



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Monica Delsignore

L'amministrazione ricorrente

**Considerazioni in tema di legittimazione
nel giudizio amministrativo**



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Patrizia Borsellino

Chiara Buzzacchi

Marta Cartabia, *Giudice della Corte Costituzionale*

Paolo Casella

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Costanza Honorati

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Oliviero Mazza

Claudia Pecorella

Margherita Ramajoli

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Tullio Scovazzi

Monica Delsignore

L'amministrazione ricorrente

Considerazioni in tema di legittimazione
nel giudizio amministrativo



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3169-9

ISBN/EAN 978-88-921-8445-9 (ebook - pdf)

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	VII
CAPITOLO I	
LA LEGITTIMAZIONE ORDINARIA DELL'AMMINISTRAZIONE	
1. La legittimazione in caso di affermata lesione della sfera di attribuzione o competenza	1
2. La legittimazione nell'impugnazione dei provvedimenti preceduti da conferenza di servizi	8
2.1. Alcune considerazioni in merito ai riflessi sulla legittimazione della nuova previsione del rappresentante unico nella conferenza di servizi	15
3. La legittimazione dell'ente pubblico associativo: dall'ordine professionale agli enti territoriali	21
4. La legittimazione dell'amministrazione fondata sulla tutela dell'ambiente o sul criterio della <i>vicinitas</i>	28
5. L'amministrazione ricorrente in via incidentale	32
6. L'amministrazione ricorrente nelle materie di giurisdizione esclusiva	41
7. L'amministrazione ricorrente nel giudizio di ottemperanza	47
CAPITOLO II	
LA LEGITTIMAZIONE SPECIALE O STRAORDINARIA DELL'AMMINISTRAZIONE	
1. Le fattispecie di legittimazione speciale e il ruolo del legislatore	53
1.2. La legittimazione straordinaria anche in assenza di situazioni giuridiche differenziate	63
2. La legittimazione straordinaria di alcuni Ministri	70
3. Le Autorità amministrative indipendenti e la loro specialità anche nella legittimazione	72

	<i>pag.</i>
3.1. La legittimazione straordinaria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	75
3.2. La legittimazione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti	89
3.3. La legittimazione dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione	94
4.1. Una proposta di sistemazione delle legittimazioni sparse	109
4.2. La legittimazione speciale non incide sulla natura della giurisdizione amministrativa, ma semmai sulla funzione di tutela del processo	111
CONCLUSIONI	
1. La legittimazione delle amministrazioni come sintomo delle disfunzioni e dei malfunzionamenti dell'amministrazione	117
2. Non è l'Europa, né la società che ce lo chiede	120
3. I vincoli al giudice in tema di legittimazione: l'effettività della tutela passa comunque attraverso il rispetto della legalità processuale	124
4. Il ruolo del giudice amministrativo nell'accesso alla giustizia e la riserva non costituzionale di amministrazione	127
<i>Bibliografia</i>	135

INTRODUZIONE

Le controversie in cui l'amministrazione è il soggetto che si rivolge al giudice sono divenute sempre più frequenti nell'ultimo quarto di secolo.

Certo non si tratta di un fenomeno nuovo, come ha messo in luce di recente la dottrina¹. Già Santi Romano nel Corso di diritto amministrativo² ricordava che un Comune può impugnare un provvedimento di un'autorità statale e che in tal caso l'amministrazione ricorrente assume la veste dell'amministrato. De Valles³ si riferiva non più alla separazione di soli tre poteri, ma alla separazione e contrapposizione di tutti i poteri immedesimati negli uffici, e disciplinati in modo che a ciascun ufficio spetta una sfera di competenza, dalla quale non può uscire, perché non solo è illegale l'atto dell'organo che entri nella sfera di competenza di un altro ufficio, ma tanto più lo è l'atto dell'organo che entri nella sfera di competenza di un ufficio di un'altra amministrazione.

Tuttavia, si trattava di casi eccezionali e non così frequenti nel modello dello Stato unitario ai suoi esordi, tanto che Guicciardi⁴, nel suo Manuale, ancora scriveva che nei giudizi amministrativi la parte ricorrente è sempre il cittadino e che ciò avviene, più ancora che per il principio dell'esecutorietà degli atti amministrativi, per il 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.

L'organizzazione dell'amministrazione e i rapporti tra le amministrazioni medesime deponevano, infatti, in tal senso.

I Comuni altro non erano che articolazioni periferiche, "pezzi dello Stato", sem-

¹ M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344.

² *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930, I, 83 e 123.

³ Nel volume A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, I, Cedam, Padova, 1931, 128, come ricorda sempre M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 416-417. Lo stesso M. MAZZAMUTO in altro scritto (*Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo* in *Dir. soc.*, 2018, 107) precisa che in questo modo il principio della separazione dei poteri penetrava anche all'interno della pubblica amministrazione.

⁴ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, II ed., Cedam, Padova, 1943.

pre riconducibili all'interno dell'unica vera personalità giuridica concettualmente predicabile (quella propriamente statale)⁵. L'autarchia qualificava l'attività degli enti, pur senza disconoscere che tale attività si svolgeva nell'interesse dello Stato o era addirittura a servizio dello Stato. Si era cioè radicata la struttura di un modello stato centrico, in cui le relazioni tra unità organizzative di cui era composto l'unico tutto (ivi comprese anche le sue parti e così anche i Comuni) o erano asservite a una logica prettamente gerarchica o risultavano ad ogni modo ispirate da una logica di complessiva strumentalità e ausiliarietà, e, con ciò, di subordinazione.

Con il passare del tempo si era notato che, a poco a poco, 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 differenziata⁶.

Eppure, fino agli anni '90, si avvertiva una certa resistenza, del giudice amministrativo, non solo ad accettare una così totale frantumazione dell'unità dell'amministrazione, ma anche ad accogliere l'impianto di una vera e propria dialettica degli interessi, proprio all'interno della stessa amministrazione agente: non il giudizio, ma il procedimento, con la legge generale allora adottata, era considerato la sede corretta e più opportuna in cui ponderare le diverse posizioni emergenti.

Le successive vicende applicative hanno mostrato, al contrario, l'incapacità di assorbire le contrapposizioni e appianare le diverse posizioni nel procedimento amministrativo, così che il contenzioso è continuato a crescere e intensificarsi, ponendo interrogativi quanto alla sua collocazione nel sistema della giustizia amministrativa.

Le controversie in cui l'amministrazione è parte ricorrente, sia contro altra amministrazione, sia contro un soggetto privato, rappresentano, infatti, una tipologia di controversie che appare quanto meno inusuale, se non incongruente, con la logica propria della giustizia amministrativa.

La giurisdizione amministrativa non è preordinata alla cura dell'interesse pubblico, ma alla tutela dell'amministrato, che è di regola il titolare dell'azione, che esercita di fronte al giudice anche in quanto parte controinteressata nel processo⁷.

⁵ Si veda F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo, Dinamiche e interpretazioni*, Franco Angeli, Milano, 2012, che, a p. 61, ricorda in tal senso il pensiero di S. ROMANO, *Il comune (parte generale)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, Parte I, Società Editrice Libreria, Milano, 1908, 497.

⁶ Come già rilevava M. NIGRO, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1996, 2057.

⁷ Tra i tanti, precisamente definisce in questo senso lo scopo del processo anche E. CANNADA BARTOLI, *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 371.

La Costituzione all'art. 24 precisamente riconduce la funzione giurisdizionale alla tutela dei "propri diritti e interessi legittimi". L'art. 103 precisa che la giurisdizione amministrativa si esercita "per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

Si tratta di disposizioni oggetto di lettura e di attenzione da parte della Corte costituzionale ancora in tempi recenti nelle note sentenze in tema di giurisdizione esclusiva, che evidenziano il tratto di una giustizia amministrativa tesa alla garanzia delle posizioni del destinatario dell'esercizio del potere amministrativo.

Nasce da qui l'interesse e la scelta di indagare le ragioni del contenzioso in cui la pubblica amministrazione è parte ricorrente e le modalità con cui si riconosce all'amministrazione, non solo "nei confronti della pubblica amministrazione", ma anche nei confronti del privato, l'accesso alla giurisdizione amministrativa.

Posto che l'accesso alla giustizia si esprime anzitutto nel riconoscimento della legittimazione processuale attiva, sulla stessa si concentra la trattazione, per comprendere, nel primo capitolo, come il giudice ricostruisca tale condizione in capo alla pubblica amministrazione e studiare, nel secondo capitolo, gli interventi del legislatore in proposito e i loro riflessi sul sistema processuale.

Il legislatore, infatti, soprattutto nell'ultimo decennio, ha introdotto nuove previsioni in modo da ammettere la possibilità di un giudizio promosso dalla pubblica amministrazione e in cui parte resistente sia un soggetto privato o un'altra amministrazione⁸.

Certamente lo sforzo di aprire l'amministrazione verso le esigenze e le aspettative sociali deve sempre guidare le scelte del legislatore, mosso da valori cui intende riconoscere una posizione preminente nella collettività, così come il giudice deve farsi interprete della legge, rispettando i limiti che ne derivino e offrendo la tutela che l'ordinamento riconosce al ricorrente, al di là della condivisibilità o meno del tenore della norma.

In questo quadro, lo studio della legittimazione dell'amministrazione obbliga e permette di ragionare su molti temi centrali del processo, mettendo in luce la sua stretta relazione con il diritto sostanziale, posto che è il legislatore a riconoscere la rilevanza giuridica di una situazione e, dunque, l'accesso alla tutela giu-

⁸ Il problema non è nuovo alla dottrina, che anzi se ne è occupata anche in chiave comparata. Su di essa si ragionerà nel corso della trattazione, ma sin d'ora si ricordino V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341 e il volume *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania: contributi a confronto*, a cura di V. Cerulli Irelli, Giuffrè, Milano, 2017; prima dell'adozione del codice del processo amministrativo 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; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo promosso nei confronti di un soggetto privato*, in *Foro it.*, 2002, III, 273. Da ultimo E.A. TARASCHI, *Il processo amministrativo "a parti invertite" nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in www.giustamm.it.

risdizionale quando se ne lamenta la lesione. Il tema impone poi di interrogarsi sul ruolo che tale sistema affida al giudice anche in relazione agli altri poteri e alle altre funzioni nello Stato e sulla sua compatibilità con il quadro costituzionale.

Nelle fattispecie, in cui l'amministrazione interpella il giudice amministrativo, un organo amministrativo è senz'altro già intervenuto, e, dal punto di vista astratto, non vi è una gerarchia tra l'organo giurisdizionale e l'organo amministrativo, anzi quest'ultimo è talvolta investito di una legittimazione democratica che manca all'altro⁹, sicché con attenzione occorre leggere i rapporti e gli spazi riservati dal legislatore al giudice o, invece, all'amministrazione.

⁹R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171, qui 201.

CAPITOLO I

LA LEGITTIMAZIONE ORDINARIA DELL'AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. La legittimazione in caso di affermata lesione della sfera di attribuzione o competenza. – 2. La legittimazione nell'impugnazione dei provvedimenti preceduti da conferenza di servizi. – 2.1. Alcune considerazioni in merito ai riflessi sulla legittimazione della nuova previsione del rappresentante unico nella conferenza di servizi. – 3. La legittimazione dell'ente pubblico associativo: dall'ordine professionale agli enti territoriali. – 4. La legittimazione dell'amministrazione fondata sulla tutela dell'ambiente o sul criterio della *vicinitas*. – 5. L'amministrazione ricorrente in via incidentale. – 6. L'amministrazione ricorrente nelle materie di giurisdizione esclusiva. – 7. L'amministrazione ricorrente nel giudizio di ottemperanza.

1. *La legittimazione in caso di affermata lesione della sfera di attribuzione o competenza*

Come si è anticipato nell'introduzione, da sempre la lesione della sfera di competenza costituisce motivo di doglianza dell'amministrazione di fronte al giudice amministrativo.

Si tratta di un vizio che non necessariamente incide e si riflette sul contenuto dell'azione amministrativa, ma che il giudice considera della massima rilevanza tanto che ancora di recente l'Adunanza Plenaria¹ sottolinea (pur impropriamente, e non solo ad avviso di chi scrive²) il dovere del giudice di considerarlo vizio assorbente. Come noto, infatti, il Consiglio di Stato afferma che il giudice deve valutare prioritariamente il motivo di ricorso sull'incompetenza, persino in presenza di una diversa graduazione formulata dal ricorrente, assorbendo tutti gli altri motivi in caso di fondatezza, poiché, nell'opinione del giudice, il potere

¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5.

² Criticamente N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo* (Rileggendo Franco Ledda), in *Dir. amm.*, 2015, 20; P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, a cura di P. Cerbo, Libellula, Napoli, 2019, 57, in particolare 64.

esercitato dall'organo incompetente è come se non fosse mai stato esercitato³.

Senza dubbio l'evoluzione dell'organizzazione dell'amministrazione e il progressivo affermarsi del pluralismo amministrativo hanno inciso e incrementato l'accesso alla giustizia da parte di soggetti che, anche e soprattutto con la riforma del titolo V della parte II della Costituzione, hanno visto ridisegnarsi i propri ambiti e sfere di competenze, pur con confini non sempre certi.

In particolare, in merito alla legittimazione, ormai più di un secolo fa si precisava, secondo un'impostazione oggi superata, che *“lo Stato ha dal diritto la competenza, che è anche il dovere, di curare che le altre persone giuridiche pubbliche viventi nello Stato stesso non violino con i loro atti l'ordine giuridico e, fra i mezzi idonei ad esso concessi per l'esercizio di tale competenza e l'adempimento del corrispettivo dovere, vi è appunto il potere di annullare gli atti delle dette persone giuridiche per vizio di illegittimità”*⁴. Di conseguenza, la dottrina di allora affermava che, così ragionando, *“non può certo concepirsi che lo Stato-amministrazione richieda, col ricorso all'organo giurisdizionale, tale annullamento che esso stesso, per il diritto, avrebbe il potere dovere di disporre.”*⁵.

Alla luce di una necessità di coerenza e unicità dell'amministrazione come istituzione, posto che condizione della partecipazione al giudizio è la titolarità, appunto in capo al ricorrente, di una situazione giuridicamente rilevante, si riteneva che in capo agli organi della stessa amministrazione non si potesse immaginare l'esistenza di interessi, per quanto distinti, così diversi da poter originare la loro contrapposta posizione, quali parti nello stesso giudizio.

Tuttavia, già allora si precisava che, se l'ordinamento positivo, e nei casi in cui l'ordinamento positivo, non concedesse il potere di annullamento allo Stato verso gli atti delle altre persone giuridiche pubbliche, la strada per conseguirlo non poteva che essere quella del ricorso da parte dello Stato stesso alla competente autorità giurisdizionale.

In tale ipotesi, parti del giudizio erano gli organi dello Stato come tali e, oltre allo Stato, le altre persone giuridiche pubbliche, esistenti nello Stato stesso: Province, Comuni, istituzioni pubbliche di beneficenza, non considerabili come puri e semplici organi dello Stato⁶.

Anche nella concezione dell'amministrazione del tempo, in assenza del riconoscimento di un potere centrale di autotutela, la riserva della valutazione dell'interesse pubblico in capo agli organi indicati dal legislatore era fonte di legiti-

³ Certamente è solo il difetto di attribuzione e non la incompetenza ad essere causa di nullità e, anche in tale ipotesi, si ritiene pur sempre che esercizio di potere vi sia. In merito si rimanda a M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, 851.

⁴ U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Primo Trattato Orlando*, vol. II, parte II, 850 ss.

⁵ F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, qui p. 98.

⁶ Così sempre F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, cit., 107.

timazione al giudizio, posto che, oggi come allora, l'interesse pubblico è condizionato all'apprezzamento fatto dall'organo giuridicamente competente, e che, perciò stesso, è il meglio idoneo a valutarlo e tutelarlo.

Alcune voci, come l'Orlando⁷, sulla scorta del Laferrière e della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, riconoscevano pertanto all'amministrazione, "per organo dei suoi capi gerarchici (Ministri), la facoltà di impugnare con ricorso dinanzi alla IV sezione gli atti di alcune autorità amministrative, di quelle, in ispecie, verso cui gli stessi organi supremi non hanno potere di annullamento."

Il ragionamento riguardava sempre atti lesivi della posizione del Comune, o di altra amministrazione pubblica, idonei a limitare la competenza e perciò potenzialmente in grado di pregiudicare il realizzarsi del miglior assetto di interessi nel caso concreto.

Proprio la questione della competenza è stata, infatti, per lungo tempo la più facile da risolvere. La competenza è attribuita alle pubbliche amministrazioni dalla legge, deve essere espressa e conformata quanto ai fini e alle modalità di svolgimento⁸. In aggiunta, ancor oggi, proprio perché essa coinvolge organi della stessa amministrazione, o comunque appartenenti allo stesso settore o branca o plesso organizzativo, al ricorso giurisdizionale si affianca anche la diversa possibilità dell'esercizio dei relativi poteri di autotutela per restituire la validità all'atto, attraverso la convalida⁹.

Tuttavia, come si anticipava e già è stato da altri osservato¹⁰, è fenomeno facilmente percepibile che la distribuzione della competenza fra i diversi soggetti pubblici si sia andata sempre più frammentando e complicando nel corso del tempo, tanto che oggi i conflitti di competenza sono numerosi e che l'ordinamento conosce specifici istituti volti a regolare in via ordinaria questa dispersione, primo fra tutti la conferenza di servizi.

Certamente il crescere della suddivisione dei livelli di amministrazione e il progressivo aumento della complessità della decisione amministrativa e degli interessi rilevanti in un ordinamento amministrativo caratterizzato da un pluralismo istituzionale estremamente accentuato¹¹ hanno comportato l'acuirsi delle possibili contrapposizioni e contrasti quanto al contenuto della decisione finale

⁷ *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1900, 936.

⁸ Così L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1.

⁹ Si rinvia in merito a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, 691 ss.

¹⁰ L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, relazione svolta al convegno su "Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento", Milano, 13 novembre 2018, reperibile sul sito www.irpa.eu.

¹¹ Nelle parole di P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine della riforma Madia*, in www.federalismi.it, n. 23/2017.

e alcuni istituti, pur nel tentativo di risolvere i conflitti, hanno al contrario reso, da un lato, ancor più frequente il ricorso al giudice e, dall'altro, ancor più difficoltosa la soluzione.

Con l'adozione del titolo V della parte II della Costituzione la conflittualità tra Stato e Regioni è cresciuta, anche a causa della scarsa chiarezza del dato normativo, e ciò ha senz'altro inciso sulla speditezza e sull'ordinato svolgersi dell'azione amministrativa.

Il principio di sussidiarietà ha ravvivato i conflitti tra Stato e enti locali in relazione all'adozione da parte di questi ultimi di provvedimenti ritenuti nella propria sfera di competenza, ma di fatto in grado di istituire vincoli e limiti all'azione dell'amministrazione centrale¹².

Al riguardo (già in precedenza alla riforma, quando ancora sussisteva il controllo di legittimità dello Stato sugli atti amministrativi regionali e delle Regioni sugli atti amministrativi degli enti locali¹³) il ricorso al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto adottato in violazione delle regole sulla competenza concorreva, e oggi concorre, con il diverso rimedio del ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzione intersoggettivo.

Come previsto dalla legge 11 marzo 1953, n. 87, “*al di fuori delle leggi e degli atti ad esse equiparati, ogni altro atto è potenzialmente idoneo a dar luogo ad una controversia risolvibile, in sede di conflitto di attribuzione, davanti alla Corte costituzionale.*”.

Proprio la Corte ha nel tempo ampliato l'oggetto del giudizio¹⁴, ritenendo

¹² Così, ad esempio, nella controversia decisa con la sentenza del T.A.R. Catanzaro, Calabria, sez. I, 20 giugno 2016, n. 1245, il Ministero dello Sviluppo Economico e il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare chiedevano di annullare l'ordinanza con cui il Comune disponeva il divieto o la sospensione nel proprio territorio e nel bacino Jonico anti-stante dell'esecuzione di ogni lavoro di installazione di macchine o attività presupposta, connessa e consequenziale alla ricerca di idrocarburi solidi e gassosi e collegate alle attività di ispezione e trivellazione; oppure nella decisione del T.A.R. Perugia, Umbria, sez. I, 1 giugno 2015, n. 227 il Ministero proprietario di un immobile lamentava l'assenza dell'intesa con il Comune nell'approvazione dello strumento urbanistico con cui si mutava la destinazione economica dell'area su cui il bene insisteva. Anche il Consiglio di Stato è intervenuto a dirimere questioni in tema di riparto di competenze nell'esercizio della funzione amministrativa; ad esempio, in tema di programmazione della viabilità nelle aree portuali è la decisione Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2015, n. 2687.

¹³ In proposito S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84; F. PIERANDREI, *Rapporti fra giudizi comuni e conflitti di attribuzione*, in *Scritti dir. Cost.*, vol. III, 273 ss.; L. VANDELLI, *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzione e giurisdizione amministrativa (a proposito di atti di controllo sull'amministrazione regionale)*, in *Giur. cost.*, 1977, 1788; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1978, 412; G. ZAGREBELSKY, *Conflitti di attribuzione. II) Conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990.

¹⁴ F. SCELSI, *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni*, in *Jus*, 1959, 1.

che anche “... qualsiasi comportamento ... il cui svolgimento possa determinare un'invasione attuale dell'altrui sfera di attribuzioni o comunque una menomazione altrettanto attuale delle possibilità di esercizio della medesima”¹⁵ sia sindacabile.

La Corte può, dunque, essere chiamata a risolvere questioni in cui l'ente convenuto ha emanato un atto che rientrava tra le attribuzioni costituzionali dell'ente ricorrente; ovvero l'ente convenuto ha esercitato un potere costituzionalmente conferitogli, ma senza la necessaria partecipazione dell'organo appartenente all'ente che ha sollevato il conflitto; o, infine, l'ente convenuto ha agito con l'intenzione di “paralizzare il funzionamento dell'ente ricorrente”¹⁶.

Così, ad esempio, la Corte è stata chiamata a decidere in merito alla legittimità di una nota con cui il Ministero per le infrastrutture e i trasporti lamentava l'incompetenza del Comune a deliberare in merito al collaudo di una darsena¹⁷.

In merito alla contemporanea litispendenza della medesima questione di fronte al giudice amministrativo e costituzionale (si noti che vale il comune termine di decadenza di sessanta giorni per entrambi i ricorsi), 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 Regione¹⁸. In questo caso non esiste, infatti, nelle disposizioni del Codice una previsione che obblighi il giudice amministrativo a sospendere o interrompere il processo¹⁹, sicché è possibile che, ove il ricorrente scelga di coltivare

¹⁵Come si legge nella decisione Corte cost. 21 novembre 2006, n. 382. Sull'evoluzione della giurisprudenza si rinvia a E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008.

¹⁶Per il distinguo si rinvia a G. DUNI, *I conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni e fra Regioni*, Giuffrè, Milano, 1970; G. SMURRA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni*, in *Giur. it.*, 2005, 456.

¹⁷Delibera annullata con la sentenza Corte cost. 20 giugno 2007, n. 255.

¹⁸Respingono le questioni in quanto manca il rilievo costituzionale, ad esempio, le decisioni Corte cost. 30 dicembre 1997, n. 467, 25 marzo 2005, n. 121, come ricorda F. TERESI, *I giudizi della Corte costituzionale*, Cacucci, Bari, 2010, 187. Più di recente in merito la decisione della Corte cost. 15 maggio 2015, n. 87 precisa al par. 5.1 della parte in diritto che “Anche se i parametri costituzionali invocabili nei conflitti tra enti ben possono essere integrati da fonti di rango sub-costituzionale (attuative delle disposizioni costituzionali), per costante giurisprudenza di questa Corte il tono costituzionale del conflitto sussiste quando le Regioni non lamentino una lesione qualsiasi, ma una lesione delle proprie competenze costituzionali (sentenze n. 263 del 2014, n. 52 del 2013, n. 305 del 2011, n. 412 del 2008, n. 380 del 2007 e n. 467 del 1997). Vanno, dunque, distinti i casi in cui la lesione derivi da un atto meramente illegittimo (la tutela dal quale è apprestata dalla giurisdizione amministrativa), da quelli in cui l'atto è, di per sé, viziato per contrasto con le norme costituzionali sulla competenza (mentre non rileva che l'atto possa essere anche oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale: così, espressamente, sentenze n. 137 del 2014 e n. 287 del 2005)”.

¹⁹In merito l'art. 79 c.p.a. contiene un rinvio alla disciplina contenuta nel c.p.c. che non contempla questa ipotesi.

entrambi i giudizi, vi siano due diverse sentenze sulla medesima questione.

In proposito il Consiglio di Stato²⁰ ha precisato che “*mentre la Corte Costituzionale può decidere le censure attinenti al riparto delle attribuzioni, il giudice amministrativo – ai sensi dell’art. 113 Cost. – può decidere su ogni profilo di illegittimità dell’atto, anche sui dedotti aspetti di eccesso di potere, sicché – anche per esigenze di concentrazione – la Regione ben può scegliere se, anziché proporre due giudizi e devolvere alla Corte Costituzionale l’esame dei profili sul difetto di attribuzione, sia il caso di proporre un solo ricorso al giudice amministrativo, deducendo tutti i possibili motivi di illegittimità dell’atto*”.

L’ampliamento delle competenze collegate e concorrenti ha reso più frequenti le controversie relative al riparto nell’esercizio delle funzioni amministrative, anche tenendo conto delle intese tra Stato e Regioni nell’emanazione di provvedimenti amministrativi derivanti dall’applicazione del principio di leale collaborazione, sicché potenzialmente più diffuse si sono fatte le ipotesi di conflitto di attribuzione intersoggettivo²¹.

Fisiologicamente il pluralismo amministrativo, e la presenza di molteplici sedi di decisione che lo accompagna, comportano la legittimazione dell’amministrazione a impugnare l’atto adottato da altro ente in un ambito, che ritiene, invece, appartenente alla sua sfera di azione e di competenza. Il giudizio è funzionale 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.

La legittimazione nel giudizio amministrativo segue, dunque, la regola generale della titolarità dell’azione in capo a chi invoca l’accesso alla giustizia per la tutela di una propria posizione giuridicamente rilevante²².

²⁰ Nella decisione Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6834, in tema di riparto delle funzioni amministrative tra Stato e Regione in materia di porti.

²¹ Un chiaro esempio si trova nelle decisioni della Corte 20 gennaio 2004, n. 27 e 21 gennaio 2006, n. 21 relative al medesimo caso di conflitto nella nomina del commissario di un Ente parco.

²² In questa sede non si ritiene vi sia spazio per affrontare la questione, assai complessa e su cui anche da ultimo si è cimentata la dottrina, della necessità della sussistenza della titolarità o, invece, della mera affermazione della titolarità di una situazione giuridicamente rilevante in capo al ricorrente ai fini della legittimazione. Come meglio emergerà nella trattazione del tema, da un lato, ai fini delle riflessioni proposte non rileva se all’una o all’altra tesi si decida di aderire, e, dall’altro, l’analisi richiederebbe, a sua volta, lo spazio di un lavoro monografico a ciò dedicato. Come noto, infatti, il giudice amministrativo ritiene che la legittimazione esista non quando vi sia la mera affermazione, ma la effettiva titolarità dell’interesse legittimo, dichiarando inammissibile il ricorso per carenza di legittimazione e così accertando l’inesistenza della posizione sostanziale in capo al ricorrente nel caso in cui non lo ritenga detentore di interesse legittimo. A sostegno di questa posizione sono le argomentazioni ancora convincenti di A. ROMANO, *La situazione legittimante nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 51, che distingue la funzione del processo amministrativo (senz’altro di tutela dell’interesse legittimo) dall’oggetto del processo (che si avrà sulla base di questa situazione legittimante). In questa scis-

Un tentativo diretto a ridurre i contrasti e stemperare i conflitti tra amministrazioni è rappresentato dal sistema delle conferenze, strumento fondamentale per creare equilibrio e stabilità tra i vari livelli di governo²³.

Così la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano rappresenta la principale sede di coordinamento e negoziazione politica nell'adozione anche di atti amministrativi tra le Amministrazioni centrali e le autonomie regionali e, insieme alla Conferenza Stato-Città ed autonomie locali e alla Conferenza unificata, costituisce una forma di raccordo ai fini della collaborazione delle diverse amministrazioni nell'interesse unitario comune²⁴.

Analogamente nella legge sul procedimento amministrativo si introduce l'istituto della conferenza di servizi come momento di mediazione e dialogo tra soggetti pubblici, "strutture organizzative di diversa dimensione e di diverso livello, dai semplici uffici, articolazioni interne di amministrazioni, ad amministrazioni prese nella loro unitaria complessità"²⁵, che curano interessi diversi, ma oggetto del medesimo provvedimento, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

sione, tra situazione legittimante e oggetto del giudizio, pare consistere il tratto differenziante più marcato del processo amministrativo rispetto a quello civile. Nello stesso senso R. VILLATA, voce *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1990, 2. Soprattutto nelle più recenti riflessioni, la dottrina ha, invece, suggerito che anche il giudice amministrativo, come quello ordinario, debba vagliare la mera affermazione e non la effettiva sussistenza della situazione in capo al ricorrente al fine di verificare la legittimazione in giudizio. Questa è la conclusione cui giunge il bel volume di S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018 e in senso analogo, anche F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511. La pluralità delle azioni nel processo amministrativo richiederebbe un ripensamento della tradizionale concezione della legittimazione anche nella riflessione di C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, in particolare, a p. 130 ss. e, da ultimo, C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la crina deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 393. Sull'importanza di interrogarsi in merito A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Giappichelli, Torino, 2018, 194.

²³ S. MANGIAMELI, *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Rivista AIC*, 2016, 36.

²⁴ Si tratta di strumenti che, tuttavia, presentano nel funzionamento non pochi profili critici. In merito si rinvia a G. D'AMICO, *Il sistema delle conferenze alla prova della maturità. Gli esiti di un'indagine conoscitiva*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁵ Secondo la definizione di "servizi" offerta da F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 255.

2. La legittimazione nell'impugnazione dei provvedimenti preceduti da conferenza di servizi

Con l'affermarsi del principio democratico e della pluralità degli interessi che si affollano attorno ad ogni tipo di decisione dell'amministrazione pubblica, l'atto non è stato considerato più in grado di rappresentare il momento singolare di puntualizzazione dell'interesse pubblico. Rispetto alla sua formale rappresentazione, si è accentuata così l'importanza del momento della scelta, nei cui confronti l'atto si pone come mero riepilogo²⁶. È sul procedimento, come momento di individuazione e composizione degli interessi coinvolti, che si è allora concentrata la dinamica dell'azione amministrativa²⁷. Nello Stato pluriclasse l'atto amministrativo perde la sua connotazione soggettiva e monistica: il coordinamento diventa centrale in quanto in grado di esprimere la presenza di una pluralità di autonome determinazioni volitive, come momento dinamico e relazionale dell'ordinamento in cui le amministrazioni trovano tutte spazio per garantire coerenza ed unità finale allo svolgimento della funzione²⁸.

La frammentazione organizzativa associata ad un'ampia disfunzionalità dell'azione amministrativa genera, però, lungaggini procedurali, se non vere e proprie paralisi dei percorsi decisionali partecipati dai diversi soggetti interessati. L'atto complesso è l'unione di più voleri singoli concorrenti con parallelo interesse verso l'identico fine: la nozione finisce per ricomprendere tutti gli atti per cui si parla di collaborazione giuridica²⁹ e si contrappone a quella inizialmente più ristretta che richiedeva coincidenza di contenuto, effetti e destinazione ad un unico interesse comune³⁰. Tuttavia, l'atto complesso, che si formi attraverso il procedimento partecipato e a seguito del confronto e del dialogo dei soggetti coinvolti, richiede sforzi organizzativi e concentrazione di funzioni cui la realtà pubblica non pare avvezza o preparata. Nei procedimenti non solo

²⁶ G. COMPORTELLI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano, 1996, qui 54.

²⁷ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 16; G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, Napoli, 1981, 70.

²⁸ G. BERTI, *Il coordinamento, parola simbolo, tra gerarchia e equiordinazione* e M. D'ALBERTI, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in *L'amministrazione della società complessa*, a cura di G. Amato e G. Marongiu, Il Mulino, Bologna 1982, rispettivamente 31 e 55.

²⁹ La nozione si trova già così ricostruita da U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso (Contributo alla teoria degli atti amministrativi)*, in *Studi senesi*, 1903.

³⁰ Come invece riteneva D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, 12.

complessi le amministrazioni sempre più spesso si mostrano incapaci di rispettare i tempi dell'azione, di assumere una visione d'insieme dell'agire amministrativo e di coordinare e mediare i vari interessi in gioco attraverso un approccio costruttivo e dinamico³¹. In questo quadro, la scommessa della conferenza di servizi è stata proprio quella di ricomporre nel procedimento la frammentazione delle competenze; e, cioè, risolvere problemi di ordine organizzativo, ma in grado di riflettersi sul contenuto e sulla stabilità dei provvedimenti adottati, attraverso una tecnica procedimentale³².

La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di osservare che la conferenza di servizi consiste in un modulo decisionale “*orientato alla realizzazione del principio di buon andamento ex art. 97 Cost.*”³³, in quanto “*assume, nell'intento della semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, la funzione di coordinamento e mediazione degli interessi in gioco al fine di individuare, mediante il contestuale confronto degli interessi dei soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico primario e prevalente*”³⁴.

Pur introdotta e animata da intenti di semplificazione dalla legge sul procedimento nel 1990, la conferenza di servizi si è rivelata di fatto difficilmente in grado di assicurare la composizione amichevole dei diversi interessi pubblici coinvolti, riflettendo il modo di essere del sistema amministrativo italiano e acutizzando le fratture esistenti. In particolare, essa ha risentito di quello che è stato chiamato il “*pluralismo autodistruttivo*”³⁵, che ha trovato espressione emblematica nella revisione costituzionale del titolo V in senso fortemente autonomistico³⁶, revisione che non è stata accompagnata, però, da un adeguamento legislativo in grado, tra l'altro, di fronteggiare e governare la dispersione delle funzioni amministrative ad opera del c.d. federalismo.

Il successo e la sfortuna dell'istituto sono stati determinati dal contesto in cui ha operato l'amministrazione in questo ultimo quarto di secolo³⁷. La frammen-

³¹ In questo senso E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in www.federalismi.it.

³² E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, cit., 9.

³³ Corte cost. 11 luglio 2012, n. 179.

³⁴ Corte cost. 11 novembre 2010, n. 313.

³⁵ L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n.127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12 e *La conferenza di servizi nello schema di decreto legislativo del gennaio 2016*, su www.giustamm.it.

³⁶ Sulla quale è tornata da ultimo a concentrarsi l'attenzione politica. Per alcune osservazioni in merito R. BIN, *Le materie nel dettato dell'art.116 Cost.*, 2019, in corso di pubblicazione su Forum Quaderni Costituzionali e reperibile sul sito www.robertobin.it e F. CORTESE, *Qual è lo Stato delle Regioni?*, in *Le Regioni*, 2019, 5, nonché il volume *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini, F. Cerniglia, F. Pizzolato, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli, Il Mulino, Bologna, 2019.

³⁷ Come sottolinea S. BATTINI, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di*

tazione delle competenze amministrative, e la conseguente complessità e lungaggine delle procedure, ha esaltato le criticità di uno strumento teso, in principio, a combinare i rapporti organizzativi delle amministrazioni attraverso l'esame contestuale degli interessi.

È chiaro che nell'ottica dell'amministrazione, che ricorre al giudice lamentando la violazione della propria competenza, un istituto come la conferenza, in grado di raccogliere in unica sede e comporre nel dialogo gli interessi di tutti i soggetti pubblici coinvolti nella decisione, si propone come strumento di mediazione del conflitto³⁸, potenzialmente in grado di sensibilmente ridurre la necessità dell'intervento giurisdizionale.

Come noto, tuttavia, ben diversa è stata l'applicazione in concreto, tanto che senza dubbio molto numerose sono le sentenze che risolvono controversie tra amministrazioni sorte successivamente allo svolgersi di conferenze di servizi.

Se la contestualità avrebbe dovuto garantire il confronto tra le diverse amministrazioni chiamate ad apprezzare l'impatto complessivo del progetto, al di là della specificità dell'interesse curato, così da permettere l'individuazione in modo più veloce della soluzione unanimemente condivisa, senza alterare, sul piano sostanziale, l'assetto delle competenze definito dalla disciplina di settore, essa ha mostrato, invece, alla prova pratica, moltissime criticità, tra cui in particolare l'incapacità di risolvere il problema originario, ovvero quello di giungere ad una decisione certa e stabile in tempi considerati accettabili per i cittadini e gli operatori economici.

L'istituto è stato, pertanto, oggetto di numerose revisioni³⁹ nell'intento di risolverne le criticità e di trovare un assetto in grado di offrire una soluzione tempestiva e definitiva.

Nel tempo la conferenza da strumento discrezionale in capo all'amministrazione è divenuta obbligatoria e si sono introdotti meccanismi utili ad appianare la questione dell'inerzia delle amministrazioni chiamate a partecipare ovvero a superare il dissenso espresso dagli enti partecipanti.

Tuttavia, i numerosi interventi non sono parsi in grado di delineare un istituto capace di rispondere alle esigenze cui è preposto. Tanto è vero che nella più recente legge di riforma della Pubblica Amministrazione si è prevista la delega per un nuovo riordino della conferenza di servizi⁴⁰ e il recente d.lgs. n.

Chuang-Tzu, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, a cura di S. Battini, Nel diritto, Urbino, 2016, 1.

³⁸In tal senso S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601.

³⁹In merito M. CONTICELLI, *Superare i dissensi espressi: la decisione "a prevalenza" e il meccanismo di opposizione successiva*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, cit., 59, in particolare 63-68.

⁴⁰Per un commento ragionato L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nello schema di decreto legislativo del gennaio 2016*, cit.

127/2016 è intervenuto a riscrivere le disposizioni della legge n. 241, nell'intento, certo non agevole, di fare maggior chiarezza, così anche da ridurre i ricorsi al giudice, offrire uno schema organico dell'istituto e sistemare la disciplina frutto di interventi e revisioni succedutesi in maniera disordinata e spesso incoerente⁴¹.

Tra i molti profili che hanno richiesto l'intervento chiarificatore del giudice e sui quali si è interrogata la dottrina, ai fini della legittimazione a ricorrere in capo all'amministrazione – che ha partecipato alla conferenza, ma che naturalmente poi non condivide la composizione degli interessi che ne è infine derivata e ritenga di contrastarla in giudizio – si accennerà alle questioni, tutto sommato ormai risolte, in merito alla qualificazione dell'istituto e alla rilevanza della condotta dell'amministrazione in conferenza, per poi proporre alcune considerazioni in merito alle conseguenze che derivano dall'introduzione, o meglio dalla generalizzazione, della figura del rappresentante unico per livelli di amministrazione, alla luce dei più recenti interventi legislativi.

Certamente la natura dell'istituto influisce sulla definizione della legittimazione al ricorso. Infatti, ove la conferenza abbia valore organizzativo, così configurando un organo collegiale comune, la deliberazione conclusiva dovrebbe

⁴¹ Per sommi cenni, si ricordi che la conferenza di servizi è stata introdotta come istituto di generale applicazione nel procedimento dall'art. 14 della legge n. 241/1990 con almeno tre tratti distintivi: era uno strumento di regola facoltativo, legato all'istruttoria, che consentiva di considerare l'organizzazione amministrativa in modo dinamico. Esso mirava a risolvere i problemi legati, da un lato, alla difficoltà di un dialogo tra diverse amministrazioni coinvolte nell'adozione di un provvedimento discrezionale e, dall'altro, alla lentezza derivante dal succedersi della consultazione dei diversi organi competenti al rilascio di pareri o atti diversi. La dottrina si è occupata diffusamente dell'istituto. Si ricordino i contributi di M. BOMBARDELLI, *Le novità della riforma Madia. La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Giur. it.*, 2016, 2793; G. CARTEI, *Servizi (conferenza di)*, in *Dig. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 65 ss.; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Conferenza di servizi*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, 2008, 271 ss.; G. CUGURRA, *La concentrazione dei procedimenti*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale* (Atti del XLII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21. 9. 1996), Milano, 1997, 85 ss.; L. DE LUCIA, F. LUCIANI, *Contributo allo studio della conferenza di servizi decisoria*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Guarino*, vol. II, Cedam, Padova, 1998, 1 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002; S.D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo* (Atti del XXXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 19-21. 9. 1991), Milano, 1994, 39 ss.; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, 607 ss.; G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1138 ss.; F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, cit.; E. STICCHI DAMIANI, *La conferenza di servizi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Giuffrè, Milano, 1994, 1755; E. STICCHI DAMIANI, voce *Conferenza di servizi*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*, 2015; M. TALANI, *La conferenza di servizi: nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2008.

qualificarsi provvedimento e sarebbe da imputarsi alla conferenza e non alle distinte amministrazioni partecipanti. Le amministrazioni partecipanti, in quanto componenti del collegio, sarebbero legittimate all'impugnazione della delibera ogni volta essa comporti una lesione di diritti e facoltà derivanti appunto dalla posizione di componente e siano causa di un pregiudizio nella loro sfera⁴².

Tale tesi, tuttavia, ha incontrato sempre minor credito in favore della differente qualificazione della conferenza alla stregua di modulo procedimentale e non, invece, di un ufficio speciale della pubblica amministrazione autonomo dai soggetti che vi partecipano⁴³.

La conferenza di servizi non è considerata organo collegiale, né in grado di influire sulla distribuzione delle competenze tra le amministrazioni coinvolte. L'assenza di carattere organico richiede l'adozione di un provvedimento finale ad opera dell'amministrazione procedente⁴⁴, in grado di assorbire la determinazione conclusiva che resta atto di per sé privo di efficacia verso l'esterno e non passibile di impugnazione. Nonostante l'affermazione sia costante nella giurisprudenza⁴⁵, ancora molto numerosi sono i ricorsi con cui le amministrazioni partecipanti impugnano l'atto conclusivo della conferenza. Tali ricorsi sono dichiarati inammissibili dal giudice appunto in virtù della natura endoprocedimentale dell'atto.

⁴²In merito alla legittimazione del componente del collegio si rinvia all'attenta analisi di A. AMORTH, *Impugnativa di deliberazioni collegiali da parte di componente del collegio*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavaleri*, Cedam, Padova, 1960, 339, ora in *Scritti Giuridici*, Milano, 1990, vol. IV, 1681. Sul tema del funzionamento dei collegi si ricordino anche L. TORCHIA, *Giardinaggio e pubblica amministrazione: potature, tagli e innesti in materia di organi collegiali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 177; M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Il Mulino, Bologna, 1980; P. ZUELLI, *Le collegialità amministrative*, Giuffrè, Milano, 1985 e *Le collegialità amministrative tra regolamentazione e autoregolamentazione*, in *Le Regioni*, 1990, 1402.

⁴³In merito D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, cit., in particolare 225 ss.

⁴⁴G. COCOZZA, *Il provvedimento finale nella conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 2012, 503 ss. e sempre G. COCOZZA, *La decisione plurale in conferenza di servizi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁴⁵Ancora di recente il Consiglio di Stato ha ribadito come costante l'insegnamento della giurisprudenza circa il carattere endoprocedimentale degli atti della conferenza di servizi che ne esclude la autonomia ed immediata impugnabilità prima della adozione della determinazione conclusiva da parte della amministrazione procedente titolare dell'interesse pubblico primario. In tal senso Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2265 che richiama Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2417; Id., sez. VI, 9 novembre 2011, n. 5921. Nello stesso senso da ultimo la decisione del T.A.R. Torino, Piemonte, sez. I, 28 novembre 2018, n. 1314, che precisa che tutti gli atti posti in essere in conferenza e quelli precedenti e, in particolare, quelli con i quali sia stato espresso l'avviso delle singole amministrazioni, non sono ancora in sé idonei a ledere in modo diretto ed immediato gli interessi considerati nel provvedimento poi emanato a seguito della conferenza di servizi. Nello stesso senso T.A.R. Perugia, Umbria, sez. I, 3 novembre 2017, n. 669, T.A.R. Catania, Sicilia, sez. I, 6 marzo 2017, n. 452 e Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6192 in tema di autorizzazione unica per la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

La determinazione conclusiva favorevole della conferenza consiste in un insieme composito di decisioni, tuttavia la disciplina diviene più complessa ogni volta che la soluzione non sia condivisa da tutte le amministrazioni partecipanti.

In proposito, la legittimazione a ricorrere è riconosciuta in capo alle amministrazioni “*interessate*”, che non sempre coincidono, vuoi per difetto, vuoi per eccesso, con le amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza. Solo l'amministrazione interessata può censurare il mancato invito di un'altra amministrazione alla conferenza di servizi, altrimenti il motivo è inammissibile⁴⁶. Così il giudice ha ritenuto che l'ente territoriale non direttamente interessato dalla realizzazione di un impianto che sarà localizzato nel territorio del Comune limitrofo, pur potendo intervenire nel procedimento con proprie osservazioni, non è qualificabile come “*amministrazione interessata*”, che è invece solo l'amministrazione da coinvolgere obbligatoriamente nel procedimento, anche perché la tutela degli interessi riferibili alla popolazione stanziata sui territori limitrofi a quello direttamente interessato dall'intervento sarebbe rimessa alla Provincia⁴⁷.

Ne consegue che solo le amministrazioni che in base alla legge siano competenti a rilasciare pareri o altri atti di assenso ai fini dell'adozione del provvedimento finale si considerano legittimate all'impugnazione.

La posizione giuridicamente rilevante ai fini della legittimazione è, dunque, assicurata dalla norma che prevede il rilascio dell'autorizzazione, nulla osta, parere o altro atto diversamente nominato da parte dell'amministrazione, potenziale ricorrente.

Anche in questa sede, come nei casi discussi nel precedente paragrafo, la competenza è, dunque, rilevante ai fini della legittimazione: solo le amministrazioni tenute alla partecipazione in base alla legge possono proporre ricorso giurisdizionale, non invece eventuali amministrazioni i cui interessi non siano ritenuti dal legislatore oggetto di necessaria ponderazione ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Si tratta, comunque, di una platea significativa di soggetti, che ricorreranno al giudice tanto più di frequente quanto più lo strumento della conferenza si mostri incapace di mediare e giungere alla soddisfacente composizione delle posizioni in gioco, emerse proprio durante la conferenza.

Non è, però, sufficiente qualificarsi amministrazione interessata per impugnare il provvedimento finale che recepisce il contenuto della decisione adottata nella conferenza.

Nel tentativo di guadagnare stabilità a tale provvedimento, il legislatore è, infatti, intervenuto, anche con la più recente riforma, a disciplinare la condotta dell'amministrazione partecipante alla conferenza, così che solo l'espressione di

⁴⁶ Come afferma T.A.R. Genova, Liguria, sez. I, 11 febbraio 2016, n. 139 e, in precedenza, T.A.R. Brescia, Lombardia, sez. II, 16 marzo 2010, n. 1254.

⁴⁷ In tal senso T.A.R. Latina, Lazio, sez. I, 22 dicembre 2009, n. 1343.

un dissenso motivato⁴⁸, che dia chiara e analitica indicazione delle modifiche che si ritengono adeguate, è oggi in grado di legittimare il successivo accesso alla giustizia dell'amministrazione dissenziente.

Il principio di leale cooperazione è stato sempre più riletto anche attraverso il richiamo alla sussidiarietà verticale così di fatto da cristallizzare (o razionalizzare ulteriormente) l'idea che, in nome di esigenze unitarie (e non solo coinvolgenti valori di straordinario rilievo) sia comunque lo Stato a farsi ragionevole coordinatore e che anche la necessità di una concertazione o di un'intesa con le Regioni sia sempre questione di specifici intrecci materiali, da valutarsi caso per caso⁴⁹.

La conferenza di servizi è diventata così strumento per orientare, articolare e riempire di senso la motivazione finale, non certo per produrre, a maggioranza, la sintesi decisionale, che è, invece, opera imperativa dell'amministrazione procedente⁵⁰.

Ciò ha finito, però, per acuire i conflitti e scaricare sul giudice la decisione finale.

Quando le relazioni sono oggetto di decisioni e regole minute, definite unilateralmente dai poteri pubblici o formalizzate in accordi, al termine di complesse procedure che coinvolgono una pluralità di attori, spesso in contrasto tra di loro, gli assetti degli interessi così definiti diventano sempre più contestati e quella

⁴⁸ In merito alla evoluzione della disciplina del superamento del dissenso si rinvia a R. DI PACE, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di lavori pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 445 in particolare par. 5. Si ricordi che, a dispetto della previgente formulazione legislativa, la quale richiedeva che il dissenso fosse espresso dal rappresentante presente in sede di conferenza, il giudice ha ritenuto, in alcuni casi, che la partecipazione dell'ente locale, anche in assenza di espressione del dissenso, legittimasse all'impugnazione del provvedimento (Cons. Stato, 17 settembre 2012, n. 4926) e, in altri, invece che il dissenso tardivo, espresso con la trasmissione oltre il termine del parere, fosse correttamente considerato silenzio assenso dalla conferenza di servizi (Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2170). Ancora la giurisprudenza, in via eccezionale, ha talora ritenuto giuridicamente rilevante e quindi tale da obbligare l'amministrazione procedente a rimettere la decisione al Consiglio dei ministri, invocando il principio di leale cooperazione (Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1059 e Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4732, in *Urb. app.*, 2016, 5, 577 con nota di C. CARRERA, *Interessi sensibili e dissenso espresso fuori dalla conferenza di servizi*), anche il dissenso espresso al di fuori della conferenza di servizi. In particolare, nella decisione Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2015, n. 5749 il giudice ha considerato valido il dissenso, dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo paesaggistico sul progetto di impianto eolico, che sia stato espresso e riversato negli atti della conferenza di servizi, ancorché il rappresentante della medesima amministrazione non sia stato fisicamente presente ai lavori. Il giudice amministrativo richiama il principio di leale collaborazione e la ratio della normativa sugli impianti di energia rinnovabile: il modello conferenziale in questo caso non ha solo un valore formale, ma esprime una particolare scelta legislativa volta a rispondere all'esigenza costituzionale di rispetto delle competenze dei diversi livelli di governo territoriale ed è inoltre espressione dei principi di integrazione e bilanciamento, particolarmente rilevanti nella materia ambientale.

⁴⁹ F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit., 78.

⁵⁰ F. CORTESE, *op. ult. cit.*, 53.

giurisdizionale finisce per essere la sede elettiva in cui far esplodere il conflitto e poi eventualmente comporlo a seguito della pronuncia del giudice⁵¹.

