provvedimento cautelare, infatti, è oggi capace di declinare, con varietà di toni e di accenti, i comandi positivi da impartire alla p.a., modulando i propri contenuti – sulla falsariga di quanto avviene con l'azione di condanna *ex* art. 34, c.p.a. – in ragione della pretesa fatta valere e del tipo di interesse (a essa sotteso) che il ricorrente intende tutelare[123].

Possiede, alla stregua di quanto depone il codice di rito per le misure adottate *ex* art. 700, la capacità di stabilizzarsi nel tempo, essendo soggetto a successiva modifica o revoca soltanto «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» (art. 58, c.p.a.)[124].

[120] Si ponga mente, ad es., alla possibilità, riconosciuta dal solo c.p.a., di un doppio grado di giudizio cautelare. Nel processo civile, infatti, contro i provvedimenti sommari d'urgenza è previsto, come rimedio impugnatorio, il solo reclamo cautelare (in argomento, F.S. Damiani, *Provvedimenti sommari e diritto d'impugnare*, in *Il giust. proc. civ.*, 2020, 817 ss.).

[121] La possibilità che, nel contesto del c.p.a., la misura cautelare produca effetti irreversibili, dopo alcune iniziali ritrosie (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2011, n. 396, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 666, da cui traspare la preoccupazione di non contraddire la strumentalità del giudizio cautelare rispetto alla sentenza di merito), è oggi ammessa dalla giurisprudenza prevalente (vedi, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6014, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 116, ivi; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 5 giugno 2014, n. 1471, ivi; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 12 dicembre 2011, n. 3141, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3844).

[122] Come avviene nel processo civile: così, A. Proto Pisani, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 26 – 27.

[123] Nel rispetto di quel requisito di "strumentalità cautelare" (per cui deve sussistere una relazione quantitativa e qualitativa tra gli effetti conseguibili con la misura cautelare in rapporto alla corrispondente misura giurisdizionale di merito) che, ad avviso di parte della dottrina, appartiene, in maniera trasversale, al processo civile tanto quanto al processo amministrativo. Così, A. Panzarola, R. Giordano, *Provvedimenti d'urgenza,* cit., 75 ss.

[124] Disposizione ripresa, pedissequamente, dall'art. 669 *decies*, c.p.c., a notazione del quale cfr. A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari* (postilla di aggiornamento), cit., 2 ss., che legge nella formula utilizzata dal legislatore un ulteriore momento dell'allentata strumentalità.

È assistito, per *littera legis*, dal rimedio dell'ottemperanza, consentendo di dare – come nel processo civile – un'immediata eseguibilità forzata alla regola accertata in sede cautelare[125] e all'ordine che, su quel presupposto, il giudice della cautela rivolge all'Amministrazione[126].

La *regula iuris* statuita durante la fase cautelare, dunque, è in grado, allo stato attuale, di disciplinare il caso concreto con una stabilità e coercibilità assimilabili a quelle che offre una sentenza; con l'unica differenza, destinata spesso a sbiadire sul piano pratico, che la decisione non acquista l'autorità della cosa giudicata e non vincola i rapporti tra le parti in futuri giudizi.

Succede, infatti, che le tempistiche convulse imposte dal mercato, soprattutto nella circolazione dei beni e dei servizi, reclamino, sovente, decisioni che soddisfano interessi istantanei, che si consumano in tempi brevissimi, e rispetto ai quali il ricorrente non consegue alcuna maggiore utilità dall'attendere una seconda statuizione destinata a durare nel tempo[127]. In un sistema economico come il nostro, contraddistinto da un modello di sviluppo post-industriale che si fonda sulla velocità degli scambi, la necessità di fondo degli operatori economici è rimuovere al più presto le incertezze nei rapporti con l'Amministrazione, così da orientare (o riorientare) di rimando le proprie scelte imprenditoriali[128], piuttosto che

[125] Accertamento che, viepiù, può fondarsi su mezzi di prova che il c.p.a. consente di anticipare alla fase cautelare (ha rilevato M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. soc*., 2020, 201, che il codice «anticipa la valutazione delle istanze istruttorie alla fase cautelare», prevedendo l'art. 55, comma 9, un «potere/dovere [del giudice] di pronunciarsi sulle istanze istruttorie in sede cautelare», 220 ss.).

[126] Producono, quindi, un effetto di autorità nel processo amministrativo di tipo esecutivo (analogamente a quanto accade, nel processo civile, per le misure adottate *ex* art. 700 c.p.c. e le ordinanze di condanna *ex* artt. 186-*bis* e *ter*, c.p.c.).

[127] L'esigenza di "economizzare" il risultato in funzione della cognizione di merito è la stessa che, tempo addietro, aveva indotto ad allentare il vincolo di strumentalità partendo proprio delle decisioni cautelari adottate nelle materie (tutte inerenti alle attività economiche tra imprese e con il consumatore) attratte al rito (poi abrogato) societario (in tal senso, cfr. M. Fabiani, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc*., 2005, 1181 ss.), poi esteso (dalla l.n. 80/2005) a tutte le altre controversie. In quell'ambito, lo strumento dell'attenuazione della strumentalità cautelare rispondeva all'obiettivo, indicato dalla l.n. 366/2001 (di delega per la riforma del processo commerciale), di «assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti» (in argomento, G. Costantino*, Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc*., 2003, 651 ss.).

[128] Le specifiche esigenze di celerità del sistema giustizia, viste con gli occhi del mondo imprenditoriale, sono messe in evidenza, da ultimo, da E. Follieri, *Giudice amministrativo ed economia*, in *Dir. e proc. amm*., 2021, in partic. 83 ss. Vedi, altresì, A. Travi, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it*., 2017, 988 ss.; M. Clarich, *Giustizia amministrativa e fattori economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2020, 20 ss.; C.E. Gallo, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl*., 2020, 73 ss.

attendere i tempi di una sentenza, strutturalmente più stabile, ma ormai svuotata di utilità (poiché, magari, già non più attuale rispetto all'iniziativa privata)[129].

In casi del genere, l'obbligo di introdurre o coltivare un giudizio a cognizione piena su impulso di chi si ritenga già soddisfatto nel proprio interesse dalla decisione interinale, non solo non trova fondamento nel principio di effettività della tutela, ma genera, sul piano dell'economia dei giudizi[130], un inutile aggravio per la macchina processuale amministrativa[131].

Si intuisce, allora, come il tributo concesso dal vigente codice alla regola della necessaria strumentalità con la fase di merito non si spieghi altrimenti se non come un feticcio della concezione primitiva secondo cui il giudice amministrativo è, prima di tutto, il giudice dell'interesse pubblico (che, per la sua rilevanza, deve sempre essere vagliato in un giudizio a cognizione piena)[132] e, soltanto di riflesso, dei diritti e degli interessi dei ricorrenti

Ha sottolineato S. Amorosino, *I giudici amministrativi e le attività economiche*, in *Analisi giur. econom*., 2018, 465, che i giudici amministrativi «mostrano scarsa sensibilità per gli interessi e i *tempi* delle attività economiche».

[129] È il caso, solo per fare qualche esempio, dell'attività di immissione in commercio di un prodotto legato a un evento circoscritto nel tempo o della fornitura a una stazione appaltante di beni da consegnare in via d'urgenza e/o in un'unica soluzione.

[130] L'utilità di sfruttare, come valore aggiunto del procedimento cautelare, la sua potenzialità deflattiva, è già stata messa in risalto, in termini generali, da A. Proto Pisani, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 8 ss.