2.1. *Alcune considerazioni in merito ai riflessi sulla legittimazione della nuova previsione del rappresentante unico nella conferenza di servizi*

Di fronte a questo quadro poco soddisfacente e difficilmente in grado di assicurare l'adozione di un provvedimento certo e stabile, il legislatore, come si anticipava, è intervenuto con la legge n. 124/2015, che contiene una delega legislativa con l'indicazione di un'ampia serie di obiettivi, tra cui riduzione funzionale, accelerazione, semplificazione, razionalizzazione, differenziazione, ma che, già nei criteri individuati, sembra acuire la centralizzazione della decisione, così indirettamente offrendo nuovi spazi per i ricorsi giurisdizionali.

La legge n. 124/2015 intende, infatti, contrastare la disaggregazione degli apparati statali, individuando una serie di meccanismi unificanti. L'istituzione del rappresentante unico costituisce parte di questa strategia⁵².

L'introduzione della figura del rappresentante unico⁵³ tende a comporre gli interessi a ciascun livello di governo, così che nella conferenza ci si confronti solo tra livelli di governo diversi. La previsione – già presente per le amministrazioni locali⁵⁴ – non solo ha l'obiettivo di ridurre il numero dei partecipanti alle conferenze di servizi, ma soprattutto quello di assicurare il coordinamento degli uffici statali. La scelta di indicare un solo rappresentante è contenuta nella legge delega⁵⁵ e il legislatore

⁵¹ In tal senso, pur riferendosi alle decisioni a contenuto economico, G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 1383, qui 1385.

⁵² S. BATTINI, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, cit., 19. Altri elementi qualificanti del nuovo impianto normativo sono individuati nella nuova conferenza semplificata o asincrona e nel meccanismo ad opposizione successiva per il superamento dei dissensi qualificati.

⁵³ Si tratta della previsione, contenuta nel riformulato art. 14-ter, che nella conferenza simultanea ciascun ente o amministrazione convocato alla riunione è rappresentato da un unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente e in modo univoco e vincolante la posizione dell'amministrazione stessa su tutte le decisioni di competenza della conferenza, anche indicando le modifiche progettuali eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. In particolare, le amministrazioni statali partecipano attraverso "un unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente in modo univoco e vincolante la posizione di tutte le predette amministrazioni, nominato, anche preventivamente per determinate materie o determinati periodi di tempo, dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, ove si tratti soltanto di amministrazioni periferiche, dal Prefetto". Per un commento G. VESPERINI, *Superare la frammentazione: la conferenza simultanea e il ruolo del rappresentante unico*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, a cura di S. Battini, cit., 43.

⁵⁴ All'art. 14-ter, comma 6, legge n. 241/1990, versione vigente.

⁵⁵ Come previsto all'art. 2 legge n. 124/2015.

delegato specifica le modalità attraverso cui individuare tale rappresentante⁵⁶.

Dal punto di vista procedurale è plausibile che la nuova figura del rappresentante unico imporrà il ricorso a tecniche di raccordo stabili tra le varie amministrazioni statali, che verosimilmente saranno diverse a livello centrale e a quello periferico⁵⁷.

Ai fini della legittimazione al ricorso sorge, però, la questione del rapporto tra il rappresentante unico e le diverse amministrazioni rappresentate, che pure, come previsto dalla norma, possono intervenire “*in funzione di supporto*”.

In particolare, si è precisato che, anche alla luce delle considerazioni del Consiglio di Stato⁵⁸, sia preferibile qualificare il rappresentante unico non alla stregua di mero *nuncius* vincolato alle determinazioni espresse dalla maggioranza delle amministrazioni rappresentate, ma quale soggetto dotato di autonomia decisionale rispetto a quanto indicato dalle amministrazioni rappresentate⁵⁹.

Il tentativo è quello di assorbire in ambito organizzativo gli eventuali dissensi a livello di amministrazione centrale, così che lo Stato partecipi alla conferenza con un'unica voce. In questo senso, la scelta di introdurre il rappresentante unico modifica profondamente la fisionomia dell'istituto che era nato proprio come momento di dialogo contestuale tra le amministrazioni coinvolte. Si tenta, invece, di anticipare l'opera di composizione degli interessi: il rappresentante unico può essere chiamato a mediare e trovare un punto di equilibrio tra le diverse amministrazioni, nonché a comprendere i margini entro cui le diverse amministrazioni rappresentate sono disposte a modificare la propria posizione per giungere a una conclusione positiva della conferenza e tentare di costruire una posizione comune e condivisa. È chiaro che al fine di rendere davvero utile la figura il rappresentante deve godere anche di una propria autonomia rispetto alle amministrazioni rappresentate in modo da adattare la posizione concordata a quanto di nuovo emerga durante la conferenza.

Nella nuova disciplina la regola della rappresentanza unitaria, nei contesti multilivello, è portata all'esterno e opera per una pluralità di amministrazioni, quindi per soggettività distinte, unificate non dalla materia (es. urbanistica, ambiente, attività produttive), ma dall'afferenza ad un medesimo livello territoriale:

⁵⁶ In proposito si è sottolineato che debba essere assicurata una partecipazione in proprio alla conferenza alle amministrazioni cui l'ordinamento riconosca una peculiare posizione di autonomia, come le amministrazioni indipendenti, le università o le scuole. Cfr. G. VESPERINI, *op. ult. cit.*, 49.

⁵⁷ Sul rapporto tra politica amministrazione nell'ambito della conferenza di servizi, cfr. F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, cit., 55; R. BIN, *Dissensi in conferenza di servizi e incauto deferimento della decisione alle “Conferenze” intergovernative: le incongruenze della legge 15/2005*, in www.forumcostituzionale.it; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto*, cit., p. 24 e p. 4 e 5.

⁵⁸ Cons. Stato, comm. speciale, 7 aprile 2016, n. 890/2016, par. 9.5.

⁵⁹ In tal senso L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto*, cit.

Stato, regioni, enti locali. Potrebbe, però, non sempre essere ragionevole ridurre ad unità posizioni e interessi distinti, e a volte del tutto eterogenei, addirittura sul piano soggettivo⁶⁰: il conflitto ancora una volta finirebbe per sfociare di fronte al giudice, su ricorso delle amministrazioni.

Certo si tratta di comprendere come in concreto la disposizione sarà in grado di operare, al fine di valutarne i riflessi in tema di legittimazione processuale.

In proposito diversi sono gli interrogativi cui occorre rispondere, ovvero comprendere se il rappresentante unico debba appartenere sempre all'amministrazione procedente, se debba qualificarsi come delegato all'esercizio del potere, che la legge riconosce in capo alle amministrazioni rappresentate, e se l'atto di nomina sia impugnabile e se, in quanto atto di alta amministrazione, limitati siano i vizi deducibili⁶¹.

Quanto al primo profilo, in realtà la legge n. 241 si limita ad indicare il soggetto competente alla nomina del rappresentante, senza affatto specificare i criteri ai quali ancorare la scelta. Non è chiaro, né scontato se il rappresentante debba necessariamente appartenere all'amministrazione procedente o al contrario sia preferibile la scelta di un'amministrazione diversa, in grado anche di meglio gestire la composizione nel caso la conferenza semplificata si chiuda con dissensi⁶². In relazione alla nomina, la legge precisa che la stessa sia di competenza rispettivamente del Presidente del Consiglio o del Prefetto e che possa anche essere preventiva per determinate materie o per determinati periodi. Quest'ultima indicazione sembra implicare che il rappresentante unico senz'altro possa collocarsi in un'amministrazione diversa da quella procedente, posto che se l'unico indice è quello della durata temporale, esso prescinde dal tipo e dal contenuto dei provvedimenti che si devono adottare.

Quanto al secondo profilo, è chiaro che, se si sposa la tesi che il rappresentante unico goda sempre di autonomia decisionale, resta da comprendere se le amministrazioni rappresentate siano comunque sempre legittimate a impugnare il provvedimento adottato a seguito della conferenza o se il rappresentante diventi l'unico soggetto in grado di valutare il miglior assetto di tutti gli interessi in gioco nel livello di amministrazione cui appartiene.

In proposito, il testo normativo offre alcune precisazioni quanto alle amministrazioni portatrici di interessi sensibili, ma anche tali precisazioni appaiono potenzialmente in grado di far sorgere nuovo contenzioso nel caso della soluzione positiva della conferenza in mancanza di espresso dissenso.

Si noti, infatti, che il meccanismo del rappresentante unico si applica a tutte le amministrazioni, ancorché portatrici di interessi sensibili o qualificati, ovvero

⁶⁰ Così testualmente E. SCOTTI, *op. ult. cit.*, 18.

⁶¹ In generale, sul rapporto tra atto di nomina (in generale) e funzione di direzione politica dell'amministrazione V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss., spec. 112 s.

⁶² Come suggerisce G. VESPERINI, *op. ult. cit.*, 48.

di interessi che come noto riguardano la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o la tutela della salute e della pubblica incolumità. Queste ultime amministrazioni, tuttavia, restano titolari di un trattamento differenziato del dissenso, a cui il legislatore riconosce da sempre un valore maggiore proprio in virtù della cura degli interessi cui sono preposte. I Comuni, in linea di massima, non figurano tra tali amministrazioni, come di recente ha avuto modo di chiarire il Consiglio di Stato⁶³, posto che non si tratta di enti “*specificamente ed ordinariamente*” deputati alla cura di determinati interessi sensibili.

Il dissenso delle amministrazioni portatrici di interessi sensibili non comporta l'esito negativo della conferenza, ma obbliga alla sospensione per dieci giorni, entro i quali è possibile proporre opposizione al presidente del consiglio dei ministri a condizione che le amministrazioni abbiano espresso il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Ciò, se, da un lato, com'è stato detto, indica un netto *favor* nei confronti della conclusione positiva della conferenza, dall'altro, pone dubbi in merito all'effettivo ruolo del rappresentante unico. Infatti, pare evidente che tutte le amministrazioni preposte alla cura di interessi sensibili, di fronte ad un rappresentante unico che gode di piena autonomia decisionale, non possano che partecipare pur “*in funzione di supporto*” alla conferenza, posto che ove non manifestino già in tale sede il loro motivato dissenso, sarà poi loro precluso opporsi alla soluzione individuata e, quindi, impugnare il provvedimento finale in cui la stessa sia riversata.

La legge richiede, inoltre, che i dissensi siano espressi da qualsiasi amministrazione entro il termine dei lavori della conferenza e che i dissensi siano riferiti a questioni oggetto della conferenza e motivati, anche indicando le modifiche progettuali eventualmente necessarie ai fini dell'assenso⁶⁴.

Le perplessità in ordine alla prevalenza assicurata alla conclusione del procedimento rispetto ad altri interessi, pur costituzionalmente rilevanti⁶⁵, hanno portato a ritenere che il silenzio in sede di conferenza non valga assenso quanto alla coerenza della soluzione raggiunta rispetto agli interessi sensibili curati dall'amministrazione inerte, ma piuttosto produca l'effetto di non ostacolare la deter-

⁶³ Il chiarimento è contenuto nel parere del Cons. Stato, sez. I, 25 settembre 2019, n. 2534, in cui il giudice, pur non escludendo a priori con assoluta certezza che possano residuare attribuzioni o deleghe di funzioni, indica appunto che in via generale il Comune non sia titolare di interessi sensibili e, dunque, debba in generale escludersi la sua competenza alla proposizione dell'opposizione ai sensi dell'art. 14-*quinquies* della legge n. 241/1990.

⁶⁴ Quanto all'obbligo di motivare i dissensi con l'indicazione delle variazioni suggerite si rinvia ad A. SIMI, *La conferenza di servizi senza riunione: semplificare la semplificazione*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, a cura di S. Battini, cit., 27 qui 40. Ciò si ricava dal combinato disposto dei commi 3 e 7 dell'art. 14-*ter* e il comma 1 dell'art. 14-*quinquies*.

⁶⁵ In merito G. MARI, “*Primarietà*” degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP. AA. e nella conferenza di servizi, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 305, che ricorda anche alcune pronunce con cui la Corte ha messo in risalto il rilievo ed il rango di tali interessi.

minazione conclusiva dell'amministrazione precedente, la quale dovrebbe comunque valutare l'interesse sensibile rimasto senza voce e motivare in merito⁶⁶.

In assenza di un chiaro dato normativo, la giurisprudenza in passato ammetteva che il dissenso fosse espresso anche attraverso note scritte riversate in atti, al fine della massima tutela dell'interesse sensibile, che in qualche modo si riteneva prevalente alle esigenze di semplificazione⁶⁷.

La nuova previsione sembrerebbe al contrario valorizzare l'esigenza di semplificazione a tal punto che il silenzio possa comportare anche l'assenza del bilanciamento dell'interesse sensibile da parte dell'amministrazione precedente.

Il c.d. dissenso imperfetto, ovvero il dissenso non motivato o non costruttivo nella conferenza asincrona, non motivato o non pertinente in quella simultanea, in base alle norme, finisce per assumere il valore del silenzio, nonostante si tratti di manifestazione chiara della volontà contraria dell'Amministrazione.

Si tratta di disposizioni che daranno certamente adito ad altro contenzioso e occorrerà verificare in proposito se il giudice rispetterà quanto sancito nel dato normativo o, invocando principi costituzionali come in passato, farà salvo il dissenso non manifestato secondo le previsioni di legge.

Evidenti allora le conseguenze anche in tema di legittimazione processuale dell'amministrazione: l'interpretazione rigorosa del dato normativo dovrebbe comportare l'impossibilità di ricostruire una situazione giuridicamente rilevante, in quanto appunto astrattamente riconosciuta nelle disposizioni di legge, in capo all'ente che non si sia attivato per esprimere il proprio motivato dissenso entro il termine della conferenza.

Si osservi, inoltre, che, in caso di motivato dissenso, l'opposizione, che tenta la composizione extragiudiziale del conflitto, per le amministrazioni statali dissenzienti è proposta dal Ministro competente: il che ha indotto a ritenere⁶⁸ che il vaglio non debba intendersi quale mero riesame del diniego con esclusivo riferimento all'interesse curato dal proprio Ministero, ma la disciplina abbia valore di filtro politico, manifestando valutazioni politico amministrative in merito alla incompatibilità dell'opera, dell'impianto o dell'attività con l'interesse sensibile tutelato.

Ciò potrebbe comportare un acuirsi della contrapposizione tra amministrazioni dello stesso livello.

Tale circostanza solleva, inoltre, il delicato problema dei rapporti tra la sfera politica e quella amministrativa in questa fase della procedura. Infatti, in questo caso la posizione del Ministro si sovrappone direttamente a un atto di amministrazione attiva, in genere di carattere puntuale (es. localizzazione di un proget-

⁶⁶In tal senso G. SCIULLO, *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, in www.giustamm.it.

⁶⁷Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2015, n. 5748 e sez. IV, 21 agosto 2015, n. 3971.

⁶⁸G. MARI, *op. ult. cit.*, 328.

to), peraltro caratterizzato da elevata valenza tecnica (es. compatibilità con la conformazione idrogeologica del territorio). Questa attività ministeriale fuoriesce dalle funzioni amministrative attribuite generalmente agli organi di governo, che, come noto, sono oggi tipizzate (specie per quanto riguarda le determinazioni a carattere puntuale), per assicurare il rispetto e il bilanciamento degli artt. 95 e 97 Cost.⁶⁹.

Si configura così un possibile tentativo di emarginare le amministrazioni tecniche, rendendole incapaci di influenzare il potere decisionale, affidato al ruolo di mediazione politica tra i Ministeri.

Ci si domanda allora se l'atto, successivo all'intervento del Ministero che dovrebbe mediare i dissensi, resti impugnabile da eventuali amministrazioni dissenzienti che non siano portatrici di interessi sensibili eppure non condividano la soluzione di compromesso infine adottata.

Ragionando secondo la previgente disciplina il giudice riteneva senz'altro legittimate le amministrazioni interessate e tuttavia la connotazione fortemente politica della soluzione depone nel senso della qualificazione dell'atto alla stregua di atto di alta amministrazione, così limitando sensibilmente gli eventuali vizi rinvenibili e riconoscendo la più lata discrezionalità al Ministro⁷⁰.

In favore della legittimazione del Comune si è di recente espresso anche il Consiglio di Stato, che, in sede consultiva⁷¹, ha precisato che il Comune, in forza della sua ampia legittimazione ad agire⁷², può senz'altro impugnare di fronte al T.A.R. il provvedimento adottato ad esito della conclusione della conferenza di servizi favorevole sulla base di un parere, che il Comune, invece, ritenga affetto da illegittimità per eccesso di potere nell'uso della discrezionalità tecnica.

Il profilo statico del provvedimento come unica sorgente degli effetti giuridici torna, dunque, a prendere il sopravvento sul profilo dinamico della collaborazione plurisoggettiva alla produzione di risultati giuridicamente rilevanti⁷³. Il quadro che ne emerge è quindi ancora quello di una amministrazione ambigua e imprevedibile che, in una cornice formale di partecipazione, trasparenza e cortesia, ripropone in modo più raffinato gli *arcana imperii* di una volta⁷⁴ e che, anche in virtù del contenzioso tra amministrazioni partecipanti, si dimostra troppo

⁶⁹ Come attentamente fatto notare da L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nello schema di decreto*, cit., 6.

⁷⁰ Sui limiti al sindacato cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 469.

⁷¹ Si tratta del già ricordato parere del Cons. Stato, sez. I, 25 settembre 2019, n. 2534.

⁷² Tema cui ora si accenna soltanto, ma su cui si tornerà meglio a ragionare nel paragrafo successivo.

⁷³ Come precisa G. COMPORTE, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, cit., qui 41.

⁷⁴ Così si esprime F. SALVIA, *Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (Psicanalisi degli "uomini del fare" e rivisitazione della "donna è mobile")*, in *Dir. dell'econ.*, 2018, 10.

spesso incapace di offrire una soluzione condivisa e stabile.

La necessità di insistere su modelli di acquisizione degli interessi e composizione nel procedimento, cui si crede risponde il tentativo di sistemazione dell'istituto ad opera del legislatore è, pur con le criticità che ancora emergono, degna di un plauso, perché si fonda, in via sistematica, sulla convinzione che l'amministrazione serva a costruire interessi, mentre la giurisdizione assolva il diverso ruolo di risolvere i conflitti.

La difficoltà è disciplinare il procedimento in modo da far comprendere alle amministrazioni coinvolte che la soluzione finale, magari anche impopolare per l'elettorato, sia davvero la migliore per i cittadini dal punto di vista degli interessi coinvolti così da evitare il ricorso giurisdizionale, che finisce, in questi casi, per investire il giudice non della soluzione di conflitti tra posizioni giuridiche, ma della soluzione di conflitti tra interessi rilevanti a livello sociale.

La collaborazione tra enti è caratterizzata da "lealtà" solo quando gli enti che si confrontano non si avvalgono delle rispettive prerogative allo scopo di difendere gelosamente il proprio spazio di competenza, anche danneggiando il proprio interlocutore, ma fanno di tutto per cercare un equilibrio condiviso, nell'interesse superiore di un ordinamento che resta unitario, sebbene autonomista⁷⁵.

Recentissima, in questo senso, una sentenza con cui il Consiglio di Stato⁷⁶ nel decidere il ricorso intentato da un Comune contro la Provincia per annullamento del provvedimento di VIA per l'ampliamento di una discarica, ha ritenuto sussistere la legittimazione ad agire dell'ente locale che si afferma portatore di un interesse rilevante e differenziato, estendendosi il suo territorio su di un'area vicina a quella della discarica e condividendone la falda freatica, nonostante il precedente coinvolgimento dello stesso Comune ricorrente nella conferenza e il dissenso già ivi manifestato all'amministrazione precedente.

La pronuncia indica nuovi orizzonti verso cui dirigere lo studio e ci introduce alle riflessioni nei paragrafi successivi, che si concentrano sulla legittimazione dei soggetti associativi, enti pubblici portatori di interessi collettivi, come gli ordini professionali, e del ragionamento con cui il giudice tenda ad estendere tale legittimazione – impropriamente, si conceda di anticipare – agli enti pubblici territoriali.

3. La legittimazione dell'ente pubblico associativo: dall'ordine professionale agli enti territoriali

Sempre più frequenti sono divenute le controversie in cui l'amministrazione ricorrente è un ordine professionale, ente pubblico ad appartenenza necessa-

⁷⁵ Come ha efficacemente precisato M. LUCIANI, *Il "principio di sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 2010, 575, qui 579.

⁷⁶ Cons. Stato, 13 maggio 2019, n. 574.

ria⁷⁷, che, almeno nell'auspicio del legislatore⁷⁸, non rappresenta una mera associazione di categoria, ma il luogo in cui gli interessi professionali vengono trasformati in interessi pubblici⁷⁹. Dalla configurazione pubblicistica dell'ente deriva una posizione di monopolio professionale, che esclude dall'esercizio di quell'attività i non iscritti e assicura agli iscritti una collocazione privilegiata nel mercato, ma, soprattutto, garantisce gli utenti di quella determinata prestazione professionale circa la capacità, la competenza e la preparazione del prestatore⁸⁰. Gli ordini sono qualificati come enti pubblici associativi⁸¹, che non sono meramente rappresentativi o esponenziali di interessi, ma si caratterizzano per una partecipazione degli iscritti alle decisioni fondamentali per l'ente. Essi, inoltre, pur sottoposti alla vigilanza dello Stato, sono dotati di autonomia di governo e amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa valorizzando il rilievo anche costituzionale del momento associativo ha riconosciuto in capo a questi soggetti la titolarità dell'interesse di categoria e la capacità di farlo valere come un proprio interesse legittimo. Come noto, giurisprudenza e dottrina⁸² definiscono oggi gli interessi collettivi come gli interessi tipici dei soggetti appartenenti ad una categoria. Nei confronti degli atti che riguardano la categoria, in capo ad ogni appartenente può configurarsi un interesse qualificato e, contemporaneamente, l'ordine professionale può esercitare le azioni dei singoli iscritti. Il carattere formalmente

⁷⁷ Sul tema si ricordino i contributi di B. CAVALLO, *Lo status professionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 70; F.A. ROVERSI MONACO, *Aspetti pubblicistici dell'organizzazione delle libere professioni*, in F. CARINCI, L. PERSICO, *La disciplina delle forme associative tra liberi professionisti nell'ordinamento italiano*, Bologna, 1977, 139; G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, 1139; A. FANTIN, *La giuridificazione degli ordini professionali*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa d'Italia. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, *La giuridificazione*, vol. III, a cura di B. Marchetti M. Renna, Firenze University Press, Firenze, 2016; N. POSTERARO, *La rappresentanza degli ordini professionali*, in *La rappresentanza degli enti organizzati. L'Italia corporative oggi*, a cura di A. Averardi, Editoriale Scientifica, Napoli, 51.

⁷⁸ Nel senso di un necessario ripensamento delle regole di funzionamento degli Ordini al fine di raggiungere il fine costituzionale e sociale cui sono preposti M. RENNA, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in *Jus*, 2012, 171.

⁷⁹ L. GOLINO, *Gli ordini e i collegi professionali nel mercato. Riflessioni sul modello dell'ente pubblico professionale*, Cedam, Padova, 2011.

⁸⁰ Sempre alla tutela della collettività possono riferirsi i particolari poteri di tenuta dell'albo e disciplinari attribuiti all'Ordine. In proposito il recente studio di S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Franco Angeli, Milano, 2018.

⁸¹ Su cui non si può che rinviare a G. ROSSI, *Gli enti pubblici associativi*, Jovene, Napoli, 1979.

⁸² Per una ricostruzione si rinvia a G. MANFREDI, voce *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, Giuffrè, Milano, 2014, 513 e C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit.

pubblico dell'ente può collegarsi alla qualificazione specifica e alla differenziazione degli interessi fatti valere⁸³. È vero anche, però, che, accanto agli ordini, ad altri organismi privati, come le associazioni, anche non riconosciuti, come i sindacati, si riconosce uguale legittimazione a far valere gli interessi comuni del gruppo.

L'ordine, dunque, non si sostituisce ai suoi iscritti, ma semmai ne doppia la legittimazione.

Tuttavia, ancora residuano contrasti nella delimitazione precisa dei limiti dell'accesso al giudice da parte dell'ordine professionale.

Alcune decisioni affermano che l'ordine è legittimato ad agire in giudizio a tutela degli interessi dell'intera categoria professionale rappresentata, e non anche quando vi sia un potenziale conflitto di interesse tra i professionisti rappresentati, in quanto occorre la necessaria omogeneità della rappresentanza di interessi di cui l'associazione è ente esponenziale⁸⁴. Se, ad esempio, il bando ammette la partecipazione dei soli geometri che siano iscritti all'albo da almeno dieci anni, i singoli geometri con meno di dieci anni di esperienza potrebbero impugnarlo, ma non l'ordine che cura gli interessi della categoria nel suo complesso. Solo nel caso in cui il bando escluda la partecipazione dei geometri, allora l'ordine sarebbe legittimato.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la legittimazione dell'ordine professionale vada riconosciuta anche nell'ipotesi in cui possa configurarsi un conflitto di interessi tra ordine professionale e singoli professionisti in qualche modo beneficiari dell'atto impugnato, che l'ordine assuma invece essere lesivo dell'interesse istituzionalizzato della categoria⁸⁵.

È in questa prospettiva in particolare che è stata riconosciuta la legittimazione degli ordini ad agire contro procedure di evidenza pubblica, se l'interesse fatto valere è quello all'osservanza di prescrizioni a garanzia della *par condicio* dei partecipanti, nonostante che in fatto dalla procedura selettiva sia stato avvantaggiato un singolo professionista⁸⁶.

L'Adunanza Plenaria⁸⁷, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha indicato la necessità di riferirsi agli interessi "istituzionalizzati" che l'ordine persegue. Senz'al-

⁸³ In tal senso A. CERRI, *Diritto di agire alla difesa di interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, 43, qui 47.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 1° aprile 2011, n. 2033; sez. V, ord. 19 ottobre 2009, n. 5171; sez. IV, 23 marzo 2009, n. 1473; sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2178; sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1940; sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7792; sez. V, 17 luglio 2004, n. 5138; sez. VI, 21 aprile 2004, n. 2281; sez. V, 30 gennaio 2002, n. 505; sez. V, 15 settembre 2001, n. 4919; sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339; sez. VI, 9 ottobre 2000, n. 5388; sez. VI, 3 giugno 1996, n. 624.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 710; Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339 e 3 giugno 1996, n. 624.

⁸⁶ Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 391; Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339.

⁸⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10.

tro fra gli interessi istituzionali dell'ordine vi sarebbe anche quello di assicurare il pieno rispetto della *par condicio* nell'esercizio dell'attività professionale. Nel caso di specie, dunque, si è riconosciuta la legittimazione dell'ordine a far valere in giudizio tale interesse anche nei confronti di iscritti che, rivestendo ruoli particolari (pubblici dipendenti o – come nel caso – docenti), potessero operare professionalmente in dispregio di tale principio di parità.

La legittimazione ad agire in giudizio delle associazioni professionali è riconoscibile allorché esse facciano valere un interesse proprio della categoria considerata in modo complessivo e unitario, e non specifiche lesioni riguardanti la sfera giuridica di uno o più associati⁸⁸.

La difesa del singolo associato non abilita di per sé l'ente di categoria all'impugnazione principale in difetto di espresse norme di legge attributive, ponendosi in violazione del generale principio scolpito dall'art. 81 c.p.c., bensì al solo intervento *ad adiuvandum* previsto proprio per garantire appoggio al ricorrente⁸⁹.

Il riconoscimento della legittimazione a tutela degli interessi collettivi è il frutto di un'apertura dell'ordinamento di circa mezzo secolo fa e del ragionamento e del dibattito da essa alimentato.

Sino agli anni '70 del secolo scorso assai spesso si contestava la proponibilità di ricorsi amministrativi da parte di speciali enti pubblici, già allora dotati senza dubbio di personalità giuridica. In discussione non era la loro capacità di essere parti in giudizio, ma l'inidoneità, per difetto di appropriazione, ad assumere in giudizio la tutela di un determinato interesse⁹⁰. Così si escludeva che la tutela degli interessi commerciali del proprio distretto potesse assumersi dalla Camera di Commercio e appunto che la tutela degli interessi collettivi di determinate classi o professioni potesse assumersi dai rispettivi consigli professionali.

La nota vicenda di Italia nostra⁹¹ e il successivo intervento dell'Adunanza Plenaria⁹² approdano al riconoscimento dell'interesse delle collettività che risiedono in un luogo, considerandolo interesse qualificato e differenziato. I membri delle collettività possono agire come singoli o possono unirsi in associazioni e comitati, al fine appunto di agire collettivamente. L'entità collettiva esprimerebbe, dunque, un insieme di legittimazioni preesistenti in capo ad un solo soggetto. In questo quadro, la successiva introduzione della previsione di una genera-

⁸⁸ T.A.R. Latina, Lazio, 3 febbraio 2003, n. 149.

⁸⁹ T.A.R. Bari, Puglia, sez. II, 16 aprile 2004, n. 1850.

⁹⁰ In questo senso F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 111.

⁹¹ Si rinvia alla ricostruzione in M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione dello standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 734.

⁹² Cons. Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1979, n. 24.

lizzata partecipazione al procedimento di cui alla legge n. 241 ha, certamente, influenzato le considerazioni e l'evoluzione della giurisprudenza in tema di legittimazione processuale.

In particolare, si è posta la questione, su cui si tornerà anche a ragionare più avanti in questo capitolo, della capacità del procedimento, quale sede naturale di coagulazione degli interessi diffusi, di divenire luogo di acquisto, da parte degli stessi interessi, della legittimazione processuale⁹³.

Come già con maggior accuratezza e argomentazione critica si è precisato⁹⁴, chi interviene nel procedimento senza essere titolare di relazioni giuridiche protette, dalla partecipazione non vede mutata la sua relazione giuridica con il bene, né può ricavare la legittimazione processuale per la contestazione delle scelte della pubblica amministrazione in ordine alla disciplina finale del bene stesso. Considerando la partecipazione come equivalente della legittimazione⁹⁵, erroneamente si confondono due entità diverse: l'interesse del gruppo al perseguimento dello scopo sociale, che è una situazione giuridica protetta, e l'interesse della collettività al godimento di un bene, pur esso garantito, ma direttamente dalla legge⁹⁶. La legittimazione ad agire per la tutela del fine sociale non può essere confusa con la legittimazione ad agire per la tutela dell'interesse della collettività.

In questa cornice occorre verificare e tracciare i limiti della legittimazione dell'ordine oggetto del dibattito giurisprudenziale poco fa ricordato.

La soluzione di considerare sussistente la legittimazione in capo all'Ordine a impugnare il provvedimento di altra amministrazione lesivo del proprio interesse "istituzionalizzato", come da ultimo precisato dall'Adunanza Plenaria⁹⁷, si basa sull'esistenza di una posizione giuridica dell'ordine in relazione all'esercizio della professione in generale, che non è assimilabile alla mera sommatoria delle distinte posizioni individuali dei singoli iscritti, ma si ricava dallo scopo associativo.

Il limite si configura, invece, nel divieto di occuparsi di questioni relative ad attività non soggette alla disciplina o alla potestà degli ordini medesimi, ovvero

⁹³ R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171, qui 177.

⁹⁴ Sempre R. VILLATA, *op. ult. cit.*, 186-187.

⁹⁵ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252.

⁹⁶ R. VILLATA, *op. ult. cit.*, 187 e 193.

⁹⁷ Più di recente richiamata da Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1193; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 883 afferma che sussiste, in particolare, per l'ordine professionale di appartenenza l'interesse all'impugnazione del diniego di rilascio di un permesso di costruire, motivato in base alla presunta incompetenza del progettista, dal momento che è apprezzabile la perdurante lesività dell'atto stesso per il credito, il prestigio e l'estimazione sociale della parte ricorrente. Nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4854.

in cui non si tratti di una lesione dell'interesse alla professione in generale, ma della lesione di singoli iscritti, anche quando gli stessi rappresentino nel loro insieme un numero significativo.

Certo all'ordine o all'associazione può anche essere riconosciuta una specifica legittimazione di mera azione che prescinde dalla titolarità di una situazione giuridicamente rilevante, ma si tratterebbe di ipotesi del tutto diversa, che, anche anticipando quanto meglio si dirà nel prossimo capitolo⁹⁸ richiede una specifica previsione del legislatore.

La qualifica di ente esponenziale della collettività, rispetto al tema dell'amministrazione ricorrente, diviene ancor più centrale, poiché in virtù di un accostamento quanto meno discutibile, è richiamata dal giudice anche con riferimento agli enti pubblici territoriali e tra di essi, soprattutto, al Comune.

Così, ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile il ricorso con cui un Comune impugnava l'atto del Presidente della Provincia per la determinazione del costo e della tariffa per la gestione dei rifiuti indifferenziati⁹⁹; si è riconosciuta la legittimazione del Comune ad impugnare i provvedimenti con cui i Direttori delle Filiali di Poste Italiane hanno dimezzato i giorni di apertura degli uffici¹⁰⁰, o, in altra occasione, si è ugualmente accordata la legittimazione al Comune per promuovere azioni di annullamento di provvedimenti di riorganizzazione o riordino di strutture ospedaliere nell'ambito dell'offerta di attività sanitarie¹⁰¹ sempre in quanto il Comune agisce in rappresentanza dei suoi cittadini, quale ente associativo cui sarebbe affidata la cura, anche dunque con lo strumento del ricorso giurisdizionale, degli interessi degli abitanti nel suo perimetro territoriale.

Si tratta di un contenzioso diverso da quelli analizzati nei paragrafi precedenti, che rispettivamente hanno comunque ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti produttivi di effetti nella sfera giuridica del soggetto di pubblica amministrazione. In questi casi, invece, probabilmente anche a seguito delle aperture del giudizio agli organismi collettivi, tra cui anche gli ordini professionali, la legittimazione del Comune, o più in generale dell'ente territoriale, è riconosciuta non in funzione della tutela della propria sfera giuridica, ma in funzione della tutela degli interessi dei cittadini residenti nel Comune o appartenenti al diverso ente di riferimento.

⁹⁸ In particolare al paragrafo 1.

⁹⁹ T.A.R. Napoli, Campania, sez. I, 26 settembre 2011, n. 4489.

¹⁰⁰ Tra le molte T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 novembre 2013, n. 733 con nota di G. AVANZINI, *La sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indisponibili degli utenti*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, fasc. 1. Per osservazioni sul tema si rinvia anche a V. PAMPANIN, *Il postino non suona sempre due volte o non suona affatto: sul mutamento del modello normativo del servizio postale universale*, in *Dir. dell'eco.*, 2018, 89.

¹⁰¹ T.A.R. Abruzzo, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 7.

Si afferma in giurisprudenza che il Comune, “*quale ente esponenziale degli interessi riferibili alla collettività dei residenti nel suo territorio, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del D.lgs. 267/2000*”, avrebbe interesse a impugnare tutti i provvedimenti amministrativi in grado di produrre effetti pregiudizievoli per l'intera comunità. Precisa il giudice che “*non può, dunque, dubitarsi che (n.d.r. il Comune) sia titolare di legittimazione attiva, in quanto soggetto preposto alla tutela degli interessi della comunità e, nello specifico, alla salvaguardia del territorio*”¹⁰².

È senz'altro da condividere l'affermazione che la nozione di bene della vita non possa essere estesa fino a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidata alla cura di un'autorità amministrativa. Se così fosse tutti gli apparati amministrativi finirebbero per essere portatori di una situazione giuridica costituita dall'interesse pubblico per il perseguimento del quale sono stati istituiti¹⁰³.

La funzionalizzazione del potere attribuito dal legislatore alla cura di determinati interessi non può certo equivalere al riconoscimento della titolarità di quegli interessi. Anzi semmai si è a lungo discusso se il potere, e non certo l'interesse pubblico cui è funzionalizzato, fosse una situazione soggettiva¹⁰⁴. L'equivoco in cui incorre la giurisprudenza finisce per considerare lo strumento giurisdizionale come una modalità dell'azione amministrativa: in altre parole, la cura dell'interesse pubblico può realizzarsi attraverso il ricorso al giudice.

Il grave fraintendimento appare quanto meno stonato rispetto al dettato costituzionale: 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 (e su ciò si avrà modo di riflettere nel capitolo successivo), 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. Anche perché la parvenza di un ordinamento migliore, in quanto in grado di aprire l'accesso alla giustizia a nuovi soggetti legittimati, può invece rivelare una situazione di minori garanzie e di incertezza per il cittadino e più in generale per l'intero sistema, come si tenterà di dimostrare nelle conclusioni di questo lavoro.

Nemmeno persuasivo è il parallelo che la giurisprudenza compie nell'equiparare il Comune all'ente associativo, anche limitandosi a considerare quanto si è osservato in merito agli ordini professionali.

Anzitutto, come ricordato, gli ordini sono enti ad appartenenza necessaria, mentre il Comune ha competenze sul territorio che si riflettono anche su coloro che semplicemente vi soggiornano stabilmente, pur non essendo elettori o citta-

¹⁰² T.A.R. Lazio, sez. III, 25 marzo 2019, n. 3966.

¹⁰³ In tal senso M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della L.287/1990*, in *Conc. Mercato*, 2013, 867.

¹⁰⁴ Si rinvia in merito alla ricostruzione in M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, in particolare cap. I.

dini di quel municipio: non è, infatti, ente associativo, ma ente territoriale.

In aggiunta, come si è ricordato, la giurisprudenza riferisce la legittimazione dell'ordine agli interessi istituzionalizzati, ovvero agli interessi in cui si esprime lo scopo associativo, che sono senz'altro diversi dall'interesse pubblico cui è funzionalizzata l'attività dell'ordine. Si diceva, infatti, che la natura di ente pubblico è attribuita all'ordine in funzione della tutela dei destinatari delle prestazioni dei professionisti, con l'intento di assicurare che il prestatore sia persona valida e capace, non in funzione degli interessi dei professionisti medesimi, che risultano solo indirettamente tutelati in modo tale da garantire la rispettabilità e la onorabilità della categoria. Risulta, dunque, quanto meno criticabile l'analogia tra ente associativo e Comune, a cui, come ricordato, fa ricorso il giudice amministrativo. La tutela degli interessi dei cittadini è l'interesse pubblico a cui è funzionalizzata l'intera attività amministrativa del Comune, interesse pubblico, che, come si è detto, non è certo una situazione giuridicamente rilevante secondo le categorie proprie del diritto, né certo figura all'art. 24 Cost., che riferisce l'accesso alla giustizia ai diritti e interessi legittimi.

4. La legittimazione dell'amministrazione fondata sulla tutela dell'ambiente o sul criterio della *vicinitas*

Accanto alla legittimazione fondata sulla natura associativa dell'ente territoriale, in quanto ente esponenziale degli interessi riferibili alla collettività dei residenti, che si è criticata nel precedente paragrafo, è ugualmente pacifica in giurisprudenza la legittimazione degli enti territoriali a ricorrere per la difesa degli interessi diffusi collocati sul territorio in cui insistono¹⁰⁵, come a dire che l'interesse a vivere in un ambiente non compromesso sarebbe interesse, situazione giuridica differenziata, dell'ente pubblico.

Tale legittimazione processuale è ricostruita anche sulla base delle disposizioni in tema di partecipazione al procedimento, cui si è fatto riferimento in precedenza e che nella materia della tutela dell'ambiente si connotano per una peculiare ampiezza della platea degli interessati¹⁰⁶.

Ancora, altra via per riconoscere al Comune la legittimazione a ricorrere è l'applicazione del noto criterio della *vicinitas*¹⁰⁷.

Esso è stato introdotto dal giudice amministrativo per interpretare la c.d. legge ponte e, in particolare, l'art. 31, comma 9, legge n. 1150/1942, come no-

¹⁰⁵ A riguardo le decisioni Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3921; T.A.R. Puglia, sez. I, 6 maggio 2009, n. 1040 e T.A.R. Liguria, sez. I, 11 maggio 2004, n. 745.

¹⁰⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2403.

¹⁰⁷ In merito si rinvia senz'altro allo scritto di F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 771.

vellato dall'art. 10, legge n. 765/1967. Quest'ultima disposizione, indicando la legittimazione in capo a "chiunque", era potenzialmente in grado di superare il tradizionale limite negativo della legittimazione, ovvero il generale divieto di azione popolare a garanzia del corretto esercizio del potere amministrativo, slegata dalla tutela di una situazione giuridica differenziata, canone generale indicato nella Costituzione.

La giurisprudenza amministrativa, nel preciso tentativo di individuare e ridurre la platea dei legittimati, introduceva (come si legge chiaramente in una nota pronuncia del Consiglio di Stato del 2010¹⁰⁸) la riserva di impugnativa solo a chi si trovasse in una situazione di stabile collegamento con la zona interessata dall'intervento edilizio, posto che, implicitamente, l'interesse a ricorrere sarebbe sussistito solo ove vi fosse una posizione differenziata, consistente nel vantaggio sperato dall'accoglimento del ricorso.

Tale criterio che finisce per confondere legittimazione e interesse a ricorrere, identificando entrambi con il dato fattuale dello stabile collegamento con il territorio, continua a trovare applicazione nella giurisprudenza del giudice amministrativo.

Tuttavia, permettendosi di rinviare a quanto già è stato osservato¹⁰⁹, dall'esame della sola giurisprudenza più recente traspare come il criterio non trovi uniforme applicazione e ciò sia causa di esiti imprevedibili, e perciò senz'altro criticabili, rispetto all'accesso alla tutela giurisdizionale.

Ciò nonostante la giurisprudenza ne propone un'applicazione allargata, estesa anche agli enti territoriali.

Così il Consiglio di Stato¹¹⁰ ritiene sussistente la legittimazione di un Comune ad impugnare la delibera di un'Azienda Asl di chiusura di un presidio ospedaliero, affermando che "I rilievi della vicinitas e della potenziale contribuzione alla spesa sanitaria ... esprimono correttamente l'esistenza di una situazione soggettiva piena e non condizionata, in capo ai cittadini ed ai loro enti esponenziali, nei confronti dei provvedimenti che, conformando le opportunità di fruire dell'assistenza sanitaria, incidono in modo concreto sul diritto alla salute."

Ancora, il Comune confinante è legittimato a impugnare le autorizzazioni ambientali rilasciate nel Comune limitrofo. Come precisato dal giudice di primo grado¹¹¹, infatti, "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 an-

¹⁰⁸ Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2010, n. 1189.

¹⁰⁹ M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, cit., 37.

¹¹⁰ Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2018, n. 5459.

¹¹¹ Così T.A.R. Catanzaro, Calabria, sez. I, 21 marzo 2018, n. 682, che richiama Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2012, n. 3254.

che 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.”.

La legittimazione ad impugnare di un Comune limitrofo a quello nel cui territorio è localizzato un impianto di smaltimento di rifiuti è affermata in modo ricorrente e ancora di recente dal Consiglio di Stato¹¹².

E tuttavia nessuna delle ricordate interpretazioni appare convincente ed entrambe suscitano non pochi dubbi e lasciano molte perplessità.

Non persuade la ricostruzione che fonda la legittimazione sulla tutela degli interessi diffusi.

L'interesse ambientale proprio in quanto interesse diffuso non è interesse pubblico¹¹³; anzi, solo in quanto tale, l'interesse diffuso è distinto e contrapposto all'interesse pubblico, sì da chiedersene la tutela davanti al giudice amministrativo. Il legislatore nel momento in cui attribuisce la cura dell'interesse all'ente pubblico lo eleva al di sopra delle situazioni giuridiche con le quali certo dialoga, ma in una dimensione diversa. La sovrapposizione e la confusione delle categorie è evidente.

Ugualmente criticabile è l'applicazione del criterio della *vicinitas* che rischia di aprire eccessivamente le maglie del processo, dimenticando la profonda distinzione che passa tra interesse legittimo e interesse pubblico o generale, del quale un determinato soggetto abbia il compito “oggettivo”, e doveroso, di cura e tutela¹¹⁴. L'interesse ambientale o l'interesse alla salubrità dei luoghi non sono interessi pubblici; anzi, l'interesse diffuso e l'interesse legittimo sono distinti e contrapposti all'interesse pubblico, sì da chiedersene la tutela davanti al giudice amministrativo.

Ciò che si realizza in questi casi è che la legittimazione del Comune consiste di fatto nella sostituzione processuale del Comune ai propri cittadini, pur in assenza di una previsione legislativa a riguardo.

¹¹² Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 2019, n. 2306, che richiama Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2012, n. 3254, 3 maggio 2006, n. 2471, 20 febbraio 2006, n. 695 e sez. VI, 20 maggio 2004, n. 3262. Ivi si legge che la realizzazione di un'infrastruttura autostradale che si interrompe sul confine del territorio di un Comune è – già di per sé – idonea a determinare conseguenze dirette nel territorio medesimo e nella vita dei suoi abitanti, atteso l'aumento del traffico veicolare che con essa viene generato.

¹¹³ Come precisa V. DENTI, *Interessi diffusi*, in *Nov. Dig. it.*, App., IV, Torino, 1983, 307, secondo cui “gli interessi *diffusi* si distinguono dagli interessi *pubblici* non per il loro oggetto, che è sempre costituito da beni di rilevanza generale, ma per la diversità dei soggetti ai quali sono imputabili le situazioni giuridiche che li riguardano” (corsivo dell'autore).

¹¹⁴ Così V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, cit.

Non può infatti invocarsi la rappresentanza dei cittadini da parte del Comune posto che mai esiste una delega dei cittadini al Comune ad agire in proprio nome.

Certamente la sostituzione processuale¹¹⁵, che è un fenomeno per cui soggetti diversi dal titolare della situazione giuridicamente rilevante sono posti in grado di agire processualmente, in proprio nome, per la tutela della medesima situazione, non può che rappresentare una ipotesi specifica eccezionalmente prevista dalla legge.

Il giudice può ammettere la sostituzione solo ove la norma la preveda.

Pur rinviandosi per una trattazione più approfondita al prossimo capitolo, dedicato appunto ai casi di legittimazione straordinaria, suscitano perplessità le ricostruzioni giurisprudenziali che finiscono per affermare la legittimazione laddove la legittimazione dovrebbe essere riconosciuta attraverso l'intervento del legislatore, posto che assicurare l'effettività della tutela significa prima di tutto assicurare il rispetto della legalità processuale.

Come attentamente precisato¹¹⁶, effettività senz'altro significa anzitutto garanzia di accesso alla giustizia, ma certo non può significare, come accade di frequente, necessaria soddisfazione da parte del giudice di qualsivoglia richiesta gli venga sottoposta, senza farsi troppo carico del fondamento positivo della richiesta stessa.

In aggiunta, l'ampliamento dell'accesso alla giustizia del Comune stride con le affermazioni in tema di concezione soggettiva della tutela e di centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, che provengono dallo stesso giudice amministrativo.

Nella relazione inaugurale dell'anno giudiziario si legge che con il codice “*si capovolge definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità, quasi per un contrappasso, ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo*”¹¹⁷.

La legittimazione del Comune ad impugnarne provvedimenti di altri enti pub-

¹¹⁵ Si rinvia in merito allo studio di E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942. Come si precisa, a p. 131, vi sono alcuni casi eccezionali in cui il potere di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale compete a soggetti diversi dal titolare del diritto litigioso: in tale ipotesi, se la domanda attrice viene accolta, ci si trova precisamente di fronte alla titolarità del potere di azione da parte di un soggetto che ha ragione, pur non essendo titolare del diritto fatto valere processualmente. Fra tali casi rientrano appunto tutti i casi di sostituzione processuale disciplinati dalla legge.

¹¹⁶ Così testualmente R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai “cavalieri dell'apocalisse”?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106, qui 111.

¹¹⁷ In questo senso F. PATRONI GRIFFI, *Discorso inaugurale anno giudiziario*, su www.giustizia-amministrativa.it.

blici per il semplice fatto concreto che gli stessi producano i propri effetti sul territorio oppure possano indirettamente riflettersi sul territorio sembra, al contrario, un ritorno al passato, in cui l'azione giurisdizionale era considerata l'occasione per verificare la conformità dell'azione amministrativa alla legge.

Come già si è precisato¹¹⁸, *“questa proiezione del sindacato giudiziale amministrativo verso traguardi di socialità è esattamente quel che al giudice amministrativo deve ritenersi inibito. Ed è, siffatta accezione sociale, quel che il principio dispositivo, nella sua genuina origine liberale, rifiuta.”*

La giurisdizione amministrativa non serve ad orientare l'azione amministrativa verso la legalità, né serve ad assicurare l'attuazione in termini generali della legge o dei principi generali dell'azione amministrativa.

Il compito della giustizia amministrativa non è, insomma, quello di assicurare la miglior cura dell'interesse pubblico. Il suo compito è invece 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.

*“Che possa residuare aliunde una fetta (anche purtroppo vasta) di azione amministrativa illegittima è nella natura delle cose e sono altri i rimedi cui l'ordinamento si affida per porvi rimedio, nella consapevolezza che l'obiettivo della legittimità in senso assoluto è una utopia; una utopia che, coltivata con eccesso di convinzione, aprirebbe le porte persino ad accenti autoritari nella concezione ed attuazione della funzione di giurisdizione”*¹¹⁹.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato in una recente sentenza¹²⁰, *“attraverso la condizione della legittimazione e dell'interesse al ricorso, l'ordinamento si propone di evitare lo svolgimento di attività processuali inutili, ovvero un inutile dispendio di risorse pubbliche, quali sarebbero quelle implicate dall'esercizio della giurisdizione in assenza di una posizione differenziata e qualificata, giuridicamente rilevante, che il ricorrente possa soddisfare attraverso l'eventuale accoglimento del suo ricorso.”*

5. L'amministrazione ricorrente in via incidentale

Si è sinora considerata l'ipotesi in cui l'Amministrazione dia avvio al ricorso nel giudizio di legittimità, ma occorre domandarsi se sia ammissibile che l'Amministrazione resistente assuma la veste di ricorrente incidentale¹²¹.

¹¹⁸ Così si esprime S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, vol. I, *I presupposti*, Giuffrè, Milano, 1984, 603 ss. e in particolare 615.

¹¹⁹ Sempre S. CASSARINO, *op. ult. cit.*

¹²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303.

¹²¹ Cenni al tema si trovano in G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzio-*

L'art. 42 c.p.a., infatti, dispone che “Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale”.

Come noto, il ricorso incidentale si riferisce ad una modalità particolare attraverso cui può svilupparsi il contraddittorio tra le parti¹²², con cui si propone una domanda di impugnazione dell'atto impugnato, nell'ambito del rapporto processuale già instaurato col ricorso principale, diversa, per vizi e motivi dichiarati, da quella fatta valere con quest'ultimo.

Discusso è se la domanda sia necessariamente autonoma o se non sia semplicemente contrastante con quella del ricorrente, in quanto tesa esclusivamente ad eliminare la stessa pretesa del ricorso principale.

Si tratta del tema assai tormentato della definizione della natura giuridica del ricorso incidentale e del suo rapporto con il ricorso principale, su cui si è cimentata la dottrina da tempo¹²³ e che è tornato a vivificarsi, come noto, in virtù del dialogo e del frequente scambio di letture e interpretazioni del dato normativo tra Adunanza Plenaria, Corte di Cassazione e Corte di Giustizia nel contenzioso in materia di appalti pubblici¹²⁴.

ne delle parti, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., 500-501; S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Dike, Roma, 2012, 107.

¹²² F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio*, ora in *Scritti*, vol. III, Vita e Pensiero, Milano, 2006, 2037, qui 2046.

¹²³ Tema di recente ricostruito da G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007. Un accenno a questo aspetto di trova a p. 477 del volume. In merito anche G. FERRARI, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1060; F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1070; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 581.

¹²⁴ Già si occupava del tema E. CAPACCIOLI, *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, 1014. L'argomento è divenuto oggi di estrema attualità e quindi oggetto di attenzione della dottrina. In particolare si ricordano i contributi di R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 911 e dello stesso Autore *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285, *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 369 e *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, 325; L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 563; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 151 e dello stesso Autore *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 442; G. SIGIMONDI, *Foro it.*, 2014, III, 429 e *Foro it.*, 2018, fasc. 9, 441; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel*

In particolare, quanto all'oggetto di questa trattazione, la qualificazione della natura del ricorso incidentale è senz'altro destinata ad assumere rilievo.

A tale fine, però, non si pretende certo di offrire una soluzione alla discussa questione quanto al carattere accessorio del ricorso incidentale rispetto a quello principale, nonché alle conseguenze sul piano processuale quanto all'ordine di esame del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale. Più semplicemente, si intende ragionare su quali siano gli spazi per l'utilizzo dello strumento da parte dell'amministrazione resistente e, semmai, sulla base della ricostruzione fornita, comprendere se qualificare il ricorso incidentale alla stregua di mero strumento di difesa, di un'eccezione processuale, tesa a contrastare l'azione del ricorrente allorquando oggetto dell'impugnativa incidentale sia lo stesso provvedimento oggetto del ricorso principale e, invece, di una domanda riconvenzionale nell'ipotesi di censure volte contro un diverso atto.

In proposito, come si ricordava, l'art. 42 c.p.a. ha espressamente previsto, innovando rispetto alle disposizioni previgenti, che debba riconoscersi la legittimazione dell'amministrazione resistente a proporre ricorso incidentale, sicché si tratta di interpretare e comprendere i limiti di tale potere processuale alla luce dei principi che regolano l'agire dell'amministrazione, con particolare attenzione all'annullamento d'ufficio.

Anzitutto, la domanda oggetto del ricorso incidentale dell'amministrazione resistente non si ritiene possa mai essere domanda autonoma, ma semplicemente contrastante con quella del ricorrente principale, quando essa abbia ad oggetto l'atto dell'amministrazione stessa: essa tende senz'altro ad eliminare la pretesa del ricorso principale, qualsiasi sia l'azione esercitata dal ricorrente. Con questa accezione già in passato illustre dottrina aveva ricostruito il ricorso incidentale, precisando che la conseguenza sarebbe stata un ridimensionamento del ricorso incidentale tale da farne il mezzo principale di difesa e da ricondurre il contraddittorio nel processo amministrativo, anche sotto il profilo dei termini e dei modi processuali propri di un processo da ricorso, alla importanza che esso ha in ogni altro processo¹²⁵.

Prima dell'adozione del c.p.a., la collocazione del ricorso incidentale nel qua-

processo amministrativo, cit., 633 ss. e, dello stesso Autore, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 200; *I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 4/2011, in *Giur. it.*, 2011, 1651; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 ss.; E. FOLLIERI, *Individuazione negli interessi protetti dell'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.*, 2014, 255 ss.; A. POLICE, *Il ricorso incidentale*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam, Padova, 2014, 425.

¹²⁵ F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio*, cit.

dro degli strumenti di difesa, tuttavia, ha suscitato incertezza nella dottrina e nella giurisprudenza¹²⁶, che non hanno individuato una figura corrispondente nel processo civile, sicché si è parlato di uno strumento dalla natura composita¹²⁷, a metà strada tra l'eccezione e la domanda riconvenzionale.

Se talora il ricorso incidentale non mira all'annullamento dell'atto già impugnato da altro soggetto, ma deve intendersi quale eccezione¹²⁸ nel giudizio pendente, che mira alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, in altri casi costituisce, invece, esercizio di un'azione autonoma, in quanto strumento utile alla concentrazione nel medesimo giudizio di tutte le impugnazioni che possono essere poste nei confronti di un medesimo atto¹²⁹.

Tuttavia, se l'omologazione tra ricorso incidentale e principale è logicamente possibile, quando ci si riferisca all'amministrazione resistente essa è quanto mai lontana dalla realtà e offre una prospettiva distorta, posto che il ricorso incidentale non ha mai e in nessun caso lo scopo precipuo di contestare la legittimità e/o di chiedere l'annullamento di un provvedimento della stessa amministrazione, ma ha, invece, il fine di sottrarre il suo autore alle conseguenze negative che potrebbero derivargli, almeno in parte, dall'accoglimento del ricorso principale. A seguito del ricorso principale e del giudizio che con esso si instaura nasce la scelta dell'utilizzo del ricorso incidentale, in quanto difesa attiva¹³⁰ che si spinge oltre la semplice contestazione dei motivi del ricorrente principale.

Nella prospettiva dell'amministrazione resistente si ritiene, dunque, che il ricorso incidentale, solo in quanto eccezione, possa essere proposto ove necessario per salvare dall'annullamento giurisdizionale il provvedimento impugnato.

In questo senso, il ricorso incidentale è da intendersi come una particolare figura di eccezione di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse, con il corollario che il suo accoglimento non porta all'annullamento dell'atto impugnato.

La facoltà dell'utilizzo dello strumento del ricorso incidentale da parte dell'amministrazione resistente nel giudizio per l'annullamento di un provvedimen-

¹²⁶ La c.d. sentenza Lipari, dal nome dell'estensore, Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468.

¹²⁷ Come riferisce A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di tutela nel processo amministrativo*, cit., qui 585 e anche 595-596. Si ricorda in tal senso G. FERRARI, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidate e problematiche irrisolte*, cit.

¹²⁸ Nello stesso senso S. SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 424 ritiene che il ricorso incidentale configuri una particolare figura di eccezione di inammissibilità per difetto di interesse del ricorso principale, posto che il suo accoglimento non provoca l'annullamento dell'atto impugnato.

¹²⁹ Secondo l'intuizione di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. I, 206 ss., ripresa di recente da A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, cit., anche in analogia con il quadro degli strumenti di difesa nel processo civile.

¹³⁰ F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 772. Favorevole anche G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, cit., 500-501.

to amministrativo già era stata affermata in dottrina prima dell'adozione del codice¹³¹, appunto come rimedio tra quelli per la difesa dell'amministrazione.

A dire il vero, prima dell'adozione del codice, in genere si negava la legittimazione dell'amministrazione a proporre ricorso incidentale, vuoi sulla base di elementi testuali ricavati nella assai scarna disciplina legislativa che semplicemente prevedeva il ricorso senza indicarne la titolarità¹³², vuoi sulla base della considerazione che l'amministrazione potesse comunque giungere al medesimo risultato con l'esercizio dei poteri di autotutela a sua disposizione.

Tuttavia, si sono nel tempo registrate posizioni di apertura della dottrina.

È chiaro che il ricorso incidentale come strumento per contrastare l'azione costitutiva di annullamento del ricorrente concorre con l'esercizio dei poteri di autotutela, o più precisamente con l'annullamento d'ufficio ugualmente a disposizione dell'amministrazione secondo le previsioni di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241.

Certo non possono ritenersi identici e sovrapponibili il potere di annullamento di cui dispone l'amministrazione e il potere di annullamento di cui dispone il giudice¹³³. Il giudice annulla l'atto se viziato, senza che sia necessario ravvisare ulteriori presupposti (salvo i casi speciali di cui al comma 2 dell'art. 21-*octies*), mentre, come noto, l'amministrazione esercita un potere discrezionale che richiede la valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico alla eliminazione degli effetti dell'atto viziato e, a partire dal 2016, può esercitarsi entro il limite di diciotto mesi ove abbia ad oggetto un provvedimento ampliativo¹³⁴.

Le differenti caratteristiche non escludono perciò che l'amministrazione possa proporre ricorso incidentale¹³⁵, dal momento che il risultato dell'annulla-

¹³¹ In particolare, in proposito lo scritto di E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 495.

¹³² Questione su cui si rinvia senz'altro a R. VILLATA, *Riflessioni ni tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 286.

¹³³ Le differenze tra i rimedi sono analizzate nel secondo capitolo del volume di M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹³⁴ Sulla nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio i volumi recenti di M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, cit., e C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2018. Più specificamente sul profilo del tempo e dei nuovi termini per l'annullamento d'ufficio ragionano M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in www.giustamm.it; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, 5; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Giappichelli, Torino, 2016, 869; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, settembre 2015; M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezza dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321. Pur avendo ad oggetto una vicenda antecedente, anche il giudice amministrativo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 17 ottobre 2017, n. 8.

¹³⁵ In tal senso E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, cit., qui 513; A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 605 e G. TROPEA, *op. ult. cit.*, 501.

mento esclusivamente per la presenza di vizi di legittimità può essere conseguito in via giurisdizionale e non con l'esercizio del potere di annullamento; in aggiunta il limite temporale dei diciotto mesi esaurisce il potere di annullamento in capo all'amministrazione, ma non in capo al giudice, quando il ricorso principale si fonda sulla illegittimità del provvedimento in quanto contrastante con un atto presupposto ampliativo adottato appunto più di diciotto mesi prima.

Senza altro il ricorso incidentale è lo strumento processuale per lamentare l'invalidità dell'atto presupposto adottato da diversa e distinta amministrazione rispetto al quale il ricorso principale lamenta l'incongruenza del provvedimento impugnato.

Più delicata e diversa soluzione ha trovato la questione relativa al se l'amministrazione possa richiedere l'annullamento dell'atto che essa stessa ha adottato, così assumendo una posizione diversa quanto alla scelta in funzione di cura dell'interesse pubblico compiuta con il provvedimento oggetto di impugnazione¹³⁶.

La scelta dell'amministrazione rispetto all'assetto degli interessi nel singolo caso concreto dovrebbe, infatti, sempre improntarsi al principio di imparzialità e sarebbe perciò sempre precluso utilizzare uno strumento di cui si dispone in quanto parte del processo per giungere ad una composizione diversa degli interessi precedentemente vagliati dall'amministrazione senza che intervengano sopravvenienze di sorta¹³⁷.

Tuttavia, la recente modifica e la previsione di un limite temporale all'esercizio del potere di annullamento hanno favorito una lettura maggiormente possibilista¹³⁸. Si è, infatti, affermato che nel *corpus* normativo introdotto dalla c.d. riforma Madia sembra potersi allargare lo spazio per la proposizione del ricorso incidentale da parte delle amministrazioni resistenti, atteso che, se il termine decadenziale di diciotto mesi è posto quale limite per l'esercizio del potere di autotutela, non incide, ovviamente, sul potere giurisdizionale di annullamento degli atti.

Pertanto, se è dedotto in giudizio un vizio dell'azione amministrativa per violazione o contraddittorietà con un precedente atto accrescitivo emanato dalla stessa amministrazione, quest'ultima, ove siano decorsi oltre diciotto mesi dal-

¹³⁶ Presupponendo l'impostazione impugnatoria del giudizio, considerano l'art. 42 c.p.a. quale riconoscimento della legittimazione a proporre ricorso incidentale alla sola Amministrazione diversa da quella che ha adottato l'atto, secondo l'orientamento tradizionale precedentemente accolto, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 259; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 42*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Giuffrè, Milano 2011, 416; D.M. TRAINA, *Art. 42*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Giuffrè, Milano, 2014, 582; in giurisprudenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 24 agosto 2017, n. 1768.

¹³⁷ In tal senso A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 606.

¹³⁸ Lettura proposta da R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in www.federalismi.it.

l'adozione di tale atto, non potendo più agire in autotutela, potrebbe chiedere in via incidentale al giudice adito di accertare la sua illegittimità e di disporre, per l'effetto, il suo annullamento al fine di far venire meno la ragione di illegittimità del provvedimento gravato.

Anzi, mentre il legittimo esercizio del potere di autotutela postula, come in precedenza indicato, la valutazione della persistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto nonché il bilanciamento con gli interessi dei destinatari e di eventuali controinteressati, l'annullamento giurisdizionale prescinde da queste valutazioni, essendo basato solo ed esclusivamente sull'accertamento di uno o più vizi di legittimità dell'atto ove dedotti come motivi di impugnativa.

Va da sé, allora, che la valutazione e la comparazione degli interessi che l'amministrazione sarebbe stata chiamata a compiere per procedere all'esercizio del potere di autotutela sarà verosimilmente compiuta nell'adozione dell'atto consequenziale illegittimo per violazione o contraddittorietà con l'atto precedente, anch'esso illegittimo ma non più rimoscibile in autotutela per decorso del tempo. In tal caso, la tutela giurisdizionale degli interessi pubblici affidati alla cura dell'amministrazione precedente potrebbe ora avvenire attraverso la proposizione del ricorso incidentale avverso il proprio atto illegittimo presupposto, evenienza che nel precedente sistema non sarebbe potuta venire in rilievo in quanto l'amministrazione avrebbe potuto procedere all'annullamento dell'atto in autotutela nonostante il decorrere di un periodo di tempo superiore ai diciotto mesi¹³⁹.

L'amministrazione di fronte alla fondatezza del ricorso, ancorché sulla base di un motivo diverso da quello fatto valere dal ricorrente, si trova cioè nell'impossibilità di intervenire con l'annullamento d'ufficio del precedente atto viziato, ma trova nel ricorso incidentale lo strumento per rimediare al proprio errore precedente.

Si tratta di comprendere se così ricostruito il ricorso incidentale non finisca per rappresentare un'ipotesi di abuso di diritto. La scelta del legislatore di precludere all'amministrazione di intervenire su atti ampliativi oltre un certo limite temporale, e la conseguente valutazione in favore della necessità di una tutela privilegiata dell'affidamento del cittadino, verrebbe infatti stravolta attraverso l'espedito del ricorso incidentale.

L'amministrazione, infatti, potrebbe in ogni momento intervenire con un atto in contrasto con il precedente, limitando la sfera giuridica del privato, e contrastare poi l'eventuale impugnazione del provvedimento attraverso il ricorso incidentale per l'annullamento del suo medesimo atto ampliativo presupposto.

Si tratta di casi in concreto non così difficili da immaginare: l'adozione di una graduatoria per l'erogazione di un contributo o per il riconoscimento dell'accesso a una prestazione e l'atto con cui due anni dopo si comunica al privato il diniego della corresponsione della somma o del servizio.

¹³⁹ Così R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, cit., 23.

In merito, peraltro, si registra assenza di contenzioso, ma si ribadisce la perplessità di chi scrive ad ammettere la legittimazione dell'amministrazione al ricorso incidentale in base al quadro completo delle disposizioni anche sostanziali vigenti.

Nei due casi appena ricordati di ricorso incidentale nel giudizio di annullamento di un provvedimento amministrativo chiaramente si evidenzia la natura composita del rimedio: laddove il ricorso miri a far salvo il provvedimento adottato dall'amministrazione resistente, contestando la legittimità dell'atto presupposto adottato da diversa amministrazione, s'intende preferibile considerare il ricorso come mera eccezione atta a evitare l'annullamento del proprio atto impugnato; diversamente, laddove il ricorso miri a far valere la illegittimità del proprio provvedimento in precedenza adottato, il rimedio assume la natura della domanda riconvenzionale, poiché si tratta dell'esercizio dell'azione di annullamento per eliminare gli effetti del proprio atto, non più eliminabili in base alle disposizioni che disciplinano l'annullamento d'ufficio. Si ripete, però, quest'ultima ipotesi desta quanto meno perplessità e pare configurare un abuso nell'utilizzo degli strumenti processuali.

A seguito della nuova sistemica delle azioni nel codice, in aggiunta, si sono prospettate ulteriori possibili applicazioni del ricorso incidentale da parte dell'amministrazione nel giudizio in cui si eserciti l'azione di adempimento.

La concezione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto¹⁴⁰ e le argomentazioni in favore dell'atipicità delle azioni¹⁴¹ spingono a individuare maggiori spazi per il ricorso incidentale.

¹⁴⁰ Sul tema si rinvia ai volumi di S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017 e S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2017, che ragionano sui vincoli che discendono all'amministrazione dal giudicato, letti e ricostruiti proprio in riferimento al nuovo assetto delle azioni contenuto nel Codice del processo amministrativo.

¹⁴¹ Sul sistema delle azioni nel codice diverse sono le opinioni in dottrina M.A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, LXV; R. CHIEPPA, *Azione di condanna*, in *Il processo amministrativo*, a cura di V. Lopilato, A. Quaranta, Giuffrè, Milano, 2011, 276; F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; L. TORCHIA, *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1187; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 573; S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913; D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 714; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 481; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 511; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 328; A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012 ma già prima dell'adozione del codice M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 557.

In particolare, laddove il giudizio verta su di una posizione di interesse legittimo pretensivo, leso da un provvedimento negativo o dal silenzio rifiuto, l'amministrazione potrebbe non aver indicato tutti i motivi alla base dell'atto negativo, o nessuno dei motivi che giustifichino il rifiuto, sicché il ricorso incidentale permetterebbe di ampliare l'oggetto del giudizio e valutare nel contesto processuale l'intera questione, in modo da evitare che l'amministrazione possa successivamente alla sentenza favorevole al ricorrente adottare un nuovo atto di diniego fondato su ragioni diverse.

Il ragionamento si spinge fino a prospettare l'utilità di introdurre una previsione per cui la mancata proposizione del ricorso incidentale, quando la controversia verta su interessi pretensivi, determini "la preclusione della successiva azione dell'amministrazione di adeguamento al giudicato"¹⁴², ovvero obblighi, in assenza di ulteriori contestazioni, al rilascio del provvedimento ampliativo.

La possibilità che l'Amministrazione ricorra in via incidentale a fronte dell'esercizio dell'azione di adempimento e condanna diviene quindi un onere, che, se non soddisfatto, finisce per pregiudicare la posizione del resistente¹⁴³. In particolare, si è affermato che il processo amministrativo di condanna ad un *facere*, quale espressione del più generale processo fondato sulla pluralità delle azioni, richiede una struttura che sia conforme al suo oggetto e che permetta così di declinarlo, in tutti i suoi elementi, quale giudizio di piena giurisdizione: in mancanza, la statuizione di condanna non potrà che costituire una mera appendice, peraltro di limitata applicabilità e utilità, alla decisione di annullamento. L'amministrazione dovrà indicare le ragioni che si oppongono al conseguimento della prestazione richiesta, contestando i fatti adottati dal ricorrente e allegando gli elementi idonei allo scopo perseguito. Al fine di ottenere un accertamento nel senso della definitiva non spettanza del bene al privato, l'amministrazione dovrà, se del caso, ampliare la cognizione del giudice, introducendo in giudizio le valutazioni ulteriori che a un siffatto risultato permettano di pervenire. Nella prospettiva delineata, si deve ritenere consentito al soggetto pubblico di addurre, tramite ricorso incidentale, qualsiasi ragione ostativa idonea a disattendere la pretesa fatta valere dal ricorrente. Attraverso il ricorso incidentale l'amministrazione potrebbe far valere ragioni diverse, da quelle contenute nella motivazione del diniego, ostative all'accoglimento della richiesta del privato. In disparte, poi, il possibile utilizzo, da parte della stessa amministrazione, del ricorso incidentale anche per rendere incondizionato il cumulo di domande eventualmente proposto dal ricorrente in via condizionale.

Alle considerazioni della dottrina ricordata non potrebbe opporsi il tradizionale principio del divieto di integrazione della motivazione nel corso del giudi-

¹⁴² E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*

¹⁴³ A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità di azioni*, in *Dir proc. amm.*, 2018, 175, in particolare par. 4.6.

zio, atteso che tale limite, connaturato ad un sistema processuale impugnatorio, che ha come oggetto l'atto, non verrebbe invece in rilievo in un giudizio sulla pretesa, giacché una volta spostata l'attenzione dall'atto alla pretesa sostanziale, di integrazione della motivazione non pare neppure più corretto parlare, venendo in rilievo unicamente e semplicemente le affermazioni dell'una o dell'altra parte in ordine all'accertamento della pretesa stessa. Tuttavia, come già si è evidenziato¹⁴⁴, quando l'impugnazione riguardi un provvedimento negativo l'art. 10-*bis* della legge n. 241 è fonte del dovere dell'amministrazione di comunicare al destinatario tutti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, sicché sarebbe onere del ricorrente dimostrare in giudizio i fatti costitutivi della pretesa.

La proposta della dottrina di ampliare nei termini descritti l'utilizzo del ricorso incidentale pare passibile di critiche. Il ricorso incidentale così concepito diverrebbe lo strumento per introdurre nel giudizio interessi pubblici e spostare nella sede processuale il procedimento amministrativo.

La dottrina¹⁴⁵ ha in proposito messo in luce come il codice del processo amministrativo, nel precisare all'art. 34 il dovere del giudice di astenersi laddove l'azione amministrativa non risulti ancora esercitata, costruisca una riserva di procedimento amministrativo. Il procedimento, anche alla luce del dato normativo, si conferma la sede deputata all'emersione degli interessi¹⁴⁶.

La ricostruzione proposta, inoltre, sembra estranea alla funzione che il ricorso incidentale svolge e per la quale è stato introdotto dal legislatore.

Non si tratterebbe, infatti, di uno strumento di difesa dell'amministrazione, né di istituto riconducibile all'eccezione o alla domanda riconvenzionale: al contrario, si finirebbe per stravolgere il processo e, ancora una volta, attribuire al giudice, anziché all'amministrazione, il compito della composizione degli interessi.

Nell'ottica del giudizio sulla spettanza, infine, anche il potere di autotutela che l'ordinamento riconosce all'amministrazione finirebbe per assumere diversi connotati a fronte del formarsi di un giudicato in grado di precludere ogni successivo intervento eliminatorio da parte dell'amministrazione.

6. *L'amministrazione ricorrente nelle materie di giurisdizione esclusiva*

Consueto è il caso di azioni concernenti diritti promosse dalla pubblica amministrazione contro il privato nell'ambito della giurisdizione esclusiva.

L'ampliarsi della giurisdizione esclusiva ha, infatti, comportato con maggior

¹⁴⁴ I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

¹⁴⁵ P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Libellula Edizioni, 2019, 57.

¹⁴⁶ B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 2001 e ID., voce *Silenzi della pubblica amministrazione*, in *Dig. IV pubbl.*, 1999.

frequenza che il giudizio amministrativo sia promosso non da un soggetto privato contro un'amministrazione, ma da un'amministrazione contro un privato o da un soggetto privato contro un altro privato¹⁴⁷, dando vita così a un processo inusuale quanto alle parti della disputa.

Le controversie tra due soggetti formalmente privati sono divenute sempre più ricorrenti anche in virtù dei fenomeni della esternalizzazione della funzione amministrativa e della fornitura di pubblici servizi, con la conseguente applicazione della disciplina pubblicistica a soggetti privati assimilati alle pubbliche amministrazioni. Basti pensare ai gestori di pubblici servizi i cui atti sono soggetti al diritto di accesso nel momento in cui siano di pubblico interesse.

La possibilità di un processo a parti invertite è stata avvertita, in particolar modo, in riferimento a quelle ipotesi oggetto di successiva censura da parte della Corte costituzionale, con le decisioni n. 204/2004 e n. 191/2006¹⁴⁸.

Prima dell'intervento correttore della Corte, come noto, non solo gli atti e i provvedimenti, ma tutte le questioni in tema di espropriazione, urbanistica ed edilizia erano affidate al giudice che era investito, dall'amministrazione appunto, per risolvere anche controversie in tema di indennità, canoni o di rapporti individuali.

La Corte, con una posizione che è stata fatta propria dal Codice, ha successivamente indicato che giurisdizione esclusiva e di legittimità hanno una medesima natura, in quanto entrambe sussistono quando l'amministrazione agisce come autorità.

Quanto al contenuto, il Codice accomuna le diverse tipologie di giurisdizione in quanto tutte a tutela di interessi legittimi e, nei casi stabiliti dalla legge, di diritti soggettivi attraverso un sindacato relativo all'esercizio o al mancato esercizio del potere¹⁴⁹ e l'impostazione unitaria emerge anche sotto il profilo delle azioni esperibili. L'art. 7 parla appunto di controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

La dottrina in proposito ha precisato l'importanza di distinguere la nozione di materia, in relazione alla quale vi deve essere un collegamento con il potere, da quella di singola controversia, in cui tale collegamento può anche mancare¹⁵⁰.

¹⁴⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 180.

¹⁴⁸ 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, 3, 634 ss.

¹⁴⁹ M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva e merito*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino 2012, 141, qui 142-143.

¹⁵⁰ L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss.

Il testo del Codice, come è stato fatto notare¹⁵¹, volutamente differisce dall'art. 103 Cost., laddove indica che nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice conosce “*di diritti soggettivi*” e non “*anche dei diritti soggettivi*”, così da attrarre alla giurisdizione esclusiva anche controversie nelle quali di soli diritti si discute.

Restano irrisolte alcune ambiguità, che appunto sono destinate a risorgere nelle ipotesi in cui l'amministrazione sia ricorrente.

Se, infatti, le controversie tra soggetti entrambi privati riguardano comunque attività amministrativa svolta però da soggetti con una forma non pubblica, nelle controversie a parte invertite, in cui l'amministrazione sia ricorrente è chiaro che oggetto dell'impugnazione non è un atto amministrativo, né si discute dell'esercizio del potere, ma semmai degli obblighi e doveri assunti dal privato, ad esempio, con la sottoscrizione di una convenzione edilizia.

Il Codice assimila alle pubbliche amministrazioni i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto delle regole del procedimento, con una scelta criticata dalla dottrina posto che l'assoggettamento ad una disciplina pubblicistica non implica necessariamente che l'osservanza di tali norme comporti l'esercizio di un potere pubblico o l'adozione di provvedimenti¹⁵².

Il Codice, inoltre, omette di indicare che la giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 103 Cost., è esercitata per la tutela “*nei confronti della Pubblica Amministrazione*”.

Gli artt. 103 e 113 Cost., nel prevedere che gli organi della giustizia amministrativa apprestano, anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, la tutela dei diritti e interessi legittimi “*nei confronti della pubblica amministrazione*”, ovvero “*contro gli atti e provvedimenti della pubblica amministrazione*”, intenderebbero introdurre una specifica garanzia giurisdizionale per gli amministrati, di modo tale che l'azione possa essere promossa in giudizio esclusivamente dal privato, e non anche dall'amministrazione.

Proprio sulla base di questa lettura, la Corte costituzionale è stata di recente investita della questione della legittimità delle norme del Codice¹⁵³ – ma anche della interpretazione della giurisprudenza precedente – che ammettono, invece, la legittimazione dell'amministrazione a ricorrere con particolare riferimento al-

¹⁵¹ M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 150.

¹⁵² Così A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d. leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, 2594 ss. La nozione di “organo indiretto dell'amministrazione” risale alla sentenza 19 dicembre 1990, n. 12221, sez. unite della Corte di Cassazione, commentata da G. AZZARITI, *Il limite soggettivo nella tutela nei confronti della P.A.*, in *Giur. cost.*, 1991, 2441 e da E. CANNADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, 929. Per le differenti ricostruzioni elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, si veda in particolare Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250 e Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478. Sul tema si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Soggettività e azione amministrativa*, Cedam, Padova, 2000.

¹⁵³ Questione risolta nella decisione 15 giugno 2016, n. 179.

le controversie relative alle convenzioni urbanistiche. Come ricorda la pronuncia, infatti, in sede di regolazione di giurisdizione la Corte di cassazione¹⁵⁴ già affermava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla controversia, introdotta dalla pubblica amministrazione, avente ad oggetto l'inadempimento del privato delle obbligazioni derivanti da una convenzione di lottizzazione, evidenziando il collegamento funzionale delle convenzioni urbanistiche al procedimento di rilascio dei titoli abilitativi edilizi¹⁵⁵.

Nella decisione la Corte ha precisato che “... *sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni – 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.*”.

In aggiunta, la Corte ha ritenuto che non sarebbe mai possibile ricavare dal testo costituzionale una carenza di legittimazione dell'amministrazione nelle materie di giurisdizione esclusiva, posto che ne deriverebbe una “*giurisdizione frazionata*”, in funzione della differente soggettività dei contendenti, sconosciuta al nostro ordinamento. “*Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, in-*

¹⁵⁴ Sezioni Unite civili, 7 febbraio 2002, n. 1763. Più di recente sempre Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2016, n. 19914 ha affermato che la convenzione urbanistica volta a disciplinare, con il concorso del privato proprietario dell'area, una delle possibili modalità di realizzazione delle opere di urbanizzazione necessarie per dare al territorio interessato la conformazione prevista dagli strumenti urbanistici, deve assimilarsi ad un accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo, sicché le controversie che ne riguardano la formazione, la conclusione e l'esecuzione appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che non viene meno neppure in ipotesi di successivo atto di transazione emendativo della convenzione originaria, intercorso tra comune e parte privata, stante la stretta correlazione reciproca, oggettiva e soggettiva, tra questi esistente. Ancora più chiaramente, il giudice amministrativo d'appello ha affermato il principio secondo cui “Qualora si discuta in ordine a inadempimenti di obblighi convenzionali di natura edilizio-urbanistica assunti in esecuzione di obblighi che per legge hanno finalità di pubblico interesse, è indubbio che dette convenzioni si inseriscano in un modulo procedimentale di diritto pubblico, tale per cui le controversie che intervengono *in subiecta materia* appartengono necessariamente alla giurisdizione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 214; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2011, n. 5711 e, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 1341. Nello stesso senso T.A.R. Milano, Lombardia, sez. II, 13 febbraio 2019, n. 312).

¹⁵⁵ In proposito anche la Corte costituzionale, al punto 3.1 della parte in diritto, precisa che: “In quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione. Tali moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo non hanno, quindi, specifica autonomia. In coerenza con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, il fondamento di tali ipotesi di giurisdizione esclusiva viene legittimamente individuato nell'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, del potere pubblico.”

fatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo."¹⁵⁶.

La decisione è stata fatta propria dalla giurisprudenza successiva del Consiglio di Stato¹⁵⁷, che ha sempre respinto il motivo in base al quale la giurisdizione esclusiva debba ravvisarsi soltanto nelle controversie in cui sia il privato a proporre la domanda nei confronti della P.A. e alle quali sia sotteso l'esercizio, anche mediato, di una potestà amministrativa, ma non nell'ipotesi inversa in cui sia la P.A. ad assumere la veste di ricorrente.

Diffuse sono le controversie a parti invertite sia nella materia dell'urbanistica, appunto oggetto dell'attenzione della Corte costituzionale, sia nella materia dei servizi pubblici, o anche degli accordi tra amministrazione e privati o anche tra più amministrazioni.

In particolare, quanto alle convenzioni di lottizzazione, come precisato anche dalla Corte costituzionale¹⁵⁸, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si può radicare sia sulla disposizione dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2), che si riferisce agli accordi, sia su quella della lett. f), del medesimo art. 133, comma 1, d.lgs. n. 104/2010, che si riferisce all'urbanistica.

Numerose le decisioni che concludono giudizi in cui, a fronte dell'accertamento del mancato completamento delle opere di urbanizzazione o della mancata cessione delle aree individuate nella convenzione, il privato è condannato all'adempimento degli obblighi¹⁵⁹.

¹⁵⁶ La Corte ha altresì precisato (punto 3.2. diritto) che l'accertamento giudiziale dell'inadempimento della parte privata finirebbe per essere condizionato alla previa instaurazione del contenzioso da parte del privato. L'oggetto stesso del giudizio verrebbe unilateralmente determinato dal privato mediante i motivi di ricorso, non potendo l'amministrazione modificarlo o ampliarlo attraverso una domanda riconvenzionale. Tutto ciò appare difficilmente compatibile con i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

¹⁵⁷ In questo senso Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755, con il commento di E. ROMANI, *Giurisdizione esclusiva e responsabilità precontrattuale del privato*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 686.

¹⁵⁸ Corte cost. n. 179/2016, punto 2 diritto.

¹⁵⁹ Così ad esempio, nel caso deciso con la sentenza del T.A.R. Perugia, Umbria, sez. I, 23 marzo 2016, n. 261, il Comune chiede al giudice amministrativo una pronuncia costitutiva, ai sensi dell'art. 2932 c.c., nei confronti della società immobiliare e della impresa edile per la mancata cessione di determinate aree, con le relative opere di urbanizzazione, in violazione delle obbligazioni assunte nella convenzione di lottizzazione stipulata. In particolare, la convenzione prevedeva la cessione gratuita delle aree, delle opere, degli impianti e dei manufatti relativi all'urbanizzazione primaria e secondaria. Analogamente la decisione del T.A.R. L'Aquila, Abruzzo, sez. I, 3 giugno 2009, n. 241, risponde al ricorso proposto da un Comune il quale, con riferimento ad una convenzione di lottizzazione, chiedeva nei confronti del lottizzante l'emanazione di una sentenza costitutiva, dolendosi dell'inadempimento a causa del mancato completamento delle opere di urbanizzazione e della mancata cessione delle aree individuate nella convenzione medesima. Nello stesso senso più di recente anche T.A.R. Brescia, Lombardia, sez. II, 20 aprile 2019, n. 382; T.A.R. Reggio Calabria, Calabria, sez. I, 19 marzo 2019, n. 168.

Anche nelle ipotesi della formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo (cui spesso sono ricondotte le controversie relative a convenzioni urbanistiche) e degli accordi fra pubbliche amministrazioni, contemplate dalla lett. a), n. 2) dell'art. 133, accade di frequente che sia l'amministrazione a chiedere al giudice la condanna della parte privata, anziché il privato che porti a conoscenza del giudice un accordo o un provvedimento dell'amministrazione ritenuto lesivo.

Non meno rari sono i casi in cui un'amministrazione si rivolge al giudice a fronte del mancato rispetto di quanto pattuito nella convenzione o nell'accordo con altri soggetti pubblici¹⁶⁰, ovvero lamenti il recesso ingiustificato¹⁶¹.

Altra materia in cui spesso il giudice è adito dall'amministrazione è quella dei pubblici servizi, prevista all'art. 133, comma 1, lett. c), con particolare riferi-

¹⁶⁰ In merito da ultimo nella decisione del Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2019, n. 4263 si precisa che la convenzione tra enti pubblici rientra nella più ampia categoria degli accordi disciplinati dall'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, per i quali sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia quanto alla loro formazione e conclusione sia per quanto riguarda la loro esecuzione. "... con la convenzione in esame le parti stipulanti hanno inteso definire nel complesso i rapporti giuridici ed economici afferenti al progetto approvato nella sua interezza e hanno disciplinato lo svolgimento in sinergica collaborazione delle attività necessarie alla sua concreta ed effettiva attuazione. Le stesse parti non si sono quindi impegnate esclusivamente all'erogazione del finanziamento per la sua realizzazione, ma anche ad ulteriori e diverse iniziative (quali quelle finalizzate alla condivisione del progetto su tutto il territorio regionale ovvero la prevista istituzione di un Comitato di Progetto congiunto), concertandole in vista della realizzazione di un interesse comune, ed assumendo al riguardo reciproci e più ampi obblighi (rispetto a quelli connessi alla mera erogazione dei contributi pubblici). Sicché l'amministrazione, a prescindere dal modulo negoziale prescelto e impiegato, ha esercitato in concreto poteri autoritativi di natura pubblicistica ai quali corrispondono posizioni che si colorano in termini di interesse legittimo e per le quali si radica la giurisdizione del giudice amministrativo".

¹⁶¹ Si tratta di un tema assai delicato capace di incidere anche su principi, come quello di leale cooperazione già in precedenza ricordato. In tema di accordi tra Regione e MEF si ricordi la recente sentenza del T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 8 agosto 2018, n. 8923 in cui il giudice ritiene che la stipulazione di un accordo con il Governo, nel quale la Regione ha assunto l'impegno di rinunciare ai ricorsi promossi in materia di finanza pubblica, costituisca "... una regolazione di natura pubblicistica dei rapporti tra le parti, con la quale l'Ente regionale ha sancito la rispondenza all'interesse pubblico della scelta compiuta (ossia, la non ulteriore coltivazione dei contenziosi pendenti). Il venir meno dell'interesse alla decisione della causa deve, perciò, essere necessariamente riscontrato dal giudice sulla base di tale dato oggettivo e insuperabile. ... Un accordo di diritto pubblico tra Enti costituzionali non è infatti diretto, per sua stessa natura, alla massimizzazione dei contrapposti interessi individuali degli stipulanti, ma costituisce l'esito di una ponderazione di interessi – peraltro, di rilievo costituzionale – attuata nell'esercizio dell'alta funzione di coordinamento tra gli attori dell'ordinamento policentrico, ed è diretto, in questa prospettiva, a definire l'assetto dei rapporti istituzionali tra tali soggetti nei termini maggiormente rispondenti all'interesse pubblico. Da ciò discende che, una volta stipulato l'accordo, non è neppure configurabile un 'interesse' della Regione a non darvi attuazione". Nella sentenza del T.A.R. Piemonte, sez. I, 14 maggio 2018, n. 583 il giudice ritiene illegittimo l'atto con cui un Comune recede dall'accordo tra Comuni e Università per costituire una Fondazione Centro Ricerche Sulla Gestione della Fauna Selvatica, con il solo motivo delle ragioni di risparmio.

mento negli anni più recenti, alle numerose decisioni in tema di chiusura o riduzione degli orari di apertura al pubblico degli uffici postali¹⁶².

Come noto, infatti, la crisi economica ha comportato un piano di riorganizzazione del servizio postale e la conseguente adozione di numerosi provvedimenti di chiusura o rimodulazione oraria degli uffici¹⁶³. Tali provvedimenti, come già ricordato in precedenza, sono stati spesso impugnati dai Comuni e la giurisprudenza consolidata ha ritenuto che tali controversie ricadano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, appunto ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., in virtù del collegamento con la concessione in forza della quale la società resistente eroga il servizio postale universale e riguardando le modalità organizzative di erogazione del servizio stesso¹⁶⁴.

L'eventuale eccezione di difetto di legittimazione attiva in capo al Comune ricorrente è respinta facendo leva sull'incidenza del provvedimento di chiusura di un ufficio postale sul territorio dell'ente locale, che si considera "*ente esponentiale della comunità stanziata sul territorio stesso*"¹⁶⁵.

Non possono che richiamarsi a riguardo le osservazioni critiche formulate in precedenza, nel paragrafo quattro di questo capitolo.

7. L'amministrazione ricorrente nel giudizio di ottemperanza

L'art. 112 c.p.a. dispone che i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti "*dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti*".

La soccombenza del privato anziché dell'amministrazione non preclude, dunque, il ricorso al giudizio di ottemperanza.

¹⁶² Da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2019, n. 2362 e T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 13 settembre 2016, n. 9689, ma già in precedenza Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2140; Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4926; T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 10 giugno 2016, n. 6713; Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2014, n. 2976.

¹⁶³ Per un commento alla giurisprudenza si veda G. AVANZINI, *La sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indisponibili degli utenti*, cit., che annota le decisioni Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 287 e T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 30 settembre 2016, n. 9986 e V. PAMPANIN, "*Il postino non suona sempre due volte o non suona affatto*": sul mutamento di modello normativo del servizio postale universale, cit.

¹⁶⁴ Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 287; sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1262; sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6051; sez. III, 6 giugno 2014, n. 2873; T.A.R. Lazio, sez. III, 29 gennaio 2014, n. 1117; T.A.R. Toscana, sez. I, 1° luglio 2014, n. 1155. I provvedimenti di organizzazione degli uffici, in quanto incidenti direttamente sulle modalità di erogazione del servizio postale universale, implicano l'esercizio di un potere amministrativo. In questo senso le sentenze T.A.R. L'Aquila, Abruzzo, sez. I, 23 marzo 2016, n. 182; Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2014, n. 2720; T.A.R. Trieste, Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 15 luglio 2015, n. 332; T.A.R. Cagliari, Sardegna, sez. I, 16 ottobre 2015, n. 1068; T.A.R. Salerno, Campania, sez. I, 15 settembre 2015, n. 533.

¹⁶⁵ In tal senso T.A.R. L'Aquila, Abruzzo, sez. I, 23 marzo 2016, n. 182; T.A.R. Cagliari, Sardegna, sez. I, 16 ottobre 2015, n. 1068.

Prima dell'adozione del Codice, la dottrina si esprimeva in senso negativo, affermando che l'esecuzione delle sentenze nelle materie di giurisdizione esclusiva in cui l'Amministrazione fosse ricorrente non potesse passare attraverso l'esperimento del giudizio di ottemperanza che è istituito per indurre la pubblica amministrazione titolare di potere autoritativo ad adempiere al giudicato¹⁶⁶.

La nuova disposizione, invece, nel riferirsi alle “*altre parti*” chiaramente indica anche nei soggetti privati i possibili destinatari dei comandi contenuti nel giudicato, così da ritenere proponibile il giudizio di ottemperanza anche nei confronti di quei soggetti diversi dalla PA, che sono comunque tenuti ad eseguire i “*provvedimenti del giudice amministrativo*”.

Come precisato dalla giurisprudenza¹⁶⁷, la nuova norma del Codice del processo amministrativo agisce su due fronti: stabilisce chi deve eseguire il giudicato – includendovi (oltre che l'autorità amministrativa) anche le parti private –, e successivamente fissa le condizioni per l'esercizio dell'*actio iudicati*. In particolare, laddove si tratti di dare esecuzione ad un giudicato del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. c), il giudizio di ottemperanza nei confronti di un ente privato sarà esperibile solamente qualora l'obbligo ineseguito sia attinente alla sfera pubblicistica, sussistendo solo in tal caso la possibilità di equipararlo alla pubblica amministrazione. Quelli evidenziati sono, dunque, chiari segnali presenti nel Codice che inducono a ritenere ammissibile l'azione nei confronti anche di soggetti privati¹⁶⁸.

A ciò si aggiunga¹⁶⁹ il fatto che, se inteso con questa connotazione allargata, il giudizio di ottemperanza, ogni volta in cui si tratti di dare esecuzione alle sentenze del giudice amministrativo, andrebbe a concretizzare quel principio di effettività

¹⁶⁶ 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., qui 663-664. La giurisprudenza mostrava delle aperture all'utilizzo del giudizio di ottemperanza nei confronti di soggetti privati che svolgessero pubbliche funzioni. In questo senso il T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, nella sentenza del 21 gennaio 2009, n. 446, precisava che anche se l'art. 37 comma 3, legge 6 dicembre 1971, n. 1034, quando parla del ricorso di ottemperanza, fa riferimento all'obbligo “dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato”, la locuzione “autorità amministrativa” va intesa in senso lato, dovendosi in essa ricomprendere anche il soggetto privato che, in quanto succeduto a un soggetto pubblico, è tenuto ad adempiere a un giudicato amministrativo.

¹⁶⁷ Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 502.

¹⁶⁸ In proposito si segnala anche T.A.R. Catania, Sicilia, sez. I, 24 maggio 2012, n. 1312, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, annotata criticamente da A. MAGLIARI, *L'esecuzione del giudicato e il giudizio di ottemperanza nei confronti della parte privata*. Si trattava nel caso di specie di una sentenza che dichiarava illegittimo l'esproprio di alcuni terreni, sicché in ottemperanza il giudice disponeva che l'ENEL Distribuzione s.p.a. dovesse farsi carico del ripristino dei luoghi, rimuovendo le strutture impiantate sul fondo dei ricorrenti e restituendo a costoro il pieno possesso dell'immobile. Il caso tuttavia è particolare poiché ENEL aveva preso parte quale controinteressata in entrambi i gradi del giudizio di cognizione.

¹⁶⁹ In questo senso Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 502.

della tutela, che, come previsto al comma 7 dell'art. 7, “è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materia indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”.

Non vi sarebbe tutela giurisdizionale effettiva se il giudice amministrativo, una volta emessa la sentenza, con statuizione vincolante per tutte le parti, vedesse paralizzati i propri poteri di intervento esecutivo per il fatto che la mancata esecuzione sia imputabile alla parte privata.

Le considerazioni precedenti assumono rilievo maggiore con riferimento alle materie e ai casi, ricordati nel paragrafo precedente, di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: se il rapporto originario, conosciuto e vagliato nell'ambito del giudizio di cognizione, è affidato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sarebbe logico e coerente affermare che tale giurisdizione permanga in via “esclusiva” in capo allo stesso giudice anche quando si profili la necessità di avviare rimedi esecutivi per ottenere l'ottemperanza alla sentenza, e ciò nei confronti di tutte le parti che hanno partecipato al giudizio di cognizione, anche se si tratti di soggetti privati, essendo stata l'amministrazione ricorrente.

Già in precedenza all'adozione del Codice, lo stesso Consiglio di Stato¹⁷⁰, proprio in sede di ottemperanza, aveva affermato che gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio “*the domestic remedies must be effective*”.

Tale interpretazione è conforme anche alle disposizioni costituzionali.

Come già si è precisato nel paragrafo precedente, la stessa Corte costituzionale ha indicato che l'art. 103 Cost. individua nel giudice amministrativo il giudice delle controversie sugli interessi legittimi e in particolare materie dei diritti soggettivi, riconoscendo senz'altro in capo al legislatore la facoltà di indicarne la competenza nei giudizi di esecuzione delle pronunce dallo stesso giudice amministrativo adottate.

Ciò vale tanto più alla luce del principio di effettività, sancito tra i principi del Codice all'art. 1. Dagli artt. 1 e 7 c.p.a. si desume con chiarezza che, nella *ratio* del Codice, la funzione globale che ispira l'attività giurisdizionale è la tutela degli interessi legittimi e anche, in ipotesi normativamente tipizzate, dei diritti soggettivi. La giurisdizione viene qui in rilievo in un profilo “sintetico”, quello di assicurare alle situazioni giuridiche la caratteristica per la quale possono dirsi tali, ossia precisamente la loro tutelabilità¹⁷¹. Come già si precisava, non vi sarebbe tutela giurisdizionale effettiva se il giudice amministrativo – una volta adottata la decisione, con statuizione vincolante per tutte le parti – vedesse poi

¹⁷⁰ Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220.

¹⁷¹ Così M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 142.

paralizzati i propri poteri di intervento esecutivo per il fatto che la mancata esecuzione del giudicato sia imputabile alla parte privata.

L'idea di un'azione di ottemperanza da proporre nei confronti di un privato non è, dunque, del tutto nuova e il Codice riprende alcuni precedenti interventi in giurisprudenza. Infatti, superando un diverso orientamento restrittivo¹⁷², il Consiglio di Stato già ammetteva l'avvio del giudizio di ottemperanza nei confronti del soggetto privato *medio tempore* subentrato nelle competenze originariamente spettanti alla pubblica amministrazione che era stata parte resistente nel processo di cognizione¹⁷³.

Si trattava, allora, di ipotesi in cui si verificava una successione fra enti, prima pubblico poi privato, nella titolarità di un determinato rapporto e tuttavia emergeva la possibilità concreta di esperire l'azione di esecuzione del giudicato nei confronti di un soggetto privato, sebbene in questi casi succeduto alla PA resistente¹⁷⁴.

Tali applicazioni, senz'altro, mostravano l'assenza di ostacoli logici ad ammettere un analogo intervento in funzione esecutiva del giudice amministrativo, nei confronti di un soggetto sempre privato, che già era stato parte resistente nel processo di cognizione. Ed, infatti, in tal senso già si registravano alcune decisioni adottate prima del Codice¹⁷⁵.

¹⁷² Cons. Stato, sez. IV, 26 giugno 2001, n. 5624 e sez. VI, 28 maggio 2004, n. 5729.

¹⁷³ In questo senso si è pronunciato Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2006, n. 1776 e 10 ottobre 2006, n. 6818 in ipotesi di giudizio di ottemperanza esperito nei confronti della società privata che era subentrata nella gestione di una ferrovia originariamente governativa.

¹⁷⁴ Come si accennava, la giurisprudenza non è univoca in merito. Ad esempio, nella sentenza del T.A.R. Bari, Puglia, sez. II, 11 luglio 2012, n. 1410, nel giudizio per l'ottemperanza a sentenza del giudice amministrativo di condanna generica di Ferrovie al pagamento dei compensi spettanti al ricorrente, il Giudice ha declinato la propria giurisdizione sul dirimente rilievo che il soggetto nei cui confronti si agiva in ottemperanza aveva perso la propria personalità di diritto pubblico, in ragione della intervenuta privatizzazione, con conseguente inammissibilità del giudizio di ottemperanza. Alla medesima conclusione giunge la decisione del Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 1995, n. 167, con cui si dichiara la sopravvenuta carenza di giurisdizione nell'ipotesi in cui, in pendenza del giudizio di ottemperanza, l'ente pubblico si fosse trasformato in soggetto privato. Ancora nella sentenza Cons. Stato, VI, n. 5729 del 2004, si legge che "il proposto giudizio d'esecuzione è estraneo alla cognizione del giudice amministrativo, la quale si riferisce a tutte le controversie, anche nella fase di ottemperanza, che insorgono tra privati e pubbliche amministrazioni e che, inoltre, il rimedio previsto dall'art. 37 della L. n. 1034 del 1971 (...) non sia praticabile nel caso in cui la parte intimata e inadempiente sia privata, atteso che la legittimazione passiva nel giudizio di ottemperanza deve essere sempre di un'Autorità amministrativa".

¹⁷⁵ Come già indicato nelle note precedenti. Si aggiungano, in proposito, la sentenza del T.A.R. Napoli, Campania, sez. III, 11 giugno 2007, n. 6065, secondo cui "appare del tutto evidente e logico che l'attribuzione di giurisdizione in relazione al giudizio cognitorio comporta di per sé la conseguente attribuzione al g.a. delle controversie volte all'esecuzione/ottemperanza delle proprie sentenze". Analogamente, cfr. Cass. civ., sez. un., 9 luglio 2010, n. 16195.

Diversi sono i poteri del giudice amministrativo a seconda del diverso contenuto della sentenza ineseguita.