[131] Soprattutto per quei provvedimenti a carattere anticipatorio, rispetto ai quali la perdita di efficacia in caso di mancata attivazione del giudizio di merito rischia di essere, in molti casi, una vuota declamazione che non trova riscontro nella realtà delle cose su cui la misura cautelare ha ineluttabilmente inciso (per analoghe considerazioni nel processo civile, prima della novella del 2005 attenuasse il vincolo di strumentalità, S. Chiarloni, *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.,* 1990, V, 501 ss.). Circostanza di cui mostra di essere cosciente lo stesso legislatore che, all'art. 55 c.p.a., prevede espressamente la possibilità di disporre una cauzione in caso di provvedimenti interinali ad effetti irreversibili (rispetto i quali, cioè, gli esiti del giudizio di merito si rivelerebbero neutri). In argomento, cfr. altresì, M.V. Lumetti, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, 670 – 671, che, quando il provvedimento anticipatorio è totalmente satisfattivo, reputa la fase di merito una sorta di ripetizione, se non di duplicazione, del giudizio già svolto.

[132] Cfr. M.A. Sandulli, *La fase cautelare*, cit., 1135 ss., secondo cui «la sospensione di un provvedimento amministrativo può essere […] strumentale anche all'interesse pubblico generale», il che giustifica la «conferma del legame di strumentalità che il legislatore ha inteso confermare tra tutela cautelare e tutela "principale"». A cui fa eco R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo,* cit., 379, per il quale «la costante centralità dell'interesse pubblico in un processo amministrativo fa sì che non si possa pensare a un'attenuazione generalizzata del legame tra cautela e merito».

privati[133]. Una concezione della giurisdizione di stampo oggettivistico, in altri termini, in cui l'oggetto del giudizio cautelare diventa la definizione del giudizio di merito, anziché essere – come dovrebbe – la situazione giuridica soggettiva cautelata[134].

Tutti i fattori fin qui ricordati, allora, convergono, quale implicito sillogismo, verso la necessità di riscrivere i rapporti tra tutela cautelare e di merito, nel segno di una più attenuata strumentalità. Come ha dimostrato l'esperienza della giustizia civile, in un processo di parti avente ad oggetto diritti e obblighi (o rapporti giuridici tra situazioni a essi assimilabili), sono le parti stesse a dover essere arbitre della scelta finale: se ritenere soddisfacente l'assetto di interessi accertato (sia pur sommariamente) in sede cautelare o porlo in contestazione introducendo (o coltivando) la successiva fase di merito (che, in questo modo, diverrebbe solo eventuale).

Sono maturi i tempi perché, anche il giudizio cautelare amministrativo, si lasci alle spalle l'idolatria per una rigida strumentalità rispetto al processo (e alla relativa decisione) di merito, imparando a conoscersi come istituto strumentale al diritto cautelato[135]; a esigerlo, è il principio individualistico della tutela giurisdizionale[136].

---

[133] Ha constatato, di recente, E. Follieri, *Giudice amministrativo ed economia*, cit., 96, che «dalla giurisprudenza amministrativa emerge il dato che il giudice considera ancora la pubblica amministrazione una parte da privilegiare […] credendo di proteggere l'interesse pubblico di cui il soggetto pubblico è portatore».

[134] Cfr. S. Perongini, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 320: «anche quella cautelare dà luogo, nel processo amministrativo, a una giurisdizione di diritto soggettivo, che ha a oggetto situazioni giuridiche soggettive, sia di interesse legittimo, che di diritto soggettivo. Non si è in presenza di una giurisdizione di diritto oggettivo, preposta alla tutela di un interesse pubblico, quale ad esempio quello si assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale definitiva. In questa logica, l'oggetto della tutela cautelare è rappresentato dalla tutela giurisdizionale definitiva: assicurare l'effettività del processo. Tuttavia, in tal modo, si trascura di considerare che la tutela è uno strumento non può essere l'oggetto della protezione, se non in una logica di giurisdizione oggettiva. Questa logica è estranea al processo amministrativo, i cui provvedimenti sono volti a tutelare situazioni giuridiche soggettive».

[135] Come, invece, è ritenuto ancora oggi (tra i contributi comparsi ultimamente, cfr. M. Ricciardo Calderaro, *La comparazione degli interessi nel giudizio cautelare amministrativo*, cit., 238, per il quale anziché assicurare l'effettività del diritto cautelato, «la funzione essenziale di questa tipologia di tutela è quella di assicurare l'effettività del provvedimento che conclude il processo», cioè la sentenza) e lo è stato nel recente passato (ad es., R. Cavallo Perin, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1172: «la funzione strumentale ed essenziale della tutela cautelare [è] quella di assicurare *l'effettività del provvedimento che conclude il processo*»; G. Paleologo, *Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Roma, 1993, 2: «l'uno tutela il diritto, l'altro il processo»).

[136] A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto,* cit., 59.

6. *La declinazione proteiforme della tutela cautelare: interesse legittimo, diritti partecipativi, diritti strumentali, etc.*

A questo punto del discorso può apparire di una qualche utilità trarre le fila delle suggestioni finora alimentate e mettere a fuoco il rapporto che intercorre tra l'oggetto del giudizio amministrativo e il contenuto delle decisioni adottabili dal giudice della cautela[137].

Al riguardo, a fronte del potere discrezionale, un approccio orientato ad avvolgere l'istituto del giudizio cautelare in una veste più coerente con le esigenze di tutela individuale può procedere, come accennato, in due direzioni.

L'una, di stampo mono-strutturata, che vede al centro della domanda di cautela una situazione giuridica unitaria (l'interesse legittimo), un costrutto unico che riunisce e sintetizza tutte le pretese del cittadino al cospetto del potere, a cui fa capo un generale obbligo "complesso" dell'amministrazione di agire *secundum legem*[138]. L'altra, figlia di una visione più composita e "politeistica" del rapporto tra individuo e potere, che consente di scomporre la tutela cautelare in tante misure quante sono le relazioni di diritto-obbligo nascenti dai diversi – per struttura e contenuti – vincoli normativi al potere[139] a cui corrisponde la protezione di interessi individuali determinati[140].

Ponendosi nella prima delle prospettive enunciate, alla base della tutela cautelare vi è l'obiettivo di soddisfare l'interesse legittimo, acquisito nella

[137] Rileva «la necessità di un legame tra le pronunce cautelari e la pretesa fatta valere in giudizio, anche al fine di fornire idonea giustificazione agli ampi poteri del g.a.», A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 130.

[138] In termini generali, L. Ferrara, *Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?*, in *Quest. giust.*, 2021, 60, che ragiona di «carattere "complesso" della relativa [all'interesse legittimo] obbligazione».

[139] Aventi comunque, per sostrato, una situazione soggettiva unificante. Cfr., da ultimo, G. Mannucci, *La decisione della Plenaria sull'affidamento: una svolta a metà*, in corso di pubblicazione in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 8, che, con specifico *focus* sulla tutela dell'affidamento, parla di «obbligazioni strumentali» la cui soddisfazione «dipende da quella della posizione principale, al pari della sua tutela, da costruire 'all'ombra' dell'interesse legittimo».

[140] Secondo la prospettazione offerta da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 165 – 166, per il quale «nel disciplinare il potere, la legge attribuisce pure utilità strumentali (che abbiamo considerato allo stesso titolo autonomi beni della vita) creando rapporti di diritto-obbligo» (dello stesso A., vedi anche *supra*, alla nota n. 47). Circa «l'appartenenza al giudice della cautela del potere di emettere pronunzie impositive di obblighi», cfr. S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 917.

sua dimensione – più moderna – di situazione soggettiva appartenente alla famiglia dei diritti soggettivi e consistente nell'aspettativa o *chance* di conseguire un comportamento amministrativo legittimo[141].