In particolare, talune difficoltà possono ravvisarsi nell'utilizzo del rimedio di ottemperanza nel caso in cui il privato sia stato condannato al pagamento di una somma di denaro nei confronti dell'amministrazione¹⁷⁶. In merito, l'art. 115 c.p.a. dispone che l'esecuzione possa avvenire anche nelle forme disciplinate dal Libro III del codice di procedura civile.

La messa in dubbio dell'esperibilità del giudizio di ottemperanza nei confronti del soggetto privato, quando l'atto dovuto in forza del giudicato sia il pagamento di una somma di danaro, è stata messa in luce dal giudice amministrativo, che ha sottolineato la diversità delle modalità esecutive, non essendo il privato tenuto al rispetto della normativa di contabilità pubblica¹⁷⁷. Solo nel caso l'obbligato sia un soggetto pubblico, il giudice amministrativo, anche a mezzo del commissario *ad acta*, infatti, può sostituirsi all'amministrazione operando direttamente, anche al fine di emettere un mandato di pagamento volto a soddisfare una pretesa creditoria di mera natura pecuniaria, non invece *"in relazione al soddisfacimento coattivo di crediti pecuniari nei confronti di un soggetto privato, anche se derivati da pronunzie del giudice"*¹⁷⁸.

Nessun soggetto pubblico potrebbe, di conseguenza, sostituirsi a quello privato per attingere ai fondi di quest'ultimo, poiché l'unico strumento garantito dall'ordinamento per l'esecuzione coattiva dei crediti pecuniari è l'espropriazione forzata con distribuzione del ricavato ai creditori con individuazione dell'ufficiale giudiziario quale unico organo in grado, per legge, di inficiare, i beni espropriandi del debitore, apponendovi il vincolo del pignoramento.

Tuttavia, la ricostruzione non tiene conto della introduzione nel giudizio di ottemperanza della penalità di mora¹⁷⁹, prevista all'art. 114, comma 2, lett. e) anche per i giudizi aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro. Lo strumento dell'*astreinte*, su istanza dell'Amministrazione, funge senz'altro anche nei confronti del privato da misura coercitiva dell'adempimento, se adeguatamente quantificato.

¹⁷⁶ Si tratta di questioni che non si esauriscono nei soli casi di condanna alle spese di giudizio, essendo ipotizzabili criteri ulteriori di imputazione di responsabilità pecuniaria nel giudizio amministrativo. Cfr., per varie ipotesi, Cons. giust. amm. 19 ottobre 2006, n. 587, ed ivi ulteriori richiami di giurisprudenza.

¹⁷⁷ In tal senso TA.R. L'Aquila, Abruzzo, 21 maggio 2015, n. 404.

¹⁷⁸ Come precisa Cons. giust. amm. 13 febbraio 2007, n. 42 e nello stesso senso già Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5624.

¹⁷⁹ Sul quale da ultimo si è pronunciato il Cons. Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7. La decisione è annotata da N. SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide le potenzialità della misura coercitiva*, in corso di pubblicazione, in *Dir. proc. amm.*, 2020.

Resta, infine, da indicare un ulteriore limite di merito all'utilizzo del giudizio di ottemperanza da parte dell'amministrazione.

Si tratta, in particolare, del caso in cui l'amministrazione, parte resistente nel giudizio di esecuzione avviato nei suoi confronti, lamenti successivamente la correttezza dell'attività svolta dal commissario *ad acta* nominato per sostituirla.

In particolare, l'amministrazione non può dolersi di illegittimità del provvedimento del commissario, che siano il frutto dell'istruttoria del procedimento già in parte in precedenza condotta dall'amministrazione medesima e sulle quali il commissario non sia intervenuto, limitandosi all'adozione dell'atto così come di fatto già formato in sede istruttoria.

Nel caso di specie¹⁸⁰, a fronte della mancata adozione di un P.R.G., il Comune ricorreva avverso il piano adottato infine dal commissario, ritenendolo illegittimo sia proceduralmente, sia sostanzialmente. Il Comune, peraltro, si limitava ad affermare il proprio interesse a non essere esposto ai rilevanti costi delle eventuali successive azioni indennitarie, senza specificare in alcun modo le "ulteriori conseguenze negative sul piano dell'ordinato assetto dell'attività urbanistico-edilizia" che dal piano adottato sarebbero derivate.

Il giudice precisava che il Comune non può dolersi delle presunte illegittimità dallo stesso perpetrate nel corso del procedimento di adozione dello strumento urbanistico; peraltro, il provvedimento finale di adozione del P.R.G. nemmeno era stato "imposto" dal commissario *ad acta*, essendosi questo ultimo limitato a riprodurre fedelmente il contenuto della proposta di deliberazione già in precedenza presentata dalla stessa amministrazione.

Le eventuali illegittimità censurate nel ricorso che siano conseguenza diretta dell'attività (o dell'inattività) dell'amministrazione e non del commissario *ad acta* rendono dunque inammissibile la domanda finalizzata all'autocensura di propri precedenti atti e comportamenti.

¹⁸⁰ T.A.R. Catania, Sicilia, sez. I, 24 aprile 2012, n. 1124.

CAPITOLO II

LA LEGITTIMAZIONE SPECIALE O STRAORDINARIA DELL'AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Le fattispecie di legittimazione speciale e il ruolo del legislatore. – 1.2. La legittimazione straordinaria anche in assenza di situazioni giuridiche differenziate. – 2. La legittimazione straordinaria di alcuni Ministri. – 3. Le Autorità amministrative indipendenti e la loro specialità anche nella legittimazione. – 3.1. La legittimazione straordinaria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 3.2. La legittimazione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti. – 3.3. La legittimazione dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione. – 4.1. Una proposta di sistemazione delle legittimazioni sparse. – 4.2. La legittimazione speciale non incide sulla natura della giurisdizione amministrativa, ma semmai sulla funzione del processo.

1. Le fattispecie di legittimazione speciale e il ruolo del legislatore

Si parla di legittimazione straordinaria quando la possibilità di agire in giudizio è riconosciuta al soggetto direttamente dalla legge, anche in assenza della titolarità di una situazione giuridicamente differenziata.

Del fenomeno già si è avuto modo di accennare nel precedente capitolo¹, tenendo conto del diverso ordine di problemi che si pone nei casi in cui non è ben definita la stessa situazione giuridica che fonderebbe la legittimazione e nemmeno esiste una specifica disposizione che attribuisca la titolarità dell'azione.

Qui invece s'intende, prima ancora di esaminare quale siano le previsioni di legittimazione speciale o straordinaria in capo all'Amministrazione nel giudizio amministrativo, verificare se esistano limiti costituzionali, da un lato, in capo al legislatore quanto all'introduzione nell'ordinamento delle fattispecie e, dall'altro, in capo all'interprete nell'applicazione della eventuale disposizione introdotta appunto dal legislatore.

¹In particolare, ai paragrafi 3 e 4 in cui si è trattato della legittimazione che il giudice riconosce all'Amministrazione in quanto ente preposto alla tutela degli interessi della comunità o dell'ambiente o applicando il criterio della *vicinitas*.

Gli ordinamenti moderni richiedono di regola la coincidenza tra chi si afferma titolare del diritto e chi lo fa valere in giudizio.

Come è stato precisato², tale orientamento, lungi dall'essere imposto da un'esigenza inderogabile (giacché nulla impedirebbe la diversa scelta di far valere diritti altrui) è, piuttosto, suggerito da un fondamentale criterio di politica legislativa. Si tratta cioè dell'attribuzione ai singoli della disponibilità esclusiva dei loro diritti e, conseguentemente, della disponibilità esclusiva della loro tutela giurisdizionale, nonché dello strumento tecnico per esercitarla.

Nel nostro ordinamento, inoltre, la previsione di cui all'art. 24 Cost. stabilisce espressamente la garanzia dell'accesso alla giustizia per la tutela dei "*propri diritti e interessi legittimi*", così che il processo è mezzo a disposizione del soggetto per la difesa della propria pretesa.

Se la regola generale è quella della coincidenza tra titolarità del diritto e titolarità dell'azione per la sua tutela, tuttavia, in deroga alla regola, esistono casi in cui tale coincidenza non sussiste, a cui appunto ci si riferisce come ipotesi di legittimazione straordinaria o speciale.

Ciò è conforme alla previsione dell'art. 24 che, in via di principio, ricollega l'accessibilità al potere giurisdizionale alla tutela di una posizione giuridica di cui ci si afferma titolari. Si tratta, infatti, di una possibilità di cui il cittadino non deve essere privato dal legislatore³, che non vieta, però, al legislatore di ammettere all'accesso alla giustizia anche soggetti diversi, che non sono titolari di diritti e interessi.

Riprendendo la riflessione di cui al capitolo precedente in tema di legittimazione del Comune e degli altri enti territoriali in quanto enti associativi⁴, l'art. 81 c.p.c. dispone che "*fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*".

Ne deriva che solo ove esista una situazione giuridicamente tutelabile, ossia una situazione che trovi diretto riferimento nelle norme di diritto sostanziale, si riconosce legittimazione al giudizio in base alle regole processuali civili⁵.

² C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. I, XXIII ed., Giappichelli, Torino, 2014, 56.

³ Si permetta di rinviare in merito a M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, 4 ss.

⁴ In particolare, ai paragrafi 1 e 3 del capitolo precedente.

⁵ Nel processo civile la legittimazione spetta in base all'art. 81 c.p.c. a chi invoca l'accesso alla giurisdizione per la tutela di una posizione propria, indipendentemente dall'effettiva spettanza della specifica tutela invocata, che è problema di merito. In proposito, infatti, la nota polemica tra E. ALLORIO (nella nota a Cass. 4 maggio 1952, n. 5, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 101 e *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione di agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 961 ora in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1957, 19) e F. CARNELUTTI (Annotando la stessa sentenza commentata da Allorio, Carnelutti prendeva una posizione distinta nello scritto *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 121 e *An-*

Quando ciò non accada, occorre una precisa disposizione di legge che preveda espressamente in capo a un soggetto ben individuato la facoltà di rivolgersi agli organi di giustizia.

Come osservato dalla dottrina⁶, nel giudizio civile il fenomeno della legittimazione straordinaria si risolve in una serie ben ristretta di fattispecie in cui l'ordinamento consente eccezionalmente ad un soggetto, esattamente individuato nella legge, di far valere in nome proprio, e non già in qualità di rappresentante, il quale agisce sempre in nome altrui, un diritto di altri, senza l'autorizzazione del suo titolare e, anzi, se del caso, contro la volontà dello stesso per ottenerne la tutela in giudizio.

Le ipotesi di legittimazione straordinaria si contrappongono alla legittimazione ordinaria da un duplice punto di vista: da un lato, comprendono fattispecie in cui è eccezionalmente riconosciuta a un soggetto legittimazione in merito a rapporti giuridici altrui; dall'altro, il potere di azione non ha semplicemente per presupposto la capacità del soggetto stesso, ma è subordinato inoltre all'esistenza della singola fattispecie giuridica, contemplata nella norma speciale, da cui scaturisce, nel caso concreto, la legittimazione straordinaria.

Senza altro si riconducono alla legittimazione speciale anche i casi di sostituzione processuale disciplinati dalla legge nel processo civile, di cui si è magistralmente occupata la dottrina⁷, precisando che il sostituto processuale è legittima-

cora su titolarità del diritto e legittimazione, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 7) e gli interventi numerosi della Cassazione possono da ultimo considerarsi risolti in favore della legittimazione intesa quale mera affermazione della titolarità di una posizione meritevole di tutela. In realtà, in merito, anche la prospettazione della parte della questione nel processo può avere un peso: se l'argomento è nel senso di negare la sussistenza del diritto dedotto in causa in capo all'attore, allora la questione sarà di merito; se, invece, si affermi che il diritto, quando anche esistesse, spetterebbe ad un soggetto diverso dall'attore, allora la questione sarebbe di legittimazione. Le conseguenze pratiche sono rilevanti poiché solo il difetto di legittimazione è rilevabile d'ufficio e può essere proposto per la prima volta nel giudizio di cassazione. Il soggetto legittimato s'intende titolare di un potere processuale. In particolare, la dottrina (A. MOTTO, voce *Azione Costitutiva* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*) precisa che la situazione giuridica ha per contenuto non il potere di produrre effetti giuridici nella sfera altrui, bensì di chiedere al giudice l'emissione di un provvedimento giurisdizionale che disponga l'effetto giuridico; si esercita non già mediante un atto sostanziale, bensì con un atto processuale (la domanda giudiziale); il suo esercizio non produce un effetto giuridico sostanziale nella sfera del convenuto, bensì un effetto processuale, consistente, nel caso in cui la domanda sia stata validamente proposta e sia fondata, nella costituzione del dovere del giudice di emettere il provvedimento giurisdizionale che detta l'assetto giuridico degli interessi. Si tratta, quindi, di un potere processuale alla modificazione giuridica, che spetta al soggetto legittimato nei confronti dello Stato-giudice; a mezzo del suo esercizio, il titolare del potere può ottenere il provvedimento giurisdizionale che disponga il mutamento giuridico, al quale il convenuto è vincolato, in quanto è soggetto alla giurisdizione.

⁶G. ARIETA, F. DE SANTIS, L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale*, Cedam, Padova, 2005, 305.

⁷E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit.

to, in via straordinaria, ad agire nel proprio interesse in ordine ad un rapporto giuridico altrui.

Nel far salvi i casi previsti dalla legge, l'art. 81 c.p.c. implicitamente enuncia che in quei determinati casi è possibile far valere in nome proprio diritti altrui o non esclusivamente propri.

La disposizione esprime il principio per cui la titolarità del potere di azione coincide normalmente con la affermata titolarità del rapporto giuridico litigioso e solo in seguito all'esercizio della funzione giurisdizionale in merito a tale rapporto risulterà se esso effettivamente esista e se le parti ne siano quindi effettivamente titolari.

La previsione è costruita come norma di divieto per il caso in cui qualcuno faccia valere una situazione altrui, non essendone titolare. Non si ritiene, tuttavia, che la scelta del legislatore di introdurre deroghe a tale disposizione 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.

Il legislatore può, di conseguenza, intervenire a sua discrezione non solo nel caso in cui, pur esistendo nell'ordinamento una situazione differenziata, sia difficile individuarne il titolare, ma anche quando alla legittimazione non corrisponda una situazione giuridica del singolo cittadino, posto che è difficile individuare disposizioni nell'ordinamento che vi diano rilevanza.

Si ritiene importante evidenziare sin d'ora che si tratta di due ipotesi distinte.

Nel primo caso il legislatore introduce di fatto un'ipotesi di sostituzione processuale, in cui cioè non è il titolare della situazione sostanziale, ma un altro soggetto che esercita l'azione a tutela di quella situazione.

Nel secondo caso, invece, il legislatore interviene riconoscendo il diritto di azione in capo a determinati soggetti, pur non avendosi situazione giuridica altrui, né, dunque, sostituzione processuale⁸.

L'attribuzione della legittimazione straordinaria, dunque, costituisce sempre l'effetto di una valutazione di politica legislativa, in quanto deroga al regime ordinario che identifica, in conformità con il dettato costituzionale, la titolarità della posizione giuridicamente rilevante come condizione per richiedere l'intervento del giudice.

Diverse possono essere le ragioni alla base della scelta del legislatore di introdurre ipotesi di legittimazione speciale.

Talora la scelta è guidata da motivi di opportunità a che determinate questioni trovino accesso in giudizio, vuoi perché acquisite dagli ordinamenti, vuoi

⁸Nel senso di questa distinzione pare ragionare C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, Torino, 2017, in particolare 544 ss.

in quanto oggetto di emersione nel contesto sociale anche ad opera della giurisprudenza, vuoi per tutelare l'interesse generale a che in quel determinato settore sia sempre assicurato il rispetto delle norme.

Posto che diversi sono i motivi che possono guidare il legislatore nell'introduzione di figure di legittimazione straordinaria, anche nel processo civile tali figure senz'altro non formano, nel loro complesso, un tutto omogeneo, essendo disciplinate da singole disposizioni rinvenibili anche al di fuori del codice, che non sono applicazione di un unico principio, ma sono semplicemente accomunate dall'essere una serie di eccezioni al principio generale di cui all'art. 81 c.p.c.

L'unico tratto comune è che si tratti di ipotesi in cui la legittimazione sarebbe difficilmente riconosciuta in base all'applicazione delle regole ordinarie.

Anzitutto, come si accennava, la scelta di introdurre disposizioni che conferiscono la legittimazione speciale può ricondursi alla necessità di codificare fattispecie ormai acquisite dall'ordinamento, ovvero casi in cui la giurisprudenza e la dottrina già ammettono e sostengono l'opportunità di aprire il giudizio ad un soggetto diverso dal titolare del diritto. A riguardo, nel processo civile⁹, si considerano fattispecie di legittimazione speciale frutto dell'elaborazione e dell'evoluzione dell'ordinamento la previsione dell'azione surrogatoria (prevista dall'art. 2900 c.c.) in favore del creditore nel caso che il debitore trascuri di far valere i propri diritti, l'azione di impugnazione del matrimonio promossa dagli ascendenti prossimi o dagli altri interessati (prevista dall'art. 117 c.c.), l'azione di contestazione della legittimità del figlio proposta da terzi interessati (prevista dall'art. 248 c.c.), l'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio proposta da terzi (prevista dall'art. 249 c.c.) o la c.d. azione popolare di cui all'art. 70 del TUEL (come modificato dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150), ove si dispone che chiunque vi abbia interesse possa promuovere davanti al tribunale civile la decadenza dalla carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale¹⁰.

Altro esempio di sostituzione processuale, si trova nel caso della speciale legittimazione del Ministro del tesoro, oggi Ministro dell'economia e delle finanze. La legge n. 448/1998 ha attribuito, in materia di assistenza pubblica, al Ministro del tesoro la legittimazione processuale in tutte le controversie relative ai risultati della verifica della permanenza dei requisiti sanitari previsti nei confronti dei titolari di trattamenti economici di invalidità civile, ancorché in tali controversie venga richiesta la condanna al ripristino dei benefici economici revocati,

⁹ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2017, vol. 1, 58.

¹⁰ Più in generale, sull'azione popolare e sulla sua funzione S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., 292 ss. e sulla rivitalizzazione dell'azione popolare anche di fronte al giudice amministrativo a seguito della nuova disciplina dell'accesso civico a dati e documenti pubblici si sofferma M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2017, 147, qui 150 ss.

non assumendo al riguardo rilievo la circostanza che la revisione dei requisiti sanitari venga effettuata dalla commissione medica dell'unità sanitaria locale e non dalla distinte commissioni mediche facenti capo al Ministero di cui all'art. 11, legge n. 537/1993 e dal regolamento emanato con d.P.R. n. 698/1994.

In tali controversie il Ministero assume, dunque, la veste di sostituto processuale *ex art.* 81 c.p.c. Il titolare del rapporto obbligatorio è, infatti, da individuarsi nell'Inps o nelle Regioni, mentre nei confronti del Ministero deve essere emessa la decisione, la quale fa tuttavia stato anche nei confronti del sostituto, che rimane la parte sostanziale del rapporto¹¹.

Come si accennava, non mancano ipotesi diverse, in cui la scelta legislativa appare, invece, determinata da nuove esigenze di natura sociale.

In proposito, come già si è ricordato nel capitolo precedente, l'emersione del diritto di associazione, di cui agli artt. 2 e 18 Cost., ha condotto alla tendenza del legislatore a riconoscere la legittimazione a determinati organismi o gruppi per far valere diritti dei singoli che vi appartengono. Tali gruppi appaiono, più del singolo componente, sensibili alle esigenze di tutela e soprattutto maggiormente in grado di far valere situazioni omogenee, ma spesso non sufficienti singolarmente a motivare l'accesso alla giustizia.

Un tipico esempio si suole individuare nello statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) che, agli artt. 18, comma 7 e 28, attribuisce alle associazioni sindacali una legittimazione che è ordinaria quando è riferita a diritti propri delle associazioni stesse, ma deve considerarsi straordinaria quando consente di far valere direttamente diritti degli associati o diritti che le riguardano solo indirettamente.

Alla tutela e all'espansione del valore nell'ordinamento del mercato e della concorrenza, anche su influsso del diritto comunitario prima, europeo poi, si ricollega il nuovo ruolo riconosciuto alle associazioni di consumatori. In proposito, l'art. 37 del d.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo) configura l'azione inibitoria in capo alle associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti. Alle stesse si attribuisce, inoltre, l'azione preventiva rispetto alla stipulazione di futuri contratti che è perciò non suppletiva, ma diversa da quella dei singoli consumatori.

Sempre in questo ambito si colloca la disposizione di cui all'art. 140-*bis* del Codice del consumo che disciplina la nuova azione di classe di natura risarcitoria a tutela sia dei diritti individuali omogenei, sia degli interessi collettivi. Se l'azione viene incentrata prevalentemente sull'iniziativa del singolo consumatore, egli può agire "anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa". Le stesse associazioni laddove presenti nell'elenco di cui all'art. 137 Codice del consumo sono legittimate a chiedere al giudice competente di inibire comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e adottare le misu-

¹¹ Cass. civ. 14 gennaio 2003, n. 446.

re idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate.

La constatazione da parte del legislatore dell'incapacità, dell'inefficienza del soggetto singolo a richiedere tutela delle proprie posizioni giuridicamente riconosciute comportano la scelta di introdurre una fattispecie di legittimazione straordinaria. Risale all'insegnamento di Cappelletti¹² l'argomento secondo il quale il paradigma classico di tutela individuale, che vede normalmente contendersi due parti private per l'accertamento dei loro affermati diritti, possa risultare talvolta un modello poco adatto alla soluzione di liti in cui si mettono a confronto pretese di massa. È un dato di fatto, inoltre, che spesso le parti siano poco inclini ad avviare un procedimento giudiziario a causa dell'alea, della complessità e della lunghezza del processo, nonché a causa dei costi elevati dello stesso, soprattutto quando il valore della controversia è uguale o persino inferiore alle spese vive del procedimento giudiziale¹³.

L'art. 840-*bis* appena introdotto nel c.p.c.¹⁴ generalizza l'azione di classe, che è prevista a tutela di diritti individuali omogenei, non più dei soli consumatori. Il secondo comma, in aggiunta, riconosce alle associazioni e organizzazioni, iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia, la legittimazione ad agire in giudizio anche in assenza di mandato da parte dei singoli appartenenti alla classe. Ciò rappresenta una sicura novità, poiché la disciplina nel codice dei consumatori non attribuisce il diritto di agire in giudizio alle associazioni dei consumatori per la tutela di diritti omogenei, riconoscendo tale potere esclusivamente alle singole persone fisiche. In altri termini, l'azione viene configurata come strumento di tutela di diritti individuali dei consumatori che presentano la caratteristica di essere omogenei ad un gruppo composto da una pluralità di soggetti in quanto generati da un fatto illecito civile di massa, e di interessi collettivi del gruppo, mentre il codice del consumatore non attribuisce legittimazione attiva a enti esponenziali, quali le associazioni dei consumatori che non possono prendere iniziative autonome nell'esercitare l'azione di classe, ma possono, invece, essere incaricate – anche da un solo consumatore – di citare in giudizio un'impresa mediante la *class action*.

La nuova disciplina di cui all'art. 840-*bis* c.p.c., cogliendo le istanze proposte dalla Commissione europea, muta, invece, tale assetto e legittima all'azione risarcitoria direttamente le associazioni o i comitati "i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti" e che siano iscritte nell'apposito registro tenuto presso

¹² M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, Articles by Maurer Faculty, Paper 1142, in *Buffalo Law Review*, 1978, vol. 27, 181 e più diffusamente nel volume di M. CAPPELLETTI, *Access to Justice*, vol. I di *A world survey*, a cura di M. Cappelletti e B. Garth, Giuffrè, Milano, 1978.

¹³ In tal senso I.C. MAGGIO, *Recenti sviluppi della tutela collettiva nel diritto processuale europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1236.

¹⁴ Con la legge 12 aprile 2019, n. 31, che introduce il titolo VIII-*bis* del libro quarto del codice di procedura civile, in materia di azione di classe.

il Ministero della giustizia, mantenendo al contempo la possibilità per ciascun componente della classe di agire nei confronti dell'autore delle condotte lesive¹⁵.

Richiama l'azione di classe, l'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione, appunto anche chiamata *class action* amministrativa¹⁶, che prevede analogo meccanismo di sostituzione processuale dell'associazione al singolo utente e consumatore che è il titolare della posizione giuridica azionata per la proposizione di un'azione di fronte al giudice amministrativo. Si tratta, tuttavia, di azioni molto diverse tra loro. Se infatti la *class action* mira a concentrare domande di risarcimento dal contenuto economico piuttosto insignificante al fine di renderle appetibili¹⁷, l'azione per l'efficienza esclude espressamente il risarcimento dal suo oggetto.

La legge introduce una fattispecie di legittimazione speciale e individua espressamente i soggetti legittimati al suo esercizio: si tratta appunto dei "titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori", cui si aggiungono le associazioni o i comitati che agiscono a tutela dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori. Il ricorso, cioè, è riconosciuto solo a tutela delle situazioni individuali omogenee e non in capo a posizioni collettive¹⁸ e la legittimazione speciale dell'utente ovvero del-

¹⁵ In tal senso I.C. MAGGIO, *op. ult. cit.*

¹⁶ In merito A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della P.A. tra favole e realtà*, in www.giustamm.it; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423; C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo* (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552), in www.giustamm.it; A. FABRI, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sulla attività*, Giappichelli, Torino, 2012; C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 501; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in www.giustamm.it; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in www.giustamm.it; F. MARTINES, *L'azione di classe del d.lgs. 198/09: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in www.giustamm.it; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi*, in www.federalismi.it; G. PIZZANELLI, *L'azione per l'efficienza delle amministrazioni pubbliche: per una giustiziabilità delle scorrettezze dell'amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011; G. SORICELLI, *Contributo alla class action nel sistema amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁷ Come ha precisato la Corte Suprema nella decisione *Amchem Products In. v. Windsor*, 512 U.S. 613 (1997). Per un quadro della disciplina statunitense A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Cedam, Padova, 1996; P. GIUGGIOLI, *Class action a azione di gruppo*, Cedam, Padova, 2006; A. FRIGNANI, P. VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. eco. ass.*, 2009, 5.

¹⁸ Si è affermato che l'azione è funzionale al conseguimento di un risultato che giovi, indistintamente, a tutti i contitolari dell'interesse diffuso al ripristino del corretto svolgimento della funzione amministrativa ovvero della corretta erogazione del servizio, mentre appartiene alla giurisdizione ordinaria in base al già ricordato art. 140 bis la domanda risarcitoria rispetto al fornitore del

l'associazione funge da strumento utile a ripristinare il buon funzionamento, ponendo però in capo ai cittadini oneri non indifferenti, a fronte della espressa previsione dell'assenza di costi per l'amministrazione.

La dottrina statunitense considera la *class action* alla stregua di un “*subset of public law*”, “*a centralized device designed to accomplish some of the same functions as performed by the state, particularly in those situations in which the state has not or cannot perform its regulatory function, or it would be inefficient for the state to undertake such regulation directly*”¹⁹. Ne deriva la natura riparatoria dell'istituto che mira a risolvere le disfunzioni nel sistema della giustizia.

In questo senso può ritrovarsi un punto in comune tra l'azione di cui all'art. 140-*bis* del codice del consumo e l'azione per l'efficienza amministrativa: anche quest'ultima, infatti, affida all'intervento del cittadino, utente del servizio, il compito di fungere da guardiano della buona organizzazione e del buon funzionamento del servizio. L'azione esprime l'intervento utile a sollecitare l'amministrazione all'adempimento di quanto previsto nelle norme, stante la constatata incapacità dell'ordinamento di garantire il suo buon funzionamento.

Con l'introduzione di queste ipotesi di *class action*, ovvero di legittimazione straordinaria a tutela di interessi di gruppo, il legislatore attribuisce alle associazioni il ruolo di promuovere l'azione quando la sua scarsa attrattività economica non incentivi il consumatore o l'utente a farlo e tuttavia la collettività indifferenziata e il vivere sociale possano trarre giovamento grazie all'intervento del giudice in tali questioni.

Si tratta, comunque, di casi eccezionali in cui il potere di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale compete a soggetti diversi dal titolare del diritto litigioso: in tale ipotesi, se l'azione oggetto del ricorso viene accolta, ci si trova precisamente di fronte alla titolarità del potere di azione da parte di un soggetto che ha ragione, pur non essendo titolare del diritto fatto valere processualmente.

Analogamente si investe il cittadino di un ruolo sostitutivo a fronte dell'inefficienza dell'amministrazione in altra ipotesi di legittimazione straordinaria, pre-

servizio inadempiente al contratto di fornitura del servizio. In tal senso Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2015, n. 19453 in merito al trasporto pubblico. All'applicazione pratica la soluzione legislativa si è prestata a critiche, da un lato, in ragione della occasionalità e connotazione spesse volte politica dell'intervento dei soggetti legittimati a tutela degli interessi ambientali, dall'altro, posto che la giurisprudenza aveva nel mentre elaborato, con la nota Ad. Plen. n. 24/1979, un indirizzo non del tutto coincidente con quanto normato. Come già accennato nel capitolo precedente, al criterio di legittimazione legale si è così, nel tempo, aggiunto un criterio di legittimazione giurisprudenziale, atto ad ampliare l'ambito individuato dal legislatore e legato non tanto all'effettiva rappresentatività degli interessi cui è preposta l'associazione e alla verifica dei fini indicati nello statuto e della presenza di una struttura stabile, ma anche, e soprattutto, all'elemento della *vicinitas* o dello stabile collegamento, che valorizza il rapporto tra organizzazione e territorio in cui si svolge l'attività su cui incide il provvedimento amministrativo censurato.

¹⁹S. ISSACHAROFF, *Governance and legitimacy in the law of class actions*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1999, 337.

vista all'art. 9 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), a norma del quale "Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia". Si tratta di un caso di sostituzione processuale, fondato sul presupposto dell'essere l'attore o ricorrente anche cittadino elettore, ancorché la titolarità delle posizioni giuridiche che si intendono tutelare sia dell'ente locale. In proposito vi è da interrogarsi se la nuova forma della Provincia come ente di secondo livello si rifletta anche sulla interpretazione della disposizione, non essendo più il cittadino anche elettore. In assenza dell'intervento del legislatore, la norma appare però esplicita in tal senso ed è difficile interpretarla diversamente.

La giurisprudenza²⁰ ha chiarito che la legittimazione straordinaria ha natura sostitutiva o suppletiva e non già correttiva, di modo che la stessa presuppone l'inerzia dell'ente locale cui il cittadino elettore intende sostituirsi. Non sarà pertanto mai ammissibile l'azione popolare esercitata dal cittadino nel caso di un contrasto con la volontà dell'ente, che non sia rimasto inerte nel caso di specie, ma abbia manifestato la contrarietà all'accesso alla giustizia.

Nel giudizio civile esistono, inoltre, ipotesi in cui, al contrario di quanto appena ricordato, l'attore è rappresentato da un soggetto pubblico, che costituisce un organo appartenente all'amministrazione giudiziaria dello Stato, che agisce per il rispetto della legge e non al fine di tutelare un diritto soggettivo.

Il pubblico ministero²¹, infatti, esercita l'azione civile a tutela dell'interesse pubblico al rispetto del diritto oggettivo, facendo emergere il limite di ordine pubblico da contrapporre alla libera esplicazione della volontà negoziale delle parti, ai sensi dell'art. 69 c.p.c. Si tratta di un'ipotesi che non è dettata in funzione di salvaguardia di un interesse privato dell'attore, ma che risponde all'esigenza di tutela di un interesse pubblico che trascende il piano dei rapporti inter-privati.

Posto che il pubblico ministero è l'organo istituito per promuovere l'attuazione giurisdizionale delle norme di ordine pubblico, è chiaro che tra queste norme spiccano quelle di diritto penale, ma anche nel diritto privato vi sono disposizioni che, pur tutelando interessi particolari dei singoli, mirano a garantire anche un bene o un interesse generale della società e sono perciò dotate di una più intensa efficacia imperativa. Si tratta di norme che regolano i rapporti familiari e lo stato delle persone, ma anche la vita e le vicende delle associazioni, delle persone giuridiche private e delle società commerciali. Spetta naturalmente alla legge graduare in particolare la intensità della loro efficacia e quindi la qua-

²⁰ Così T.A.R. Bari, Puglia, sez. I, 5 ottobre 2017, n. 1009, che richiama nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 9 luglio 2011, n. 4130; sez. V, 29 aprile 2010, n. 2457.

²¹ Sulla figura del PM nel processo civile, cfr. E. ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1957, 291; P.G. GRASSO, *Pubblico ministero (voce - diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Pubblico ministero (voce - diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1077 ss.; M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Zanichelli, Bologna, 1965.

lità delle attribuzioni conferite a loro riguardo al pubblico ministero²².

Tali attribuzioni per quanto riguarda l'esercizio dell'azione nel processo civile sono eccezionali e limitate; esse si riferiscono a casi in cui il legislatore ritiene così importante l'attuazione della legge da non poterla subordinare all'iniziativa privata dei singoli interessati.

Il riconoscimento del potere di azione al pubblico ministero permette lo svolgimento delle attività necessarie ad assicurare che il regolamento disposto dalla legge riceva per opera dei giudici piena attuazione²³. L'esercizio dell'azione civile compete al pubblico ministero in base all'art. 69 c.p.c. "nei casi stabiliti dalla legge": si tratta quindi di casi senz'altro tassativi e, al contempo, sparsi nella disciplina.

Interessante notare come la miglior dottrina processualcivile abbia a suo tempo precisato che le leggi appartenenti al diritto pubblico, la cui natura di norme cogenti è fuori discussione, non abbisognano dell'opera del pubblico ministero, perché alla loro applicazione provvedono vari uffici dello Stato che vi sono interessati²⁴.

1.2. La legittimazione straordinaria anche in assenza di situazioni giuridiche differenziate

Come si anticipava, all'interno delle numerose fattispecie, in cui la legittimazione è eccezionalmente introdotta dal legislatore nel giudizio civile, si è proposto²⁵ di distinguere quelle che, a differenza di quelle sinora esaminate, non sono in relazione in alcun modo con situazioni giuridiche differenziate e soggettive.

In questi casi non vi sarebbe affatto sostituzione processuale, come invece nelle primigenie ipotesi di legittimazione straordinaria, poiché mancherebbe proprio la situazione soggettiva differenziata da sostituire.

La nozione di legittimazione (ordinaria e straordinaria) ad agire muove, infatti, pur sempre dal presupposto che le posizioni sostanziali esistenti e tutelabili siano essenzialmente soggettivizzate, cioè identificate in funzione dell'interesse di un soggetto determinato. Ciò non significa, però, come si è visto, che nell'ordinamento, soprattutto in tempi recenti, non vi sia spazio per la tutela di situazioni diverse e fondamentalmente spersonalizzate, più o meno riconducibili alla categoria dell'interesse superindividuale o dell'interesse diffuso²⁶, oppure all'interesse generale al rispetto delle norme in un settore particolarmente caro all'at-

²² Così E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, V ed., Giuffrè, Milano, 1992, 127.

²³ Sempre E.T. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, 128.

²⁴ E.T. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, 127.

²⁵ In questo senso C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, cit., 544.

²⁶ Come precisa sempre C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 544-545.

tenzione del legislatore. In questi casi, la tutela in via giurisdizionale di interessi non individuati in funzione soggettiva esige l'attribuzione esplicita di mere azioni da parte della norma che salvaguarda i corrispondenti beni collettivi.

La problematica della legittimazione ad agire assume allora un significato diverso, poiché, così come nelle ipotesi di sostituzione processuale, la determinazione del soggetto legittimato a invocare la tutela giurisdizionale 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.

La legittimazione verrà riconosciuta a soggetti in grado di offrire una tutela in giudizio adeguata.

Così, in materia di intermediazione finanziaria, alcune previsioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58²⁷, cioè del Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria (TUIF), attribuiscono alla Banca d'Italia e alla Consob il potere di impugnare, di fronte al giudice ordinario, le delibere delle società vigilate adottate, illegittimamente, in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria, poiché evidentemente il legislatore ritiene esista un interesse pubblico a che quella particolare disciplina sia rispettata.

Lo stesso vale senz'altro nei casi che consentono accesso al giudizio alle associazioni non, come si osservava in precedenza, in sostituzione dei singoli appartenenti, ma in virtù del riconoscimento da parte del legislatore in quell'ambito particolare di un interesse generale che emerge nell'ordinamento, ma non è individualizzato²⁸. L'azione di classe introdotta all'art. 140-*bis* del Codice del consumo²⁹, già ricordata in precedenza, certo offre una disciplina al cumulo di più domande risarcitorie nascenti dallo stesso fatto costitutivo così da soddisfare anche le esigenze di economia processuale e parità di trattamento. Al contempo, l'esercizio di un'azione dal contenuto diverso e distinto è riconosciuto in capo all'associazione, in casi in cui non si realizza la sostituzione dell'associazione alla posizione individuale del consumatore o dell'utente.

Ugualmente il nuovo art. 840-*bis* c.p.c. apre il giudizio alle associazioni ed organizzazioni a prescindere dalla titolarità in capo alle stesse di una posizione qualificata o della sostituzione processuale dei singoli, ma sulla base degli obiettivi di tutela presenti nei loro statuti e dell'accreditamento presso l'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia.

²⁷ Specificamente si tratta degli artt. 14, comma 7, 62, 110, comma 1, 121, comma 6 e 157, comma 2, d.lgs. n. 58/1998.

²⁸ M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 103; M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, 49; A. CARRATTA, *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 315; con riguardo agli interessi diffusi M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 11.

²⁹ Introdotto dall'art. 2, comma 446.

Anche nel giudizio amministrativo il legislatore ha introdotto fattispecie di legittimazione speciale in capo a soggetti privati, che non sembra corretto ricondurre alla sostituzione processuale, ma, invece, possono considerarsi esempi di legittimazione straordinaria legata alla necessità di tutelare situazioni non soggettivizzate, che, diversamente, difficilmente troverebbero accesso alla giustizia, in ambiti particolarmente sensibili per la società.

Si pensi anzitutto alla tutela degli interessi ambientali, cui si è appena accennato nel precedente capitolo.

Con l'istituzione del Ministero dell'ambiente, si è in parte risolto il problema dell'accesso alla giustizia delle associazioni ambientali, laddove l'art. 18 della legge n. 349/1986 attribuisce alle associazioni, individuate secondo i criteri di cui all'art. 13 della stessa legge, la legittimazione a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti amministrativi pregiudizievoli per l'ambiente³⁰. Il legislatore ha così inteso assegnare alle associazioni una particolare legittimazione a ricorrere, per la tutela di interessi che altrimenti sarebbero stati privi di una garanzia giurisdizionale³¹.

Come già si è avuto modo di precisare³², senz'altro, la nozione di interesse diffuso è ormai matura e distinta da quella di interesse collettivo, una volta chiaritosi che, pur essendo entrambi comuni a più soggetti, l'interesse diffuso è tale in quanto pertinente "identicamente ad una pluralità di soggetti più o meno determinata e determinabile, eventualmente unificata". La iniziale relatività della nozione si deve all'impegno di conquistare all'ordine giuridico «nuovi» strati di interessi (colti nel significato socioeconomico del termine, quale rapporto fra bisogni e beni idonei ad appagarli), privi di riconoscimento sostanziale e processuale o solo marginalmente dotati di efficace strumentazione operativa³³.

L'emersione dell'interesse alla tutela dell'ambiente quale interesse diffuso esprime, almeno in parte, la ritenuta incapacità dell'amministrazione, soprattutto quando essa cura interessi generali, di offrire la giusta considerazione e valorizzazione alla tutela dell'ambiente, posto che, sino a quel momento, la tutela di interessi non individualizzati era affidata al potere pubblico. Certo esistono numerose amministrazioni che curano prevalentemente l'interesse alla tutela dell'ambiente, che deve perciò dirsi anche interesse pubblico; nulla esclude, però,

³⁰ Per una sintesi del dibattito sugli interessi diffusi G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Annuali VII*, 2014, 513. Sul tema della legittimazione in particolare P. DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 688.

³¹ Come ricorda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018.

³² Si rinvia al capitolo precedente e anche, se si vuole, a M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, cit., 734.

³³ Si rinvia ancora a M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo*, cit., 748 ss.

che associazioni o gruppi di privati si organizzino per curare quel medesimo interesse: ciò è accaduto ed accade quando tali soggetti non ritengano adeguato e conveniente l'operare dell'amministrazione.

Se il Comune non dispone la chiusura dell'inceneritore obsoleto e altamente inquinante in risposta alla petizione di parte dei cittadini residenti, è probabile che si formi spontaneamente un'associazione a tutela dell'interesse ad un ambiente salubre. Se la programmazione urbanistica prevede l'insediamento di una nuova zona industriale non lontano dall'area verde ove la cittadinanza si riversa nelle vacanze estive, parte degli abitanti facilmente costituirà un comitato ritenendo la scelta potenzialmente lesiva della fruibilità dell'ecosistema e del territorio.

Nel cimentarsi con la questione della legittimazione del gruppo ad agire, come organizzazione o come corpo, a tutela degli interessi comuni ai suoi membri e commentando la sentenza capostipite di Italia Nostra, si è precisato³⁴ che la legittimazione così ampia non si può spiegare attraverso la figura dell'interesse legittimo, inteso come interesse differenziato, ma è diversa pure dalla legittimazione diffusa o indifferenziata dell'azione popolare.

Certo il processo non può, o non può di regola, essere aperto anche a chi non abbia alcun rapporto con l'oggetto dedotto in giudizio; un requisito di legittimazione ci deve essere, l'*actio popularis* non può che essere l'eccezione³⁵.

Da qui l'intervento del legislatore che soddisfa l'esigenza di fissare alcuni requisiti di legittimazione per i portatori di interessi diffusi, affinché il ricorrente agisca non soltanto per sé e per il suo individuale tornaconto, ma come efficace rappresentante dell'interesse comune.

La dottrina³⁶ evidenzia il limite di tale costruzione nell'essere il ricorrente il portatore non del suo proprio interesse giuridico individuale, ma di un interesse comune, diffuso o collettivo, di categoria o di classe.

La funzione propria della legittimazione, come momento di soggettivizzazione della tutela, viene meno, posto che gli interessi diffusi possono certo convogliarsi in più di un'associazione o gruppo.

Ecco, allora, che la legittimazione speciale assume quel diverso valore, cui si accennava in precedenza. Non è utile ad individuare il sostituto processuale, ma a qualificare il soggetto portatore degli interessi ambientali, o, in genere, diffusi,

³⁴F.G. COCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), Cedam, Padova, 1976, 57, qui 80.

³⁵M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale, di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), cit., 191, qui 199.

³⁶LOUIS JAFFE, *Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hobfeldian or Ideological Plaintiff*, 116 *U. Pa. L. Rev.* 1033 (1968) (ricordato da Cappelletti, cit., 200) che introduce appunto il concetto di *ideological plaintiff* ovvero della parte ideologica che rappresenta gli interessi dei più.

per evitare che si tratti di un rappresentante inadeguato dell'interesse, non sufficientemente informato, trascurato, poco serio o perseverante, se non addirittura pronto a collusioni o aperto alla corruzione.

Non si tratta di positivizzare un caso di sostituzione processuale, ma di attribuire l'esercizio dell'azione ancorché non esista una situazione individualizzata in capo ad un soggetto.

La funzione tradizionale della legittimazione ne risulta stravolta: se infatti la legittimazione è tesa ad evitare interferenze altrui nella sfera del titolare della posizione qualificata, quanto agli interessi diffusi la funzione diventa invece quella di limitare possibili inadeguatezze, lacune nella rappresentatività o addirittura abusi del portatore degli stessi: norme e istituti, ancorché nati con un contenuto ideologico diverso, possono certo riempirsi di contenuti nuovi in grado di rappresentare la realtà in trasformazione.

La scelta del legislatore di introdurre una legittimazione speciale, attribuita ad associazioni previamente identificate sulla base di criteri oggettivi e senza alcuna verifica della titolarità di un interesse qualificato, si spiega dunque con l'intento di individuare un "portatore adeguato"³⁷.

Anche alla luce dell'esame della legittimazione straordinaria nel giudizio civile e dei casi di legittimazione speciale in capo a soggetti privati nel giudizio amministrativo, si conferma, dunque, la possibilità di distinguere in due grandi ambiti, le diverse e disomogenee fattispecie di legittimazione speciale o straordinaria.

Vi è cioè un primo ambito di ipotesi di sostituzione processuale, in cui è chiaro nell'ordinamento chi sia il titolare della posizione giuridica, ma il legislatore sceglie di riconoscere ad altri l'iniziativa per la tutela in giudizio, e un secondo distinto ambito di ipotesi di legittimazione straordinaria, che potremmo dire piena, ogni volta che non sia semplice individuare le previsioni nell'ordinamento che riconoscano rilevanza giuridica alla posizione oggetto della controversia e tuttavia il legislatore intervenga a identificare un soggetto titolare di determinate azioni in giudizio. Si tratta, in queste ipotesi, di un soggetto che non si sostituisce al titolare effettivo dell'azione, ma sulla base di una scelta di politica legislativa si ritiene capace di chiedere tutela in giudizio a posizioni difficilmente soggettivizzabili, perché per loro natura indistintamente distribuite, e assai faticosamente ricostruibili come situazioni giuridicamente rilevanti stante l'assenza di norme in grado di differenziarle e attribuir loro prerogative specifiche e differenziate.

Questo distinguo tornerà utile nell'intento di ricostruzione della legittimazione straordinaria attiva dell'Amministrazione, una volta esaminate in dettaglio le diverse figure esistenti nell'ordinamento.

Prima, però, di comprendere come questa riflessione si applichi alle ipotesi

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008 n. 3507, parr. 4.3-4.4.

di legittimazione speciale dell'Amministrazione di fronte al T.A.R. e al Consiglio di Stato, occorre domandarsi, sempre in via generale, se le disposizioni che prevedono forme di legittimazione straordinaria in capo ad associazioni o soggetti privati, nonché in capo al pubblico ministero, debbano considerarsi tassative. O se, invece, esse siano ricognitive di scelte del legislatore circa gli interessi tutelabili, scelte che, in mancanza di disposizione espressa, devono desumersi dall'ampio spettro dell'assetto normativo complessivo della materia.

In altre parole, ci si chiede se il giudice possa generalizzare talune disposizioni di legittimazione straordinaria ritenendo sussistente la stessa *ratio*.

In proposito in assenza di una specifica disposizione che attribuisse la legittimazione speciale in capo all'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici, che, come noto, e come meglio sarà precisato più avanti, prima di ANAC era preposta alla vigilanza nel settore dei contratti pubblici, la dottrina³⁸ si era interrogata sul punto, esprimendo decise perplessità, anche legate alle specificità del giudizio sugli appalti e della sua disciplina

In particolare, si era affermato che dal riconoscimento della legittimazione sarebbe derivata l'instabilità dei provvedimenti delle stazioni appaltanti, soggetti ad impugnazioni proponibili *sine die*³⁹. In aggiunta, la legittimazione dell'Autorità avrebbe dato vita ad un incremento della litigiosità, già altissima, nel settore degli appalti⁴⁰, nonché a possibili conflitti di competenze tra Autorità (AGCM e

³⁸ A. SERGI, *L'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Sala, Cedam, Padova, 2014, tomo I, 43, qui 176 ss.

³⁹ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 21 dicembre 2000, n. 1427, cit. (nel caso di specie, diversamente da quel che sembra a prima vista, l'Autorità non "azionava un giudizio avanti al TAR", ma era resistente in un giudizio promosso da un Comune, che aveva impugnato il provvedimento con cui l'Autorità aveva rilevato l'illegittimità di una delibera della Giunta relativa ad un contratto, invitando lo stesso ad esercitare i poteri di autotutela): "Nel caso di specie l'Autorità intende presentarsi come un organo di controllo ulteriore, capace di azionare un giudizio avanti al TAR che ha i connotati della giurisdizione oggettiva, o nell'interesse della legge, mentre la cognizione di questo giudice è prevista dall'ordinamento solo ad istanza della parte interessata. Coerentemente non è stato previsto l'ufficio del P.M., come avevano proposto alcuni progetti, che furono presentati proprio negli anni in cui fu avviato il disegno riformatore, che portò all'approvazione della c.d. legge Merloni. Il collegio deve ancora rilevare che l'eventuale legittimità dell'atto impugnato porterebbe ad un risultato contrastante con degli importanti principi del diritto amministrativo. L'Autorità chiede infatti che il Comune riveda gli atti di attribuzione di incarichi professionali ad un soggetto che stipulò il contratto con la p.a. un anno addietro. Si andrebbe così ad incidere su situazioni ormai consolidate, contraddicendo lo spirito delle norme che prevedono il termine in base al quale l'atto dell'amministrazione va impugnato. Tale previsione deriva dalla necessità di permettere all'attività della p.a. (e di conseguenza a quella dei privati che con la p.a. stessa devono collaborare) di operare in un quadro di certezza giuridica, senza il condizionamento di un'impugnativa che può pervenire senza limiti di tempo, ancorché formulata nei termini di una richiesta di annullamento d'ufficio o di revoca".

⁴⁰ In merito, la relazione di accompagnamento al d.P.R. n. 554/1999, cit.

AVCP) e amministrazioni appaltanti oppure tra le stesse autorità⁴¹. In favore della legittimazione si era espressa solo qualche voce in dottrina⁴².

Di recente, si è ipotizzato di “*ribaltare il dogma della necessità di una previa disposizione di legge, che attribuisca all'autorità il potere di proporre ricorso*”. Ogni autorità indipendente, nella misura in cui è deputata alla cura di interessi pubblici, in relazione ad essi sarebbe anche titolare del potere di azionare la tutela giurisdizionale, a prescindere da un riconoscimento legale. A fondamento di tale interpretazione si richiama la giurisprudenza (ricordata nei paragrafi tre e quattro del precedente capitolo) che ritiene sussistente la legittimazione degli enti esponenziali di interessi pubblici o privati ogni volta che un provvedimento amministrativo dia vita, con i propri effetti, alla lesione dello scopo istituzionale dell'ente⁴³.

Alla luce della ricostruzione precedente dei fondamenti e della funzione della legittimazione straordinaria, si ritiene di dissentire decisamente da questa interpretazione e che, al contrario, le fattispecie di legittimazione straordinaria debbano intendersi come eccezionali, in quanto in deroga alla regola generale, e, dunque, sempre tassative e passibili di esclusiva interpretazione letterale: senza dubbio, il legislatore resta sempre libero di intervenire a perfezionare o ampliare il dettato quando reputi necessario riconoscere l'esercizio dello strumento processuale a soggetti diversi da quelli specificamente individuati.

La necessità dell'intervento espresso del legislatore e dell'interpretazione letterale delle disposizioni di legittimazione speciale avvalorava anche le conclusioni cui si è giunti nel capitolo precedente in merito alla assai discutibile coincidenza che il giudice amministrativo sempre più spesso tende ad operare tra interessi la cui cura è affidata all'azione amministrativa e titolarità di quei medesimi interessi in capo all'Amministrazione preposta.

Poste queste premesse in tema di legittimazione straordinaria, si tratta ora di analizzare le previsioni introdotte dal legislatore che specificamente riconoscono all'Amministrazione l'accesso al giudizio amministrativo.

⁴¹ In questo senso si esprime M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, cit., 117-118: che precisa che “... il giudice amministrativo si troverà sempre più spesso a decidere su controversie tra parti esclusivamente pubbliche. Questa evenienza, oggi ancora piuttosto rara, è considerata un'anomalia.”

⁴² C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 264 ss.; A. SERGI, *op. ult. cit.*

⁴³ In questo senso N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, pubblicato sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

2. La legittimazione straordinaria di alcuni Ministri

Il legislatore ha talora riconosciuto a singoli Ministri la legittimazione processuale non solo, come si è visto nel paragrafo precedente, davanti al giudice ordinario, ma anche nel giudizio amministrativo.

In particolare, l'art. 6, comma 9, legge n. 168/1989⁴⁴ prevede che gli statuti e i regolamenti di ateneo, una volta deliberati, siano “*trasmessi al Ministro che, entro il termine perentorio di sessanta giorni, esercita il controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame ...*”, precisando, al successivo comma 10, che “*Il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all'università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell'università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità ...*”.

Si tratta, quindi, di una procedura bifasica.

Dapprima il Ministro segnala all'Università i vizi che ritiene sussistano negli adottandi atti normativi e, solo in caso l'Università non modifichi il testo in conformità ai rilievi, allora è legittimato a ricorrere di fronte al giudice amministrativo⁴⁵.

In più di un'occasione il Ministro ha impugnato, sulla base della disposizione ricordata, gli statuti e i regolamenti adottati dagli Atenei.

In proposito la giurisprudenza ha precisato che “*... il Ministro non abbia al-*

⁴⁴ Poi richiamato anche dall'art. 2, legge n. 240/2010 e ripreso dal legislatore anche nel 1998, con riguardo ai regolamenti sul reclutamento dei docenti universitari. L'art. 1, commi 3 e 4, legge n. 210/1998 dispone che: “In conformità a quanto previsto dall'articolo 6 della legge 9 maggio 1989, n. 168, i regolamenti di cui al comma 2 sono deliberati dagli organi competenti dell'università a maggioranza assoluta dei componenti. Essi sono trasmessi al Ministro che, entro il termine perentorio di sessanta giorni, esercita il controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame. In assenza di rilievi essi sono emanati dal rettore. Il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare i regolamenti alla università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell'università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei loro componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità. Quando la maggioranza qualificata non sia stata raggiunta, le norme contestate non possono essere emanate”.

⁴⁵ Alcune riflessioni in merito agli eventuali riflessi della previsione sull'autonomia universitaria formula, da ultimo, F. SPANNICCIATI, *La legittimazione speciale del MIUR, del MEF e dell'ART*, in *Quando lo stato fa causa allo stato. La legittimazione attiva della pubblica amministrazione*, a cura di M. Macchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 95, qui 102.

*cuna posizione soggettiva di interesse legittimo spendibile in sede giurisdizionale, se non quella (unica) riconosciuta dalla norma da ultimo citata”*⁴⁶.

Piuttosto che del riconoscimento di una posizione soggettiva la previsione pare attribuire al Ministro, secondo il distinguo di cui al paragrafo precedente, l'esercizio dell'azione di annullamento delle delibere universitarie e il potere di impugnare, ogni volta sia in disaccordo, lo statuto o il regolamento approvato.

Si tratta cioè non di una legittimazione straordinaria intesa quale sostituzione processuale, ma, al contrario, di una legittimazione straordinaria o speciale in senso proprio, in quanto desoggettivizzata e ricollegabile in via generale alla cura degli interessi pubblici cui il Ministero è preposto⁴⁷.

La scelta del legislatore finisce così per riconoscere e conferire al Ministro una posizione di tutto rilievo nel settore, e, di fatto, un limitato potere di controllo diretto sul legittimo esercizio dell'autonomia universitaria, che è invece riservato al giudice ogni volta vi siano divergenze tra Università e Ministero.

Anche l'art. 52, comma 4, d.lgs. n. 446/1977 ha previsto un analogo meccanismo a favore del Ministero dell'economia e delle finanze, legittimato ad impugnare innanzi gli organi di giustizia amministrativa, in questo caso, senza alcun obbligo di preventivi rilievi, i regolamenti tributari emanati dagli enti locali.

In merito, di recente⁴⁸, il Consiglio di Stato ha precisato che *“l'articolo 52 del d.lgs. n. 446 del 1977 attribuisce [...] al Ministero dell'economia e delle finanze una sorta di legittimazione straordinaria a ricorrere alla giustizia amministrativa, per l'annullamento dei regolamenti e degli atti in materia di tributi adottati dall'ente locale, per motivi di legittimità. Tale legittimazione, conferita al Ministero dalla norma citata, prescinde dall'esistenza di una lesione di una situazione giuridica tutelabile in capo allo stesso dicastero, configurandosi come una legittimazione ex lege, esclusivamente in funzione e a tutela degli interessi pubblici la cui cura è affidata al Ministero dalla stessa legge (cfr. Cons. Stato, sez. 3, parere del 14 luglio 1998)”*⁴⁹.

⁴⁶ TAR Catania, Sicilia, 18 settembre 2012, n. 234.

⁴⁷ In merito, cfr. F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss.; C. AMICONI, *L'autonomia universitaria tra delegificazione, controllo ministeriale e sindacato giurisdizionale*, in www.giustamm.it, 1998; A. GUSTAPANE, *Brevi note sui regolamenti di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 89 ss.

⁴⁸ Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2018, n. 176. Nel caso di specie il Ministero chiedeva “l'annullamento delle seguenti deliberazioni del Consiglio comunale di Induno Olona: a) n. 30 del 4 agosto 2015, di determinazione delle aliquote ai fini dell'addizionale IRPEF per l'anno 2015; b) n. 31 del 4 agosto 2015, di determinazione delle aliquote per l'anno 2015 ai fini del tributo per i servizi indivisibili (TASI); c) n. 32 del 4 agosto 2015, di determinazione delle aliquote per l'anno 2015, ai fini dell'imposta municipale propria (IMU); d) n. 33 del 4 agosto 2015, di determinazione delle tariffe TARI per l'anno 2015.”

⁴⁹ Il giudice richiama un precedente della stessa Sezione, del 17 luglio 2014, n. 3817. Nello stesso senso anche T.A.R. Potenza, Basilicata, sez. I, 12 agosto 2016, n. 812, che precisa che “non risulta condivisibile l'invocata Sentenza del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia n. 148 del 22 aprile 2016,

Il riconoscimento della legittimazione ai Ministri esprime, anche ad avviso del giudice, la necessità avvertita dal legislatore di indicare un preciso soggetto quale titolare del potere di impugnazione di determinati atti.

Esaminando le previsioni che legittimano al ricorso davanti al giudice amministrativo emerge che non si tratta di casi in cui esista una sostituzione processuale, ma piuttosto il legislatore ha individuato nel Ministro, in quanto figura preposta alla cura degli interessi del settore, l'organo cui affidare il potere di controllo indiretto della legittimità degli atti adottati attraverso il ricorso al giudice.

Le perplessità sollevate in merito a dette attribuzioni si fondano sulla circostanza che le autorità ministeriali sembrano poter agire di fronte al giudice amministrativo al fine di ottenere l'annullamento degli atti adottati da altre amministrazioni, solo in quanto illegittimi, a tutela cioè del ripristino della legalità violata, a prescindere dall'interesse particolare di cui le stesse sono portatrici.

Le disposizioni, cioè, configurano un ricorso del Ministro al giudice nel solo interesse della legge.

In realtà è questo, come emerso in precedenza, lo specifico scopo cui è preposta la legittimazione straordinaria.

Non sarebbe affatto necessaria una previsione di legge se la posizione del Ministro fosse giuridicamente rilevante e differenziata. Dubbi suscita, inoltre, la scelta di appellarsi allo strumento giudiziario per curare gli interessi pubblici affidati alla cura da parte del Ministro e presidiati dai poteri amministrativi già previsti dal legislatore, come già si è tentato di dimostrare nel capitolo precedente.

3. Le Autorità amministrative indipendenti e la loro specialità anche nella legittimazione

L'ambito in cui più numerose sono le fattispecie di legittimazione straordinaria nel giudizio amministrativo è sicuramente quello delle Autorità amministrative indipendenti.

secondo cui risultano inammissibili per difetto di interesse le impugnazioni da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze dei provvedimenti di aumento delle aliquote dei tributi e/o delle tariffe della TARI, deliberati dagli Enti Locali, per il mancato rispetto del termine di approvazione stabilito dal combinato disposto di cui agli artt. 1, comma 169, legge n. 296/2006, art. 1, comma 683, legge n. 147/2013 e 151, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, quando non vengono evidenziati specifici interessi pubblici e/o effetti favorevoli ricavabili dall'annullamento dei predetti provvedimenti, in quanto, come sopra già rilevato, il suddetto art. 52, comma 4, d.lgs. n. 446/1997 si limita a prevedere espressamente l'impugnazione "per vizi di legittimità", cioè per la violazione di qualsiasi norma giuridica, anche se le dedotte violazioni, come quella di cui è causa, non comportano alcun riflesso negativo nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze oppure in generale verso l'equilibrio tra le entrate e le spese dell'intera finanza pubblica allargata".

L'erompere delle Autorità indipendenti⁵⁰, prendendo a prestito l'ormai celebre titolo di Predieri, è fenomeno che da subito ha richiamato l'interesse della dottrina, i cui studi e le cui riflessioni hanno affrontato i più diversi profili legati all'attività⁵¹ e ai poteri alle stesse attribuiti, ai procedimenti per il loro esercizio, alla collocazione nell'ordinamento e al sindacato giurisdizionale sugli atti adottati dalle Autorità.

Così ci si è domandati⁵² perché venga attribuito il compito di decidere questioni di interesse collettivo ad autorità dotate di indipendenza, i cui membri vengono scelti con criteri particolarmente selettivi e sottoposti a incompatibilità ben superiori a quelle dei giudici, per assoggettare, poi, la loro attività all'ordinario sindacato giurisdizionale. E pure si è argomentato⁵³ che se l'unica preclusione al sindacato va individuata nell'impossibilità del giudice di esercitare direttamente (invece di verificarne il corretto esercizio) il potere rimesso dal legislatore all'Autorità, tuttavia negli ultimi anni parrebbe emergere anche un atteggiamento più cauto. La copertura costituzionale operata dall'art. 24 della Carta ha quale conseguenza inevitabile che al giudice spetti sempre la parola finale⁵⁴. La stessa collocazione al di fuori del circuito politico-rappresentativo e la conseguente assenza in capo a tali soggetti dei legami ministeriali previsti all'art. 95 Cost. hanno, inoltre, interrogato la dottrina sul diverso fondamento cui ricondurre la legittimazione delle Autorità nell'ordinamento⁵⁵.

Le Autorità indipendenti investite di poteri normativi (di regolazione), amministrativi e quasi giurisdizionali si pongono infatti in controtendenza rispetto al moto plurisecolare che ha portato a differenziare le funzioni pubbliche. Anzi, la tradizionale debolezza degli apparati amministrativi nell'esperienza italiana costituirebbe uno dei motivi dell'istituzione delle Autorità indipendenti⁵⁶. La mancanza di adeguata preparazione tecnica spingeva, infatti, all'istituzione di

⁵⁰ A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997.

⁵¹ Da ultimo si interroga sui vincoli all'esercizio dei poteri delle Autorità e, in particolare, sulla figura singolare di ANAC: P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

⁵² S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Il Mulino, Bologna, 1996, 222.

⁵³ R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 792 e ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, 323.

⁵⁴ R. VILLATA, *op. ult. cit.*, 335.

⁵⁵ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Cedam, Padova, 1994; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili democratici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. Europeo*, 2015, 1.

⁵⁶ Come precisa M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 8-9.

nuovi soggetti con personale e commissari altamente qualificati, in settori connotati da elevate tecnicità della materia da regolare e della disciplina da applicare. L'esigenza di specializzazione legata all'applicazione di regole la cui piena comprensione richiama nozioni di diversi saperi insieme a una conoscenza del funzionamento dei settori o della dinamica del mercato milita a favore dell'individuazione di un modello diverso da quello ministeriale.

Del resto, proprio negli Stati Uniti in cui il principio della separazione dei poteri conosce da sempre spazio nella Costituzione con un'impronta fortemente liberale, il modello delle *independent commissions* e *administrative agencies* ha permesso la regolazione amministrativa dell'attività dei privati attraverso l'espansione dell'intervento pubblico, soprattutto nel periodo del New Deal di Roosevelt. Ed infatti, il legislatore e la dottrina non di rado si ispirano alle soluzioni già sperimentate in quell'ordinamento per offrire risposte alle questioni nazionali. Basti pensare al tema dei poteri impliciti⁵⁷ e della partecipazione ai procedimenti decisionali⁵⁸.

Pur nella consapevolezza che le Autorità non siano riconducibili ad un unico modello, tuttavia si sono riconosciuti a questi soggetti caratteri comuni, così da ricostruire la categoria delle Autorità indipendenti come un nuovo soggetto della Pubblica Amministrazione, caratterizzato dalla emancipazione, più o meno spiccata, dall'indirizzo politico amministrativo del Governo e dal profilo dei commissari dell'Autorità, tutti soggetti tecnici conoscitori o studiosi attenti delle dinamiche alla cui regolazione, controllo, verifica sono preposti.

È stato proprio a seguito delle politiche di liberalizzazione e privatizzazione che le Autorità indipendenti hanno conosciuto maggior successo, fortemente legate al nuovo modello dello Stato regolatore che crea i presupposti per il funzionamento della concorrenza tra le imprese, intervenendo solo a correggere i fallimenti del mercato. Il modello dopo una prima fase di grande entusiasmo ha poi conosciuto un periodo di declino⁵⁹, cui è seguito un riassetto, sicché oggi la loro sopravvivenza non sembra più in discussione. Di recente, tuttavia, le

⁵⁷ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.c. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 767; P. PANTALONE, *op. ult. cit.*

⁵⁸ M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁵⁹ S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 102, traccia un'analisi del primo ventennio dalla comparsa delle Autorità indipendenti e osserva che: "Nel breve ventennio della loro vita, le autorità indipendenti hanno attraversato una fase di nascita e sviluppo, una di crisi. Alcune si sono consolidate individualmente, ma l'insieme si è indebolito. Non se ne sono aggiunte altre. Le differenziazioni hanno contribuito alla mancata costituzione di un 'sistema' di autorità indipendenti. C'è da chiedersi se quella delle autorità indipendenti sia un'esperienza che si apre e si chiude nel breve volgere di venti anni, un capitolo giunto al termine, oppure se essa possa riavviarsi, in condizioni diverse. Sono moderatamente ottimista. In diversi contesti potranno svilupparsi altre autorità, perché non ne è cessato il bisogno. Ma mi pare difficile illudersi che esse riescano a 'fare sistema', a divenire predominanti, secondo la formula svedese."

Autorità indipendenti sono state oggetto di dubbi interventi e pressioni a livello politico, in totale assenza di presupposti giuridici per l'esercizio degli stessi, come bene è stato precisato da altri⁶⁰.

Pare quanto meno curioso che proprio soggetti che, come si è cercato assai sinteticamente di ricordare, mettono in crisi i principi fondanti del diritto amministrativo siano poi stati individuati dal legislatore come titolari di poteri straordinari di azione.

Del resto, la scelta del legislatore di istituire Autorità indipendenti in alcuni particolari settori manifesta l'avvertita necessità di riconoscere peculiari cautele e specifiche tutele rispetto agli interessi sensibili che ivi emergono.

In questo senso, la legittimazione straordinaria potrebbe rappresentare l'elemento di chiusura: la peculiarità del settore, gli interessi sensibili che lo caratterizzano, richiedono non solo un modello di pubblica amministrazione nuovo, indipendente al fine di assicurare la piena tutela dei cittadini, utenti e consumatori, ma anche, o forse e anche, che a quella Autorità sia riconosciuto un particolare potere di azione in giudizio quando avverta la necessità di intervenire per garantire il corretto funzionamento delle dinamiche del settore cui è preposta o degli interessi che ha il compito di curare.

Se questa fosse la motivazione, si richiederebbe l'introduzione di una disposizione generale che riconosca la legittimazione speciale in capo a qualsiasi Autorità indipendente, di garanzia o di regolazione, e, tuttavia, come a breve meglio si mostrerà, non è questo che ha previsto il legislatore.

Si tratta, allora, di esaminare la disciplina e le questioni ancora irrisolte ogni volta che si preveda la legittimazione straordinaria di un'Autorità indipendente, per tentare di verificare se sia possibile qualche considerazione di sistema sulle fattispecie di legittimazione speciale introdotte in capo a questi particolari soggetti.

3.1. *La legittimazione straordinaria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

L'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990 introdotto nel 2011⁶¹ è stato il primo esempio di legittimazione riconosciuta in capo ad una Autorità amministrativa indipendente.

⁶⁰ M. CLARICH, *Editoriale*, in *Riv. reg. merc.*, 1/2018; S. FABBRINI, *Editoriale*, in *Il Sole 24 ore*, 27 gennaio 2019.

⁶¹ La rubrica dell'articolo si riferisce ai "Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza". La disposizione è stata inserita dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011 convertito, con modifiche, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici".

L'Autorità nel precedente ventennio di attività aveva già avuto modo di dare buona prova del suo funzionamento e del rilievo dei suoi poteri nel garantire il corretto svolgersi delle regole del mercato⁶².

Come noto, il nucleo caratterizzante dei poteri dell'Autorità è rappresentato dal potere di accertamento e di qualificazione di fatti, atti, condotte e comportamenti in relazione ad eventuali violazioni della disciplina materiale della concorrenza e dal potere di adozione delle misure sanzionatorie e ripristinatorie conseguenti⁶³.

È fortemente discusso in dottrina⁶⁴ se tale potere di compiere valutazioni complesse presupponga o meno un apprezzamento e una ponderazione di interessi⁶⁵ o si limiti all'accertamento dell'osservanza della norma applicata⁶⁶. La Corte costituzionale, interpellata in merito alla possibilità di qualificare l'Autorità come giudice *a quo*, ha di recente precisato⁶⁷ che il potere attribuito all'Autorità è una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, a dire della Corte, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato, e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale⁶⁸.

⁶²Del rilievo dell'attività dell'Autorità ragiona da ultimo B. SPAMPINATO, *Contributo allo studio del principio di "promozione" della concorrenza nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018. In precedenza, si ricordino i contributi di M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit.; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: organizzazione, poteri, funzioni*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

⁶³M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, cit., 95-96.

⁶⁴Ragiona su tale dibattito A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, in particolare 127 ss. propende per la natura amministrativa dell'attività svolta dall'Autorità.

⁶⁵In questo senso M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit.

⁶⁶Come sostiene M. CLARICH, *op. ult. cit.*, pp. 96-97, che tuttavia riconosce che alcune disposizioni della legge n. 287 prevedano fattispecie di poteri amministrativi propriamente discrezionali attribuiti all'Autorità, riferendosi alle autorizzazioni di intese o categorie di intese di per sé vietate (art. 4) e di operazioni di concentrazioni altrimenti vietate (art. 25).

⁶⁷Nella decisione Corte cost. 4 dicembre 2018-31 gennaio 2019, n. 13 in cui era stata chiamata a decidere quanto alla legittimazione dell'AGCM a sollevare questione di costituzionalità.

⁶⁸Precisa la Corte più avanti "Ciò emerge con particolare evidenza nei rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità garante (artt. 21, 22, 23 e 24 della legge antitrust e art. 23-bis, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante 'Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria') e nell'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli 'impegni' e i cosiddetti

Le funzioni dell'Autorità, nel tempo, si sono ampliate⁶⁹.

Il Reg. n. 1/2003/CE ha riconosciuto alle Autorità nazionali il compito di applicare le regole della concorrenza sancite agli artt. 81 e 82 del Trattato.

A questi poteri se ne sono aggiunti ulteriori previsti dalle discipline di settore⁷⁰, tali per cui i poteri decisori si combinano con poteri di segnalazione e consulenza alle amministrazioni utili all'adozione di soluzioni favorevoli ad una diffusa apertura della concorrenza.

La tutela della concorrenza affianca alle tradizionali funzioni neutrali a garanzia dell'ordine naturale del mercato (il c.d. *enforcement*), anche funzioni "politiche" di indirizzo del mercato. Ed anzi si fa sovente impiego dei poteri "neutrali", attribuiti a garanzia di un preteso ordine naturale del mercato, per esercitare funzioni "politiche" di indirizzo del mercato medesimo⁷¹. La politicità della

ti programmi di clemenza (rispettivamente, artt. 4, 14-ter e 15, comma 2-bis, della legge antitrust) ... Si aggiunga che l'attività dell'Autorità garante si sviluppa nell'ambito di un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale, proprio perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 26 marzo 2015, n. 1596; sezione VI, sentenza 11 gennaio 2016, n. 38).”.

⁶⁹M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit.; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: organizzazione, poteri, funzioni*, cit.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit.

⁷⁰Così nella recente disposizione (introdotta dal comma 545 dell'art. 1 della legge finanziaria 2016, legge 12 dicembre 2016, n. 232, come modificato dal comma 1099 dell'art. 1 della legge finanziaria 2018, legge 30 dicembre 2018, n. 145) in merito alla vendita o qualsiasi altra forma di collocamento di titoli di accesso ad attività di spettacolo effettuata da soggetto diverso dai titolari si prevede un parere di AGCM e sempre AGCM assegna un *rating* di legalità alle imprese che ne facciano richiesta sulla base di quanto disposto dall'art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (inserito alla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27) e del successivo Regolamento della stessa AGCM (Autorità garante concorrenza e mercato, Del. 15 maggio 2018 n. 27165, Regolamento attuativo in materia di rating di legalità). Ancora nella disciplina per l'adozione della legge annuale per la concorrenza si riconosce espresso rilievo ai pareri e alle segnalazioni dell'Autorità, che fungono da basi per la redazione dell'atto normativo. Si ricordi, inoltre, che con l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148 (adottato a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008 con d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 in esito al referendum svolto il 12 e 13 giugno 2011) veniva nuovamente resa obbligatoria la preventiva verifica, da parte degli enti locali, di una gestione concorrenziale dei servizi di loro pertinenza, che doveva concludersi con l'adozione di una delibera quadro. Laddove si verificasse la duplice condizione che l'ente avesse popolazione superiore a 10.000 abitanti e venisse assunto in esclusiva un servizio con valore economico pari o superiore alla somma annuale pari a 200.000 euro, l'adozione della delibera quadro doveva essere preceduta dal parere obbligatorio e non vincolante dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, da rendere entro sessanta giorni. Fino all'adozione di tale delibera era proibito agli enti locali attribuire diritti di esclusiva per lo svolgimento dei propri servizi pubblici.

⁷¹Come precisa A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, cit., 245, che mette anche in rilievo come la definizione dell'equilibrio ottimale del mercato si fonda sempre su una valu-

funzione è necessitata dalla compresenza, nell'ambito delle dinamiche di mercato, di una pluralità di interessi primari e secondari tra loro in conflitto.

Certamente la neutralità dell'Autorità resta in quanto intesa a tutelare il mercato, e non singoli operatori, ma è chiaro che le valutazioni quanto al miglior equilibrio implicano ponderazioni di interessi. L'Autorità assumerebbe così attraverso la sua attività sanzionatoria, nonché con gli impegni atti ad evitare l'irrogazione delle sanzioni, un "ruolo di regolazione attiva del mercato"⁷².

L'attività di consulenza alle Amministrazioni è specificamente prevista e generalizzata nella legge istitutiva. In particolare, l'art. 21 della legge n. 287/1990 prevede un potere di segnalazione al Parlamento e al Governo di distorsioni della concorrenza determinate da norme di legge o di regolamento o da atti amministrativi di carattere generale e l'art. 22 dispone che l'Autorità possa esprimere un parere *ex ante*, in genere attivato su richiesta di amministrazioni, enti pubblici interessati, nonché del Presidente del Consiglio dei Ministri.

I poteri di segnalazione, il rilascio di pareri o l'adozione di raccomandazioni, che nell'insieme sono espressione di poteri c.d. di *advocacy*⁷³, ovvero di ausilio, sostegno all'affermarsi del principio della concorrenza nel mercato, svolgono senz'altro un ruolo complementare ai già ricordati poteri c.d. di *enforcement*, cioè di attuazione del dato normativo a mezzo di provvedimenti e decisioni. Essi, infatti, contribuiscono a migliorare la qualità della legislazione, anche tenendo conto del contesto europeo e con lo stesso coordinandola, e sono utili a garantire un assetto pro-concorrenziale nel mercato, valutando gli interessi in gioco e suggerendo al regolatore di intervenire solo quando sia necessario a tutela del consumatore o di altri interessi pubblici⁷⁴. In particolare, l'esercizio dei poteri di *advocacy* offre all'Autorità anche un momento di confronto con i soggetti pubblici cui presta consulenza, mettendo a disposizione non solo la propria co-

tazione di merito che sceglie di privilegiare alcuni interessi rispetto ad altri; in questa valutazione convivono ragioni della tecnica e conoscenze scientifiche anch'esse funzionali alla interpretazione dei parametri delle condotte e alla scelta tra le diverse misure applicabili per sanzionare la violazione delle regole della concorrenza.

⁷²R. MANFRELOTTO, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012, in particolare 114.

⁷³L. PISCITELLI, *Artt. 21-24, in Concorrenza e Mercato – Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, a cura di V. Afferni, Cedam, Padova, 1994, 572; A. MARRA, L. PISCITELLI, *Commento ad articoli 21-24 legge 10 ottobre 1990 n. 287*, in *Commentario breve al Codice civile: leggi complementari*, a cura di G. Alpa, P. Zatti, Cedam, Padova, 2006, 87; N. RANGONE, *Nuove frontiere per la competition advocacy*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 241; M. D'ALBERTI, *I poteri di advocacy delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata*, in *Conc. Mercato*, 2013, 871; G. DIMITRIO, M. FELICE, *I poteri di "competition advocacy" dell'AGCM*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 262 e A. CANEPA, F. SCARAMUZZA, *L'attività di "advocacy" dell'Agcm: i pareri resi ai sensi degli artt. 21-bis e 22 (anno 2015)*, in *Conc. Mercato*, 2016, 383.

⁷⁴M. CARPAGNANO, *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010*, in *Conc. Mercato*, 2011, 283.

noscenza e qualificazione tecnica, ma anche permettendo uno scambio utile a comprendere le peculiarità dei diversi settori interessati.

L'Autorità ha fatto ampio ricorso dei poteri di segnalazione, soprattutto criticando le scelte del legislatore che mantengono posizioni privilegiate di fronte alle pressioni di gruppi organizzati o categorie che rappresentano una fetta del consenso elettorale, a danno naturalmente dei consumatori finali⁷⁵.

Tuttavia, i poteri consultivi e di segnalazione dell'AGCM verso altre amministrazioni o organo politici⁷⁶ non sono apparsi sufficienti ed adeguati a garantire l'effettiva protezione delle dinamiche di mercato.

In proposito si era avanzata l'ipotesi di introdurre una previsione che riconoscesse un generale potere di annullamento all'AGCM degli atti di altre amministrazioni ritenuti lesivi delle norme a tutela della concorrenza nel mercato.

Tale scelta rievocava, tuttavia, un generale potere di controllo centralizzato e suscitava dubbi quanto alla sua conformità con l'allora nuovo quadro costituzionale, appena introdotto dalla riforma del 2001.

Ecco perché la stessa Autorità aveva suggerito piuttosto l'opportunità che il legislatore le attribuisse *“laddove essa ritenga che un atto della pubblica amministrazione di particolare rilevanza economica sia illegittimo per violazione delle norme comunitarie e nazionali a tutela della concorrenza, la legittimazione ad impugnarlo davanti agli organi della giustizia amministrativa, avvalendosi dell'Avvocatura dello Stato. L'attribuzione di una tale legittimazione, e il suo successivo esercizio nel tempo da parte dell'Autorità, garantirebbero già nel medio termine un forte incentivo alla piena adozione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di procedure di affidamento rispondenti a criteri realmente competitivi, ottenendosi così concreti risultati di miglioramento del funzionamento dell'economia nel suo complesso”*⁷⁷.

⁷⁵ Così, ad esempio, limitandosi a leggere la relazione annuale dell'Autorità per il 2018 compaiono le segnalazioni relative alla disciplina degli incentivi nel mercato elettrico e alle imprecisioni nella disciplina che li distribuisce, ovvero relative alla tariffazione agevolata nei confronti di Poste s.p.a., o ancora relative alle modalità di adozione e applicazione dei c.d. Piani di Regolazione dell'offerta dei tre principali Consorzi italiani di tutela di produzioni casearie DOP, le indicazioni in merito alle modalità di affidamento di servizi comunali in risposta alle istanze di parere degli enti locali interessati o di procedure di gara nell'ambito di opere strutturali, nonché le segnalazioni relative ai trasporti, anche in relazione al settore ferroviario la cui apertura alla concorrenza è così difficile da realizzarsi in concreto.

⁷⁶ L'Antitrust può segnalare al Governo, al Parlamento, alle Regioni e agli Enti locali i provvedimenti normativi e amministrativi già vigenti, o in via di formazione, che introducono restrizioni della concorrenza. A partire dal 2010 l'Autorità, nella relazione annuale inviata alla Presidenza del Consiglio, indica tutte le leggi che impediscono la competizione e che vanno dunque eliminate o riformate. Il Governo presenta alle Camere un disegno di legge, la legge annuale della concorrenza, con il quale vengono recepite le indicazioni dell'Antitrust, eventualmente indicando i settori nei quali ha deciso di non dare seguito alle sue osservazioni.

⁷⁷ Come si legge nella segnalazione AS659 Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per la concorrenza e il mercato del 4 febbraio 2010, in *Boll.* n. 4/2010, 72.

In merito, si ricordi che uno dei progetti di legge presentati prima dell'approvazione della vigente legge n. 287 non riconosceva alcun potere di *public enforcement* in capo ad AGCM. Anziché attribuire all'Autorità il potere di adottare provvedimenti a fronte di condotte lesive della concorrenza nel mercato, si prevedeva esclusivamente in capo ad AGCM il potere “*di promozione dell'azione o intervento in giudizio, qualora vi siano infrazioni*”, a fronte di denunce ovvero dello svolgimento di indagini per accertare le violazioni delle regole sulla concorrenza di fronte al giudice ordinario⁷⁸.

Tale proposta richiamava senz'altro il modello statunitense in cui la sezione 11 del *Clayton Act* attribuisce al *Department of Justice* (nella sua *Antitrust Division*) e alla *Federal Trade Commission* una concorrente legittimazione alla proposizione di azioni civili in giudizio, essendo invece riservate quelle penali al *Department of Justice*.

La *Federal Trade Commission*, infatti, ha anzitutto poteri ispettivi in relazione a segnalazione di consumatori e utenti, inchieste del Congresso, comunicazione di fusioni o informazione dei media; tali poteri possono riguardare una sola impresa o un intero settore. L'indagine può concludersi con un *consent order*, accordo simile agli impegni di cui all'art. 14 *ter* della legge n. 287⁷⁹, ovvero con un ricorso amministrativo o anche con un ricorso al giudice federale. Il ricorso amministrativo è conosciuto da un *Administrative Law Judge*, ufficio non apicale dell'Autorità, e la sua decisione può essere impugnata in ultimo grado davanti alla commissione al vertice della *Federal Trade Commission* medesima, secondo le modalità tipiche dei sistemi anglosassoni⁸⁰. Si noti che in tale procedimento la *Federal Trade Commission* non può adottare misure cautelari per confermare l'efficacia della decisione impugnata, ma deve, nel caso, richiedere comunque l'intervento del giudice. Esauriti i rimedi interni, il provvedimento può essere impugnato davanti alla Corte d'appello federale e, infine, alla Corte Suprema.

La scelta del legislatore italiano, invece, si è allontanata dal modello statunitense per costruirne uno diverso in cui l'Autorità adotta provvedimenti sanzionatori e decisioni quanto all'esistenza delle fattispecie previste nelle norme a tutela della concorrenza, decisioni che, come già ricordato, anche la Corte costituzionale⁸¹ ha ritenuto rappresentare il frutto della ponderazione dell'interesse alla tutela della

⁷⁸ Progetto di legge n. 1012 “Norme per la tutela del mercato”, d'iniziativa dei senatori Rossi ed altri presentato alla Presidenza del Senato il 10 maggio 1988.

⁷⁹ Si tratta, come noto, di un istituto introdotto dall'art. 14 della legge n. 248/2006. In merito si rinvia a M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli, G. Olivieri, Giuffrè, Milano, 2007, p. 12; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁸⁰ In proposito A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2017, in particolare 38 ss.

⁸¹ Nella già ricordata decisione n. 13/2019.

concorrenza nel mercato con gli altri interessi pubblici e privati in gioco.

Il legislatore nel 2001 ha accresciuto questi poteri con l'introduzione dell'art. 21-*bis*. Si tratta del potere di impugnare di fronte al giudice amministrativo gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Come è stato ricordato⁸² e come si è dato conto nel paragrafo precedente, un simile modello era già stato usato dal legislatore amministrativo anche nel procedimento di formazione degli statuti e regolamenti universitari.

Anche quanto all'AGCM, come in relazione alla legittimazione dei Ministeri, la scelta del legislatore di riconoscere la facoltà di ricorrere si colloca in un quadro in cui l'autorità amministrativa già svolge una funzione di assoluta centralità nel settore.

Il Ministero dell'Istruzione o il MEF sono soggetti cui è affidata la regia del settore dell'Università e del settore tributario: allo stesso modo l'AGCM presidia la concorrenza e il buon funzionamento del mercato.

Il legislatore anche in questo caso di legittimazione speciale ha ritenuto di valersi di un meccanismo che funge, in qualche modo, da valvola di controllo sulla corretta applicazione delle regole che lo stesso legislatore ha predisposto in un settore.

L'AGCM concorre cioè al mantenimento di un complessivo quadro legale atto a favorire le dinamiche della concorrenza, promuovendo il sindacato del giudice amministrativo, indipendentemente dall'esistenza (o dall'iniziativa) di soggetti portatori di interessi, individuali o collettivi, lesi dall'attività amministrativa.

Si tratta di nuovo di un caso di legittimazione straordinaria piena, utilizzando il distinguo di cui ai primi paragrafi di questo capitolo, in cui cioè non vi è sostituzione processuale, ma specifica attribuzione dell'azione in capo all'Autorità.

Questa funzione di presidio al buon funzionamento del settore appare ancor più spiccata in capo all'AGCM ove si accompagna, come è stato ricordato, al riconoscimento, insieme alla legittimazione a ricorrere, di una funzione consultiva più generale nei confronti di altri soggetti pubblici.

La formulazione della disposizione di cui all'art. 21-*bis*, tuttavia, contiene non poche imprecisioni e lacune, che gli interpreti sono stati chiamati a chiarire e colmare⁸³.

⁸² F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ex art. 2 bis L. 287 del 1990. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471.

⁸³ M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, n. 12/2012; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in www.apertacontrada.it, 26 novembre 2012; G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 705; R. GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte*

L'art. 21-*bis* si compone di due commi e, come noto, il primo comma riconosce in via generale all'Autorità la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato; il secondo prevede che l'Autorità, a fronte della violazione, adotti un parere motivato nei confronti dell'amministrazione, lasciandole un margine di sessanta giorni entro cui porvi rimedio. Solo a fronte del permanere dell'illegittimità, si riconosce all'Autorità la facoltà di proporre ricorso giurisdizionale nei successivi trenta giorni.

Anzitutto, la norma ha fatto sorgere l'interrogativo in merito alla sussistenza o meno dell'obbligo della previa diffida. Ci si è chiesti, cioè, se l'Autorità debba sollecitare l'amministrazione che ha adottato l'atto al fine di ottenerne la rimozione ovvero se, invece, AGCM possa optare per il deposito immediato del ricorso al TAR.

La norma non è esaustiva in proposito tanto che la stessa AGCM, in sede di prima applicazione, aveva sostenuto la possibilità di impugnazione diretta degli atti, soprattutto quando l'urgenza e la misura cautelare rappresentassero l'unico strumento idoneo a garantire l'efficacia dell'impugnativa⁸⁴.

Tuttavia, il giudice amministrativo da subito⁸⁵ ha ritenuto inevitabile la fase di precontenzioso e la previa adozione del parere motivato da parte di AGCM, a pena di inammissibilità del ricorso.

In proposito la collocazione sistematica del potere di azione di AGCM, inserito tra gli artt. 21 e 22, rivelerebbe la volontà del legislatore di valorizzare la funzione consultiva e di segnalazione, disciplinata appunto da tali norme. Da qui la necessità che l'iniziativa dell'Autorità sia preceduta da un'attività amministrativa procedimentalizzata⁸⁶.

*dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato, conference speech at «Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990», in www.giustamm.it; F. CINTIOLI, Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990), in www.giustamm.it; M. CLARICH, I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90, in www.giustizia-amministrativa.it; G. URBANO, I nuovi poteri processuali delle Autorità Indipendenti, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022; M.S. MARINI, Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'art. 21-bis della legge 287 del 1990, in www.giustamm.it; M. LIBERTINI, I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, d.l., n. 201/2011), in www.federalismi.it; A. D'URBANO, Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm al vaglio del giudice amministrativo. (Nota alla sentenza non definitiva del TAR Lazio, Sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720), in www.federalismi.it; A. ARGENTATI, Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2012; A. HEIMLER, L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i decreti del governo Monti, in *Merc. conc. reg.*, n. 2/2012, 14; M. DE BENEDETTO, Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 236.*

⁸⁴ Come si legge nella Relazione annuale 2012, p. 127.

⁸⁵ Da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

⁸⁶ In tal senso T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

Nelle parole del giudice, la collocazione “sistematica” del nuovo potere di azione di AGCM, con l’inserimento nel corpo della legge istitutiva, tra gli artt. 21 e 22, rivelerebbe la volontà del legislatore di valorizzare la tradizionale funzione consultiva e di segnalazione (c.d. *competition advocacy*) disciplinata da tali norme e ad essa attribuita *ab origine*.

La legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo conferisce infatti a tale funzione (in passato, mera espressione di un’opinione dell’Autorità, ancorché suscettibile di effetti di *moral suasion*, sull’esistenza di “situazioni distorsive” della concorrenza derivanti da norme di legge, di regolamento o provvedimenti amministrativi) veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale. È in ragione di tale correlazione che si ritiene che l’iniziativa dell’Autorità debba necessariamente essere preceduta “*da un’attività amministrativa procedimentalizzata, essendo il ‘procedimento’ paradigma comune sia alle autorità amministrative tradizionali che indipendenti*”⁸⁷.

Ecco perché, come evidenziato dalla dottrina⁸⁸, sembrerebbe più corretto riferirsi ad una diffida piuttosto che ad un parere.

L’adozione di un atto dell’amministrazione destinataria della diffida che palesi la volontà di non adeguarsi non è impugnabile in via autonoma da AGCM che dovrà impugnare gli atti primigeni oggetto della diffida medesima⁸⁹.

La tesi è quella che i due primi commi dell’art. 21-*bis* siano tra loro correlati e disciplinino il potere di azione attraverso un procedimento bifasico, composto da una prima fase precontenziosa, caratterizzata dall’emissione di un parere motivato di AGCM rivolto ad altra amministrazione, in cui si segnalano le violazioni riscontrate, e dal successivo eventuale giudizio amministrativo⁹⁰.

Nella stessa direzione si è mossa la Corte costituzionale⁹¹.

In particolare, la Corte era stata interpellata dalla Regione Veneto che lamentava, da un lato, che la legittimazione finisse per ripristinare un potere di controllo generalizzato di legittimità su iniziativa di un’autorità statale, e, sotto altro profilo, che il riconoscimento della legittimazione contrastasse con la naturale struttura di giurisdizione soggettiva del processo amministrativo, così da configurare “*una surrettizia introduzione della figura del pubblico ministero*” in violazione dell’art. 113 Cost.

⁸⁷ Così si esprime ancora il T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

⁸⁸ M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della L. 287/1990*, cit.

⁸⁹ In questo senso il T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720 precisa che “la determinazione adottata dall’amministrazione (n.d.r. in risposta al parere di AGCM) ... non assume valenza provvedimento autonoma.”.

⁹⁰ Secondo la definizione del T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451, ripresa, in appello alla medesima decisione, da Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

⁹¹ Con la decisione del 14 febbraio 2013, n. 20.

La Corte, in risposta a tali censure, aveva precisato che “...è inesatto parlare di ‘nuovo e generalizzato controllo di legittimità’, là dove la norma – integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all’Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 – prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi ‘che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato’ (norma censurata, comma 1). Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso”.

La legittimazione dell’Autorità si pone, anche secondo il giudice amministrativo, come “*extrema ratio*, anche in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio tra pubbliche amministrazioni...”⁹², sicché il ricorso giurisdizionale rappresenterebbe il fallimento del rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni.

La fase di interlocuzione dell’Autorità con l’amministrazione non può, dunque, oggi mai essere omessa, a pena di una pronuncia di inammissibilità del successivo ricorso⁹³.

Si noti che AGCM può essere sollecitata anche dai privati, operatori economici nel settore, che a mezzo di esposti esprimano all’Autorità le criticità che ritengono di ravvisare nell’assetto del mercato in cui operano.

La scelta del legislatore di introdurre una fattispecie di legittimazione speciale dovrebbe in qualche modo risolvere il problema della posizione azionata da AGCM posto che, come si ricordava, l’opzione politica mira ad appianare definitivamente la questione dell’accesso alla giustizia per le controversie in presenza dei presupposti individuati dalla norma. Se il legislatore ritiene di introdurre una disposizione specifica, essa mira a sciogliere ogni dubbio sul fondamento normativo della legittimazione.

La dottrina, al contrario, si è da subito interrogata su quali fossero gli interessi che AGCM azionava di fronte al giudice amministrativo e, tuttavia, non è affatto semplice riconoscere in riferimento all’Autorità Garante della concorrenza una posizione giuridica soggettiva di cui il soggetto pubblico si faccia portatore in giudizio.

Originale senz’altro, ma al contempo assai ardita, è l’interpretazione⁹⁴ che

⁹² Così T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720. Nello stesso senso più recentemente Cons. giust. amm. 9 ottobre 2017, n. 428.

⁹³ Come precisa Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

⁹⁴ Si tratta delle considerazioni di F. GOISIS, cit., a commento della già ricordata sentenza della Corte Cost. n. 20 del 2013.

propone di collegare la posizione alla base della legittimazione alla violazione di quello che sarebbe l'obbligo di conformarsi al parere diffida dell'AGCM da parte del soggetto pubblico destinatario.

Si precisa, a riguardo, che l'AGCM è titolare di un interesse capace di configurarsi, ove leso da un altrui potere, come interesse legittimo. Questo interesse non le deriva, però, in senso generico dalla circostanza di essere autorità posta specificamente a tutela della concorrenza e del mercato, ma dal fatto di essere conferitaria di uno specifico potere di controllo, ossia proprio quello in particolare attribuito dall'art. 21-*bis*. In sostanza, l'interesse legittimo sorgerebbe solo allorquando l'Amministrazione destinataria del parere non vi si conformi, ed è per questo che l'Autorità deve, prima di ricorrere in giudizio, necessariamente segnalare la violazione all'ente che l'ha commessa. Se decide di coltivare la strada del ricorso giurisdizionale, l'AGCM non instaura dunque un giudizio di diritto oggettivo, ma un giudizio a tutela di una posizione soggettiva lesa, cioè il proprio interesse a che le altre amministrazioni si conformino alla diffida in vista della tutela della legalità concorrenziale.

Ad essere impugnata sarebbe la scelta dell'amministrazione controllata di non conformarsi, ovvero il silenzio prestato rispetto al parere dell'Autorità, atti ai quali si attribuisce il valore di momenti di necessario ri-esercizio (in forma espressa o tacita) dell'originario potere di amministrazione oggetto dell'intervento di AGCM.

In altri termini, vi sarebbe una prima fase di iniziativa, in cui l'Autorità esercita un potere, ed una seconda fase, in cui AGCM sarebbe posta sul lato passivo sotto il profilo della soggezione ad un potere amministrativo⁹⁵.

La tesi, senz'altro audace nell'interpretazione, non ha tuttavia incontrato consenso nella giurisprudenza che non ritiene affatto il potere di azione previsto dall'art. 21-*bis* sia diretto a reagire nei confronti degli atti adottati o del silenzio serbato dall'amministrazione diffidata. Tali atti non si ritengono costituire esercizio di un potere di riesame e, in aggiunta, sono scevri da apprezzamenti di natura tipicamente discrezionale secondo i parametri tradizionali dell'autotutela⁹⁶.

Nonostante quanto prospettato anche da altre letture⁹⁷, il parere non sollecita un intervento di autotutela, perché l'Amministrazione destinataria non può che adeguarsi senza affatto compiere la valutazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto adottato⁹⁸.

⁹⁵ Così F. GOISIS, *op. ult. cit.*

⁹⁶ Cons. giust. amm. Sicilia, 9 ottobre 2017, n. 428.

⁹⁷ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, in *Conc. Mercato*, 2013, 107.

⁹⁸ M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Conc. Mercato*, vol. 25, 2018, 83.

Al contrario, il giudice amministrativo ha spesso affermato che il nuovo potere dell'Autorità andrebbe inquadrato come azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata ovvero l'interesse alla migliore attuazione del valore della concorrenza.

AGCM non sarebbe ente esponenziale di interessi diffusi o collettivi, ma portatrice di un interesse pubblico soggettivizzato⁹⁹.

In particolare, il giudice ha avuto modo di precisare che l'art. 21-bis “... *lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 Cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica*”¹⁰⁰.

Nell'intento di offrire una lettura costituzionalmente orientata, il giudice¹⁰¹ rileva che le norme sulla libertà di concorrenza disciplinano fattispecie nelle quali si muovono interessi individuali, concreti e qualificati che, quindi, fondano situazioni giuridiche soggettive in capo a tutti coloro che agiscono sul mercato.

L'interesse sostanziale dovrebbe, tuttavia, indentificarsi nella “*pretesa giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia al bene del corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà economica privata, tutelata a livello comunitario e costituzionale*”.

L'interesse di cui AGCM è portatrice è, secondo il giudice, interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in maniera indistinta nella collettività. In questo senso l'azione sarebbe uno degli strumenti volti a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, completando la gamma delle attribuzioni e dei poteri che il legislatore riconosce ad AGCM.

Non sarebbe possibile, infatti, ritenere che l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, che le permetta di attivarsi per la tutela e realizzazione “*di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto.*”

⁹⁹ In questi termini T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

¹⁰⁰ T.A.R. Lazio, sez. III-bis, sent. n. 2720/2013.

¹⁰¹ T.A.R. Firenze, Toscana, 7 dicembre 2017, n. 1521. Nel caso di specie l'AGCM ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto da parte dell'Università degli studi di Firenze a CINECA dell'utilizzo di determinati software.

Non vi è, dunque, un orientamento condiviso in giurisprudenza: sostenere che in questo modello è pur sempre presente l'interesse legittimo, personificato in capo all'AGCM quale ente rappresentativo, probabilmente finisce per svuotare di senso la nozione stessa di interesse legittimo.

L'AGCM non è, infatti, parte del rapporto con l'amministrazione e la previsione della legittimazione straordinaria si giustifica proprio perché l'AGCM non fa valere situazioni soggettive¹⁰².

Quanto all'oggetto della diffida, deve sottolinearsi che l'art. 21-*bis* si riferisce alla violazione di "norme sulla concorrenza", sicché l'AGCM già in sede di segnalazione alla P.A. dovrà indicare le specifiche disposizione che ritiene non rispettate e non invece limitarsi a un più generale rilievo quanto alla inosservanza dei principi della concorrenza e del libero mercato da parte dell'amministrazione diffidata.

Ciò diversamente da quanto accade nell'esercizio dei poteri di *advocacy* che si riferiscono a più generiche distorsioni della concorrenza¹⁰³.

Il ricorso dovrebbe, infatti, essere dichiarato inammissibile qualora l'Autorità formulasse un unico motivo che non corrisponda alla *violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato*.

Posto che la legittimazione ad agire attribuita all'AGCM ha sicuramente carattere eccezionale, quando fosse esercitata oltre i confini segnati dalla norma, il giudice dovrebbe arrestarsi ad una pronuncia di inammissibilità del ricorso per carenza della *legitimitas ad causam*¹⁰⁴.

Tuttavia, il giudice amministrativo assume, in proposito, un atteggiamento condiscendente, ammettendo anche il rinvio a principi generali, talora desunti dai principi europei della concorrenza.

In definitiva, così interpretato, l'art. 21-*bis* oltre che potenziare il ruolo del-

¹⁰² In questo senso, da ultimo A. MOLITERNI, *La legittimazione ad agire dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Quando lo stato fa causa allo stato. La legittimazione attiva della pubblica amministrazione*, a cura di M. Macchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 35, qui 41. Ugualmente, se ben si è inteso, G. COMPORI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 746, che precisa che "... pare comunque che la particolare consistenza ontologica ed astrattezza del bene della vita per tale via azionato... si rifletta in modo innovativo sulle ordinarie categorie processuali, in quanto si è in presenza di un interesse plurisoggettivo 'comunque leso dalla mera violazione delle norme a tutela della libertà di concorrenza', la cui giustiziabilità viene assicurata ad un livello preliminare anche quando detta violazione "non evidenzia una lesione concreta di interessi di operatori privati".

¹⁰³ Critica l'atteggiamento della giurisprudenza che ammette, invece, l'accesso al giudizio anche sulla base della mera indicazione del principio della concorrenza, M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, cit.

¹⁰⁴ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, che ritiene possibile una lettura estesa della norma tale da ricomprendere anche il potere di AGCM di impugnare atti amministrativi che si pongano in contrasto con il divieto di aiuti di Stato di cui agli artt. 107 ss. del Trattato.

l'AGCM rafforza il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione delle regole in materia economica¹⁰⁵.