In quest'ottica, un provvedimento inficiato da un vizio di legittimità equivarrà a inadempimento dell'obbligo (di agire legittimamente) gravante sulla P.A., sicché la domanda cautelare – similmente che nel processo civile sui diritti – finirà per assumere la forma (simulando la relativa azione di merito) di richiesta di condanna a rimuovere l'inadempimento e a eseguire con esattezza la prestazione ineseguita, sulla falsariga di quanto dovrebbe accadere, nella fase di merito, con l'azione di condanna al fare di cui agli artt. 30, comma 1 e 34, comma 1, lett. c), c.p.a.[142]

Specialmente in presenza di provvedimenti ampliativi (negati), dunque, l'*ubi consistam* della tutela cautelare non potrà che essere l'ordine di adottare, secondo la tecnica dell'ordinanza propulsiva, una condotta con le qualità giuridico-normative richieste della legge[143]. Con la conseguenza, in caso di reiterata adozione di un atto affetto ancora da illegittimità, di determinare la formazione di un inadempimento definitivo (equiparabile al rifiuto esplicito di adempiere), che legittima l'attivazione del rimedio dell'esecuzione forzata, previsto espressamente per le misure cautelari dall'art. 59, c.p.a.[144]

Più articolato il quadro che si presenta sposando la seconda impostazione. In questo caso, infatti, la misura cautelare che viene a essere impartita sarà plasmata sulla prestazione oggetto dell'obbligo che viene a essere, di volta

[141] È la nota tesi di L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al* facere, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.

[142] Azione di cui, osserva, L. Ferrara, *L'incompiuta civilizzazione del processo amministrativo dieci anni dopo l'approvazione del codice*, cit., XXXIX, la giurisprudenza stenta ancora a cogliere le straordinarie potenzialità «anche al confronto della tutela cautelare che si esprime attraverso le c.d. ordinanze propulsive» (nt. 39).

[143] Cfr. L. Ferrara, *Op. ult. loc. cit.*: «l'esecuzione (vuoi da parte della pubblica amministrazione vuoi da parte del giudice dell'ottemperanza) rappresenterebbe l'adempimento (tardivo), di per sé stesso sostitutivo dell'atto illegittimo (invero, di inadempimento)».

[144] Sull'ottemperanza delle misure cautelari, cfr. M. Palma, *L'esecuzione dei decreti cautelari monocratici del giudice amministrativo tra interpretazione letterale ed effettività della tutela*, *in www.federalismi.it*, n. 5 del 2018; F. Cintioli, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1123 ss.; S. Raimondi, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 609 ss.; M. Andreis, *Pronuncia cautelare, esecuzione e rinnovazione dell'attività amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2007, 1238 ss.; V. De Gioia, *L'ottemperanza alla misura cautelare nel nuovo processo amministrativo*, in *Nuova rass. leg. dottr. e giur.*, 2003, 691 ss.

in volta, violato[145]. Diviene così rilevante distinguere tra le diverse tipologie di norme sul potere suscettibili di essere trasgredite.

Un primo distinguo, ad esempio, può intervenire tra gli obblighi puntuali (oggetto di vere e proprie regole, come quello di motivazione *ex* art 3, l.n. 241/90) e gli obblighi a contenuto indeterminato, discendenti da principi e clausole generali che delimitano la discrezionalità d'azione. Mentre, infatti, nell'un caso il comando del giudice avrà ad oggetto l'esecuzione di quella specifica prestazione inadempiuta (ad es., obbligando a motivare l'atto per nulla o insufficientemente motivato)[146], nell'altro, si risolverà in un generico ordine a riprovvedere, volto a stimolare la ripetizione di quel segmento dell'attività di scelta governata dalla norma – a contenuto elastico – violata.

Un esempio è costituito dall'inadempimento all'obbligo di agire secondo correttezza o proporzionalità, suscettibile di tradursi nella condanna a riesaminare la propria precedente volizione, previa adozione delle condotte esigibili secondo correttezza ovvero riformulando il giudizio di proporzionalità inizialmente operato[147].

Quando, infatti, si maneggiano quei limiti al potere in cui compete al giudice trasporre un contenuto precettivo vago in regole di condotta determinate impositive di altrettanti obblighi – lo si è constatato altrove –, l'esigenza che si pone, a partire dalla fase cautelare, è di individuare il punto di equilibrio tra una dimensione di tutela che sia effettiva per il cittadino (che si estrinsechi in misure rimediali efficaci e calettate sulla

[145] Ammette una simile possibilità di lettura L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 654, ritenendo «concepibile […] ora la condanna all'adempimento di tutti gli obblighi determinati (quali il riconoscimento degli elementi integranti il fatto costitutivo, come precedentemente illustrato) o determinabili (quali il rispetto dei principi violati, nei termini preclusivi, si faccia la massima attenzione, risultanti dall'accertamento della loro violazione), che gravano sull'esercizio del potere discrezionale».

[146] Cfr. M. Renna, *Spunti di una riflessione per una teoria generale delle posizioni soggettive "strumentali" e tutela cautelare degli interessi "procedimentali" pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 834 ss., il quale ammette la possibilità di invocare la tutela cautelare nei confronti dei diritti sorti nel procedimento (ottenendo un ordine, rivolto all'Amministrazione, di adempiere l'obbligo di un *facere* specifico). In giurisprudenza, di recente, TAR Lombardia – Milano, sez. I, 30 maggio 2013, n. 591, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio - Roma, sez. III, 22 luglio 2020, n. 4996, ivi, che ha accolto la domanda di *remand* ordinando all'Amministrazione di motivare puntualmente la propria determinazione.

[147] Da ultimo, cfr. TAR Lazio - Roma, sez. I, 26 marzo 2021, n. 1946, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che, senza sospendere gli effetti del provvedimento censurato (sotto il profilo della carenza di proporzionalità e adeguatezza), ha ordinato alla Presidenza del Consiglio dei ministri di riesaminare le misure impugnate adottando, all'esito del riesame, un provvedimento specificamente motivato.

situazione soggettiva fatta valere) ma, al contempo, rispettosa degli spazi di autonomia riconosciuti all'Amministrazione[148].

Sotto questo profilo, la condanna della P.A. a rideterminarsi sul punto, individuando, in adempimento dell'obbligo violato, una soluzione che risulti più adeguata (proporzionata e corretta) rispetto agli interessi del ricorrente, evita il rischio di giustapporre l'applicazione dello *standard* ricostruito dal giudice a quello elaborato dall'amministrazione (e destinato a soccombere ed essere soppiantato dall'altro nel caso in cui venisse disposta la cessazione degli effetti dell'atto)[149] e, nello stesso tempo, consente al provvedimento di spiegare i propri effetti, senza lasciare che il resto della cittadinanza – si pensi all'impugnazione di un atto amministrativo generale[150] – patisca vuoti di regolazione o di disciplina[151].

[148] Sia consentito rinviare, sul tema, a G. Poli, *Il principio di proporzionalità tra regole di validità e regole di comportamento. Il test della pianificazione urbanistica (parte seconda)*, in *Dir. pubbl.*, 2020, in partic. 794 ss.

[149] Si tratta, cioè, di privilegiare l'adempimento in natura dell'obbligazione nascente dal principio (per la priorità dell'adempimento in natura, cfr. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 1 ss.; L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 ss.; Id., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, ivi, 2014, 91 ss.).

[150] In riferimento a tale tipologia di atti, si consideri quella giurisprudenza che, dando seguito a un indirizzo pretorio inaugurato da Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, cit., ha stabilito che il g.a. possa differire o non disporre affatto gli effetti di annullamento degli atti impugnati, statuendo solo gli effetti conformativi volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo. Ciò può verificarsi quando l'applicazione dell'effetto eliminatorio comporterebbe un esito sproporzionato rispetto alle esigenze di tutela del ricorrente, non strettamente necessario per il soddisfacimento dell'interesse individuale da questi fatto valere in giudizio (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3636 in *Foro it.* (Rep.), voce *Giustizia amministrativa*, 2015, 766; TAR Lazio, 13 luglio 2012, n. 6418 in *Giurisdiz. amm.*, 2012, II, 1299; Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340 in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Abruzzo - Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693, in *Urb. e app.*, 2012, 707). A chiosa di tale orientamento, A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 ss., ritiene che «il principio del "non annullamento" può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento processuale [laddove] vi sia la necessità di modellare l'istanza giudiziale sulla pretesa effettiva della parte, non trovando questa nei mezzi messi a disposizione dal Codice un corrispettivo adeguato. Nell'attuale quadro processuale, ove è assente la previsione di un'azione autonoma di condanna ad un *facere*, la modulazione degli effetti caducatori andrebbe allora limitata ai soli casi in cui essa sia funzionale ad una statuizione di condanna, la quale peraltro deve essere puntualmente dedotta in giudizio tramite rituale proposizione della relativa domanda, in conformità a quanto sancito dagli artt. 99 e 112 c.p.c.»).