Non si dubita, invece, del vincolo per l'AGCM di riproporre, in sede giudiziale, solo le censure già oggetto di parere, assieme agli eventuali vizi – per esempio di difetto di motivazione o irragionevolezza – direttamente relative al diniego di conformazione al parere e alle sue specifiche ragioni¹⁰⁶.

Leggendo la giurisprudenza, si evince come oggetto delle contestazioni di AGCM sia sempre più di frequente la mancata osservanza delle regole dell'evidenza pubblica¹⁰⁷. Così si è dubitato della correttezza dell'affidamento in esclusiva della concessione del servizio di rimorchio nel porto di Milazzo¹⁰⁸ o della determinazione con cui si provvedeva al rinnovo decennale della concessione dell'impianto seggiovia biposto nel comprensorio del Terminillo¹⁰⁹ o, ancora, della legittimità della delibera per l'affidamento *in house* dei servizi integrati di igiene urbana¹¹⁰ o dell'utilizzo di determinati software per la segreteria studenti dell'Università¹¹¹, in assenza del controllo analogo sulla società affidataria. O ancora si pensi alla controversia conosciuta dal giudice amministrativo¹¹², anche su ricorso di AGCM, in merito alla legittimità dell'affidamento da parte di ENAC a Alitalia CAI spa e Easy Jet Airlines Company ltd. del servizio passeggeri di linea su talune rotte Italia /Israele.

Si pone, in merito, anche alla luce di quanto si approfondirà più avanti, un problema di coordinamento tra la legittimazione straordinaria di AGCM e la legittimazione straordinaria di recente attribuita ad ANAC con possibili sovrapposizioni di campo tra le due Autorità.

Resta, infine, una questione di non poco conto, ovvero quella del collegamento dell'azione dell'Autorità con gli eventuali ricorsi giurisdizionali che, nel frattempo, contro lo stesso atto possano essere stati presentati da privati. Il caso sarà tutt'altro che raro. Anzi, nella maggior parte dei casi, l'AGCM sarà infor-

¹⁰⁵ M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, fine par. 5.

¹⁰⁶ In questo senso F. GOISIS, *op. ult. cit.*

¹⁰⁷ Diversamente da quanto precisa F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, che ritiene "... quantomeno originale che il legislatore avesse inteso affidare ad AGCM il potere di ricorrere contro tutte le clausole dei bandi di gara (e magari contro tutti gli altri provvedimenti posti in essere dall'amministrazione in tali procedimenti) e per la violazione di tutte le norme di legge (ed i relativi principi) vigenti in materia. Saremmo di fronte ad un potere di azione oltretutto sterminato, se consideriamo il numero di stazioni appaltanti ed il numero di contratti pubblici."

¹⁰⁸ Cons. giust. amm. Sicilia 9 ottobre 2017, n. 428.

¹⁰⁹ T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 1° settembre 2014, n. 9264 e Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

¹¹⁰ T.A.R. Pescara, Abruzzo, sez. I, 21 settembre 2017, n. 254.

¹¹¹ T.A.R. Firenze, Toscana, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521.

¹¹² Cons. Stato, sez. VI, 16 agosto 2017, n. 4017.

mata dell'esistenza dell'atto proprio da qualche privato che, nel frattempo, avrà fatto ricorso al T.A.R., di norma chiedendo anche la sospensiva dell'atto stesso. Non mancheranno, anzi, i casi in cui il ricorso sarà notificato anche all'Autorità (per quanto ciò sia probabilmente irrituale, dal momento che l'Autorità non è un soggetto "controinteressato" ai sensi dell'art. 41 c.p.a.).

In ogni caso, in presenza di un ricorso pendente, ci si domanda se l'Autorità possa svolgere un intervento posto che, secondo la giurisprudenza amministrativa, i soggetti legittimati a proporre ricorso – come è oggi qualificata l'Autorità – non sono legittimati a intervenire su ricorsi altrui¹¹³.

L'intervento di AGCM non potrebbe certo risolversi in un intervento di supplenza o surrogazione in favore di parti private decadute dal termine per proporre l'impugnativa ordinaria.

3.2. La legittimazione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti

Anche l'Autorità di Regolazione dei Trasporti si è vista attribuire la speciale legittimazione a ricorrere nei confronti degli atti delle amministrazioni locali di programmazione del servizio taxi¹¹⁴.

Come noto, l'Autorità è, tra le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, quella di più recente istituzione, in quanto nasce solo nel 2013 e inizia a operare nel 2014. Essa, in particolare, si occupa della promozione della concorrenza e della rimozione degli ostacoli all'accesso nel mercato e della tutela dei consumatori "nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la disciplina europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione"¹¹⁵.

L'ART, dunque, è titolare di poteri di regolazione nel trasporto autostradale, ferroviario, marittimo ed aereo, anche in relazione alla delicata attività di determinazione delle tariffe.

Tuttavia, l'Autorità non è investita di alcun potere quanto all'impugnazione degli atti anche generali relativi a questi segmenti del settore e nemmeno in rela-

¹¹³ T.A.R. Roma, Lazio, sez. III-ter, n. 2720 2013. Si rinvia in proposito alle considerazioni di S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. n. 287/1990: legittimazione e oggetto del processo*, in *Conc. Mercato*, 2018, vol. 25, 17.

¹¹⁴ La previsione è contenuta all'art. 37, comma 2, lett. n), d.l. n. 201/2011, conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato art. 36, d.l. 24 gennaio 2012 (conv. legge 24 marzo 2012, n. 27).

¹¹⁵ Come di recente ha avuto modo di precisare anche la Corte costituzionale, nella decisione n. 69 del 7 aprile 2017, con cui si è pronunciato sulla legittimità della disciplina del finanziamento dell'Autorità. Per un commento B. CAROTTI, *La Corte costituzionale torna sul finanziamento delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 55.

zione al rapporto di trasporto pubblico locale non di linea.

In tali ambiti l'Autorità esercita, invece, i tradizionali poteri di *advocacy* d'ufficio o su istanza di altre amministrazioni pubbliche in base all'art. 2, comma 6, legge n. 481/1995, che prevede in via generale per le Autorità per i servizi di pubblica utilità, in quanto autorità nazionali competenti per la regolazione e il controllo, la facoltà di svolgere "... attività consultiva e di segnalazione al Governo nelle materie di propria competenza anche ai fini della definizione, del recepimento e della attuazione della normativa comunitaria". Anche l'art. 37, comma 3, lett. a), d.l. n. 201/2011, indica che l'Autorità nell'esercizio delle sue competenze "può sollecitare e coadiuvare le amministrazioni pubbliche competenti all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli, mediante l'adozione di pareri che può rendere pubblici".

Tale potere di segnalazione è stato di recente esercitato da ART d'intesa con AGCM e ANAC con l'adozione della Segnalazione congiunta avente ad oggetto le procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale del 25 ottobre 2017, che offre qualche spunto di riflessione.

Come è stato scritto¹¹⁶, un atto del genere, assunto sulla base dell'intesa tra differenti autorità amministrative indipendenti, è una novità che merita attenzione per molteplici motivi.

La disciplina del trasporto ferroviario è oggetto dell'attenzione del diritto europeo da molti anni. I ripetuti interventi segnalano gli interessi alla liberalizzazione del settore e al contempo la difficoltà di intervenire in un ambito in cui tradizionalmente operano monopoli di Stato e convivono interessi pubblici diversi e confliggenti: dalla tutela del mercato alla tutela dell'ambiente, dalla tutela dell'efficienza del servizio a quella della sicurezza dell'utente¹¹⁷.

Da una vicenda concreta legata all'affidamento del servizio del trasporto ferroviario locale in Sardegna, in cui prima ART e poi AGCM sono state chiamate a intervenire e a confrontarsi, prende spunto la Segnalazione, cui ha partecipato anche ANAC¹¹⁸.

¹¹⁶ Per un commento critico L. SALTARI, *Anomalie di una segnalazione "normativa"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 256.

¹¹⁷ Si rinvia a M. DELSIGNORE, *L'attuazione della liberalizzazione del sistema ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia*, in *Osservatorio AIC*, 2013, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 437 e *The Fourth Railway Package: the Governance Structure and the Unsolved Problem of Vertical Integration*, in *Riv. reg. mercati*, 2/2018.

¹¹⁸ Nella Segnalazione emerge un'interpretazione pro-concorrenziale della disciplina, sulla quale non ci si può qui soffermare; in sintesi, le tre autorità sottolineano che la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione e delle informazioni relative all'avvenuta concessione, nonché la motivazione delle ragioni per cui non si è scelta la gara, non esauriscono gli obblighi gravanti in capo agli enti affidanti quando gli stessi si determinino in favore dell'affidamento diretto oppure *in-house*. Su tali enti, infatti, graverebbe anche l'obbligo di operare un confronto competitivo tra le offerte giunte da altri operatori interessati e quella del soggetto al quale s'intende il servizio diret-

Il legislatore era senz'altro avveduto del possibile incrocio delle competenze delle tre Autorità laddove l'art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011 ha previsto che “*Restano altresì ferme e possono essere contestualmente esercitate le competenze dell'Autorità garante della concorrenza disciplinate dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e dai decreti legislativi 2 agosto 2007, n. 145 e 2 agosto 2007, n. 146, e le competenze dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e le competenze dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all'articolo 36 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98*”.

L'esercizio contestuale del potere di segnalazione permette un confronto tra le Autorità e un coordinamento con il possibile appianarsi di posizioni non collimanti, sicché di per sé è senz'altro utile in settori, come quello dei trasporti, in cui l'assetto concorrenziale del mercato trova difficoltà ad affermarsi in concreto, nonostante l'avvenuta liberalizzazione formale.

In aggiunta, l'esercizio contestuale del potere di segnalazione attraverso la collaborazione, lo scambio delle competenze e dei saperi di AGCM ART e ANAC è utile al coordinamento anche delle successive iniziative delle Autorità.

Così per esempio la Segnalazione congiunta è stata pubblicata, quando ancora era in corso una controversia tra la Regione sarda e l'Autorità garante della concorrenza, tanto che si è criticata la possibile influenza sulle successive valutazioni della giurisdizione amministrativa, che, in altra vicenda, sempre relativa al servizio del trasporto regionale ferroviario, ha assunto una impostazione diversa da quella proposta nella segnalazione¹¹⁹.

Le competenze delle diverse Autorità presentano, senz'altro, come pure emergerà nel paragrafo successivo dedicato ad ANAC, profili di inevitabile sovrapposizione o accavallamento, sicché i momenti di confronto e collaborazione sono utili a chiarire e delimitare i confini. Del resto, in altro settore regolato, ovvero nell'ambito delle comunicazioni, già si è rivelato particolarmente insidioso delimitare in modo preciso il confine tra le attività di AGCM e quelle di AGCom¹²⁰.

tamente. Critico, come si segnala nelle note precedenti, L. SALTARI, *op. cit.*, qui p. 265, che ritiene che se si può convenire sull'opportunità che il settore divenga più competitivo, ciò specie per dare risposta alle legittime aspettative degli utenti dei servizi di trasporto ferroviario regionale che, certamente, sono penalizzati da gestioni dirette impigrite dall'assenza di minacce competitive, nondimeno, questo condivisibile approdo non può aversi in un Paese solo dell'Unione europea.

¹¹⁹ In particolare, T.A.R. Liguria, sez. II, 14 novembre 2017, n. 831 ha negato la sussistenza del diritto di accesso ai documenti detenuti da Trenitalia in capo a un'impresa ferroviaria che, a seguito dell'avviso di pre-informazione della regione di procedere all'affidamento diretto del servizio, aveva presentato apposita manifestazione di interesse. Il T.A.R. ha ritenuto, da un lato, l'istanza di accesso generica e, dall'altro, ha ravvisato l'assenza di un interesse concreto in mancanza dell'indizione di una procedura competitiva per l'affidamento del servizio.

¹²⁰ Si ricordi la questione legata alla tutela dei consumatori su cui si sono pronunciate la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia. In merito B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, fasc. 1, 2016.

In questo quadro, la scelta del legislatore di limitare la legittimazione di ART alla impugnazione dei soli atti delle amministrazioni locali di programmazione del servizio taxi, e le sue motivazioni, paiono senz'altro più comprensibili.

Nel momento in cui si è scelto di attribuire il potere di impugnazione in capo ad ART, si è valutato di restringerlo ad un ambito limitato, per evitare possibili tensioni o sovrapposizioni, considerato quanto poco tempo prima disposto per AGCM.

Ma allora ci si domanda se la previsione così inserita sia di qualche utilità pratica e quale essa sia, tanto più che si registra, ad oggi, la totale assenza di contenzioso a riguardo.

Il riconoscimento della legittimazione si lega senz'altro alla previsione della lett. m) del comma 2 l'art. 37 del d.l. n. 201 che investe ART del compito di *“monitorare e verificare la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti.”*

Tale funzione è stata esercitata dall'Autorità non tanto d'ufficio, ma piuttosto a seguito di istanze dei Comuni competenti alla programmazione e al rilascio delle licenze. Come noto, anche il settore del trasporto pubblico non di linea non ha al momento un assetto stabile, ma è oggetto di interventi della giurisprudenza, che, talora¹²¹, sollecita a sua volta il legislatore nell'intento di trovare un nuovo equilibrio in grado di assorbire i modelli più moderni offerti nel mercato odierno grazie all'utilizzo di nuove tecnologie¹²².

Tuttavia, in assenza di interventi normativi, il servizio taxi resta disciplinato dalla legge n. 21/1992, nonostante la stessa ART con una segnalazione del 2015¹²³ abbia suggerito le opportune modificazioni per adeguare la disciplina allo stato reale del mercato e ai servizi di mobilità offerti attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie.

In attesa di interventi, nel momento attuale le regioni, nel dare esecuzione alla legge n. 21/1992, individuano i criteri cui devono attenersi i Comuni nel redi-

¹²¹ Ci si riferisce alla sentenza Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 265, in cui la Corte ha censurato il legislatore regionale e, al contempo, ha espressamente richiamato il legislatore nazionale a intervenire. Si veda, a commento: O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. cost.*, 2016, 2479; M. MIRDÌ, *Evoluzione tecnologica, anacronismi legislativi e nuove esigenze di regolazione*, in *Giur. cost.*, 2016, 2307; L. BELVISO, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *Riv. reg. merc.*, 1/2017.

¹²² Per una illustrazione generale delle questioni aperte si rinvia a S. TORRICELLI, *UBER nel mercato italiano del trasporto pubblico non di linea: un ospite senza invito*, in *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, dicembre 2017, 147.

¹²³ Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità, 21 maggio 2015.

gere i regolamenti sull'esercizio degli autoservizi pubblici non di linea e delegano agli enti locali le relative funzioni amministrative. La regolamentazione comunale, a sua volta, ha ad oggetto i corrispettivi richiesti per il servizio, il numero di soggetti autorizzati ad operare, i turni quotidiani, l'orario di lavoro, le regole di comportamento e le condizioni di sicurezza.

Così, nel predisporre i regolamenti sull'esercizio degli autoservizi pubblici non di linea, i Comuni individuano: numero e tipo di veicoli (e natanti) da adibire ad ogni singolo servizio; modalità per lo svolgimento del servizio; criteri per la determinazione delle tariffe per il servizio di taxi; requisiti e condizioni per il rilascio della licenza per l'esercizio del servizio di taxi.

In tale quadro i Comuni si rivolgono all'Autorità per acquisire il suo parere in merito allo schema di regolamento, come previsto dal già ricordato art. 2, comma 37, lett. m). E ciò accade assai di frequente, tanto che dei trenta pareri resi all'incirca dall'Autorità nei suoi pochi anni complessivi di funzionamento più della metà riguardano proprio schemi di regolamento da adottarsi nei diversi Comuni.

È chiaro che il parere dell'Autorità è ben diverso da quello di AGCM.

Esso, infatti, non sollecita l'amministrazione che ne è destinataria, ma, al contrario, è sollecitato dallo stesso ente locale.

In aggiunta, laddove l'Autorità ritenga che lo schema mostri lacune o imperfezioni, che in genere non attengono al contenuto delle scelte, ma all'insufficiente motivazione delle stesse, il parere è negativo in attesa del nuovo schema che recepisca le osservazioni formulate¹²⁴.

Tuttavia, ad oggi, non risulta che alcun Comune abbia adottato regolamenti in contrasto alle segnalazioni dell'Autorità.

È chiaro che il Comune ha interesse ad acquisire il parere dell'Autorità e soprattutto a conformarsi allo stesso anche al fine di evitare il successivo contenzioso con eventuali privati operatori del settore.

Difficile, dunque, sembra possa accadere che la legittimazione riconosciuta dal legislatore trovi concreta applicazione.

Ugualmente non si comprendono le ragioni che hanno mosso la scelta del legislatore, se non un messaggio politico.

In un momento storico in cui si tentava di aprire alla liberalizzazione del settore e in cui l'opinione pubblica adombrava non poche perplessità quanto al sistema delle licenze taxi, – anche alla luce del nuovo servizio offerto dalla piattaforma Uber a costi sensibilmente minori – il legislatore ha preferito intervenire con il suggello dell'approvazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, anziché ripensare alla disciplina del settore, attività dai maggiori costi in termini di ponderazione dei

¹²⁴ Così il parere n. 1 del 17 gennaio 2019 sullo schema del Comune di Imperia o il parere n. 9 del 25 ottobre 2018 sullo schema del Comune di Napoli, il n. 8 dell'11 ottobre 2018 sullo schema del Comune di Albenga.

diversi interessi corporativi e in termini di perdita del consenso elettorale.

L'attribuzione della legittimazione a impugnare eventuali atti di programmazione che non assicurino la corretta considerazione delle esigenze dell'utente offre così la apparente garanzia che nella programmazione del servizio l'Autorità funga da garante del mercato. Tuttavia, appunto, di apparente garanzia si tratta, almeno così pensa chi scrive, posto che il mercato nel servizio non esiste a causa degli ostacoli e del contingentamento imposto dalla disciplina vigente non riformata¹²⁵.

3.3. La legittimazione dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

Come noto, il d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (conv. legge 30 ottobre 2013, n. 125) istituisce ANAC cambiando la denominazione della CIVIT e cambiandone compagine, non più cinque componenti, ma quattro e un presidente con poteri speciali¹²⁶. Il d.l. 26 aprile 2014, n. 90 (conv. legge 11 agosto 2014, n. 114) attribuisce nuovi poteri sanzionatori ad ANAC e trasferisce ad ANAC i "vecchi" poteri dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (soppressa dal 25 giugno 2014). Si parla, in proposito, di incorporazione in quanto AVCP è interamente assorbita in ANAC.

Le competenze dell'AVCP non sono però semplicemente trasferite, ma al contempo accresciute, posto che, da un lato, ANAC ha acquisito funzioni di regolazione, in precedenza assenti, e, in aggiunta, i poteri ispettivi e sanzionatori sono stati senz'altro potenziati e arricchiti¹²⁷.

Con l'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, le competenze di ANAC hanno conosciuto una espansione di assoluto rilievo nell'ambito della disciplina, vigilanza ed esecuzione dei contratti pubblici. ANAC contribuisce alla formazione del diritto positivo, della norma giuridica intesa come applicazio-

¹²⁵ Per una ricostruzione critica della disciplina si permetta di rinviare a M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2007.

¹²⁶ Perplexità in merito esprime S. CASSESE, *La legge n. 481/1995 Crisi delle Autorità Indipendenti*, in *Energia*, 4/2015, 10.

¹²⁷ Tale scelta è contenuta già nella legge delega per l'attuazione delle nuove direttive europee e nell'adozione del c.d. Codice dei contratti pubblici, che attribuisce ad ANAC in diversi punti compiti specifici e generali e in particolare alla lett. t) dell'art. 1 dispone l'"attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa".

ne delle previsioni astratte del Codice dei contratti alla realtà concreta, attraverso la formulazione di linee guida precettive¹²⁸. Da ultimo, i recenti interventi sulla disciplina, in vigore da qualche mese¹²⁹, e il disegno di legge approvato da pochi mesi per una nuova risistemazione dell'intero assetto del Codice¹³⁰ sembrano nel senso di ridimensionare il ruolo di ANAC, ma occorrerà attendere e verificare l'evoluzione nell'iter di approvazione.

Come già si è precisato¹³¹, la decisione politica di concentrare in un'unica autorità le materie dell'anticorruzione e degli appalti pubblici ha fatto parlare di «*natura composita*» della missione dell'ANAC, con la conseguenza che non è chiaro se la vigilanza sui contratti pubblici sia strumentale e finalizzata alla lotta alla corruzione o se, invece, sia la prevenzione della corruzione ad essere strumentale al buon funzionamento del mercato dei contratti pubblici. Ciò conduce a un'evidente distorsione del peso degli interessi pubblici in gioco¹³². In altre parole, considerare la disciplina dei contratti pubblici prevalentemente dall'angolo di visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza¹³³.

Del resto, la dottrina straniera, che da tempi più lontani studia queste tematiche¹³⁴, ha messo in luce che l'asta e la gara pubblica, se possono migliorare in

¹²⁸ Si rinvia in merito a M. RAMAJOLI, *Pretesa precettiva e flessibilità delle Linee guida Anac*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, a cura di F. Liguori, S. Tuccillo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 79 e P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, cit., in particolare 191 ss.

¹²⁹ Legge 14 giugno 2019, n. 55 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici".

¹³⁰ Si tratta del DDL "Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l'integrazione della normativa in materia di contratti pubblici" del febbraio 2019 al momento in attesa dell'approvazione parlamentare. Per un primo commento C. CONTESSA, *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?*, Disponibile sul sito www.giustiziaamministrativa.it

¹³¹ M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61 ove si ricorda in questo senso L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605 ss.

¹³² Le regole in materia di contratti pubblici, infatti, servono non soltanto a prevenire la corruzione, come è giusto che sia in un Paese dove le pratiche illecite continuano a essere così diffuse, ma anche ad assicurare la miglior allocazione delle risorse pubbliche, la puntuale esecuzione dei lavori e dei servizi e la parità di concorrenza tra gli operatori economici, come sottolinea G. NAPOLITANO, *È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, in *Corriere della Sera*, 28 aprile 2017, 24.

¹³³ M. CLARICH, nello scritto *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid – Rassegna*, n. 19, 2015, 22.

¹³⁴ F. ANECHIARICO, J.B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity*, University of Chicago Press, Chicago, 1996, in particolare cap. VIII.

apparenza la scelta in favore dell'offerta più vantaggiosa, spesso in concreto comportano un sensibile incremento delle frodi nella successiva attuazione del contratto.

La ricerca spasmodica dell'imparzialità, intesa nel senso più formale e arido¹³⁵, ovvero dell'assenza di contatti, finisce per eliminare ogni sorta di rapporto tra stazioni appaltanti e costruttori e scoraggia i dirigenti dal contrattare con soggetti che ritengono validi e capaci, avendone in passato sperimentato le capacità, per il timore di sanzioni successive o scandali. In aggiunta, gli operatori che lavorano con il pubblico restano comunque diversi da quelli che operano con il privato, il che indica che la disciplina degli appalti non comporta affatto la concorrenza in un vero mercato dei costruttori.

In questo contesto, la legittimazione giurisdizionale di ANAC è istituto di recente introduzione e rappresenta, come noto, il frutto di interventi "riparatori" del legislatore.

La rubrica dell'art. 211 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che contiene la disposizione rilevante, è intitolata "*Pareri di Precontenzioso dell'ANAC*", ma già il Codice previgente conteneva istituti di precontenzioso, ossia il parere precontenzioso facoltativo e sempre non vincolante all'ANAC previsto all'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'informativa di ricorso di cui all'art. 243-*bis*, introdotta successivamente con l'attuazione della c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE.

Entrambi gli istituti erano stati oggetto di aspre critiche.

In estrema sintesi, il parere facoltativo e non vincolante finiva per tradursi in attività consultiva e non deflattiva del contenzioso¹³⁶ e anche l'intento di giungere alla soluzione della controversia sollecitando l'intervento dell'Amministrazione aggiudicatrice attraverso l'informativa è parso, e di fatto è stato, non realizzabile¹³⁷. In aggiunta, l'istituto, così come disciplinato all'art. 243-*bis* del Codice

¹³⁵ Per una critica all'applicazione del principio di imparzialità nella disciplina legislativa vigente non si può che rinviare alle lucide argomentazioni di A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹³⁶ Così si esprime A. SERGI, *L'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Sala, Cedam, Padova 2014, tomo I, 43, qui 178.

¹³⁷ Precisa D. DE PRETIS, *Il sistema della protezione preventiva*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano, 2010, qui 33, che "se l'obiettivo della norma era di apprestare un meccanismo idoneo a consentire all'amministrazione di disinnescare preventivamente attacchi alle procedure di affidamento di contratti pubblici in funzione deflattiva del contenzioso giudiziale, in conformità a quanto stabilito dalla legge delega, la disciplina predisposta dal decreto legislativo toglie molta efficacia allo strumento.". Come noto, infatti, il termine coincideva con quello per la presentazione del ricorso, ma la disciplina non attribuiva nessun rilievo alla comunicazione. Critico anche S. TARULLO, *L'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, sul sito www.giustizia-amministrativa.it. In proposito, se si vuole M. DELSIGNORE, *Le ADR nell'attuazione della dir. 2007/66/CE*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1519.

dei contratti, si è rivelato in grado di sortire l'effetto contrario a quello deflattivo, producendo un maggior carico del contenzioso, a seguito dell'imprecisata natura di conferma o atto meramente confermativo del provvedimento successivamente adottato dall'Amministrazione¹³⁸ ovvero dell'azione avverso il silenzio della stazione appaltante.

Il nuovo Codice, al già ricordato art. 211, ha disciplinato il precontenzioso, mantenendo al comma 1 la previsione di un parere precontenzioso, pur fortemente modificato nei suoi elementi costitutivi ed effetti; era, inoltre, stato introdotto, anche se solo per un breve periodo, l'istituto della raccomandazione vincolante, quale evoluzione, pur decisamente innovativa, della precedente informativa di ricorso¹³⁹.

Il "correttivo", con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ha lievemente ritoccato la disciplina del parere, prevedendo l'onere del contraddittorio con la stazione appaltante e le eventuali parti controinteressate prima della sua adozione. Si noti che il parere non è semplicemente ascrivibile all'attività di *advocacy*, di ausilio di ANAC al corretto funzionamento del settore dei contratti pubblici, posto che lo stesso suggerendo alla stazione appaltante una determinata condotta rispetto all'interpretazione delle norme nel caso concreto è stato ritenuto impugnabile, anche quando non vincolante, insieme alla successiva determinazione provvedimento adottata dall'amministrazione che ne dia applicazione¹⁴⁰.

Sempre il correttivo ha, inoltre, abrogato il comma 2 dell'art. 211 che disciplinava la raccomandazione vincolante, pur senza che nello schema dell'atto legislativo si desse conto dell'intenzione di incidere sulla norma.

Il Governo, successivamente, viste le aspre critiche mosse dalla stampa e da ANAC medesima all'abrogazione, ha introdotto¹⁴¹ i commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 211, previsioni con cui si disciplina sia la legittimazione di ANAC per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a

¹³⁸ Per un commento alla giurisprudenza si rinvia a E. GRILLO, *L'informativa di ricorso ex art. 243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato*, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1205.

¹³⁹ Un primo breve accenno alla disciplina si trova in M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Giappichelli, Torino, 2017, 47, qui 60 e C. PLUCHINO, *La funzione deflattiva del contenzioso e il "lifting" dei pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Urb. app.*, 2016, 1304. Propongono una riflessione sul nuovo istituto del parere e sulla sua natura F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in www.rivistaaic.it e S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative*, in www.federalismi.it, 2017; più di recente M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 557.

¹⁴⁰ In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2019, n. 1622.

¹⁴¹ Art. 52-*ter*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50 convertito con la legge 21 giugno 2017, n. 96.

contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici, sia il potere, sempre in capo ad ANAC, di adottare un nuovo parere, ovvero il parere motivato sulla illegittimità di provvedimenti della fase ad evidenza pubblica per gravi violazione del codice. Il parere adottato, se disatteso, legittima ANAC a presentare ricorso contro la stazione appaltante.

In passato si erano espresse perplessità in merito al riconoscimento della legittimazione giurisdizionale in capo ad AVCP, autorità allora preposta alla vigilanza sui contratti, in assenza di una espressa previsione legislativa¹⁴²; il legislatore, infine, anche sollecitato in tale direzione dal Consiglio di Stato, ha riconosciuto ad ANAC una legittimazione straordinaria.

Per comprendere pienamente il senso della disposizione in tema di legittimazione pare opportuno considerare anche la disciplina relativa al parere di precontenzioso, poiché senz'altro i due istituti sono tra loro collegati, anzitutto in quanto disciplinati nella medesima disposizione.

Nell'esaminare più nel dettaglio il contenuto dell'art. 211 è utile ricordare da subito che la disposizione è stata ulteriormente integrata da alcuni interventi regolatori di ANAC. L'Autorità ha, infatti, adottato il Regolamento del 5 ottobre 2016 per il rilascio dei pareri di precontenzioso, recentemente rivisto da ANAC con il nuovo Regolamento del 10 gennaio 2019, e il Regolamento del 15 febbraio 2017 sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, alla luce dei quali va letto e integrato il disposto della norma.

Si consideri anzitutto l'ambito soggettivo, ovvero l'individuazione dei possibili destinatari del parere di precontenzioso.

Il parere può essere richiesto dalla stazione appaltante e dai privati concorrenti, anche eventualmente esclusi¹⁴³.

A prescindere dal soggetto istante, il parere è vincolante solo quando vi sia l'espressa volontà in tal senso del richiedente, cui possono aderire le altre parti. A tal fine chi presenta l'istanza è tenuto a darne comunicazione a tutti

¹⁴² A. SERGI, *L'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici*, cit.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, cit., § 3. In passato, nel senso della inidoneità della figura tradizionale del P.M. al fine della tutela degli interessi diffusi v. M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, cit., 59-60, secondo cui "in conclusione, per un'adeguata tutela degli interessi collettivi, diversi da quelli 'pubblici' tradizionali, un affidamento al Pubblico Ministero non ha senso, è del tutto irrealistico. Bisognerebbe trasformare interamente il Pubblico Ministero: ossia, creare istituzioni del tutto nuove". Incidentalmente Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 20, cit., § 4, ha ritenuto, con riguardo alla legittimazione dell'AGCM, "non pertinente" il richiamo alla figura del P.M.

¹⁴³ Il regolamento, in un primo tempo, avevo esteso la legittimazione alla richiesta ai "soggetti portatori di interessi collettivi costituiti in associazioni o comitati". Per maggiore approfondimento si rinvia a G. TROPEA, *Pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Wolters Kluwer, Milano, 2017.

i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa¹⁴⁴.

Quanto all'ambito oggettivo il parere, ai sensi dell'art. 211 del Codice, verte sulle "questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara".

In merito il regolamento, laddove indica¹⁴⁵ l'inammissibilità di istanze in assenza di una controversia tra le parti o manifestamente mancanti di interesse concreto al conseguimento del parere, esclude senz'altro questioni meramente teoriche.

Allo stesso modo si esclude il parere possa essere utilizzato in riposta ad istanze volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici¹⁴⁶.

Lo stesso Regolamento del 2019 – laddove conferma l'inammissibilità delle istanze dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale, ovvero delle istanze presentate nonostante la pendenza di un ricorso giurisdizionale avente medesimo contenuto, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità – implicitamente presuppone che gli stessi atti impugnabili di fronte al giudice amministrativo possano anche essere valutati nel procedimento di precontenzioso, qualora in tal senso si orienti il soggetto leso.

¹⁴⁴ In proposito il regolamento (all'art. 4, comma 1) precisa che "Quando l'istanza è presentata singolarmente dalla stazione appaltante o da una parte interessata, il parere reso è da intendersi non vincolante.". Ne risulta che anche nei confronti dell'amministrazione appaltante il parere è vincolante solo in quanto la stessa si esprima nel senso della volontaria adesione. Taluno in base al principio della leale collaborazione fra le istituzioni pubbliche, ha ritenuto che la stazione appaltante dovrebbe sempre adeguarsi al parere ANAC. La tesi si scontra, però, con la previsione di cui all'art. 113 Cost., secondo la quale contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale, nonché postula la correttezza e legittimità sempre e in ogni caso del parere di ANAC.

¹⁴⁵ All'art. 7.

¹⁴⁶ A riguardo si è sostenuto (in tal senso G. VELTRI, *op. ult. cit.*) che l'aver individuato l'oggetto del parere nelle "questioni controverse" e non nelle controversie starebbe a indicare che sia da escludersi che il parere riguardi la legittimità di atti, ma esso debba riguardare piuttosto la risoluzione di dubbi esegetici ed esplicativi su come interpretare la fattispecie nel caso concreto. Nulla vieta, però, che il parere sia richiesto anche quando le questioni controverse riguardino la legittimità di atti già adottati. In aggiunta, la stessa ANAC ha precisato (nel comunicato del Presidente del 16 novembre 2016, dal titolo *Indicazioni operative in merito all'esercizio della funzione consultiva diversa dal precontenzioso svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione*) che l'Autorità nell'esercizio "della funzione consultiva diversa dal precontenzioso" a partire dal caso concreto "indica, non solo ai richiedenti ma a tutti coloro che si possano trovare in situazioni analoghe, quale sia il comportamento da tenere in ossequio alle disposizioni legislative e alle prescrizioni date dall'Autorità stessa con provvedimenti anche di carattere generale, quali in primis le linee guida.". Il comunicato sembra così distinguere il caso in cui vi sia un contenzioso, dal caso in cui vi sia incertezza nell'interpretazione, ovvero quei dubbi esegetici cui alcuni volevano collegare in via esclusiva il rimedio di precontenzioso.

Il T.A.R. Lazio si è però mostrato di diverso avviso¹⁴⁷ ed ha voluto precisare che le questioni sorte durante lo svolgimento della gara sono diverse e distinte dalle questioni sorte dopo lo svolgimento della gara¹⁴⁸.

Sul punto è tornato anche il Consiglio di Stato, che ha ritenuto che l'art. 211 comma 1 possa essere letto nel senso di attribuire ad ANAC un potere consultivo sia pure di efficacia rafforzata ovvero un potere pregiustiziale che fa della richiesta di parere uno strumento di risoluzione alternativa della controversia (c.d. ADR)¹⁴⁹, tale da consentire di sottoporre all'Autorità anche la questione della legittimità di atti già adottati¹⁵⁰.

Certamente la determinazione con cui ANAC decide in via precontenziosa resta impugnabile solo nel caso in cui sia vincolante – poiché diversamente si tratterebbe di un atto privo di effetti –, ma l'impugnazione del parere avrà ad oggetto la legittimità dello stesso e non la correttezza degli atti della procedura di evidenza pubblica, senza essere di conseguenza mezzo per l'elusione del termine di impugnazione. In aggiunta, anche il più recente Regolamento, nel confermare la possibile pendenza di un giudizio sulla medesima questione oggetto di esame nel procedimento di precontenzioso di fronte ad ANAC, considera appunto il procedimento di precontenzioso strumento di composizione diverso e distinto dal ricorso al Tribunale, ma senz'altro anche concorrente allo stesso.

Il procedimento di precontenzioso deve concludersi entro un termine di

¹⁴⁷ T.A.R. Lazio, sez. III, 8 maggio 2017, n. 5459 sentenza nei confronti della quale è stato proposto appello, commentata da F. APERIO BELLA, *La lettura (restrittiva) del TAR Lazio sull'ambito di applicazione del parere di precontenzioso ANAC ex art. 211: due ragioni per un ripensamento*, in *lamministrativista.it*, fasc. 6, 2017.

¹⁴⁸ In particolare, la distinzione sarebbe necessaria poiché “... altrimenti, l'impresa che si ritiene lesa dalla conclusione della gara – sia in senso di ammissione di concorrenti, di non ammissione propria o di aggiudicazione a terzi – potrebbe facilmente eludere i termini (stringenti) di impugnazione dell'esito della procedura concorsuale, di cui all'art. 120 c.p.a., proponendo istanza di 'precontenzioso' successivamente e provvedendo ad impugnare la relativa determinazione dell'ANAC.”. Anche l'invito di ANAC alla stazione appaltante a non porre in essere atti pregiudizievole ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere indicherebbe l'impossibilità che oggetto del parere di precontenzioso siano atti della procedura impugnabili di fronte al giudice amministrativo quali l'ammissione delle offerte altrui, la propria esclusione o l'aggiudicazione.

¹⁴⁹ Così al punto 6 della decisione Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2018, n. 4529.

¹⁵⁰ La sezione ritiene che quando la ragione deflattiva del contenzioso giurisdizionale che caratterizza il parere di precontenzioso non è più in concreto realizzabile (perché il contenzioso processuale è già in atto), la tutela giurisdizionale del processo resti preminente. Di conseguenza, ANAC non può pronunciarsi quando venga investita di una questione dopo l'adozione ad opera della stazione appaltante dell'atto della procedura che abbia risolto la medesima questione, atto che non è stato impugnato entro il termine dalla parte svantaggiata. Il giudice ritiene, perciò, che ogni volta intervenga l'atto amministrativo autonomamente impugnabile sia preclusa l'istanza di parere di precontenzioso al decorrere dei termini per l'impugnazione in sede giurisdizionale, poiché l'istanza di parere non può fungere da strumento per eludere i termini processuali o per rimettere surrettiziamente in termini le parti che siano decadute dall'azione in giustizia, come si legge al punto 8.3.

trenta giorni dalla ricezione della richiesta, come prevede l'art. 211. Il termine coincide con il termine per la proposizione del ricorso non solo per l'impugnazione dell'aggiudicazione, ma, in base al rito speciale, con il termine per l'impugnazione dei provvedimenti di esclusione o ammissione alla gara¹⁵¹. Quest'ultimo, come noto, pur ritenuto congruo ancora di recente dalla Corte di Giustizia¹⁵², è oggi ormai abrogato.

In ogni caso, l'Autorità ha, purtroppo, inteso il termine di trenta giorni come termine ordinatorio, sicché per assumere il parere sta impiegando un tempo indeterminato, comunque sempre di molti mesi, finendo così per stravolgere la logica del legislatore che voleva in qualche modo coordinarlo con i tempi processuali¹⁵³.

ANAC, dunque, è Autorità che assomma molte funzioni e poteri: non solo vigila e regola il settore dei contratti pubblici, ma esercita anche un'attività consultiva e deflattiva del contenzioso legato all'applicazione di quella disciplina.

Se il parere di AGCM funge, per come interpretato dal giudice amministrativo, da presupposto per il ricorso e quello di ART si esprime su di un atto generale di pianificazione, che può poi essere anche impugnato dall'Autorità, ben diverso è il caso del parere di precontenzioso di ANAC. L'istanza, come si è visto, è infatti sollecitata dall'esistenza di interpretazioni confliggenti della normativa dei contratti pubblici senza che vi sia un collegamento con la legittimazione a ricorrere.

Il riconoscimento della legittimazione speciale in capo ad ANAC¹⁵⁴ non ap-

¹⁵¹ Come prevede il comma 2-bis, introdotto dallo stesso Codice nell'art. 120 c.p.a. In particolare, si ricordi che la norma dispone che "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività."

¹⁵² Con ordinanza del 19 febbraio 2019 resa nella causa C-54/18 del 14 febbraio 2018.

¹⁵³ Come riferisce M.P. CHITI, *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 453, qui 459, che ritiene il pare finisca così per "essere più un intralcio alla tutela degli interessati che un effettivo strumento di giustizia nell'amministrazione".

¹⁵⁴ M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit.; F. LONGO, *Giurisdizione e governance*, in G. PERULLI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2018, 395 ss.; M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; N. POSTERARO, *La nuova legittimazione ad agire dell'ANAC (e la soppressione della raccomandazione vincolante all'esercizio dell'autotutela)*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli, Giuffrè, Milano, 2017, 493; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, cit., in particolare 54 ss. e 192 ss.

pare, perciò, collocabile all'interno di un quadro simile a quello in cui opera AGCM, nonostante l'intervento del legislatore si ponesse in analogia a quanto già disciplinato all'art. 21-*bis* della legge n. 287/1990 in riferimento all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In particolare, i nuovi commi dell'art. 211 prevedono la legittimazione processuale di ANAC¹⁵⁵, declinata sotto due diverse modalità, con una formulazione ancora una volta piuttosto oscura, nonostante l'ampio dibattito, anche a livello mediatico, che ha preceduto l'adozione della norma.

L'analogia tra AGCM e ANAC non tiene conto della profonda diversità esistente tra l'attività deflattiva del contenzioso, eventualmente affidata ad ANAC, e l'attività amministrativa e sanzionatoria o, diversamente, di consulenza e *advocacy* svolta da AGCM.

Se rispetto ad AGCM la legittimazione è attribuita ad un soggetto chiamato ad applicare le norme che regolano il settore sia laddove si ritengono violate, sia laddove emergano dubbi quanto al tenore e alla corretta attuazione della disciplina nel singolo caso concreto, quanto ad ANAC la legittimazione, come si è cercato di evidenziare con la digressione precedente, si colloca in un contesto ben diverso.

Da un lato, è chiaro che l'attività deflattiva del contenzioso svolta da ANAC non può certo poi sfociare nell'attivazione di un giudizio per la stessa questione (come del resto espressamente previsto nelle disposizioni ricordate) e, dall'altro, la redazione delle linee guida – su cui non ci si sofferma in questa sede, essendo tema ampiamente discusso in dottrina, nonché, come si è accennato, oggetto di recentissimo ripensamento da parte del legislatore – è attività di precisazione del tenore nella norma ben diversa da quella di interpretazione e applicazione svolta da AGCM.

Criticabile, dunque, la scelta di introdurre una previsione simile e assimilare le due Autorità, tanto più che, come già mostrato in precedenza, il contenzioso giurisdizionale in cui AGCM è stata ricorrente ha ad oggetto diversi procedimenti di evidenza pubblica, sicché nell'ordinamento già esisteva disposizione per dar voce ed accesso alla giustizia a tali controversie.

È vero che distinti sono i profili e i vizi che possono essere invocati da AGCM e da ANAC e tuttavia l'interpretazione del giudice amministrativo che esamina il ricorso dell'Autorità garante anche quando essa invochi in via generale il principio della concorrenza e non specifiche disposizioni violate può dar vita ad ampi margini di sovrapposizione.

Il testo della disposizione, in aggiunta, se il legislatore ha ragionato in analogia, mettendo in correlazione le due Autorità, certamente non risolve, ma dà adito a ulteriori dubbi applicativi.

¹⁵⁵ Per un commento M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale di ANAC*, sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

Anzitutto, il comma 1-*bis* prevede che ANAC sia legittimata a impugnare bandi, altri atti generali e 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.

L'unica azione ammessa è, dunque, l'azione costitutiva per l'annullamento di atti adottati dalle stazioni appaltanti. Si specifica, inoltre, che la legittimazione esiste solo a patto che si tratti di contratti "*di rilevante impatto*", rinviando ad un successivo regolamento di ANAC medesima per la più chiara delimitazione dei "*casi o tipologie*".

Si intuisce che sarebbe proprio la rilevanza del contratto a giustificare l'intervento di ANAC, in supplenza o in supporto al privato, ogni volta che vi siano violazioni delle "*norme in materia di contratti pubblici*", secondo la formula indicato dal legislatore. La formula è tale da riferirsi anche alla disciplina contenuta al di fuori del Codice: tali norme potrebbero ricomprendere anche eventuali disposizioni contenute in altre fonti primarie, o anche subprimarie, regolamenti ministeriali o altri atti, quali le linee guida adottate da ANAC ad integrazione, specificazione e precisazione della normativa vigente.

Il comma 1-*ter*, invece, si riferisce alla generalità delle procedure di appalto, compresi anche i casi di minor rilievo, che presentino, però, "*gravi violazioni*" del Codice dei contratti. Si ricordi che già la precedente disciplina in tema di raccomandazione vincolante richiamava le gravi violazioni¹⁵⁶. Oggi le gravi violazioni sono state elencate e stabilite da ANAC nel Regolamento di recente adozione¹⁵⁷.

In queste ipotesi ANAC, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, adotta un "*parere motivato*", in cui indica i vizi riscontrati e concede alla stazione appaltante un termine, comunque non superiore a sessanta giorni, per il ripristino della legittimità. Ove ciò non avvenga, ANAC è legittimata a presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

Forse la logica è quella per cui, trattandosi di violazioni gravi del codice, ma relative a contratti di minor rilievo, il solo parere di ANAC sia utile a indurre la

¹⁵⁶ L'art. 12 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza espressamente indicava i casi di "gravi violazioni" che determinavano l'adozione della raccomandazione vincolante (art. 12, comma 2, lett. a, b, c, d, e, f, g, h, i), che, di fatto, in parte coincidono con le ipotesi previste dall'art. 121 c.p.a. che autorizzano il giudice amministrativo a dichiarare l'inefficacia del contratto (affidamento del contratto senza previa pubblicazione del bando, mediante procedura diversa da quella aperta o ristretta fuori dai casi consentiti, violazione dello *stand still* c.d. "sostanziale" e "processuale", che, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento), in parte vengono autonomamente configurate (es. mancata esclusione ove ricorra uno dei motivi previsti dall'art. 80 del codice, artificioso frazionamento del contratto che comporti l'elusione della normativa sui contratti pubblici, ricorso alla disciplina derogatoria prevista in casi di somma urgenza e di protezione civile in contrasto con le disposizioni del Codice, ecc.).

¹⁵⁷ Delibera ANAC 13 giugno 2018, n. 572.

stazione appaltante a emendare l'atto dal vizio, sicché il caso della successiva impugnazione sia quanto mai remoto dal verificarsi in concreto. Certamente, infatti, pur trattandosi di gravi violazioni, la facoltà di ANAC di attivarsi con il parere prima, e successivamente di impugnare gli atti, stravolge completamente la *ratio* del sistema della giustizia nei contratti pubblici che fa leva sulla celerità nella definizione delle controversie.

Si noti, in proposito, che il parere motivato deve essere rilasciato da ANAC entro sessanta giorni “*dalla notizia della violazione*”. La disposizione sembra così ammettere che tale notizia giunga ad ANAC a mezzo della segnalazione di concorrenti, imprese, operatori del settore, soggetti pubblici qualificati¹⁵⁸ o anche semplici cittadini e ciò non fa che dilatare ancor più i tempi per la definizione della procedura. Si tratterebbe di un modello di “vigilanza collaborativa”¹⁵⁹, che può ascriversi “sia alla vigilanza, sia ai mezzi deflattivi del contenzioso”¹⁶⁰.

In merito si segnala che il T.A.R. Lazio¹⁶¹ ha accertato il diritto di accesso agli atti di ammissione alla gara, pur scaduto il termine di impugnazione degli stessi, constatato l'interesse dell'istante a sollecitare i poteri, allora di raccomandazione, oggi di parere in capo ad ANAC.

La segnalazione sollecita l'esercizio del potere di ANAC di adottare il parere motivato. Come evidenziato, non si tratta dell'espressione di poteri di autotutela, rispetto ai quali, come noto, non sorge il dovere di attivarsi dell'amministrazione, sicché, a fronte dell'inerzia o del silenzio di ANAC, il segnalante potrebbe forse considerarsi anche legittimato a ricorrere davanti al giudice amministrativo sulla base dell'art. 31 e 117 c.p.a.¹⁶²

Quanto al richiamo alle sole disposizioni del Codice, alcuni ritengono preferibile seguire un'interpretazione omogenea, che consideri complessivamente tut-

¹⁵⁸ Si rinvia in merito alle osservazioni di M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 32 e E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 261.

¹⁵⁹ Secondo l'espressione utilizzata dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel Pare n. 1119 del 4 aprile 2018, sullo Schema di Regolamento sull'esercizio dei poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁶⁰ Così R. DE NICTOLIS, *I poteri ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, p. 21.

¹⁶¹ T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 28 marzo 2017, n. 3971. Per un commento C. TANZARELLA, *Legittimazione e differimento dell'accesso agli atti tra rito c.d. super accelerato e parere di precontenzioso dell'ANAC*, in lamministrativista.it.

¹⁶² Osserva in merito M. LIPARI, *op. ult. cit.*, che il dovere di attivarsi a fronte della segnalazione non sorgerebbe laddove il segnalante sia un potenziale ricorrente che avrebbe dovuto impugnare l'atto nel termine decadenziale. Diversamente, però, si ritiene che o il dovere di provvedere esista a fronte di qualsiasi segnalazione, perché il riconoscimento della legittimazione di ANAC è il frutto della scelta dell'ordinamento di privilegiare gli interessi al corretto svolgersi delle procedure di appalto sempre e in ogni caso, oppure il dovere non sussista mai.

ta la disciplina in materia di contratti pubblici¹⁶³. La gravità della violazione che attiva il potere di ANAC sembra implicitamente escludere che si tratti di disposizioni contenute in fonti secondarie o speciali. Certamente non semplice è inoltre stabilire quali siano le violazioni gravi, tali da fondare l'intervento di ANAC, anzitutto, e lo stravolgimento dei termini per l'impugnazione degli atti: non ogni violazione del codice è tale, perché altrimenti si priverebbe di senso la specificazione contenuta dalla norma, ma di fatto è la stessa ANAC nell'adottare il regolamento integrativo a specificare casi e tipologie.

La lettura qui proposta distingue, dunque, le condizioni della legittimazione processuale riconosciuta ad ANAC, richiedendo la previa adozione del parere motivato solo nel caso in cui si tratti di contratti privi "*di rilevante impatto*".

Occorre, però, segnalare che un'interpretazione non letterale della disposizione, che, come si anticipava, ragioni in analogia con quanto previsto relativamente a AGCM dall'art. 21-*bis* della legge n. 287, conduce a una soluzione diversa.

La formulazione dell'art. 21-*bis*, come già si è messo in rilievo, non è dissimile da quella dei commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 211.

Come si è visto in precedenza, la giurisprudenza, nel leggere la disposizione, qualifica il parere come presupposto sempre indispensabile ai fini dell'ammissibilità del ricorso, nonostante la diversa interpretazione da parte di AGCM¹⁶⁴.

È possibile, allora, che il richiamo a quella giurisprudenza comporti una soluzione analoga quanto ad ANAC, così che l'adozione del parere motivato si consideri presupposto necessario per la successiva impugnazione dell'atto.

Quanto alla natura del parere motivato, esso pare senz'altro riconducibile all'esercizio delle funzioni amministrative di ANAC e, in quanto atto amministrativo, certamente impugnabile dalla stazione appaltante che voglia disattenderlo. La competenza a conoscere della controversia sarà sempre in capo al TAR del Lazio.