[151] Preoccupazione che si trova espressa anche in A. Police, *La mitologia della "specialità" e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Al di là del nesso tra autorità/libertà: tra legge e amministrazione,* cura di S. Perongini, Torino, 2017, 216 ss. Id., *La cooperazione*

In entrambe le circostanze, tuttavia, la diversità delle misure adottabili è destinata a ritrovare unità quando si pone mente alle conseguenze della loro mancata attuazione. Tanto nel caso degli obblighi determinati, quanto in quello degli obblighi determinabili, la reiterazione dell'originario inadempimento, in cui si traduce l'adozione di un secondo atto illegittimo, assegnerà all'inesecuzione dell'obbligo (che già era stato malamente o per nulla adempiuto) il crisma della definitività, aprendo le porte – in linea con i principi del diritto e del processo civile – al rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo (che, nel giudizio amministrativo, assume le forme tipiche del giudizio di ottemperanza), già a partire dalla fase cautelare.

Sotto quest'angolazione, un secondo e più rilevante distinguo, sembra essere quello che poggia sulla natura formale o sostanziale della violazione procedurale perpetrata dall'Amministrazione[152]. In quest'ultimo caso, infatti, l'inosservanza alla regola coinvolgerà quel momento dell'accertamento dei presupposti (specie di fatto) di esercizio del potere che tipicamente avviene nella fase istruttoria, risolvendosi in un inadempimento del relativo obbligo[153].

Il che postula un'ulteriore precisazione. L'obbligo istruttorio[154], infatti, può essere frammentato in tanti rapporti obbligatori quanti sono i vincoli

pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche?, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Emanuele Orlando nel centenario della nascita*, a cura di S. Licciardello, Torino, 2018, 243-244 (nonché in *Nuove auton.*, 2016, 232 - 234); M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss.

[152] Sul tema della distinzione tra i due vizi, vedi A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss. Sui vizi formali dell'atto amministrativo, in partic. D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385. Sui vizi sostanziali, cfr. S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993. La giurisprudenza, con un orientamento che ha condotto all'introduzione dell'art. 21-*octies*, l.n. 241/90, ha da sempre distinto i vizi derivanti da una difformità dal paradigma legale dettato dal legislatore, in sostanziali (se la norma puntuale ha un contenuto sostanziale, attributivo di situazioni giuridiche soggettive certe e piene al titolare), ovvero formali (se la norma prescrive solo norme di procedura o formalità non essenziali). Cfr. C. Calabrò, *Il Consiglio di Stato alle soglie del 2000*, in *Giorn. dir. amm.*, 407 e ss.

[153] Di «obbligo di espletare un'adeguata attività istruttoria» ha parlato, ultimamente, M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, cit., 198

[154] Obbligo che, con sostanziale concordia in dottrina, trova un limite esterno (che potremmo descrivere in termini di esigibilità) nelle norme che fissano i tempi di conclusione del procedimento e nel divieto di ingiustificato aggravio del procedimento. Sul punto, cfr. A. Meale, *L'istruttoria procedimentale e il responsabile del procedimento*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, a cura di S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta, Torino, 2014, 242 ss.

che la legge pone all'autorità procedente in questa fase[155]. A un obbligo (principale) di acquisire con esattezza i fatti e gli interessi e/o verificare le condizioni di esercizio del potere indicati dalla legge, se ne accompagnano altri (accessori), coevi all'obbligazione principale o che possono sorgere in un momento a esso successivo, al verificarsi di uno specifico presupposto di legge[156].

È il caso, ad es., dell'obbligo di completezza dell'istruttoria (ricavabile dall'art. 6, l. proc.[157]) [158] e, specie dopo le recenti innovazioni apportate in materia, dell'obbligo di non contestare elementi nuovi (già esistenti

[155] Una frammentazione del generale obbligo istruttorio in molteplici, distinti, obblighi è postulata anche da L. De Lucia, *Profili strutturali*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati di sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 143 ss., che li distingue a seconda della tipologia di procedimento, della complessità o del tipo di attività istruttoria (dei soggetti pubblici o dei soggetti privati) da svolgere.

[156] Sembra distinguere tra l'obbligo istruttorio di acquisire gli elementi imposti dalla legge (da assolvere in modo assoluto) e gli altri obblighi istruttori (su tutti, quello di acquisire pareri facoltativi), rispetto ai quali occorre «garantire un giusto equilibrio tra la completezza e la rapidità dell'istruttoria, in una logica di necessaria proporzionalità dell'eventuale ricerca, a vantaggio di una decisione "migliore"», M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, cit., 199 ss.

[157] Nell'art. 6, l.n. 241/90 trova, infatti, un addentellato di diritto positivo il cd. principio inquisitorio che regge l'attività istruttoria (principio in base al quale l'amministrazione deve istruire in via officiosa il procedimento senza essere condizionata – come invece nell'istruttoria processuale – dalle allegazioni delle parti), che ha come suo corollario l'obbligo di completezza dell'istruttoria procedimentale; in forza di tale obbligo, l'attività istruttoria deve essere, innanzitutto, completa: l'amministrazione, per l'esattezza, è tenuta ad acquisire (oltre a quelli richiesti dalla legge) tutti i fatti rilevanti per la decisione finale secondo un criterio di adeguatezza e ragionevolezza (l'art. 6, c. 1, lett. b) parla, infatti, di «adeguato […] svolgimento dell'istruttoria»); deve considerare, cioè, tutti gli elementi che ha ragionevolmente la possibilità di acquisire.

[158] Da leggere oggi, secondo i primi commentatori, in endiadi con quello di esaustività, che si ricava dal novellato istituto del preavviso di rigetto. Si allude, in particolare, alla previsione modificata dell'art. 10 *bis*, nella parte in cui, una volta adottata la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, vieta alla P.A. di dedurre motivi ulteriori che non siano dipendenti dalle osservazioni presentate dagli istanti. Sul tema, cfr. F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *www.federalismi.it*, n. 36 del 2020, 40, per cui l'effetto del nuovo regime è stato quello di «vincolare conseguentemente l'amministrazione, nei procedimenti ad istanza di parte, a effettuare un'istruttoria il più possibile tempestiva e completa fino al momento in cui matura la convinzione della sussistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza medesima» di talché si «impone una lettura adeguatrice dell'art. 6 medesimo, nel senso che, in seno a siffatti procedimenti, il responsabile deve "tempestivamente" accertare d'ufficio tutti i fatti» (44).

e percepibili) che non siano stati tempestivamente sollevati nel procedimento[159]. Quest'ultimo vincolo, di contenuto negativo e ricavabile – secondo taluni – già dalla originaria formulazione dell'art. 10 *bis* l. proc.[160], ha trovato una consacrazione e, al contempo, una disciplina di diritto positivo, nella novella del 2020[161] la quale, al verificarsi di uno specifico evento dedotto nella disposizione di legge – la comunicazione del preavviso di rigetto –, fa sorgere *ope legis* un obbligo per l'Amministrazione di *non facere*[162].

Per essere più esatti, l'adozione del preavviso di rigetto, che nei procedimenti ad istanza di parte esaurisce e conclude – quale esito alternativo rispetto alla proposta di provvedimento favorevole[163] – l'attività istruttoria

[159] Cfr. TAR Sardegna, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1199, in *Foro amm.*, 2015, 3209, secondo cui l'autorità amministrativa è normativamente tenuta a palesare nella comunicazione "tutti" i motivi di rigetto dell'istanza.