La disposizione non contiene particolari indicazioni quanto ai termini processuali sicché si intende applicabile il termine generale di trenta giorni valido nel giudizio sugli appalti, anche se la sua decorrenza si verifica in un momento anche più lontano da quello dell'efficacia dell'atto.

Mancano, inoltre, indicazioni quanto al caso in cui l'adeguamento al parere sia solo parziale poiché l'Amministrazione ritenga motivatamente di giungere ad un diverso assetto degli interessi in gioco nel perseguimento dell'interesse pubblico che la legge le affida. In questo caso, cioè, non è chiaro se sussista comunque la legittimazione di ANAC ad impugnare il primigenio atto o, invece, occorra che ANAC si attivi con un nuovo parere motivato.

¹⁶³ Così M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 21.

¹⁶⁴ Si rinvia in merito al contributo di M. LIPARI, *op. ult. cit.*, 24, che richiama le decisioni T.A.R. Roma, Lazio, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; Id., 27 maggio 2015, n. 7546; Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 323.

Nell'eventuale giudizio su ricorso di ANAC trovano applicazioni le disposizioni ed il rito di cui al titolo V del Codice del processo amministrativo. Si tratterà di giurisdizione esclusiva se la controversia verte sulle procedure di affidamento di lavori servizi o forniture. Diversamente laddove le disposizioni del Codice violate non disciplinino le procedure di affidamento, allora si rientra nella generale giurisdizione di legittimità. Entrambe le fattispecie escludono che della controversia possa essere invece investito il giudice ordinario.

La competenza sarà ripartita sulla base delle previsioni del Codice senza che a nulla rilevi la qualifica di ANAC quale parte ricorrente. Il termine per ricorrere previsto in 30 giorni vale presumibilmente ai fini della notifica e non del deposito del ricorso.

L'ANAC nell'impugnare il provvedimento ritenuto illegittimo dovrà evocare in giudizio l'amministrazione resistente e i controinteressati.

Occorre infine domandarsi quale rapporto esista tra legittimazione straordinaria e il parere precontenzioso, ricordato in precedenza.

Mentre il parere di precontenzioso è condizionato dalla volontà delle parti di conformarsi, sicché solo su concorde avviso delle parti della controversia finisce per essere davvero risolutivo, il parere motivato rappresenta uno strumento più efficace, nonostante ad oggi ANAC non lo abbia ancora utilizzato.

Entrambi i pareri debbono essere esaminati in relazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 104/2010) e non certo con altri strumenti deflattivi del contenzioso pure previsti nel codice quali l'accordo bonario, la transazione o l'arbitrato.

Oggetto del parere sono, infatti, controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara e anche il parere motivato riguarda la rimozione di un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara: si tratta, dunque, sempre di fattispecie conosciute dal giudice amministrativo.

Proprio in rapporto alla disciplina della tutela giurisdizionale gli istituti del precontenzioso fanno emergere e mettono in luce evidenti incoerenze e cedimenti nella tenuta del nuovo sistema di tutela nei contratti pubblici.

Il processo amministrativo è, nel nostro ordinamento, la sede propria e tipica delle controversie in materia di procedure per l'assegnazione dei contratti pubblici¹⁶⁵. Gli strumenti di precontenzioso di fatto ampliano il sindacato giurisdizionale che si estende anche ai pareri vincolanti resi dall'ANAC e al parere motivato rivolto alle stazioni appaltanti per sollecitarne il potere di autotutela.

I valori della certezza e rapidità della decisione sono coesenziali alla giustizia, ancora più quando siano in gioco interessi economici.

¹⁶⁵ Come sottolinea L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605, qui 609.

Il nuovo rito è stato già oggetto di molte critiche¹⁶⁶ sia sotto il profilo della sua applicazione, sia sotto il profilo del suo possibile contrasto con il diritto di difesa¹⁶⁷ e, da ultimo, rivisitato dal legislatore proprio nelle disposizioni più discusse.

Con tale rito non si coordina affatto la disposizione dell'art. 211 sui pareri di precontenzioso: il parere di cui al comma 1 riguarda, in sostanza, le stesse controversie con un procedimento che è destinato in concreto a concludersi quando ormai il termine per l'impugnazione giurisdizionale sia scaduto; il nuovo parere motivato finisce per dilatare ancor più i termini, ammettendo l'autotutela anche quando ormai sono scaduti tutti i termini di impugnazione, così contravvenendo all'evidente intento di assicurare stabilità all'assetto di interessi creatosi e legittimando ANAC a impugnare gli atti ben dopo i termini ordinari.

In aggiunta, il parere motivato, che precede e condiziona la successiva legittimazione di ANAC, rende plausibile il rischio che al già consistente contenzioso tra stazioni appaltanti e operatori economici si possa aggiungere quello, tutto interno alla sfera dei pubblici poteri, tra l'ANAC e le stazioni appaltanti, sia in ordine alla legittimità dei rispettivi contrastanti atti, sia in ordine alle eventuali (e reciproche) conseguenze risarcitorie¹⁶⁸.

Gli istituti di precontenzioso e la legittimazione in capo ad ANAC non mettono in discussione solo il sistema della tutela nei contratti pubblici, ma inducono anche a interrogarsi sul ruolo affidato dal legislatore ad ANAC in tale sistema, poiché gli stessi comportano la confusione e la mancanza di chiarezza nel rapporto tra poteri di regolazione, poteri di precontenzioso, legittimazione processuale e poteri di controllo, anche sostitutivi, "che rasentano l'amministrazione attiva"¹⁶⁹, stante la corrispondenza dell'ambito di esercizio di tali funzioni.

Come già messo in evidenza¹⁷⁰ la questione è tanto più complessa ove si consideri la natura composita della missione dell'ANAC¹⁷¹, nella quale non è chiaro

¹⁶⁶ Si rinvia a M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 521; G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, cit.; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, cit.

¹⁶⁷ L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., qui 610.

¹⁶⁸ Così parere Cons. Stato, comm. spec., parere n. 2777/2016, cit.

¹⁶⁹ In proposito si esprime L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, cit., qui 608.

¹⁷⁰ In proposito sempre L. TORCHIA, *op. ult. cit.*, qui 607.

¹⁷¹ E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2016, 499 ss., spec. 503; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it.

se la vigilanza sui contratti pubblici sia strumentale e finalizzata alla lotta alla corruzione o se, invece, sia la prevenzione della corruzione ad essere strumentale al buon funzionamento del settore dei contratti pubblici, che costituisce una leva economica assai rilevante in ogni Stato nazionale, nonché a livello europeo. Così si è precisato che la stessa configurazione istituzionale di ANAC è connotata da una irrisolta dualità fra la natura giuridica di autorità di regolazione e vigilanza e la crescente assunzione di un ruolo di fatto giustiziale e “fondamentalmente resprensivo”¹⁷².

L'utilizzo dei pareri di precontenzioso o del parere che precede il ricorso giurisdizionale per risolvere questioni controverse e fornire la corretta interpretazione nell'attuazione delle disposizioni del codice dei contratti e delle linee guida adottate dalla stessa ANAC, rischiano così di diventare uno strumento per esercitare attività di regolazione retroattiva, al di fuori delle garanzie partecipative e procedimentali che a quel tipo di funzione si legano.

La legittimazione processuale, ancorché ancora non ve ne siano esempi concreti, diventa ugualmente un modo per tentare di recuperare spazi per l'esercizio della vigilanza.

L'attribuzione della legittimazione appare, infatti, espressione della necessità di tutela di un interesse generale, su impulso di un soggetto che rispetto a tale interesse riveste la posizione di curatore piuttosto che quella di titolare.

Si tratta di uno strumento che è destinato a far emergere un contenzioso sul quale diversamente il giudice amministrativo non sarebbe investito.

L'intento sembra quello di garantire la regolarità delle procedure di scelta del contraente negli appalti pubblici, fornendo ad ANAC strumenti utili a intervenire in sostituzione dei privati, qualora questi non investano il giudice della controversia.

La legittimazione riconosciuta a ANAC non configura, dunque, un'ipotesi di sostituzione processuale¹⁷³, ma implica, di nuovo, la valutazione del legislatore a che in questo specifico settore sia sempre garantito il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica.

Ciò vale tanto più ove si ricordi che il potere di ANAC può essere esercitato anche a seguito della sollecitazione di un cittadino totalmente estraneo alla vicenda e, dunque, anche in assenza di collegamento alcuno con il rapporto tra

¹⁷² Come lo definisce R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷³ In questo senso invece M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale di ANAC*, cit. che, pur in chiave critica, osserva che la legittimazione speciale dell'ANAC potrebbe determinare un fenomeno di “sostituzione processuale” piuttosto che di personificazione di interessi diffusi, segnalando inoltre come la recente riforma segni il passaggio dal precontenzioso ad una sorta di “supercontenzioso”, in quanto potenzialmente si dilata notevolmente l'ambito entro cui potranno aprirsi controversie dinanzi al giudice, solo in parte arginabili attraverso il meccanismo preventivo del parere motivato.

stazione appaltante e partecipanti alla gara, a cui afferiscono le posizioni giuridicamente rilevanti nell'ordinamento.

In tal modo il legislatore finisce per cadere nell'ennesima contraddizione laddove, a fronte del progressivo contingentamento della tutela delle parti private, in termini di onerosità, di costi e tempi brevi, si incentiverebbe un potere d'azione senza limiti temporali definiti, in tendenziale contrasto con le esigenze di certezza e stabilità dell'agire amministrativo, particolarmente rilevanti nel settore dei contratti pubblici.

Giunti a questo punto della trattazione, è opportuno aprire una riflessione più generale che tenga conto delle diverse fattispecie di legittimazione straordinaria sinora esaminate e delle possibili influenze di tali figure sulla conformazione della giurisdizione amministrativa.

4.1. Una proposta di sistemazione delle legittimazioni sparse

Le figure di legittimazione speciale introdotte dal legislatore di recente hanno provocato una riflessione nella dottrina circa le implicazioni che derivino per la giurisdizione amministrativa e il processo in cui si dipana.

Anzitutto, come si è osservato¹⁷⁴, nell'individuare fattispecie di legittimazione straordinaria in capo alle Autorità indipendenti il nostro legislatore sembra procedere all'insegna della casualità, mancando un disegno sistematico caratterizzante.

Così non si comprende perché solo ad alcune Autorità e non ad altre sia attribuito il potere di azione, né l'opzione compiuta dal legislatore appare consapevole e ragionata, quanto più spesso motivata dal compromesso politico.

Anzi, l'analisi precedente ha evidenziato come le stesse fattispecie di legittimazione presentino lacune interpretative o siano fonti di possibili sovrapposizioni.

Così quanto ad AGCM il procedimento bifasico richiesto a pena di inammissibilità del ricorso non è chiaramente disciplinato nelle norme, che lasciano aperte anche questioni processuali in merito ai termini e agli atti passibili di impugnazione¹⁷⁵. Al contempo le violazioni lamentate da AGCM spesso hanno investito la scorretta applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, suscitando interrogativi quanto al futuro coordinamento rispetto alla legittimazione a ricorrere nelle medesime occasioni oggi riconosciuta ad ANAC.

Ancora, la previsione di una legittimazione speciale in capo ad ART mostra

¹⁷⁴ M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., 147.

¹⁷⁵ Sulle molte incertezze nei profili processuali si rinvia allo scritto già ricordato di S. MENCHINI, A. MOTTO, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. n. 287/1990: legittimazione e oggetto del processo*, cit.

la sua inutilità ove se ne osservi l'assenza di applicazione, certamente derivante dalla formulazione della fattispecie.

In tal senso parrebbe opportuna una riflessione del legislatore che esuli dalla occasionalità dell'intervento in un particolare momento storico e muova dalle ragioni alla base dell'esistenza di figure di legittimazione speciale: se la concorrenza nel mercato è il valore che il legislatore ritiene opportuno tutelare anche quando nessuno avrebbe interesse a richiedere l'accesso alla giustizia, allora è sufficiente che AGCM sia titolare dell'azione. Semmai, le altre Autorità preposte alla regolazione, controllo o supervisione di specifici settori senz'altro potranno denunciare eventuali violazioni riscontrate così sollecitando AGCM a ricorrere.

Del resto, l'eccezionalità che caratterizza la legittimazione speciale pure depone nel senso di limitare le fattispecie a quanto giustificato da lacune, criticità o mal funzionamenti nell'ordinamento: non certo a introdurre la legittimazione per rimediare ad abrogazioni normative o dar forma a inusuali poteri di scarsa utilità concreta.

La legittimazione come riconoscimento della titolarità dell'azione può essere senz'altro sancita dal legislatore anche in casi in cui non vi sia sostituzione processuale, poiché manchi una situazione giuridicamente rilevante e differenziata nell'ordinamento e, tuttavia, il legislatore, in virtù dell'eccezionalità dell'ipotesi, è chiamato a intervenire con misura e solo quando l'accesso alla giustizia per quel tipo di controversie sia davvero necessario per il buon funzionamento dell'ordinamento.

La casualità traspare anche laddove si tenti di ricollegare la legittimazione delle Autorità indipendenti a specifiche esigenze di effettività nell'applicazione del diritto europeo, come da taluno proposto¹⁷⁶.

Se questo potrebbe forse valere per la legittimazione in capo ad AGCM e, se si vuole, ad ANAC, nonostante si tratti di una peculiarità italiana e non di una scelta comune ad altri ordinamenti europei, certo invece non giustifica la legittimazione in capo ad ART. Quest'ultima, infatti, come si è ricordato, è legittima-

¹⁷⁶ In proposito S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, cit., ravvisa, a p. 19, nella previsione dell'art. 21-bis l'introduzione di un istituto che può far pensare ad un istituto che contribuisce a delineare una nozione di giurisdizione molto vicina a quella di diritto oggettivo. Diffusamente sul tema V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341. Sul profilo dei riflessi della legittimazione ai fini del distinguo tra giurisdizione di diritto oggettivo e di diritto soggettivo si veda M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Jovene, Napoli, 2013. In questo senso in parte anche B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74, ove (nel paragrafo 5) afferma che "A ben guardare, tuttavia, il rafforzamento delle garanzie procedurali nazionali costituisce, per l'UE, soprattutto lo strumento attraverso cui assicurare un controllo diffuso sull'applicazione del diritto europeo, e dunque – in ultima analisi – l'effettività delle sue norme."

ta a intervenire in tema di pianificazione del servizio taxi, riconducibile al più generale ambito della disciplina del trasporto di passeggeri che è espressamente esclusa dalla direttiva Bolkestein e, più in generale, dall'applicazione delle disposizioni del diritto europeo.

In aggiunta, altre Autorità, come ARERA, l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, o anche AgCom, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sono preposte a settori coinvolti da interventi di liberalizzazione ad opera del legislatore europeo, quali appunto l'energia, il gas o le telecomunicazioni, e, tuttavia, non godono affatto di legittimazione straordinaria.

4.2. *La legittimazione speciale non incide sulla natura della giurisdizione amministrativa, ma semmai sulla funzione di tutela del processo*

L'attenzione della dottrina si è concentrata, infine, sulla questione della possibile oggettivizzazione del giudizio amministrativo proprio a causa dell'introduzione delle fattispecie di legittimazione speciale in precedenza ricordate¹⁷⁷.

In altre parole, la legittimazione straordinaria, intesa come ipotesi eccezionale in cui l'azione è riconosciuta dal legislatore pure in assenza di una specifica posizione soggettiva da tutelare, è stata avvertita da parte della dottrina come possibile rischio di un ritorno ad una connotazione oggettiva della tutela offerta attraverso il processo amministrativo¹⁷⁸.

La questione della possibile trasformazione del processo amministrativo, così da divenire la sede di un controllo diffuso sul rispetto della legge, è divenuta più discussa proprio a seguito dell'introduzione dell'art. 21-*bis* nella L. n. 287, che ha dato vita al dibattito della dottrina, cui già si è fatto cenno nelle pagine precedenti.

¹⁷⁷ Da ultimo ragiona sul tema L. BELVISO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?*, in corso di pubblicazione in *Riv. reg. merc.*, 2/2019.

¹⁷⁸ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in *giustamm.it*, G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889, scrive che è cosa piuttosto nota, almeno tra gli addetti ai lavori, che le scelte del legislatore degli ultimi anni, spesso assecondando la pressione dell'ordinamento euro-unitario che spinge, attraverso la clausola dell'effetto utile e di una sempre più ridotta interpretazione dei margini di persistenza del principio di autonomia procedurale, alla piena realizzazione del principio di concorrenza, hanno marcato di tratti oggettivi taluni ambiti del processo amministrativo. In merito anche M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *giustamm.it*. Più di recente, nel senso di una connotazione oggettiva G. DE GIORGI CEZZI, *Note in tema di parti nel processo amministrativo*, in *federalismi.it* e E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, cit.

Parte della dottrina¹⁷⁹ ha ritenuto trattarsi, pur sempre, di un ricorso diretto a tutelare una situazione giuridica qualificata e differenziata, l'interesse alla migliore attuazione del valore della concorrenza di cui l'AGCM sarebbe diretta affidataria in qualità di soggetto pubblico istituzionale, ovvero l'interesse legittimo a fronte del mancato esercizio del potere da parte dell'amministrazione sollecitata dal parere diffida di AGCM¹⁸⁰; altri, invece, hanno ritenuto l'azione attribuita non a tutela di un interesse particolare, ma dell'interesse generale al rispetto delle regole¹⁸¹.

Sarebbe, però, quanto meno approssimativa l'equiparazione o l'accostamento della giurisdizione oggettiva con i c.d. processi a contenuto oggettivo.

Con questa espressione si intende indicare quei processi in cui l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale non è il diritto soggettivo della parte bensì il dovere stesso del giudice di provvedere¹⁸².

Poiché, infatti, ogni funzione giurisdizionale non può che essere oggettiva, ove con ciò ci si riferisca all'attuazione del diritto, che sempre è il compito del giudice¹⁸³, non è sufficiente riferirsi allo scopo dell'accesso al giudice, ovvero ai fini cui mira l'attività giurisdizionale, per concludere quanto alla natura del giudizio.

Una più attenta lettura di Allorio¹⁸⁴ ha permesso alla dottrina di recuperare l'espressione "procedimenti a contenuto oggettivo" che indicherebbe la volontà di individuare la categoria in relazione alla sua struttura e alle regole formali dettate dal legislatore per lo svolgimento di tali processi.

Attraverso l'analisi strutturale dei caratteri del giudizio, il distinguo emerge in modo significativo: i processi a contenuto oggettivo sfociano, infatti, in pronunce assistite dall'autorità di giudicato, la domanda di parte si risolve in un mero atto d'impulso, quando il procedimento non inizi *ex officio*, dal momento che l'oggetto è costituito dal dovere giurisdizionale di provvedere.

La nozione non deve, cioè, essere costruita sulla base del criterio funzionale,

¹⁷⁹ In questo senso A.M. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287/1990*, cit., e anche R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990*, cit.

¹⁸⁰ In tal senso F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990*, cit., e più di recente A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, vol. 25, 43.

¹⁸¹ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, n. 12/2012.

¹⁸² E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 116 ss.

¹⁸³ F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 495.

¹⁸⁴ Contenuta appunto nello scritto di F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit.

dello scopo del processo, ma sulla base del dato strutturale, ossia considerando le regole formali dettate dal legislatore per lo svolgimento di tali processi.

Per parlarsi di giurisdizione oggettiva occorre, dunque, che esista il “*dovere del giudice di pronunciare in presenza d'una determinata situazione di fatto, pronuncia che presuppone l'accertamento, da parte dello stesso giudice, dell'esistenza di tale suo dovere nel caso concreto*”¹⁸⁵. Si tratta quindi di processi che non sono retti dal principio della domanda, in quanto “*l'atto iniziale a contenuto oggettivo, quando è compiuto da soggetti diversi dal giudice ed espressamente indicati dalla legge, esprime non la proposizione d'una domanda in senso tecnico, intesa come affermazione del diritto azionato, ma si esaurisce in una richiesta del provvedimento che il giudice deve pronunciare in attuazione dell'interesse generale*”, e quindi in una mera azione¹⁸⁶.

Alla categoria di giudizio a connotazione oggettiva così intesa non corrisponde, dunque, il giudizio amministrativo, anche secondo la dottrina che considera non la situazione giuridica, ma il potere o il suo mancato esercizio l'oggetto della cognizione dei T.A.R. e del Consiglio di Stato.

Come noto, la negazione della influenza della situazione soggettiva sostanziale nella definizione dell'oggetto del giudizio amministrativo trova origine già nel 1889 con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

A distanza di molti decenni la tesi resta magistralmente affermata da Alberto Romano, con argomenti tali da appassionare ancora alla sua bontà.

Del resto, nel ricostruire la specificità della sistematica delle azioni previste nel codice del processo amministrativo, lo stesso Travi¹⁸⁷ ha sottolineato la centralità nel giudizio dello scrutinio sull'esercizio o sul mancato esercizio del potere amministrativo, i cui caratteri conformano anche i poteri del giudice. La tipicità dell'azione quando il processo ha ad oggetto un potere non può essere considerata come un filtro per la tutela giurisdizionale, né come una sorte di elemento spurio che vale a rimodellare i caratteri della situazione giuridica soggettiva. La tipicità rispecchia e realizza la corrispondenza fra i modi di esercizio del potere e le forme di tutela.

Dovendo inevitabilmente confrontarsi con il dettato costituzionale, certamente la giurisdizione amministrativa non può che leggersi nella sua profonda e stretta interferenza con la situazione soggettiva delle parti processuali.

L'enfatizzazione della rilevanza degli interessi legittimi è condivisibile come fattore di una configurazione di una maggiore consistenza della protezione sostanziale degli interessi individuali tutelati giurisdizionalmente dal giudice amministrativo della legittimità¹⁸⁸.

¹⁸⁵ F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., qui 500.

¹⁸⁶ Così a p. 504.

¹⁸⁷ In occasione del Convegno sull'oggetto del giudizio amministrativo, svoltosi a Firenze il 31 maggio 2019.

¹⁸⁸ In tal senso A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602, qui 617.

Non può sicuramente oggi affermarsi che l'unica finalità della giurisdizione amministrativa sia quella di reintegrare l'ordine giuridico violato, posto che la stessa Costituzione espressamente prevede la funzione di tutela delle posizioni giuridiche in capo al ricorrente.

Il problema venne dibattuto anche con riferimento alla giurisdizione civile¹⁸⁹ di cui si era affermato il carattere oggettivo, configurandosi la funzione come attività tendente all'applicazione delle sanzioni previste ed imposte dal diritto oppure come garanzia per l'osservanza del diritto, quando i precetti concreti, che secondo le circostanze scaturiscono dalle norme astratte poste con la funzione legislativa, non sono volontariamente osservati da coloro cui sono destinati.

Tale posizione teorica ben presto abbandonata nel processo civile nemmeno può essere richiamata per il processo amministrativo, che è messo in moto solo su iniziativa delle parti, anche quando le stesse siano legittimate in via straordinaria dal legislatore.

L'iniziativa di parte permea l'intero processo amministrativo, non limitandosi alla sola fase dell'avvio dell'iter processuale.

Anzi il ricorrente è il vero arbitro della vita del processo.

Con il deposito del ricorso, e della successiva istanza di trattazione dell'udienza, si realizza immediatamente l'effetto principale di sollecitare la decisione del merito della controversia e, attraverso la eventuale successiva rinuncia, si opera mediamente la risoluzione del rapporto processuale. In base all'art. 84 c.p.a. il ricorrente infatti può rinunciare al ricorso in ogni stato e grado della controversia e la rinuncia, notificata alle altre parti, produce i suoi effetti senza bisogno di espressa accettazione, che è invece necessaria nel processo civile; l'opposizione alla rinuncia richiede, inoltre, la motivazione quanto all'interesse alla prosecuzione.

La disposizione di cui al ricordato art. 84 c.p.a. si applica senza dubbio anche alle ipotesi di legittimazione speciale ed esprime il ruolo centrale della parte nel giudizio, di cui appunto il ricorrente dispone a suo piacimento senza dover motivare in merito alle proprie scelte.

Il giudice amministrativo su iniziativa di AGCM funge, comunque, da giudice dell'uso del potere pubblico allo scopo di prevenire gli eccessi di regolazione atti a limitare la libertà di iniziativa economica, ingiustamente o non proporzionalmente sacrificata a favore di un presunto interesse pubblico.

Si è da altri sostenuto¹⁹⁰ che non è alla fase di introduzione del giudizio che

¹⁸⁹ A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 1962, 58 ss. e la dottrina ivi citata.

¹⁹⁰ A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra giudizio amministrativo e interesse pubblico*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario Aipda, 2012, Napoli, 2013, 242 ss.

occorre guardare per determinarne la natura soggettiva o oggettiva, ma piuttosto ai poteri del giudice.

L'illustre dottrina ha precisato che, naturalmente, se “*l'attribuzione al giudice di un qualsiasi potere di diretto intervento nella determinazione della domanda [...] indica con sicurezza il carattere essenzialmente 'oggettivo' del processo in cui esso sia previsto*”, tuttavia, “*il positivo riconoscimento di rilevanti poteri ufficiosi del giudice nel campo della trattazione della causa non può ritenersi, con altrettanta sicurezza, sintomo di una caratterizzazione del processo in senso oggettivo*”. Tali ultimi poteri potrebbero infatti essere giustificati da ragioni di corretto funzionamento del processo¹⁹¹.

La previsione di fattispecie di legittimazione speciale non incide affatto sulla struttura del processo, che resta imm modificata, né sulla sua natura, che resta soggettiva, ma semmai incide sui modi di tutela degli interessi.

Anche nei casi di legittimazione straordinaria, il giudizio resta giudizio di parti, in cui il giudice è chiamato a valutare la fondatezza dei motivi adottati e non è libero di valutare in via autonoma la legittimità dell'azione amministrativa in esame¹⁹².

Occorre, invece, ragionare sul ruolo che l'introduzione di fattispecie di legittimazione straordinaria finisce per attribuire al giudice.

La stretta connessione tra il contenuto della diffida e il contenuto del successivo ricorso, l'ambito peculiare in cui ART, i Ministri, ma anche ANAC esercitano l'azione senz'altro escludono l'intervento del giudice per ampliare il *thema decidendum* o sollevare vizi nuovi e diversi da quelli già oggetto delle precedenti diffide o lamentati nell'atto introduttivo dalle Autorità legittimate.

Come attentamente precisato, occorre chiedersi se il distacco dagli ordinari criteri di legittimazione a ricorrere sia in grado di mettere in crisi non tanto la struttura, ma la funzione assolta dal processo, di tutela diretta di situazioni giuridiche soggettive¹⁹³.

Sul punto non si pongono problemi di legittimità costituzionale¹⁹⁴.

Anzitutto, rileva il dato ordinamentale: tradizionalmente in ordine ai casi di legittimazione straordinaria ad agire nel processo amministrativo non sono stati sollevati dubbi di costituzionalità, salvo nel caso di AGCM in cui la Corte ha ritenuto infondata la questione.

Il carattere marcatamente “soggettivo” del giudizio amministrativo (via via consolidatosi nell'elaborazione giurisprudenziale) non ha escluso la presenza,

¹⁹¹ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 244.

¹⁹² In questo senso da ultimo M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in *Quando lo stato fa causa allo stato. La legittimazione attiva della pubblica amministrazione*, a cura di M. Macchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 13, qui 20.

¹⁹³ M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit.

¹⁹⁴ V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*

legislativamente prevista, ovvero ammessa nell'esperienza giurisprudenziale, di casi di legittimazione speciale.

Il giudice ravvisa nella legittimazione *ex lege* il riconoscimento di un ruolo diverso al processo, che assume una veste suppletiva per recuperare le carenze organizzative o le lacune e i malfunzionamenti che derivano dall'applicazione delle norme del diritto sostanziale.

Il ricorso al giudice, in questo modo, avrebbe la funzione propria di tutela dell'interesse pubblico, diverrebbe uno strumento diverso per curare l'interesse pubblico.

La legittimazione speciale rappresenterebbe così un fenomeno di giurisdizionalizzazione dell'amministrazione¹⁹⁵. E tuttavia questa interpretazione pare davvero difficile da sostenere se si tiene a mente che, prendendo a prestito l'espressione di Mario Nigro, l'interesse pubblico come entità unica non esiste una volta per tutte o per meglio dire esiste in astratto, ma è nella sua vera realtà di volta in volta creato e determinato dalla concretezza dei conflitti e dei confronti degli interessi, pubblici o privati che siano.

Il giudizio e le regole che lo disciplinano non permettono certo un contraddittorio analogo a quello procedimentale: se l'amministrazione come la giurisdizione ha funzioni di attuazione ed esecuzione della norma, ben diverso è il regime del provvedimento amministrativo rispetto a quello della sentenza che pure potenzialmente lo stesso accertamento contiene.

Occorre, a questo punto, dopo aver ricostruito le diverse ipotesi di legittimazione attiva dell'amministrazione nel giudizio, tentare di offrire qualche considerazione sulle conseguenze che ne derivano e sulle questioni che esse pongono nell'ordinamento e nel sistema della giustizia amministrativa.

¹⁹⁵ Si tratta di fenomeno che assume particolare rilievo nel giudizio costituzionale ai fini della delimitazione del giudice a quo; in merito si rinvia a A. ODDI, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i giudizi sulle leggi – il procedimento in via incidentale. La nozione di giudice a quo*, in *Consultaonline*, 2006; C. PINELLI, *La nozione di giudice a quo*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano, 2006, 838 e A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, Jovene, Napoli, 2012. Sulla giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa e sul ruolo del giudice in questo più recente periodo di crisi economica riflette da ultimo L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 3, in particolare 32 ss.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. La legittimazione delle amministrazioni come sintomo delle disfunzioni e dei malfunzionamenti dell'amministrazione. – 2. Non è l'Europa, né la società che ce lo chiede. – 3. I vincoli al giudice in tema di legittimazione: l'effettività della tutela passa comunque attraverso il rispetto della legalità processuale. – 4. Il ruolo del giudice amministrativo nell'accesso alla giustizia e la riserva non costituzionale di amministrazione.

1. *La legittimazione delle amministrazioni come sintomo delle disfunzioni e dei malfunzionamenti dell'amministrazione*

La trattazione precedente ha lasciato emergere come frequenti siano ormai i conflitti tra amministrazioni conosciuti dal giudice amministrativo.

Il giudice, infatti, tende in genere ad ammettere la legittimazione al ricorso in capo ai soggetti pubblici.

Sono, ormai, caduti i limiti che tradizionalmente la dottrina e la giurisprudenza ponevano all'accesso degli enti pubblici alla giustizia amministrativa.

L'autotutela non rappresenta lo strumento a disposizione dell'amministrazione per perseguire il medesimo risultato conseguibile con la sentenza.

L'inesauribilità, come concetto che esprime non soltanto la possibilità che il potere sopravviva al suo esercizio, ma anche che il decorso del tempo, combinato con l'inerzia dell'amministrazione, non lo estingua, è stata ampiamente criticata sicché anche il potere amministrativo è da collocare tra i poteri che si esauriscono attraverso il loro esercizio, salvo alcuni temperamenti¹.

Il potere di annullamento d'ufficio non solo si consuma dopo diciotto mesi, ma certo non è mai utilizzabile quando l'atto sia estraneo alle competenze dell'amministrazione. Anzi, tale potere viene di recente ricostruito dalla dottrina, come modello deflattivo del contenzioso tra privato e amministrazione².

¹Tali temperamenti sono evidenziati nel volume di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, in particolare 242 ss. Tra di essi l'Autore si sofferma in particolare sulla presenza di fatti sopravvenuti, rispetto agli atti normativi e amministrativi generali o nel caso di provvedimento in forma semplificata.

²In questo senso il volume di M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*,

Per risolvere i conflitti tra amministrazioni nemmeno è certo più invocabile l'unità del potere politico amministrativo; anzi, proprio il diffondersi e l'aumento del contenzioso è, almeno in parte, la conseguenza, da un lato, di un'amministrazione sempre più articolata e composita e, dall'altro, dell'allargamento del perimetro degli interessi generali e della parziale sovrapposizione con gli interessi pubblici.

L'*unicum* amministrativo non è più praticabile sia per ragioni fattuali, data la complessità ormai raggiunta dal sistema a causa della erogazione in larga scala – e relativa localizzazione decentrata – di beni e servizi correlati all'espansione dei diritti sociali, sia alla luce dei principi alla base del nostro ordinamento istituzionale³.

Del resto, proprio alla nascita dello Stato italiano le forti diversità pre-unitarie imponevano di motivare non già l'opzione autonomistica, ma la scelta per la centralizzazione e l'unità amministrativa. Già nell'introduzione si ricordava, infatti, che il conflitto tra amministrazioni non è nuovo nel suo genere, ma, si ritiene sia cresciuto numericamente in quest'ultimo quarto di secolo, possibilità questa che già era stata prospettata dalla dottrina⁴.

Le eventuali sedi di composizione del conflitto al di fuori del giudizio, come la conferenza di servizi, si dimostrano inefficaci, incapaci di risolvere le lungaggini procedurali, o tanto meno di offrire soluzioni stabili e condivise.

Come è emerso nel primo capitolo, la disciplina della conferenza di servizi troppo spesso presenta lacune o scarsa chiarezza, costringendo così il giudice a farsi non solo interprete della legge, ma di fatto anche compositore degli interessi pubblici e privati in gioco, al di là delle competenze dell'amministrazione. Anche la riforma più recente dell'istituto propone nuove modalità procedurali per permettere più facilmente di giungere alla definizione di un assetto di interessi condiviso, ma presenta, ancora prima di trovare applicazione, alcune criticità: la composizione dei conflitti per livelli, anziché per tipologie di interessi, potrebbe essere fonte di nuovo

Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, che sostiene la tesi di una generalizzata obbligatorietà in capo all'amministrazione di avviare il procedimento per l'annullamento d'ufficio.

³ Così M. CAMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni*, 2012, 673.

⁴ Come anticipato da M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, cit., 117-118: che precisava che "... il giudice amministrativo si troverà sempre più spesso a decidere su controversie tra parti esclusivamente pubbliche. Questa evenienza, oggi ancora piuttosto rara, è considerata un'anomalia. In un sistema amministrativo multilivello ben organizzato, dovrebbero esserci sedi non giurisdizionali per risolvere i conflitti tra autorità amministrative. Si pensi al caso ipotizzabile almeno in linea teorica di un'impugnazione dell'Autorità antitrust di atti di autorità di regolazione come l'ISVAP o la Banca d'Italia. Oltretutto il giudice amministrativo si potrebbe trovare nella posizione scomoda di arbitro tra interessi pubblici contrapposti, sia pur nell'ambito di un giudizio di legittimità che però attraverso il sindacato sull'eccesso di potere si spinge talora fin sulla soglia del merito". Le considerazioni sono poi riprese nello scritto più recente *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l.n. 287/1990*, in *Conc. Mercato*, vol. 25/2018, 99.

contenzioso, già a partire dall'atto di nomina del rappresentante unico.

Allo stesso modo i conflitti che nascono tra amministrazioni quanto alla cura degli interessi pubblici manifestano l'incapacità dell'organizzazione amministrativa di offrire strutture tra di loro dialoganti e coordinate e quindi capaci di comporre le diverse esigenze dei cittadini, aprendo così un varco per l'intervento del giudice.

Nell'esaminare le fattispecie di legittimazione straordinaria dell'amministrazione, nel secondo capitolo, si è tentato di mettere in luce come le stesse si posano per la maggior parte ricondurre ad ipotesi in cui manca una situazione giuridicamente rilevante nell'ordinamento e il legislatore interviene, riconoscendo al soggetto pubblico la titolarità dell'azione.

Tale intervento legislativo se, da un lato, rafforza la critica alle aperture del giudice che ravvede l'esistenza della legittimazione ordinario in capo ai Comuni o ad altri enti territoriali, in assenza di posizioni che trovino riconoscimento e differenziazione nell'ordinamento⁵, dall'altro, evidenzia il ruolo di supplenza ai malfunzionamenti dell'amministrazione che si finisce per attribuire e riconoscere al giudice e al processo, ampliando le controversie nello stesso conoscibili.

Le previsioni di legittimazione speciale, infatti, pur disomogenee e spesso frutto di interventi alla ricerca di un compromesso politico, sono accomunate dalla scelta del legislatore di offrire uno strumento per la realizzazione dell'interesse pubblico nei diversi settori interessati quando l'ordinamento e i suoi meccanismi non ne abbiano permesso, o ne abbiamo messo in dubbio, la realizzazione.

In questo senso non solo la legittimazione a ricorrere innanzi al giudice amministrativo si mette in relazione, ma, di fatto, rappresenta lo specchio della percezione del ruolo e dell'autorevolezza della pubblica amministrazione⁶: la debolezza e l'inefficienza con cui l'amministrazione è percepita dal cittadino⁷ finiscono per consolidare l'immagine di un corpo che non è in grado di produrre sintesi giuridicamente e socialmente accettabili dei diversi interessi coinvolti dalle azioni di governo, immagine che condiziona anche l'interpretazione del giudice⁸ e la visione del legislatore⁹.

⁵ Per l'analisi si rinvia ai parr. 3 e 4 del capitolo I.

⁶ In questo senso si esprime L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, cit., 99.

⁷ Come precisa L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in *Astrid Rassegna*, 2019.

⁸ In merito si rinvia a L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 189.

⁹ Basti pensare al fenomeno delle continue "riforme" della pubblica amministrazione per cui si rinvia a B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017 o agli interventi in tema di contrasto alla corruzione.

2. Non è l'Europa, né la società che ce lo chiede

L'ampliamento dell'accesso al giudizio amministrativo degli enti pubblici, e il conseguente ritorno ad una oggettivizzazione della giurisdizione, nel senso di una tutela che viene riconosciuta non in favore di posizioni individuali, ma del perseguimento dell'interesse pubblico e della legalità nell'amministrazione, è talora ricollegato alle dinamiche del diritto europeo o alle dinamiche dell'ordinamento interno e all'emersione nel contesto sovranazionale di nuove posizioni a cui il giudice debba riconoscere uno spazio.

Tuttavia, come argomentato in precedenza, se tali fattori possono incuriosire o interessare il giudice, essi certo non vincolano, né obbligano alla disapplicazione delle regole processuali.

In particolare, la propensione del giudice e del legislatore italiano a un controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa prevalentemente nel nome dell'interesse generale è stata talora ricollegata ad esigenze di effettività e armonizzazione con l'ordinamento europeo¹⁰, mentre chi scrive ritiene piuttosto limitata, forse al solo settore della concorrenza, l'influenza dell'Unione in proposito¹¹.

Anzitutto proprio il diritto europeo conosce una moltitudine di spinte soggettivistiche¹² provenienti anche dalla Convenzione EDU, nella prospettiva della protezione dei diritti ivi sanciti e riconosciuti anche dal diritto comunitario. In proposito si ricordano i casi Uniplex e Factortame in cui la Corte determina un ampliamento della portata soggettiva delle norme procedurali ai fini di assicurare l'effettività della tutela, preconditione per un'applicazione piena del diritto europeo. Certamente queste spinte soggettivistiche convivono con spinte in direzione opposta¹³ e la stessa introduzione della legittimazione attiva in capo ad AGCM può ritrovare un fondamento nel principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE, quale legittimazione nell'interesse della legge.

Ciò nonostante, anche in tale caso, non si ritiene di ravvedere tanto un ritorno all'impronta originaria della giustizia amministrativa intesa come giustizia che mira alla legalità dell'azione e in cui il ricorso svolge il ruolo di intermediario, quanto piuttosto la ricerca di uno strumento per rimediare ai malfunzionamenti dell'amministrazione ed assicurare non tanto la legalità nell'am-

¹⁰ Ad esempio, M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, cit. e S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit.

¹¹ In questo senso anche L. DE LUCIA, *op. ult. cit.*, che, a p. 107, precisa che questo orientamento solo in minima parte è riconducibile alle influenze del diritto dell'Unione europea.

¹² Rubando l'espressione di B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74, in particolare par. 5.

¹³ Basti pensare alla direttiva ricorsi e alla formulazione dell'art. 120-bis c.p.a. Per alcuni spunti di riflessione in merito si rinvia a G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle imprese: il "doppio volto" del rito sugli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 369, qui 376.

ministrazione, quanto il perseguimento degli interessi pubblici affidati alla cura dell'attività amministrativa.

Come è stato osservato, gli interventi delle Corti europee finiscono per creare un patrimonio di valori e di principi che, nella misura in cui siano condivisi, fungono da collante tra le istituzioni e tra queste e i popoli europei allo scopo di creare un popolo d'Europa garantito da un grado omogeneo di tutele e assistito da una cittadinanza europea declinata in concreto¹⁴ nelle posizioni individuali che trovino il loro fondamento in norme giuridiche sostanziali.

Nel pensiero del giudice europeo l'effettività del diritto comunitario rappresenta sempre il fine e l'effettività della tutela solo il mezzo per attuarla¹⁵.

Ugualmente non si ritiene che il riconoscimento della legittimazione ordinaria, attraverso un'interpretazione piuttosto discutibile del giudice amministrativo, rappresenti una risposta in soccorso all'emersione di posizioni che debbono conoscere tutela nell'ordinamento, pur in assenza di un espresso riconoscimento normativo, in modo analogo a quanto accaduto per gli interessi collettivi e diffusi.

In particolare, proprio in riferimento agli interessi collettivi e diffusi, si è richiamato il concetto di controdemocrazia¹⁶, che si riferisce ad istituti con la finalità di permettere al cittadino il controllo su chi lo governa, attraverso l'esercizio di poteri indiretti disseminati nel corpo sociale. Uno degli strumenti della controdemocrazia consisterebbe nel mettere sotto processo le scelte dei governanti e la legittimazione processuale amministrativa a tutela degli interessi superindividuali (e principalmente quella riconosciuta a favore dei corpi associativi) si riconduce appunto a quest'ambito concettuale.

Traspare, allora, l'inappropriatezza, già in precedenza per altri aspetti segnalata, nel mettere in relazione la legittimazione ordinaria con la legittimazione degli organismi associativi.

Quest'ultima, infatti, permette a segmenti del corpo sociale di agire nei confronti di determinate scelte e attività amministrative imputabili ad apparati elettivi, mentre al contrario la legittimazione del Comune permetterebbe ad un organo elettivo di contrastare attraverso lo strumento processuale le scelte di un altro organo amministrativo, talvolta anch'esso elettivo. Non vi sarebbe alcuna

¹⁴ Sulla formazione di un diritto processuale europeo cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, 448 ss. e sulla creazione di un diritto europeo M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in L. DE LUCIA-B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Il Mulino, Bologna, 2015, 231 ss. e F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo*, su www.federalismi.it.

¹⁵ Così R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008, qui 196-197; ugualmente G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quad. riv. dir. unione europea*, 2001, 46.

¹⁶ In proposito si rinvia a L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, cit., qui 107 ss.

analogia di scopi, posto che con il processo l'amministrazione ricorrente non contrasta la democrazia elettorale, affinché essa rimanga fedele ai propri impegni al servizio del bene comune, ma accede alla giustizia per cercare, 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.

Gli organismi sociali appaiono (non come portatori di interessi diversi rispetto alla pubblica amministrazione, ma) come portatori di una possibile diversa configurazione dei medesimi interessi curati dagli organismi amministrativi¹⁷, ma l'interesse pubblico è altra cosa dall'interesse diffuso, come stato fisico sociale di tensione tra un bisogno e un bene ripetuto tendenzialmente all'infinito¹⁸.

L'interesse diffuso è costituito da tante situazioni, ciascuna delle quali, nella sua originalità ed autenticità, è schiettamente individuale (tanto che le differenze di posizioni non possono essere considerate di mero fatto, irrilevanti quindi sotto il profilo giuridico, influenzando esse nel rapporto tra soggetto e bene e potendo determinare diversità di comportamenti procedimentali e processuali).

Il legislatore può ritenere che l'interesse diffuso debba prevalere sugli interessi privati e qualificarlo, perciò, come interesse pubblico.

L'amministrazione, però, non potrebbe essere portatrice di quell'interesse pubblico in giudizio, che è posizione preminente per definizione rispetto all'interesse privato, in quanto espressivo della collettività che rappresenta.

Il Comune, nell'esercizio dell'attività amministrativa, assume il ruolo non di titolare di una situazione giuridica, ma di mediatore tra le diverse posizioni dei singoli per realizzare l'interesse pubblico in concreto in quella dimensione riservata all'utilità collettiva, nella quale la logica dell'appropriazione individuale è

¹⁷ Come riferisce R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, cit., 32. L'autrice precisa, a p. 93-94, che l'apertura del processo amministrativo starebbe a dimostrare il suo "adeguarsi ad un assetto sociale che si caratterizza sempre più per la presenza di un controllo sociale diffuso della collettività e al quale sembrano correlati corrispettivi obblighi pubblici di informazione, strumentali alla formazione di una conoscenza generalizzata sull'attività esercitata dai soggetti pubblici nella gestione delle problematiche connesse alla prevenzione del rischio. Si appalesa, in altri termini, il tentativo da parte degli stessi organi giurisdizionali amministrativi di riservarsi quel ruolo di 'facitori del sociale' concorrendo, in particolare, alla emersione di situazioni giuridiche non riferibili in capo a soggetti specifici e non sufficientemente considerate dalla normazione di vincolo del comportamento amministrativo. Orbene, fermo restando che il giudice non può porsi né può diventare il gestore dei beni e degli interessi a fruizione collettiva, la cui cura 'fisiologica' appartiene in via primaria all'amministrazione, sembra importante che, nel momento in cui si debba affrontare l'aspetto 'patologico' di tali situazioni, il giudice si mostri pronto a recepire le esigenze più avvertite dalla società civile".

¹⁸ Secondo la definizione di M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7.

totalmente e irrevocabilmente disattivata e che trova la propria ragion d'essere esclusivamente in sé stessa, in termini assoluti, senza possibilità di essere messa in discussione da valutazioni di opportunità contingenti¹⁹.

Del resto, la dottrina, proprio riprendendo le osservazioni di Nigro, è tornata recentemente a criticare il metodo che il legislatore e la giurisprudenza usano “*per schiudere all'interesse diffuso il mondo della tutela*”, metodo che consta dell'istituzione (riconoscimento) di strutture particolari e della enucleazione dagli interessi diffusi di interessi collettivi²⁰.

Al contrario, ai fini della tutela in giudizio di tali posizioni si propone una soluzione che privilegi l'individuo²¹, che è quanto mai lontana dall'apertura con cui la giurisprudenza ravvisa la legittimazione ordinaria dell'amministrazione.

L'interpretazione del giudice, infine, finisce per riconoscere ingiustificatamente una posizione diseguale e privilegiata al Comune e agli enti territoriali.

Mentre gli altri soggetti pubblici, tra cui anche le Autorità indipendenti, necessitano di una specifica disposizione di legge che attribuisca loro il potere di azione, questi enti, in quanto attributari di un potere funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico, sarebbero titolari di una posizione giuridica differenziata, che, si badi bene, non è il potere²², ma l'interesse pubblico medesimo.

La natura elettiva degli organi degli enti territoriali ancor più preoccupa in quanto l'accesso alla giustizia può facilmente diventare uno strumento di raccolta del consenso elettorale²³.

¹⁹ Considerazioni che si trovano nello scritto illuminante di B. TONOLETTI, *Costituzione giuridica delle cose e rigenerazione del legame sociale*, in *Dir. amm.*, 2019, 249.

²⁰ M. NIGRO, *op. ult. cit.*

²¹ In favore di una maggior concentrazione sull'individuo, anziché sul gruppo si esprimono L. FERRARA, *Individuo e potere in un giuoco di specchi*, cit., che afferma la necessità di ristabilire la priorità logica e assiologica dell'individuo rispetto alle formazioni sociali, per riallineare la funzione processuale alla concezione soggettiva che gli è propria, ancorché le forme di tutela concretamente approntate debbano adeguarsi alla natura delle posizioni azionate. M. CLARICH, *Stato, gruppi intermedi e individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 133, che, a p. 133, precisa appunto che nell'ordinamento italiano, solo con l'avvento della Costituzione si è aperta la strada per una rilettura complessiva dei fondamenti del diritto pubblico che muova da presupposti individualisti, coerenti con una visione liberal-democratica del diritto pubblico e del potere statale. Nel senso del recupero della dimensione individuale anche C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit. e S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit.

²² Per l'antica diatriba in merito alla qualificazione del potere alla stregua di posizione giuridica o di capacità si permetta il rinvio a M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato*, cit., 125 ss.

²³ Criticamente quanto agli eccessi nell'accesso al giudizio da parte di situazioni non differenziate si esprimeva F. BENVENUTI, *La riforma del processo amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. V, 3847, che, a pag. 3863, sottolineava come questa trasformazione della struttura del nostro Stato ... verso lo spontaneismo e verso il solidarismo ... (n.d.r. fosse causa di una preoccupazione rivolta a “gruppi di pressione” e soprattutto “gruppi di ricatto”. Quando nel Consiglio di Stato si è applicato per la prima volta il “chiunque” cioè la norma secondo cui chiun-

3. I vincoli al giudice in tema di legittimazione: l'effettività della tutela passa comunque attraverso il rispetto della legalità processuale

L'effettività della tutela giurisdizionale è stata spesso invocata per avallare la tesi della necessità di un'ampia garanzia di accesso al giudizio, ma ciò non può valere per ampliare la legittimazione ordinaria quando parte ricorrente sia la pubblica amministrazione.

Certamente per garantire la giustiziabilità è necessario andare oltre l'enunciazione formale dei diritti.

In questo senso, infatti, si esprimevano Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁴ affermando che: *“Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement – the most basic ‘human right’ – of a modern, egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely to proclaim, the legal rights of all”*, così sintetizzando la concezione moderna di accesso alla giustizia come diritto di tutti gli individui di ricorrere ai meccanismi predisposti nei diversi Stati nazionali per risolvere le controversie e far valere le proprie posizioni giuridicamente riconosciute.

Tale diritto era inteso non più in senso formale, come assenza di ostacoli posti dall'ordinamento, ma si proponeva come strumento per rispondere ad una domanda latente di giustizia e per raggiungere l'uguaglianza sostanziale alla base dello stato sociale di diritto.

Tuttavia, invocare l'effettività rispetto all'amministrazione è fuorviante proprio perché, sintetizzando quanto meglio si argomenterà di seguito, in questi casi la legittimazione all'accesso viene costruita in assenza di una precisa disposizione di legge che attribuisca una posizione differenziata al soggetto pubblico e, dunque, in violazione del principio del giusto processo di cui l'effettività rappresenta un'espressione.