[160] Vedi, anteriforma, D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di L.R. Perfetti, Padova, 2008, 46, per il quale l'intervenuto esaurimento della fase istruttoria vieterebbe all'amministrazione di tornare sui suoi passi e riaprirla.

[161] Si tratta, in particolare, dell'art. 12, comma 1, lettera e), del d.l. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla l.n. n. 120/2020, che ha riscritto in larga parte l'art. 10 *bis*, l.n. 241/90. Sul novellato art. 10 *bis*, oltre a F. Fracchia P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 39 ss., cfr. L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 573 ss., nonché G. Serra, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10* bis *della L. n. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in *www.lexitalia.it*; M. Brocca, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in *www.giustiziainsieme.it*; M.R. Spasiano, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, 2021, 25 ss.

[162] Circa la nuova regola di preclusione procedimentale di cui all'art. 10-*bis*, ultimo capoverso, così Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in *Foro it.*, III, 2021, 377 ss.: «tale precetto […] impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza − già nella fase del procedimento (e non solo nel processo, come la giurisprudenza già riteneva in alcune ipotesi: cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1321 del 2019), sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati».

[163] La conclusione del periodo istruttorio, infatti, qualora non siano emersi elementi ostativi all'accoglimento dell'istanza, viene fatta coincidere con la proposta di provvedimento favorevole (o relazione istruttoria) che il responsabile del procedimento deve presentare al dirigente e fonte, a propria volta, di un obbligo per quest'ultimo (che ha scaturigine nell'art. 6, comma 1, lett. e), l.n. 241/90) di non discostarsene immotivatamente. Per tutti, cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 249; A. Zito, *Il Procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* a cura di F. Scoca, Torino, 2017,

principale (adempiendo ai relativi obblighi), assume anche il valore di fatto costitutivo di un ulteriore obbligo legale per l'Amministrazione la quale, da quel frangente in poi, sarà costretta ad attenersi alle risultanze dell'indagine inizialmente svolta, non potendo introdurre elementi ulteriori in danno dell'istante[164].

È quanto emerge dalla lettura sistematica del rinnovato art. 10 *bis*, che intende garantire una miglior soddisfazione dell'interesse privato alla certezza[165] e stabilità dell'attività amministrativa[166], attraverso l'adempimento dell'obbligo di non sollevare ragioni di diniego dell'istanza diverse e ulteriori rispetto a quelle già segnalate nella comunicazione dei motivi ostativi e, in caso di successiva riedizione del potere conseguente alla violazione di tale precetto[167], dell'obbligo di non tenere in considerazione quegli elementi emersi o «già emergenti» dall'istruttoria, eppure non palesati con la comunicazione *ex* art. 10 *bis*[168]. Pena – quando la violazione dell'obbligo è susseguente alla sentenza di annullamento – la sanzione

219; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 430.

[164] Con l'unica eccezione, sancita dallo stesso art. 10-*bis*, l.n. 241/90, di indicare «se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni» o di addurre, in caso di annullamento in giudizio del diniego e nuovo esercizio del potere, i «motivi ostativi [che non fossero] già emergenti dall'istruttoria».

[165] Che è da considerarsi, a tutti gli effetti, un bene della vita: cfr., A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 178, che colloca «la certezza dei rapporti giuridici» tra i «beni economicamente valutabili, né più né meno di quanto non lo siano dei beni materiali o fisicamente percepibili […]; ed è spesso evidente come, nella concreta dinamica dei rapporti economici e delle tempestive decisioni che essi comportano, la certezza di perdere (o di non conseguire) un bene abbiano maggior valore del bene stesso».

[166] Ancora, in questo senso, depone la relazione di accompagnamento (nella parte in cui si sofferma sulla finalità di evitare «plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative»). In argomento, M. Macchia, *Le misure generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 732 ss.

[167] Sull'esegesi della formula legislativa utilizzata, onde comprendere in quali ipotesi concrete la norma trovi applicazione, cfr. L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 579 – 580; M. Brocca, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa*, loc. cit.

[168] Così, T.A.R. Lazio, sez. II *bis*, 12 marzo 2021, n. 3055, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 9 marzo 2021, n. 2840, ivi; Id., 4 agosto 2021, n. 9220, ivi; Id., 15 luglio 2021, n. 8467, ivi; T.A.R. Campania, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130, ivi; Id., sez. II, 27 gennaio 2021, n. 581, ivi; Id. 19 febbraio 2021, n. 1091, ivi.

normativa[169] della consumazione del potere[170].

Si potrebbe dire che, ad oggi, il combinato disposto degli artt. 6 e 10 *bis*, l. proc., come recentemente rivisitato, faccia gravare sull'Amministrazione un fascio di prestazioni tra di loro funzionalmente interdipendenti e – scomponendo idealmente l'istruttoria procedimentale in due diversi momenti – sistemate in sequenza diacronica. Una prima tipologia, collocata in apertura di fase, che coinvolge l'attività di accertamento dei presupposti di esercizio del potere (obbligo istruttorio principale) e degli altri fatti o interessi rilevanti ai fini di una decisione finale consapevole e completa (obbligo di completezza ed esaustività). E una seconda, destinata a entrare in scena nel momento stesso in cui l'attività conoscitivo-acquisitiva si è esaurita[171], che ha l'obiettivo (complementare) di preservare le certezze raggiunte dal privato dopo l'espletamento dell'istruttoria principale (e l'adempimento dei relativi obblighi), impedendo all'autorità procedente di rimettere in discussione i risultati fin lì ottenuti.

Si tratterebbe di una preclusione, letta tradizionalmente in termini di onere[172], che, ragionando per categorie generali, può trovare una più convincente spiegazione nella logica del rapporto obbligatorio[173], assumendo la P.A. come assoggettata all'obbligazione di non modificare *in peius* il progetto di decisione maturato all'esito del primo stadio dell'istruttoria (prestazione oggetto dell'obbligo istruttorio principale)[174] e

[169] Una sanzione che, analogamente a quanto prevede l'art. 1359 c.c. per il contraente che viola l'obbligo di non impedire l'avverarsi della condizione, è da ritenersi espressione del principio generale dell'ordinamento secondo cui l'autore di un inadempimento non può trarne effetti giuridici favorevoli (C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 1998, 556).

[170] Così, L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 579.

[171] E che M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, loc. cit., definisce «fase istruttoria supplementare».

[172] Cfr. M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss., in partic. nota 47 (e, prim'ancora dell'introduzione di una norma specifica, Id., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 181 ss.); D. Vaiano, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, cit., 47 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *Foro it.*, III, 166 ss.

[173] Dal momento che, come osservano D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2021, 333, «l'attività istruttoria non ha rilevanza puramente interna». Circa la riconducibilità anche della fase istruttoria del procedimento al rapporto diritti-obblighi, un'apertura è presente già in M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 44 ss.

[174] Quella «ipotesi di provvedimento con relative motivazioni scaturenti dalle risultanze dell'istruttoria condotta» che, come osserva M.R. Spasiano, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, cit., 42, che l'amministrazione è

il cittadino titolare del relativo credito[175].

Così come nel rapporto di spettanza, al debitore non è consentito tornare sui propri passi ripetendo una prestazione rivelatasi utile per il creditore (e satisfattiva del suo interesse) o alterandone, in senso peggiorativo, i connotati (cfr., ad es., gli art. 1180, 1181, 1185 comma 2, c.c., da cui si evince un principio di irretrattabilità della prestazione accettata dal creditore), alla P.A., allo stesso modo, è oggi vietato – a pena di inadempimento – modificare per sottrazione la prestazione resa in esecuzione dell'obbligo (istruttorio) principale.

7. (Segue). *Le modalità di soddisfazione della pretesa: ordine di riprovvedere, ordinanza cognitiva con effetti esecutivi, giudizio di ottemperanza.*

In un simile contesto normativo, ricostruito nella chiave dogmatica del rapporto obbligatorio, le conseguenze della reiterazione di un atto illegittimo assunto a valle del giudizio cautelare (che ha condannato a ripetere la fase istruttoria), come si può intuire, dipenderanno, in larga misura, dallo specifico obbligo in cui si è concretata la violazione perpetrata dalla P.A.

Può, infatti, verificarsi che l'inadempimento in cui è incorsa l'Amministrazione procedente coinvolga il medesimo obbligo (in tesi, l'obbligo istruttorio principale) già disatteso una prima volta; in tal caso, come accade per qualsiasi altro debitore privato, si apriranno contro di essa le porte dell'esecuzione forzata[176].

già in grado di prefigurare al momento dell'adozione del preavviso di rigetto.

[175] A conclusioni opposte si giunge, per contro, collocandosi in una prospettiva unitaria del rapporto amministrativo. Se, infatti, l'interesse legittimo dell'individuo è soddisfatto dall'adozione di un provvedimento legittimo (ancorché negativo), l'intervento del legislatore crea una frattura rispetto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni, determinando una «alterazione *in pejus* dell'identità (pur non pacificamente riconosciuta) tra la pubblica amministrazione e il titolare di una obbligazione civilistica (al quale è comunque data una possibilità di adempiere tardivamente, anche a seguito della sentenza di condanna — salve naturalmente le conseguenze risarcitorie per lo stesso ritardo —, diversamente dalla prima, che risulta privata della possibilità di esercitare successivamente in modo legittimo il proprio potere)» (così, L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 574, nt. 4).

[176] Analogamente a quanto teorizzato da L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa,* Milano, 2003, 186, che spiega le ragioni per le quali, anche

Così come può, al contrario, accadere che il rinnovato provvedimento amministrativo riveli la trasgressione a un diverso obbligo, accessorio. È quello capita, ad es., con il divieto di addurre motivi ulteriori già evinti o evincibili dall'istruttoria di cui all'art. 10 *bis*, ult. cpv., obbligo sorto con l'adozione del preavviso di rigetto e suscettibile di essere inadempiuto nel corso dell'attività amministrativa rinnovatoria, già in seguito all'accoglimento – con irrogazione dell'ordine di riprovvedere – della domanda cautelare.

Nel qual caso, se è vero, come emerso fin dai primi studi sulla riforma, che l'effetto preclusivo disposto dall'art. 10 *bis* – con relativa consumazione del potere – si produce al ricorrere di un evento ben individuato (l'adozione della sentenza di annullamento)[177], è tuttavia innegabile che una violazione del genere, seppur realizzata prima che sia stata pronuncia la caducazione dell'atto, non potrà ritenersi priva di conseguenze[178]. Nel concreto atteggiarsi della vicenda, infatti, l'assenza di quei fatti – esistenti ma non evincibili alla chiusura dell'istruttoria –, che soli avrebbero potuto giustificare un secondo diniego, potrebbe già emergere all'indomani della fase cautelare (a valle, cioè, della riedita istruttoria procedimentale, oggetto dell'obbligo principale).

nel giudizio amministrativo, mentre l'adempimento tardivo è sempre possibile, non sono viceversa ammissibili successivi atti di inadempimento (dell'obbligazione originaria), i quali, sul piano processuale, conducono all'istaurazione di un processo di esecuzione.

[177] Cfr. L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 578 – 579, che osserva come la preclusione, secondo la stessa legge, si manifesta in caso di annullamento in giudizio del provvedimento, con la conseguenza che, per un verso «ha da esservi l'annullamento del provvedimento adottato», per l'altro, «l'esercizio del potere successivo all'annullamento, apra di necessità le porte del giudizio di ottemperanza, non diversamente da quanto avverrebbe in una ipotesi di elusione o violazione del giudicato: la consumazione del potere, infatti, rende (o dovrebbe coerentemente rendere) nullo il nuovo diniego, che sia basato su un motivo ricavabile dall'istruttoria, così come nullo è l'atto in contrasto con il giudicato ai sensi dell'art. 21 *septies* l. n. 241».

[178] È, invece, dubbio se, in ossequio al brocardo secondo cui nel più è compreso il meno, debba farsi applicazione dell'art. 10 *bis*, ult. cpv., anche al caso (non già di annullamento ma) di sospensione cautelare degli effetti dell'atto impugnato. Nel senso di riconoscere alla sospensiva una funzione anticipatoria dell'annullamento dell'atto, di talché la prima simula in tutto (fuorché nella durata) gli effetti del secondo, ad es., T.A.R. Campania – Napoli, sez. I, 09 luglio 2007, n. 6586, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2564; Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2010, n. 6473, in *Rep. Foro it.,* voce *Giustizia amministrativa*, 2010, n. 743; Tar Sicilia, sez. III, 1 marzo 2010, n. 2274, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1072; Tar Puglia, sez. I, 4 gennaio 2001, n. 24, in *Rep. Foro it.,* voce *Giustizia amministrativa*, 2001, n. 770; Tar Calabria – Reggio Calabria, 10 febbraio 2016, n. 161, in *www.giustizia-amministrativa.it.* In senso contrario, per una non sovrapponibilità tra i due rimedi, T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 12 maggio 2016, n. 5652, in *Foro it.*, 2016, III, 592.

In una situazione del genere, come si può intuire, è la sollecitata riedizione del potere a portare alla ribalta – prim'ancora che il giudizio sia definito con sentenza – la necessità di una verifica precoce dell'inadempimento all'obbligo di non alterare gli esiti dell'istruttoria[179]. Ripercorrendo le fasi dell'indagine scandite nel procedimento, infatti, il giudice del merito non potrà esimersi dall'accertare se i motivi ostativi addotti *ex novo* dall'Amministrazione erano tra quelli ammessi dalla legge o meno. Con la conseguenza, in questo secondo caso, di poter apprezzare, ancor prima che sia concluso il giudizio, l'inadempimento all'obbligo di *non reformatio in peius* e il conseguente venir meno di quel residuo margine che il legislatore ha concesso all'Amministrazione per negare il provvedimento finale.

Tale circostanza, a ben considerare, renderà superflua la ripetizione, all'indomani della sentenza di annullamento, di una già svolta, pedissequa, verifica sull'operato dall'autorità procedente, creando le condizioni affinché sia lo stesso giudice del merito, in uno con la sentenza di annullamento, a emanare una condanna all'adozione del provvedimento divenuto, proprio a seguito della fase cautelare, ad esito vincolato[180].

Con l'ulteriore, importante precisazione che, se nuovamente sollecitato prima che intervenga la sentenza che definisce il giudizio (ma dopo l'esecuzione del *remand* in precedenza impartito), sarà ancora il giudice della cautela a poter anticipatamente – e in via interinale – disporre la condanna all'adozione del provvedimento favorevole[181].

Questo, infatti, sembra poter essere l'effetto prodotto dall'onda lunga

[179] Sul *remand* quale strumento attraverso il quale si esauriscono i profili valutativi della fattispecie, consentendo al giudice di pervenire a una più completa cognizione della fattispecie concreta, si era soffermato A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 133 e 245 ss. In giurisprudenza, cfr. TAR Lombardia - Milano, Sez. III, 08 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1852 ss.

[180] Circa l'esistenza, in capo al giudice, di un generale dovere di valutare «se in concreto residui un potere di scelta in capo all'autorità procedente, o se questo non si sia (appunto) già esaurito, tale che una volta rimosso o sostituito l'elemento di illegittimità della fattispecie […] quella scelta già effettuata non possa che comportare un'unica conseguenza – la spettanza del provvedimento richiesto», si è espresso A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 230. In argomento, nel passato e con posizioni contrapposte, cfr. F. Ledda, *Efficacia del processo ed ipoteca sugli schemi*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 326 ss. e E. Sticchi Damiani, *L'accertamento della fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3365 ss.

[181] Consentendo, così, di superare quella tendenza a ritenere incompatibile, ancora di recente, condanna all'adempimento e natura astrattamente discrezionale dell'attività (cfr., in materia di silenzio, T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. I, 05 marzo 2011, n. 324, in *Guida al dir.*, 2011, 9, 61; T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 dicembre 2011, n. 400, in *Foro amm. TAR, 2011*, 3910).

delle modifiche apportate dalle più recenti norme sulla semplificazione procedimentale, mosse dall'intento di congelare il quadro di riferimento della decisione amministrativa all'esaurimento della (prima) fase istruttoria; quando, cioè, l'organo preposto ha colmato lo spettro delle possibili indagini e ha predisposto la comunicazione dei motivi ostativi.

Era, d'altra parte, programmato che le più immediate ricadute del nuovo regime fossero di ordine sia sostanziale, che processuale, in quanto intenzionalmente destinate a trasformare la situazione soggettiva vantata dal privato[182], innescando, in una sorta di effetto domino, una variazione condizionata alla latitudine dei poteri esercitabili dal giudice[183].

Quest'ultimo, a cui all'indomani della rinnovata istruttoria è devoluta la cognizione di un potere depauperato di ulteriori margini di intervento (essendo non più contestabile il campo di rappresentazione dei fatti su cui far riposare la decisione), si troverà dinanzi a un numero di possibili scelte conclusive del procedimento, definito e non più modificabile, all'interno del quale ben potrebbe capitare che il rilascio del provvedimento richiesto, ancorché non spettante in base a un'astratta applicazione della legge, si riveli l'unica soluzione coerente e conforme alle risultanze dell'istruttoria[184].

Si aprirebbe, così, uno scenario in cui la combinazione dei due fattori (la cristallizzazione dell'istruttoria e l'anticipazione, per effetto della misura cautelare, del momento in cui viene accertato l'inadempimento dell'obbligo di non modificarne le risultanze) porti a una consumazione, avvenuta all'interno del procedimento[185], di tutti gli spazi (residui) di

[182] Divenuta, secondo L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 584, un «diritto soggettivo al bene finale, salvo l'esistenza di un motivo ostativo» oppure, a volerne conservare la natura creditizia, un «diritto di ottenere un provvedimento o favorevole o legittimamente sfavorevole».

[183] In tal senso, depone la stessa relazione di accompagnamento (che chiarisce come, attraverso la disposizione in parola, «si vuole cercare di ricondurre a un'unica impugnazione giurisdizionale l'intera vicenda sostanziale»).

[184] In ragione di ciò, avanza dubbi di costituzionalità della norma per irragionevolezza e violazione del principio di uguaglianza rispetto al terzo controinteressato, M. Mazzamuto, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, cit., 256 – 257. Un problema di tutela degli «altri interessi, pubblici e privati, che pure sono affidati alle cure dell'amministrazione nei procedimenti a istanza di parte» è segnalato anche da P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2020, 306.

[185] Ha considerato la discrezionalità come «una dote che si spende essenzialmente nel procedimento e che può risultare del tutto consumata al momento della decisione», A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 981.

discrezionalità[186], trasformando il potere, da originariamente discrezionale, in vincolato (in concreto)[187].

Ricorrendo questa ipotesi, perciò, il nuovo provvedimento sarebbe espressione di un'obbligazione diventata – all'esito del particolare atteggiarsi della fase inquisitoria – a prestazione specifica[188], consistente nell'esito positivo del procedimento[189]. Con la conseguenza che il giudice della cognizione, al ricorrere di tali presupposti, sarà autorizzato a emettere – anche in fase cautelare – una pronuncia (ancorché interinale) di condanna al rilascio anticipato del provvedimento favorevole[190].

[186] In precedenza, il tema era stato affrontato da TAR Campania – Napoli, sez. VII, 7 marzo 2017, n. 1307, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lombardia - Milano, Sez. III, 10 aprile 2012, n. 1045, in *Dir. e giust*., 2012; Id., sez. III, 08 giugno 2011, n. 1428, *cit*., al cui avviso «anche una attività "*in limine litis*" connotata da discrezionalità [può], 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», con conseguente ammissibilità della condanna dell'Amministrazione all'adozione del provvedimento favorevole sulla scorta dell'art. 34 c.p.a. Sulle differenze tra quest'ultima impostazione e quella giurisprudenziale del cd. *second shot*, cfr. A. Carbone, *L'azione di condanna ad un* facere*. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. amm*., 2018, 252, nt. 149.

[187] Cfr. L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, cit., 579, nota n. 30, ove si afferma che «se la preclusione procedimentale si fosse manifestata rispetto a tutti i fatti esistenti al momento dell'istruttoria […] si sarebbe però potuto affermare che l'atto successivo all'annullamento è un atto interamente vincolato».

[188] Ovvero, per dirla con le parole di certa dottrina, un'obbligazione "di risultato" (L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione,* cit., 160) o una situazione "a risultato garantito" (G. Vercillo, *La tutela della "chance". Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 24 ss.). Temi su cui si veda, da ultimo, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 134 ss.

[189] A cui corrisponderebbe, per implicazione logica necessaria, un diritto di credito al rilascio del provvedimento favorevole.

[190] Se non addirittura un'ordinanza che, sul modello della sentenza cognitiva con effetti esecutivi sulla falsariga dell'art. 2932, c.c., tenga luogo – interinalmente – degli effetti del provvedimento amministrativo. In tema, cfr. L. Ferrara, *Oltre l'azione di adempimento, una sentenza che tenga luogo dell'atto amministrativo non emanato*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2011; Id., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 648, che si domanda «se la piena soddisfazione della situazione soggettiva dell'attore, laddove l'attività della p.a. è vincolata, non vada piuttosto rinvenuta in una sentenza di accertamento costitutivo o in una sentenza cognitiva con effetti esecutivi sulla falsariga di quella di cui all'art. 2932 c.c.»; R. Cavallo Perin, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, cit., 1179, secondo cui per gli atti vincolati l'ordinamento potrebbe riconoscere la possibilità per il giudice di emanare un provvedimento «che è titolo esecutivo o direttamente costitutivo degli effetti dell'atto amministrativo oggetto del giudizio». Nel processo civile, per la compatibilità tra art. 2932 e art. 700 c.p.c., ad es., Trib. Bologna, sez. II, 23 dicembre 2005,

In un'evenienza siffatta, cioè, la somma dei vincoli che delimitano il quadro istruttorio, produrrà l'effetto di rimuovere ogni limite, teorico e di carattere positivo, all'applicazione, anche in fase cautelare, di una condanna all'adempimento, modellata sul tipo della decisione assunta *ex* art. 34, lett. e), da adottare nelle forme dell'ordinanza cd. sostitutiva[191] ai sensi dell'art. 55, c.p.a.[192] Nel qual caso, la successiva, eventuale fase di ottemperanza – attivata ai sensi dell'art. 59, c.p.a. – avrà a oggetto i soli aspetti meramente esecutivi del rilascio coattivo del provvedimento ordinato[193].

8. *Concludendo*

In principio, sono i diritti. Questo è il verbo della Costituzione che, già in apertura dell'*incipit* sui principi fondamentali (agli artt. 2 e 3), accoglie il proprio lettore mostrando di riservare ai diritti dell'individuo (come singolo e nelle sue manifestazioni collettive) quell'investitura sacramentale che li eleva ad assi portanti dello Stato di diritto.

Una priorità logica (e assiologica), su cui si regge la democrazia costituzionale[194], che reclama un sistema processuale di difesa dei cittadini, contro gli atti di una Pubblica amministrazione, qualitativamente

in *Dejure.it*; Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008, ivi e, con più generale riferimento alle azioni costitutive, Trib. Vicenza, 11 dicembre 2018, in *www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com*; Trib. Roma, sez. VI, 13 gennaio 2017, in *Ilprocessocivile.it*, 2017; Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Dejure.it*.

[191] Sul tema delle ordinanze sostitutive, cfr. A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, cit., 2502; E.F. Ricci, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 291 ss.; D. De Carolis, *Art. 55*, in *Commentario del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, 2010, 537 ss. Nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2005, n. 4354, cit.; Id., sez. V, 18 maggio 2004, n. 2227, in *Cons. Stato*, I, 2004, 1356; TAR Puglia – Lecce, sez. I, 16 luglio 2008, n. 616, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[192] Cfr. S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, cit., 917 – 918, che attribuisce al c.p.a. il merito di aver reso simmetrici i poteri del giudice amministrativo, affiancando alla atipicità delle pronunce cautelari, l'atipicità della sentenza.

[193] Su cui vedi già, L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione,* cit., in partic. 85 ss. e 193 ss.

[194] L. Ferrara, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 15 ss., a opinione del quale, nell'essenza della democrazia costituzionale, non si può che «assume[re] come "punto logico di partenza" l'individuo», quale «base legittimante del potere pubblico».

all'altezza di un ordinamento repubblicano proiettato in una dimensione internazionale ed europea. E di un giudice che possa definirsi tale, secondo la nozione ricavabile dalla Costituzione e dalle convenzioni sovranazionali sui diritti fondamentali[195].

Il primato dei diritti postula, cioè, che la risoluzione giurisdizionale delle controversie, civili o amministrative che siano, debba essere sempre contraddistinta dall'imparzialità del decisore – che rappresenta «la caratteristica ultima (nel senso di fondamentale) e irriducibile della funzione giurisdizionale»[196] – e da una sostanziale uniformità nell'applicazione dei principi generali e delle leggi che tali diritti attribuiscono e proteggono[197]; corollario, a propria volta, della più generale parità degli individui – e dei loro diritti – dinanzi alla legge[198].

La digressione condotta nelle pagine che precedono, tuttavia, ha portato a galla uno spaccato della giurisdizione amministrativa, chiamata a somministrare provvedimenti in via d'urgenza, sospeso tra luci e ombre.

L'attuale volto della tutela preventiva, infatti, racconta di un istituto che, per quanto rappresenti una prerogativa irrinunciabile nella difesa dell'individuo che si misura con il potere[199], calato nell'ambiente del processo amministrativo, non è mai riuscito davvero a schierarsi dalla parte dei diritti, rimanendo ancora distante dal paradigma rimediale immaginato dalla Costituzione. Permane, tanto nell'articolato codicistico, quanto nella cultura del giudice della cautela, quella «strutturale (o istituzionale o sistematica) […] relazione di "vicinanza e contiguità"» con l'interesse pubblico[200], a cui fa da *pendant* una persistente divaricazione,

[195] L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 63 ss.

[196] L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 66, rispetto alle quali, soggiunge l'A., «l'indipendenza e la terzietà costituiscono delle precondizioni, dei presidi e degli strumenti, necessari ma non sufficienti» (ma vedi, altresì, 73 ss., sull'imparzialità del g.a.).

[197] Cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., in partic. 73 ss., che ha colto nell'art. 111, ultimo comma, Cost. la riprova dell'unità della giurisdizione, se non altro intesa quale garanzia di uniforme applicazione della legge e, dunque, di uguaglianza dei cittadini dinanzi a essa. Ha evidenziato la frequenza con cui i principi generali del diritto vengano diversamente interpretati dai giudici di ultima istanza, F. Volpe, *Sull'attualità del sistema dualistico di giustizia amministrativa*, in *www.lexitalia.it*, 2019, 5 ss.

[198] L'imparzialità come proiezione del principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge codificato all'art. 3, Cost. è messa in evidenza da N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, in partic. 101, ss.

[199] A cominciare da C. Cost., 28 giugno 1985, n. 190, cit.

[200] Che, prosegue L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 77, «la legge costruisce tra chi deve giudicare e una parte processuale», addivenendo alla conclusione per la quale «i principi di indipendenza e di imparzialità non sembrano tollerare questa

nella disciplina e nell'applicazione dell'istituto, tra la difesa interinale dei diritti avanti al g.a. e avanti al g.o.

Appare, dunque, inevitabile un'ulteriore, decisa spinta verso il cambiamento che, se non altro nel nome dell'unitarietà funzionale della giurisdizione[201], riavvicini i principi e le regole che sovrintendono alla materia cautelare, mettendo i diritti, senza ulteriori e procrastinate ambiguità, al vertice del sistema anche della giustizia amministrativa. Solo così facendo si potrà riconoscere un ruolo di vera garanzia al g.a. e alla tutela cautelare da esso amministrata, fino a «ricondurla a pieno titolo nell'alveo della funzione giurisdizionale, costituzionalmente deputata alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (o della legalità soggettiva), ai sensi, innanzitutto, dell'art. 24 Cost.»[202].

"embricazione" e soprattutto questo "rapporto privilegiato" tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione».

[201] Su cui si era già espressa Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Urb. e app.*, 2004, 1275.

[202] L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 75.

Il Laboratorio di diritto amministrativo nasce come iniziativa di incontro e scambio tra giovani studiosi della materia per discutere delle ricerche in corso di svolgimento. L'idea, ispirata dall'esperienza di quanto avviene in altre realtà, soprattutto al di fuori del nostro Paese, si fonda sulla necessità di collocare, nell'ambito di un percorso di ricerca sovente caratterizzato dalla 'solitudine' di chi lo intraprende, un momento di confronto dialettico all'interno della comunità scientifica; un momento in cui, cioè, la comunità stessa metta a disposizione del singolo le proprie eterogenee esperienze e conoscenze, di modo che questi possa conseguire un più proficuo sviluppo del suo lavoro, nell'ottica di un complessivo arricchimento reciproco. Dopo la pubblicazione di analogo lavoro per l'anno 2019 (introdotto dalla prof.ssa Maria Alessandra Sandulli), gli esiti delle ricerche, per gli anni 2020-2021, sono oggetto di pubblicazione del presente volume, insieme agli ulteriori contributi ad essi correlati e ispirati dall'attività del Laboratorio.

Flaminia Aperio Bella è Ricercatore di diritto amministrativo (RTD/B) presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, dove insegna Diritto amministrativo e Diritto sanitario. Ha conseguito all'unanimità l'Abilitazione scientifica nazionale a Professore di seconda fascia. È stata Visiting Researcher presso numerosi istituti e università stranieri con aggiudicazione di finanziamenti per le proprie attività di ricerca. È autrice della monografia "Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della p.A." (2017) e di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo in riviste e opere italiane e internazionali.

Andrea Carbone è Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche della Sapienza Università di Roma, dove insegna Diritto amministrativo II e Giustizia amministrativa. Ha conseguito all'unanimità l'Abilitazione scientifica nazionale a Professore di prima fascia. È stato Visiting Scholar al *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg, e ha svolto attività di studio e di ricerca in numerosi centri universitari esteri ed istituti internazionali. È autore delle monografie "L'azione di adempimento nel processo amministrativo" (2012), "Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale" (2016), e "Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo", voll. I e II-1 (2020-2022), oltre che di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo.

Enrico Zampetti è Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena, dove insegna Diritto amministrativo II e Diritto amministrativo e dei servizi pubblici. Ha conseguito all'unanimità l'Abilitazione scientifica nazionale a Professore di prima fascia. È autore delle monografie "Contributo allo studio del comportamento amministrativo" (2012) e "Lesione del diritto di difesa e principio del doppio grado nel processo amministrativo. Studio sugli esiti del giudizio di appello" (2020), nonché di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo.

ROMA TRE UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

LDA Laboratorio di Diritto Amministrativo