L'effettività, come noto, costituisce uno dei principi impiegati dalla Corte di Giustizia nell'opera di monitoraggio dei diritti processuali nazionali: tramite l'effettività della tutela, infatti, la Corte mirerebbe ad assicurare il più ampio accesso alle Corti e le massime condizioni di protezione compatibili con l'autonomia procedurale degli Stati²⁵.

Sulla base dell'art. 1 c.p.a., che prevede che la giurisdizione amministrativa deve garantire il livello di tutela assicurato dall'interpretazione del diritto europeo, il giudice amministrativo ha affermato che gli artt. 6 e 13 della CEDU im-

que poteva impugnare le licenze edilizie, si è creato immediatamente “un sottobosco di ricattatori” ... rischio di “creare una proliferazione di spontaneismo artificiale anziché reale”.

²⁴ M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to justice: The newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, cit.

²⁵ B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, cit., qui par. 5.

pongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e il giudice amministrativo in via interpretativa deve adottare tutte le misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui pretesa risulti fondata²⁶.

Il principio dell'autonomia processuale implica il rispetto della sfera di libertà dei legislatori nazionali nell'emanazione delle disposizioni processuali, anche quando venga in rilievo la tutela delle posizioni giuridiche protette in ambito sovranazionale. Il principio conosce tuttavia il correttivo del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, secondo il quale il corpus delle regole processuali non deve essere tale da rendere impossibile o anche solo eccessivamente difficoltosa la garanzia del diritto del singolo²⁷.

Si è suggerito²⁸ che il riferimento alla conformità del nostro sistema all'ordinamento europeo, specialmente per quanto attiene all'effettività e alla pienezza della tutela giurisdizionale della persona nei confronti dell'amministrazione, potrebbe trovarsi nel principio individualistico, in contrapposizione all'idea oggettivistica della giurisdizione come restaurazione dell'ordine giuridico violato ovvero nella effettività della tutela intesa come necessità di attribuire a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire²⁹.

L'effettività della tutela giurisdizionale rappresenta l'accezione sostanziale o funzionale del giusto processo³⁰, per cui il processo è giusto se offre una garan-

²⁶ Come si legge nella decisione del Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220. Parla di ulteriori garanzie offerte nella tutela attraverso il processo amministrativo G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 315. Sul tema dei riflessi necessari della Convenzione sul diritto nazionale S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, nonché M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, da ultimo i molti scritti di F. GOISIS in tema di full jurisdiction tra cui *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546.

²⁷ S. TARULLO, *Costituzione europea ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa*, in www.giustamm.it e più diffusamente *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, cit.

²⁸ S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Dike, Roma 2012, 3 che ricorda in questo senso il pensiero di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, il quale richiama la nota formula di Chiovenda.

²⁹ Ritieni che proprio la prospettiva di inclusione dell'interesse individuale in quello più ampio riferibile alla Comunità di diritto europeo sarebbe in grado di stemperare anche la netta alternativa tra giurisdizione di diritto oggettivo e di diritto soggettivo M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, qui 317.

³⁰ Per una ricostruzione della dottrina si rinvia 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 AA.VV., *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea, M. Dugato, Edizioni Scientifiche Italiane,

zia di adeguate forme di tutela della posizione giuridica soggettiva fatta valere.

In questa prospettiva, l'effettività però non è che un aspetto del giusto processo che è, infatti, concetto complesso, che presenta anche un'accezione procedurale, formale o strutturale, che riguarda le regole di disciplina e di funzionamento del giudizio³¹.

L'art. 111 Cost. sembra aver codificato solo l'accezione processuale e tuttavia, certamente, nel principio del giusto processo confluiscono garanzie di legalità procedurale e garanzie di giustizia sostanziale³².

La scelta legislativa delle concrete modalità tecnico operative che caratterizzano i singoli processi attiene sicuramente anche alla disciplina della legittimazione processuale.

È vero che non esiste specifica disposizione che disciplini la legittimazione nel codice, ma operano senz'altro l'art. 24 Cost. che prevede la possibilità di rivolgersi al giudice per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi insieme con il rinvio generale al c.p.c. contenuto all'art. 39 c.p.a. Vale, dunque, anche il richiamo all'art. 81 c.p.c. che, quale regola generale, lega la legittimazione alla disciplina sostanziale della situazione giuridica nell'ordinamento.

In particolare, la riserva di legge nella disciplina del processo vale anche nei confronti dell'attività di applicazione delle norme degli organi giurisdizionali.

Il giudice è, dunque, certamente tenuto all'interpretazione delle norme processuali in senso conforme ai principi del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale, ma il suo ruolo non è tale da autorizzarlo ad un'attività di integrazione delle norme processuali laddove ritenga esse non rispondano ai canoni ricordati.

La riserva di legge nel contesto della disposizione costituzionale del giusto processo ha il significato di una garanzia fondamentale rispetto alla funzione giurisdizionale costituita dalla precostituzione delle regole processuali.

La sottoposizione del giudice alla legalità costituzionale pretende, dunque, che la tutela delle situazioni giuridiche nel processo non sconfini nella violazione dei limiti della disciplina processuale, anche perché lo strumento di cui il giudice amministrativo dispone, nell'ipotesi di lacuna nella attuazione del giusto processo e del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, è costituito dal potere dovere di rilevare in giudizio l'illegittimità costituzionale della legge processuale in contrasto con i principi del giusto processo³³; i poteri creativi del giudice non possono e non devono toccare la disciplina del processo³⁴.

Napoli, 2006, 505 ss. e da ultimo M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie dell'effettività della tutela*, Giappichelli, Torino, 2017.

³¹ Così M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100.

³² Come precisa M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, qui 111.

³³ In tal senso S. SPUNTARELLI, *cit.*, 87.

³⁴ A. TRAVI, *Tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo*

La legittimazione ordinaria, dunque, non può essere riconosciuta ogni volta che non si identifichi una norma giuridica in grado di elevare a posizione differenziata la situazione dell'amministrazione ricorrente.

Le aperture e le licenze interpretative della giurisprudenza all'accesso al giudizio dell'amministrazione contrastano, anche, con le affermazioni di quello stesso giudice che considera oggi tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, così da "capovolgere definitivamente l'allocatione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo", e da permettere di "affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo"³⁵.

4. *Il ruolo del giudice amministrativo nell'accesso alla giustizia e la riserva non costituzionale di amministrazione*

Dalle considerazioni fin qui svolte si ricava che la legittimazione delle amministrazioni rappresenta un sintomo di malfunzionamenti o debolezze della pubblica amministrazione.

La legittimazione ordinaria, anche in virtù della scelta del giudice di considerare ammissibile il ricorso in casi quanto meno dubbi, apre il giudizio alla valutazione della ponderazione e della composizione di interessi compiuta dall'amministrazione, quando la stessa ponderazione non sia messa in discussione dai cittadini o dai destinatari del provvedimento, ma, al contrario, da soggetti che pure hanno partecipato alla definizione dell'assetto degli interessi.

La legittimazione straordinaria apre il processo in ipotesi in cui si ritenga violato, ad opera di altre amministrazioni, l'interesse pubblico in settori ritenuti particolarmente rilevanti dal legislatore.

Ciò induce, infine, ad alcune riflessioni sul ruolo che il giudice e il processo assumono a fronte della legittimazione dell'amministrazione come ricostruita nelle pagine precedenti.

processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 23-25 settembre, Giuffrè, Milano, 2011, 79.

³⁵ Così Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, si rinvia alle considerazioni di F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione* in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 e alle note n fasc. 3, di S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?* e F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, entrambe in *Dir. proc. amm.*, 2019, rispettivamente 1172 e 1236.

Per volontà della Costituzione (artt. 24, 25, 27, 113) vi sono funzioni giurisdizionali che non possono mancare nell'ordinamento, in altre parole che il legislatore è vincolato ad istituire e ad attribuire ai giudici.

Queste funzioni, che ben si possono definire, dunque, funzioni giurisdizionali necessarie, sono la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, la cognizione, positiva o negativa, e la punizione dei reati.

Altre funzioni sono invece non necessariamente giurisdizionali, più precisamente possono o no, a discrezione del legislatore, essere affidate ai giudici, in virtù della scelta amministrativa o giurisdizionale delle funzioni³⁶.

Il giudice, come è emerso, ravvisa nella legittimazione *ex lege* il riconoscimento di un ruolo diverso al processo, che assume una veste suppletiva per recuperare le carenze organizzative o le lacune e i malfunzionamenti che derivano dall'applicazione delle norme del diritto sostanziale³⁷.

Se, però, nei casi di legittimazione speciale, esiste una valutazione del legislatore per cui, in presenza di determinati interessi, le funzioni giurisdizionali si debbono muovere necessariamente e, quindi, non solo ad iniziativa, o a sola iniziativa dei privati, questa valutazione manca laddove si ragiona nei casi di legittimazione ordinaria e finisce per essere compiuta dal giudice che si sostituisce al legislatore.

Questa sovrapposizione di ruoli già è stata efficacemente descritta dalla dottrina³⁸: rispetto ad un panorama complessivo che non può non apparire confuso a chi osservi, accanto a giudici che continuano a ritenersi investiti anche della funzione di amministrazione attiva degli interessi in gioco, la presenza di amministrazioni che si riducono a gestire rituali colorati di improprie tinte processuali finendo per abdicare alla responsabilità della decisione, nonché sedi rimediali che non sanno trovare una esatta e funzionale collocazione tra l'amministrazione e la giurisdizione, le considerazioni fin qui condotte sulla storicità delle scelte fondative e dei modelli che alle stesse fecero seguito possono forse offrire qualche spunto di riflessione circa la portata di certe ambiguità sistemiche così contribuendo, si spera non inutilmente, ad una loro ricomposizione secondo un rinnovato disegno organico che sappia mettere a servizio delle attuali esigenze di amministrazione delle esigenze collettive le varie componenti del patrimonio di cultura giuridica ereditato dal passato.

³⁶ Così distingue L. MONTESANO, *Le tutela giurisdizionali dei diritti*, Cacucci, Bari, 1981.

³⁷ Basti ricordare la decisione del T.A.R. Lazio, sez. III-ter 15 marzo 2013, n. 2720, in cui si afferma che interesse del mercato "leso per la mera violazione delle norme sulla concorrenza pone un'esigenza di tutela, e di attivazione dei rimedi anche giurisdizionali di tutela, pure quando, e anche sebbene, la lesione non si traduca in una lesione particolare di posizioni giuridiche soggettive dei privati".

³⁸ G. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Conticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 746.

Ciò è tanto più pericoloso ove si osservi che anche laddove esista una legittimazione straordinaria, riconosciuta dal legislatore ad Autorità indipendenti particolarmente competenti nello specifico settore, fra l'Autorità e i giudici non vi è certo concordia sulla interpretazione delle norme e, in particolare, considerando ad esempio i provvedimenti di AGCM su ciò che deve intendersi per "distorsione della concorrenza"³⁹.

Il compito dei giudici deve sempre essere espletato nel rispetto delle regole della funzione e, *in primis*, del principio della separazione dei poteri, i quali certo non possono autorizzare l'organo giurisdizionale a convertire interessi sociali in pretese giuridicamente rilevanti quando non sussistono le condizioni minime previste dall'ordinamento per avviare il legittimo svolgimento di un procedimento di garanzia giurisdizionale⁴⁰.

Si realizzerebbe, altrimenti, un paradosso per cui il ritorno ad una visione oggettiva della tutela processuale, prescindendo dalla norma attributiva della titolarità della posizione giuridica, aprirebbe alla tutela di interessi non specificamente individuati o precisamente riconosciuti nell'ordinamento giuridico.

Come noto la differenza tra giurisdizione e amministrazione è tema assai dibattuto sin dalle sue origini⁴¹ e il distinguo è sempre più legato a elementi di carattere strutturale⁴², ma è senz'altro profilo che chiama in gioco il tema organizzativo dei poteri e delle trasformazioni dell'ordinamento e del diritto.

La separazione dei poteri giustifica il potere come prodotto, esito di spinte contrapposte⁴³, e tuttavia è teoria ampiamente criticata poiché in realtà a nessun

³⁹ Come ricorda M. LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano la distorsione della concorrenza*, in *Conc. Mercato*, 2018, 5 che precisa, a p. 13, che da un documento ufficiale dell'Autorità risulta che, negli anni 2016 e 2017, il tasso di ottemperanza spontanea (n.d.r. al parere diffida di AGCM) è pari al 48%. Ciò conferma però anche che il numero di inottemperanze è piuttosto elevato e che, per quanto qui rilevante, la percentuale di ricorsi dell'Autorità, accolti dal giudice amministrativo, è inferiore a quella dei ricorsi respinti.

⁴⁰ Così R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, 57.

⁴¹ In proposito F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa con note bibliografiche di aggiornamento a cura di G. Miele, Cedam, Padova, 1960 (I ed. nel 1914), 11 ss.: "La funzione giurisdizionale consiste nel garantire, nei casi concreti, la osservanza delle norme giuridiche. (...) La funzione amministrativa è in doppio modo subordinata a quella legislativa: innanzitutto perché la funzione legislativa determina gli scopi dello Stato, secondariamente perché essa stabilisce i mezzi per raggiungerli ed i limiti cui l'azione concreta dello Stato è sottoposta".

⁴² In questo senso A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, 192 ss., ad avviso del quale la differenza fra giurisdizione ed amministrazione va individuata, in linea di principio, in elementi di carattere strutturale, e cioè nella diversità degli apparati istituzionalmente preposti all'una e all'altra.

⁴³ Si ricordino almeno F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, voce in *N.ss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1966, 472; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, voce in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1985, 670; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. giur.*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, 1; G.U.

apparato costituzionale è associabile una funzione sovrana in via esclusiva, ma, al massimo, in via di prevalenza, proprio come avviene tipicamente nel modello del bilanciamento.

Senz'altro possono formularsi obiezioni allo schema della tripartizione e questa non è certo la sede per occuparsene, ma indubbiamente la sovrapposizione funzionale non può divenire la "regola generale" di tutte le relazioni interorganiche ed interfunzionali tra gli organi costituzionali⁴⁴.

La mancata menzione espressa in Costituzione della funzione amministrativa⁴⁵ la fa ritenere una categoria residuale, ma la separazione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale può dedursi implicitamente dalla separazione tra quest'ultima e la legislazione quale effetto indiretto della subordinazione anche dei giudici alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), essendo l'azione amministrativa sostenuta dal principio di legalità⁴⁶.

Come efficacemente affermato⁴⁷, una concezione rigorosa del principio di legalità laddove non ammette alcuna riserva originaria di potere dell'amministrazione, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza.

Del resto, proprio in questi tempi di crisi, la giustizia è stata indicata con un servizio scarso che deve essere utilizzato con moderazione, evitando di dilatare quantitativamente il contenzioso.

La funzione della giustizia amministrativa è quella di risolvere controversie su posizioni giuridiche e la Costituzione giustifica il fatto che, in presenza dell'esercizio di un potere discrezionale, vi sia un giudice specializzato che possa co-

RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, voce in AA.VV., *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Savelli, Milano, 1980, 94; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987, 30 e dello stesso Autore voce *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Ist. Enc. It., Roma, 1989, 3; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1996, 372 ss., spec. 376.

⁴⁴ A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2007, 201, qui 214.

⁴⁵ Sull'assenza della riserva di amministrazione in Costituzione U. POTOTSCHING, *Origini e prospettive del sindacato di merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969 e oggi in *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1999, 158 precisa che la Costituzione mentre assegna la funzione legislativa alle due Camere ... e la funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari... non pone in realtà alcuna riserva analoga per l'attività amministrativa; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966, scrive che la Carta costituzionale non stabilisce comunque una riserva di attività amministrativa a favore del potere amministrativo. Nello stesso si è espressa sino ad oggi la Corte costituzionale. Così nella sentenza Corte cost. 20 novembre 2013, n. 275 si afferma che nessuna disposizione costituzionale comporta una riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto, riprendendo Corte cost. 21 marzo 1989, n. 143.

⁴⁶ In questo senso A. VIGNUDELLI, *op. ult. cit.*

⁴⁷ Così A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 457.

noscere dell'esercizio di questo potere⁴⁸. Nel processo amministrativo non interessa tanto raggiungere la giustizia in assoluto quanto risolvere la controversia: la giustizia amministrativa è una giustizia di certezza e non di verità.

Se si voglia garantire maggiormente il cittadino, la strada non è quella di trasformare il processo e cercare in esso lo strumento per risolvere i problemi che sempre più affliggono l'amministrazione.

Il sistema giuridico deve, invece, assicurare un equilibrio tra le varie forme di controllo e non pretendere di lasciare ai soli giudici il compito di correggere le disfunzioni dell'azione amministrativa e di colmare eventuali deficit di legittimazione e di *accountability* dei pubblici poteri⁴⁹.

In questo senso, l'ampliamento della legittimazione può sembrare un progresso verso una tutela piena ed effettiva, ma finisce, al contrario, per ridurre le garanzie dell'ordinamento laddove riconosce al giudice il ruolo di decisore ultimo, affidandogli di fatto non l'interpretazione e applicazione della norma giuridica, ma la ponderazione degli interessi in gioco.

Non è il processo la sede opportuna per l'emersione e la cura degli interessi, ma il procedimento amministrativo.

Di recente si è messo in luce come anche nel Codice si riconosca che il procedimento, e non certo il processo, rappresenti la sede più opportuna per l'emersione degli interessi. L'art. 34, comma 2, c.p.a. istituisce una "riserva di procedimento amministrativo"⁵⁰: una volta che il legislatore abbia optato per attribuire un determinato potere all'amministrazione bisogna riconoscere che abbia scelto anche lo svolgimento del procedimento amministrativo come sua specifica modalità di esercizio. La riserva di procedimento amministrativo è sicuramente qualcosa di meno della riserva di amministrazione, dal momento che non si pone certo come un vincolo al legislatore, semmai come conseguenza di una sua precisa scelta; tuttavia sotto altro profilo è sicuramente qualcosa di più della riserva di amministrazione dal momento che non tollera, fino a quando il potere non possa dirsi esercitato, la decisione si formi (anche solo in parte) direttamente nella sede processuale. La formulazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a. è rivolta dunque a preservare la regola secondo cui luogo "fisiologico" di svolgimento del rapporto amministrativo è il procedimento; di converso, il processo amministrativo deve continuare ad essere il luogo deputato alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive a fronte della violazione delle regole di quel rapporto.

⁴⁸ F. BENVENUTI, *La riforma del processo amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. V, 3847, qui 3850.

⁴⁹ In questo senso, ad esito dell'illustrazione del sistema inglese, P. CHIRULLI, *Standing e funzione della giustizia amministrativa. Una riflessione comparata*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2017, 77, qui 88.

⁵⁰ P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, cit., in particolare 66 ss.

Nella funzione di tutelare posizioni giuridicamente rilevanti il giudizio si collega alla norma sostanziale che tali situazioni riconosce, definendone limiti e attribuzioni. L'interprete e l'operatore del processo amministrativo sono certo consapevoli che la fisionomia della tutela di cui si occupano è racchiusa in un meccanismo pregiudiziale di riconoscimento della norma sostanziale applicabile e dei suoi "scopi", la cui individuazione e interpretazione consentiranno di orientare funzionalmente il significato del rapporto tra il potere amministrativo e quello giurisdizionale ora in una direzione, ora nell'altra⁵¹.

La legittimazione in capo all'amministrazione, vuoi per scelta espressa del legislatore, vuoi per interpretazione dubbia del giudice, finisce, al contrario, per offrire al soggetto pubblico uno strumento improprio, cioè il giudizio, per svolgere l'attività amministrativa, così curando gli interessi pubblici che gli sono affidati dal legislatore, non attraverso l'esercizio del potere agli stessi funzionalizzato, ma tramite l'azione processuale.

Si tratta, allora, da un lato, di sciogliere il nodo in ordine al se si voglia un giudice che garantisca che l'amministrazione faccia bene il suo mestiere o un giudice che faccia il mestiere dell'amministrazione⁵² e, dall'altro, di comprendere se l'uso dello strumento processuale per ovviare ai malfunzionamenti dell'amministrazione non si risolva, di fatto, nella perdita del monopolio da parte della pubblica amministrazione della cura dell'interesse pubblico, che viene infine determinato o quanto meno delineato nella sentenza del giudice e se ciò rappresenti un innalzamento delle garanzie nell'ordinamento.

La presenza pubblica richiesta dalla realizzazione dei fini costituzionali non dovrebbe in alcun modo essere relativizzata, posta in secondo piano o revocata in dubbio⁵³.

La Costituzione individua un nesso di reciprocità tra i singoli e la comunità politica, senza il mantenimento del quale la coesione si disgrega e il corpo sociale si trova fatalmente esposto al rischio di un'involuzione autoritaria⁵⁴.

⁵¹ Così F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in P.A. *Persona e Amministrazione*, 2018, vol. 2, 99, qui 114.

⁵² Come insegna R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857.

⁵³ Come osservato anche rispetto alla dinamica di altri poteri istituzionali ultimamente si va assistendo ad un mutamento sistemico – documentato anche dai più recenti interventi del giudice costituzionale in materie tradizionalmente riservate al decisore politico o comunque connotate da un elevato tasso di discrezionalità parlamentare – che sta spingendo lo Stato costituzionale di diritto ad evolvere verso nuove forme giuridiche, tutte tese ad accordare una sorta di preminenza assiologica alla protezione delle libertà individuali, temperando in maniera considerevole la divisione dei poteri e cambiando in ultima istanza anche il significato delle prerogative ordinariamente spettanti al potere politico. In merito il volume di P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁵⁴ Considerazioni che si trovano sempre nello scritto di B. TONOLETTI, *Costituzione giuridica delle cose e rigenerazione del legame sociale*, cit., ultimo paragrafo.

Lo studio della legittimazione dell'amministrazione permette, così, di mettere in luce un ruolo anomalo assunto dalla giurisprudenza⁵⁵, che, sollecitata in varie direzioni dalla problematicità e storicità dei temi, non offre sistemi o punti di certezza, ma, molto spesso, anch'essa dubbi, contrasti o difformità di orientamenti, in fine dei conti problemi⁵⁶. In questo campo si auspica, perciò, di aver assolto il compito della dottrina, di aiutare la giurisprudenza a prendere piena consapevolezza del proprio cammino ed a progredire in esso.

⁵⁵ Mutuando l'espressione di A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691.

⁵⁶ Come già ricordava M. NIGRO, *La giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 1994, 9.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini, F. Cerniglia, F. Pizzolato, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli, Il Mulino, Bologna, 2019.
- ALLEN M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.
- ALLEN M., *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- ALLORIO E., nota a Cass. 4 maggio 1952, n. 5, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 101.
- ALLORIO E., *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione di agire*, in *Giur. it.*, 1953, I, 961 ora in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1957, 19.
- ALLORIO E., *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1957, 291.
- ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1957, 116.
- AMICONI C., *L'autonomia universitaria tra delegificazione, controllo ministeriale e sindacato giurisdizionale*, in www.giustamm.it, 1998.
- AMORTH A., *Impugnativa di deliberazioni collegiali da parte di componente del collegio*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavaliere*, Cedam, Padova, 1960, 339, ora in *Scritti Giuridici*, Milano 1990, vol. IV, 1681.
- ANECHIARICO F., JACOBS J.B., *The Pursuit of Absolute Integrity*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.
- APERIO BELLA F., *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in www.rivistaaic.it.
- APERIO BELLA F., *La lettura (restrittiva) del TAR Lazio sull'ambito di applicazione del parere di precontenzioso ANAC ex art. 211: due ragioni per un ripensamento*, in lamministrativista.it, fasc. 6, 2017.
- ARGENTATI A., *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2012.
- ARIETA G., DE SANTIS F., MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale*, Cedam, Padova, 2005.
- AVANZINI G., *La sostenibilità del servizio postale universale tra esigenze di equilibrio economico e garanzie indisponibili degli utenti*, in *Riv. reg. merc.*, 2017, fasc. 1.
- AZZARITI G., *Il limite soggettivo nella tutela nei confronti della P.A.*, in *Giur. cost.*, 1991, 2441.

- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966.
- BARTOLE S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84.
- BARTOLINI A., *La class action nei confronti della P.A tra favole e realtà*, in www.giustamm.it.
- BATTINI S., *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, a cura di S. Battini, Nel diritto, Urbino, 2016, 1.
- BELVISO L., *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *Riv. reg. merc.*, 1/2017.
- BELVISO L., *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?*, in corso di pubblicazione in *Riv. reg. merc.*, 2/2019.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1987.
- BENVENUTI F., voce *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Ist. Enc. It., Roma, 1989, 3.
- BENVENUTI F., voce *Contraddittorio*, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Vita e Pensiero, Milano, 2006, 2037.
- BENVENUTI F., *La riforma del processo amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, vol. V, 3847.
- BERTI G., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, Napoli, 1981, 70.
- BERTI G., *Il coordinamento, parola simbolo, tra gerarchia e equiordinazione*, in *L'amministrazione della società complessa*, a cura di G. Amato e G. Marongiu, Il Mulino, Bologna, 1982, 31.
- BERTONAZZI L., *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 563.
- BIN R., *Dissensi in conferenza di servizi e incauto deferimento della decisione alle "Conferenze" intergovernative: le incongruenze della legge 15/2005*, in www.forumcostituzionale.it.
- BIN R., *Le materie nel dettato dell'art. 116 Cost.*, 2019, in corso di pubblicazione su Forum Quaderni Costituzionali e reperibile sul sito www.robertobin.it.
- BOGNETTI G., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1996, 372.
- BOMBARDELLI M., *Le novità della riforma Madia. La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Giur. it.*, 2016, 2793.
- BORSI U., *L'atto amministrativo complesso (Contributo alla teoria degli atti amministrativi)*, in *Studi senesi*, 1903.
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1944.
- CAMMELLI M., *L'amministrazione per collegi*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- CAMMELLI M., *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni*, 2012, 673.
- CANEPA A., SCARAMUZZA F., *L'attività di "advocacy" dell'Agcm: i pareri resi ai sensi degli artt. 21-bis e 22 (anno 2015)*, in *Conc. Mercato*, 2016, 383.

- CANNADA BARTOLI E., *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 371.
- CANNADA BARTOLI E., *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, 929.
- CAPACCIOLI E., *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1951, II, 1014.
- CAPONIGRO R., *Il potere amministrativo di autotutela*, in *Federalismi*, n. 23/2017.
- CAPORALE F., *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499.
- CAPPELLETTI M. e GARTH B., *Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, Articles by Maurer Faculty, Paper 1142, in *Buffalo Law Review*, 1978, vol. 27, 181.
- CAPPELLETTI M., *Access to Justice*, vol. I di *A world survey*, a cura di M. Cappelletti e B. Garth, Giuffrè, Milano, 1978.
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012.
- CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423.
- CARBONE A., *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità di azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 175.
- CARBONE A., *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. Mercato*, 2018, vol. 25, 43.
- CARNELUTTI F., *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, 121.
- CARNELUTTI F., *Ancora su titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, II, 7.
- CAROTTI B., *La Corte costituzionale torna sul finanziamento delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 55.
- CARPAGNANO M., *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010*, in *Conc. Mercato*, 2011, 283.
- CARRERA C., *Interessi sensibili e dissenso espresso fuori dalla conferenza di servizi*, in *Urb. app.*, 2016, 5, 577.
- CARTEI G., *Servizi (conferenza di)*, in *Dig. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 65.
- CASSARINO S., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, vol. I, *I presupposti*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CASSESE S., *Le autorità indipendenti: origine storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Il Mulino, Bologna, 1996, 222.
- CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601.
- CASSESE S., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 102.
- CASSESE S., *La legge n.481/1995 Crisi delle Autorità Indipendenti*, in *Energia*, 4/2015, 10.
- CAVALLO B., *Lo status professionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 70.
- CERBO P., *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, a cura di P. Cerbo, Libellula, Napoli, 2019.

- CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. giur.*, Istituto Poligrafico Zecca di Stato, Roma, 1990, 1.
- CERRI A., *Diritto di agire alla difesa di interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, 43.
- CERULLI IRELLI V., *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101.
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 481.
- CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 341.
- CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania: contributi a confronto*, a cura di V. Cerulli Irelli, Giuffrè, Milano, 2017.
- CHIEPPA R., *Azione di condanna*, in *Il processo amministrativo*, a cura di V. Lopilato, A. Quaranta, Milano, Giuffrè, 2011, 276.
- CHIEPPA R., *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2013.
- CHIMENTI M.L., *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *L'Autorità Nazionale Anticorruzione Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Giappichelli, Torino, 2017, 47.
- CHIRULLI P., *Standing e funzione della giustizia amministrativa. Una riflessione comparata*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2017, 77.
- CHITI M.P., *Le modifiche al Codice dei contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 453.
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)*, in www.giustamm.it.
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it.
- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, in *Conc. Mercato*, 2013, 107.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Conferenza di servizi*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, 2008, 271.
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557.
- CLARICH M., *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21 bis della L.287/1990*, in *Conc. Mercato*, 2013, 867.
- CLARICH M., *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid – Rassegna*, n. 19, 2015, 22.
- CLARICH M., *Stato, gruppi intermedi e individuo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 133.
- CLARICH M., *Editoriale*, in *Riv. Reg. Merc.*, 1/2018.
- CLARICH M., *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l.n. 287/1990*, in *Conc. Mercato*, vol. 25/2018, 99.

- COCOZZA G., *La decisione plurale in conferenza di servizi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
- COCOZZA G., *Il provvedimento finale nella conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 2012, 503 ss.
- COMPORZI G., *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano, 1996.
- COMPORZI G., *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 746.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- CONTESSA C., *Codice dei contratti pubblici: è il caso di riscriverlo ora?* in www.giustizia-amministrativa.it.
- CONTESSA C., *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 521.
- CONTICELLI M., *Superare i dissensi espressi: la decisione "a prevalenza" e il meccanismo di opposizione successiva*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, a cura di S. Battini, Nel diritto, Urbino, 2016, 59.
- CORTESE F., *Il coordinamento amministrativo, Dinamiche e interpretazioni*, Franco Angeli, Milano, 2012.
- CORTESE F., *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, vol. 2, 99.
- COSTANTINO F., *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Giappichelli, Torino, 2016, 869.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1978.
- CUDIA C., *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552)*, in www.giustamm.it.
- CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2012.
- CUDIA C., *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la crina deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 393.
- CUGURRA G., *La concentrazione dei procedimenti*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale* (Atti del XLII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21. 9. 1996), Giuffrè, Milano, 1997, 85.
- CUNIBERTI M., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007.
- D'ALBERTI M., *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in *L'amministrazione della società complessa*, a cura di G. Amato e G. Marongiu, Il Mulino, Bologna, 1982.
- D'ALBERTI M., *I poteri di advocacy delle autorità di concorrenza in prospettiva comparata*, in *Conc. Mercato*, 2013, 871.
- D'ALESSIO F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915.
- D'ALTERIO E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499.
- D'AMICO G., *Il sistema delle conferenze alla prova della maturità. Gli esiti di un'indagine conoscitiva*, in www.forumcostituzionale.it.
- D'ORSOGNA D., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002.
- D'URBANO A., *Il nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm al vaglio del giudice*

- amministrativo. (Nota alla sentenza non definitiva del TAR Lazio, Sez. III-ter, 15 marzo 2013 n. 2720)*, in www.federalismi.it.
- DE GIORGI CEZZI G., *Note in tema di parti nel processo amministrativo*, in www.federalismi.it.
- DE LEONARDIS F., *Soggettività e azione amministrativa*, Cedam, Padova, 2000.
- DE LUCIA L., LUCIANI F., *Contributo allo studio della conferenza di servizi decisoria*, in *Studi in onore di G. Guarino*, vol. II, Cedam, Padova, 1998, 1.
- DE LUCIA L., *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Rig. giur. urb.*, 2016, 12.
- DE LUCIA L., *La conferenza di servizi nello schema di decreto legislativo del gennaio 2016*, su www.giustamm.it.
- DE LUCIA L., *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 3.
- DE LUCIA L., *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, a cura di V. Cerulli Irelli, Giuffrè, Milano, 2017.
- DE NICTOLIS R., *I poteri ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- DE PRETIS D., *Il sistema della protezione preventiva*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DE VALLES A., *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, Cedam, Padova 1931.
- DELLA CANANEA G., *L'ordinamento delle professioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. II, Milano, 2003, 1139.
- DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007.
- DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DELSIGNORE M., *Le ADR nell'attuazione della dir. 2007/66/CE*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1519.
- DELSIGNORE M., *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione dello standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 734.
- DELSIGNORE M., *L'attuazione della liberalizzazione del sistema ferroviario al vaglio della Corte di Giustizia: qualche considerazione in attesa della decisione nei confronti dell'Italia*, in *Osservatorio AIC*, 2013.
- DELSIGNORE M., *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 437.
- DELSIGNORE M., *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, 851.
- DELSIGNORE M., *The Fourth Railway Package: the Governance Structure and the Unsolved Problem of Vertical Integration*, in *Riv. reg. mercati*, 2/2018.
- DENTI V., *Interessi diffusi*, in *Nov. dig. it., app.*, IV, Utet, Torino, 1983, 307.
- DE BENEDETTO M., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: organizzazione, poteri, funzioni*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- DE BENEDETTO M., *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 236.

- DI PACE R., *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di lavori pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 445.
- DIMITRIO G. FELICE M., *I poteri di "competition advocacy" dell'AGCM*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 262.
- DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, 12.
- D'ORSOGNA D., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2005.
- DUNI G., *I conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni e fra Regioni*, Giuffrè, Milano, 1970.
- DURANTE N., *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- DURET P., *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 688.
- FABRI A., *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010.
- FANTIN A., *La giuridificazione degli ordini professionali*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa d'Italia. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, *La giuridificazione*, vol. III, a cura di B. Marchetti M. Renna, Firenze University Press, Firenze, 2016.
- FERRARI G., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1060.
- FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sulla attività*, Torino, Giappichelli, 2012.
- FOLLIERI E., *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.
- FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 495.
- FOLLIERI E., *Individuazione negli interessi protetti dell'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.*, 2014, 255.
- FORTI U., *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Primo Trattato Orlando*, vol. II, parte II, 850.
- FRIGNANI A., VIRANO P., *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. eco. ass.*, 2009, 5.
- GAFFURI F., *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1070.
- GALLO C.E., *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2010, 501.
- GARBAGNATI E., *La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942.
- GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it.
- GIOVAGNOLI R., *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, conference speech at «Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990», in www.giustamm.it.

- GIUFFRIDA A., *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in www.giustamm.it.
- GIUGGIOLI P., *Class action a azione di gruppo*, Cedam, Padova, 2006.
- GIUSSANI A., *Studi sulle class actions*, Cedam, Padova, 1996.
- GLEIJESES A., *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 1962.
- GOISIS F., *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471.
- GOISIS F., *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546.
- GOLINO L., *Gli ordini e i collegi professionali nel mercato. Riflessioni sul modello dell'ente pubblico professionale*, Cedam, Padova, 2011.
- GRASSO P.G., *Pubblico ministero (voce – diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991.
- GRECO G., *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 705.
- GRECO R., *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- GRILLO E., *L'informativa di ricorso ex art. 243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1205.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, II ed., Cedam, Padova, 1943.
- GUSTAPANE A., *Brevi note sui regolamenti di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 89.
- HEIMLER A., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato e i decreti del governo Monti*, in *Merc. conc. reg.*, n. 2/2012.
- ISSACHAROFF S., *Governance and legitimacy in the law of class actions*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1999, 337.
- JAFFE L., *Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hobfeldian or Ideological Plaintiff*, 116 *U. Pa. L. Rev.*, 1033 (1968).
- LALLI A., *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- LEONE C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, Milano, 2012.
- LIBERTINI M., *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. Cintioli-G. Olivieri, Giuffrè, Milano, 2007, 12.
- LIBERTINI M., *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, d.l., n. 201/2011)*, in www.federalismi.it.
- LIBERTINI M., *Brevi note sui poteri dell'Autorità della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano la distorsione della concorrenza*, in *Conc. Mercato*, 2018, 5.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, V ed., Giuffrè, Milano, 1992.
- LIPARI M., *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale di ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it.

- LOMBARDI R., *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008.
- LONGO F., *Giurisdizione e governance*, in G. Perulli (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Torino, 2018, p. 395 ss.
- LONGOBARDI N., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it.
- LUBRANO F., *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 772.
- LUCIANI F., *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 511.
- LUCIANI M., *Il "principio di sincerità" nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 2010, 575.
- MACCHIA M., *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in *Quando lo stato fa causa allo stato. La legittimazione attiva della pubblica amministrazione*, a cura di M. Macchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 13.
- MAGGIO I.C., *Recenti sviluppi della tutela collettiva nel diritto processuale europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1236.
- MALFATTI E., *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, vol. I, ed. XXIII, Giappichelli, Torino, 2014, e ed. 2017.
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Cedam, Padova, 1994.
- MANFREDI G., *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, 5.
- MANFREDI G., voce *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Anali*, Giuffrè, Milano, 2014, 513.
- MANFRELLOTTI R., *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012.
- MANGANARO F., *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in www.giustamm.it.
- MANGIAMELI S., *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Rivista AIC*, 2016, 36.
- MANNUCCI G., *La legittimazione a ricorrere delle imprese: il "doppio volto" del rito sugli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 369.
- MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74.
- MARI G., *"Primarietà" degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP. AA. e nella conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 305.
- MARINI M.S., *Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'art. 21-bis della legge 287 del 1990*, in www.giustamm.it.
- MARRA A., *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MARRA A., L. PISCITELLI, *Commento ad articoli 21-24 legge 10 ottobre 1990 n. 287*, in *Commentario breve al Codice civile: leggi complementari*, a cura di G. Alpa e P. Zatti, Cedam, Padova, 2006, 87.

- MARTINES F., *L'azione di classe del d.lgs. 198/09: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in www.giustamm.it.
- MARZARO P., *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine della riforma Madia*, in www.federalismi.it.
- MATTARELLA B.G., *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 291.
- MATTARELLA B.G., *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- MAZZAMUTO M., *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344.
- MAZZAMUTO M., *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo* in *Dir. soc.*, 2018, 107.
- MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214.
- MENCHINI S., MOTTO A., *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. n. 287/1990: legittimazione e oggetto del processo*, in *Conc. Mercato*, 2018, vol. 25, 17.
- MERUSI F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo* (Atti del XXXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 19-21.9.1991), Milano, 1994, 39.
- MIDIRI M., *Evoluzione tecnologica, anacronismi legislativi e nuove esigenze di regolazione*, in *Giur. cost.*, 2016, 2307.
- MIRATE S., *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007.
- MIRATE S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, voce in *N.ss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1966, 472.
- MOLITERNI, *La legittimazione ad agire dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Quando lo stato fa causa allo stato. La legittimazione attiva della pubblica amministrazione*, a cura di M. Macchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 35.
- MONTESANO L., *Le tutela giurisdizionali dei diritti*, Cacucci, Bari, 1981.
- MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quad. riv. dir. unione europea*, 2001, 46.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.c. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 767.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Pubblico ministero* (voce – diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1077.
- MOTTO A., voce *Azione Costitutiva (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*.
- NAPOLITANO C., *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2018.
- NAPOLITANO G., *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 1383.

- NAPOLITANO G., *È atipico il ruolo dell'Anac sui contratti pubblici*, in *Corriere della Sera*, 28 aprile 2017, 24.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252.
- NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 11.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 16.
- NIGRO M., *La giustizia amministrativa*, IV ed., Il Mulino, Bologna, 1994.
- NIGRO M., *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1996, 2057.
- ODDI A., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i giudizi sulle leggi – il procedimento in via incidentale. La nozione di giudice a quo*, in *Consultaonline*, 2006.
- ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. I, Società editrice libraria, Milano, 1900.
- ORSO F., *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1236.
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003.
- PAGLIARI G., *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, 607.
- PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 328.
- PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.
- PAMPANIN V., *Il postino non suona sempre due volte o non suona affatto: sul mutamento del modello normativo del servizio postale universale*, in *Dir. dell'eco.*, 2018, 89.
- PANTALONE P., *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.
- PAOLANTONIO N., *Esistenza dell'interesse legittimo (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 20.
- PATRONI GRIFFI A., *Accesso incidentale e legittimazione degli "organi a quo"*, Jovene, Napoli, 2012.
- PATRONI GRIFFI A., *Le Autorità indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili democratici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. Europeo*, 2015, 1.
- PATRONI GRIFFI F., *Corti nazionali e corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 448.
- PATRONI GRIFFI F., *Discorso inaugurale anno giudiziario*, su www.giustizia-amministrativa.it.
- PATRONI GRIFFI F., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi*, in www.federalismi.it.
- PATRONI GRIFFI F., *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo*, in www.federalismi.it.

- PIERANDREI F., *Rapporti fra giudizi comuni e conflitti di attribuzione*, in *Scritti dir. Cost.*, vol. III, 273.
- PINELLI C., *La nozione di giudice a quo*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano, 2006, 838.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. I.
- PISCITELLI L., *Artt. 21-24*, in V. AFFERNI, *Concorrenza e Mercato – Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, Cedam, Padova, 1994, 572.
- PIZZANELLI G., *L'azione per l'efficienza delle amministrazioni pubbliche: per una giustiziabilità delle scorrettezze dell'amministrazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.
- PLUCHINO C., *Le funzione deflattive del contenzioso e il "lifting" dei pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Urb. app.*, 2016, 1304.
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.
- POLICE A., *Il ricorso incidentale*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Cedam, Padova, 2014, 425.
- POLLICINO O., LUBELLO V., *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. cost.*, 2016, 2479.
- POSTERARO N., *La nuova legittimazione ad agire dell'ANAC (e la soppressione della raccomandazione vincolante all'esercizio dell'autotutela)*, in *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, M.A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli, Milano, 2017, 493.
- POSTERARO N., *La rappresentanza degli ordini professionali*, in *La rappresentanza degli enti organizzati. L'Italia corporative oggi*, a cura di A. Averardi, Editoriale Scientifica, Napoli, 51.
- POTOTSCHING U., *Origini e prospettive del sindacato di merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969 e oggi in *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1999, 158.
- PREDIERI A., *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze 1997.
- RABAI B., *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv.reg. merc.*, fasc. 1/2016.
- RAIMONDI S., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998.
- RAMAJOLI M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2011, 573.
- RAMAJOLI M., *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva e merito*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Giappichelli, Torino, 2012, 141.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100.
- RAMAJOLI M., *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano, 2017, 147.
- RAMAJOLI M., *Pretesa precettiva e flessibilità delle Linee guida Anac*, in *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, a cura di F. Liguori, S. Tuccillo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
- RAMAJOLI M., *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 557.

- RAMAJOLI M., *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Conc. Mercato*, vol. 25/2018, 83.
- RAMAJOLI M., DELSIGNORE M., *La prevenzione della corruzione e l'illusione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61.
- RAMAJOLI M., *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in www.giustamm.it.
- RANGONE N., *Nuove frontiere per la competition advocacy*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 241.
- RENNA M., *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 AA.VV., *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 505.
- RENNA M., *Professioni e procedimenti disciplinari*, in *Jus*, 2012, 171.
- RESCIGNO G. U., *Divisione dei poteri*, voce in AA.VV., *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Savelli, Milano, 1980, 94.
- ROMANI E., *Giurisdizione esclusiva e responsabilità precontrattuale del privato*, in *Dir. proc. amm.* 2017, 686.
- ROMANI E., *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 261.
- ROMANO A., *La situazione legittimante nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 51.
- ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602.
- ROMANO M.C., *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.
- ROMANO S., *Il comune (parte generale)* in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, Parte I, Società Editrice Libreria, Milano, 1908, 497.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930, vol. I.
- ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 581.
- ROMANO TASSONE A., *Sui rapporti tra giudizio amministrativo e interesse pubblico*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario Aipda 2012, Napoli, 2013, 242.
- ROSSI G., *Gli enti pubblici associativi*, Jovene, Napoli 1979.
- ROVERSI MONACO F.A., *Aspetti pubblicistici dell'organizzazione delle libere professioni*, in F. Carinci, L. Persico, *La disciplina delle forme associative tra liberi professionisti nell'ordinamento italiano*, Il Mulino, Bologna, 1977, 139.
- SALTARI L., *Anomalie di una segnalazione "normativa"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 256.
- SALVIA F., *Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (Psicanalisi degli "uomini del fare" e rivisitazione della "donna è mobile")*, in *Dir. dell'eco*, 2018, 10.

- SANDULLI M.A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, LXV.
- SANDULLI M.A., *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in www.federalismi.it.
- SANDULLI M.A., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it.
- SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it.
- SANDULLI M.A., *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it.
- SANTORO S., *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 424.
- SATTA F., *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in www.apertacontrada.it, 26 novembre 2012.
- SAITTA F., *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511.
- SAVINO M., *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Il Mulino, Bologna, 2015, 231.
- SCELSI F., *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni*, in *Jus*, 1959, 1.
- SCIULLO G., *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, in www.giustamm.it.
- SCIULLO G., *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1138.
- SCOCA F.G., *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), Cedam, Padova 1976, 57.
- SCOCA F.G., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 255.
- SCOTTI E., *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in www.federalismi.it.
- SERGI A., *L'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Sala, Cedam, Padova, 2014, tomo I, 43.
- SIGISMONDI G., *Foro it.*, 2018, III, 441.
- SIGISMONDI G., *Foro it.*, 2014, III, 429.
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, voce in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1985, 670.
- SILVESTRI M., *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 927.
- SINISI M., *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie dell'effettività della tutela*, Giappichelli, Torino, 2017.
- SMURRA G., *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni*, in *Giur. it.*, 2005, 456.
- SORICELLI G., *Contributo alla class action nel sistema amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.
- SPADARO N., *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide*

- le potenzialità della misura coercitiva*, in corso di pubblicazione, in *Dir. proc. amm.*, 2020.
- SPAMPINATO B., *Contributo allo studio del principio di "promozione" della concorrenza nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- SPANNICCIATI F., *La legittimazione speciale del MIUR, del MEF e dell'ART*, in *Quando lo stato fa causa allo stato. La legittimazione attiva della pubblica amministrazione*, a cura di M. Macchia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 95.
- SPUNTARELLI S., *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Dike, Roma, 2012.
- SQUAZZONI A., *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 151.
- SQUAZZONI A., *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 442.
- STACCA S., *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- STICCHI DAMIANI E., *La conferenza di servizi*, in *Scritti in onore di Pietro Virga, II*, Giuffrè, Milano, 1994, 1755.
- STICCHI DAMIANI E., voce *Conferenza di servizi*, in *Enc. giur. Treccani, Diritto on line*, 2015.
- TALANI M., *La conferenza di servizi: nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2008.
- TANZARELLA C., *Legittimazione e differimento dell'accesso agli atti tra rito c.d. super accelerato e parere di precontenzioso dell'ANAC*, in lamministrativista.it.
- TARASCHI E.A., *Il processo amministrativo "a parti invertite" nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in www.giustamm.it.
- TARUFFO M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 103.
- TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Giuffrè, Milano, 2004.
- TARULLO S., *Costituzione europea ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa*, in www.giustamm.it.
- TARULLO S., *L'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- TERESI F., *I giudizi della Corte costituzionale*, Bari, 2010.
- TOMMASEO F., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 495.
- TONOLETTI B., voce *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. IV Pubbl.*, 1999.
- TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Cedam, Padova 2001.
- TONOLETTI B., *Costituzione giuridica delle cose e rigenerazione del legame sociale*, in *Dir. amm.*, 2019, 249.
- TORCHIA L., *Giardinaggio e pubblica amministrazione: potature, tagli e innesti in materia di organi collegiali*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 177.
- TORCHIA L., *Condanna e adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1187.
- TORCHIA L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605.

- TORCHIA L., *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, relazione svolta al convegno su "Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento", Milano 13 novembre 2018, reperibile sul sito www.irpa.eu.
- TORCHIA L., *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 189.
- TORCHIA L., *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in *Astrid-Rassegna*, 2019.
- TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1.
- TORRICELLI S., *UBER nel mercato italiano del trasporto pubblico non di linea: un ospite senza invito*, in *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, dicembre 2017, 147.
- TRAINA D.M., *Art. 42*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Giuffrè, Milano, 2014.
- TRAVI A., *Il giudizio amministrativo promosso nei confronti di un soggetto privato*, in *Foro it.*, 2002, III, 273.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 457.
- TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d. leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004.
- TRAVI A., *Tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 23-25 settembre, Giuffrè, Milano, 2011, 79.
- TRAVI A., *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Giappichelli, Torino, 2018.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 771.
- TRIMARCHI M., *Stabilità del provvedimento e certezza dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321.
- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- TROPEA G., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.
- TROPEA G., *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 200.
- TROPEA G., *I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 4/2011)*, in *Giur. it.*, 2011, 1651.
- TROPEA G., *Pareri di precontenzioso dell'ANAC*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Wolters Kluwer, Milano, 2017.
- TROPEA G., *La specialità del giudice amministrativo tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 889.
- TUCCILLO S., *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative*, in www.federalismi.it.

- URBANO G., *I nuovi poteri processuali delle Autorità Indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022.
- VACCARI S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.
- VACCARI S., *Il Consiglio di Stato e la "riduzione progressiva della discrezionalità". Verso un giudicato a "spettanza stabilizzata"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1172.
- VAIANO D., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 714.
- VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2017.
- VANDELLI L., *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzione e giurisdizione amministrativa (a proposito di atti di controllo sull'amministrazione regionale)*, in *Giur. Cost.*, 1977, 1788.
- VELLANI M., *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1965.
- VESPERINI G., *Superare la frammentazione: la conferenza simultanea e il ruolo del rappresentante unico*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, a cura di S. Battini, a cura di S. Battini, Nel diritto, Urbino, 2016, 43.
- VIGNUDELLI A., *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2007, 201.
- VILLATA R., voce *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1990, 2.
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171.
- VILLATA R., *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 911.
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285.
- VILLATA R., BERTONAZZI L., *Art. 42*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta, V. Lopilato, Giuffrè, Milano, 2011, 416.
- VILLATA R., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857.
- VILLATA R., *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 369.
- VILLATA R., *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.* 2002, 792 e ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, 323.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017.
- VILLATA R., *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, 325.
- ZAGREBELSKY G., *Conflitti di attribuzione. II) Conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, in *Enc. giur. Treccani*, Torino, 1990.
- ZICCHITTU P., *Le "zone franche" del potere legislativo*, Giappichelli, Torino, 2017.
- ZUELLI P., *Le collegialità amministrative*, Giuffrè, Milano, 1985.
- ZUELLI P., *Le collegialità amministrative tra regolamentazione e autoregolamentazione*, in *Le Regioni*, 1990, 1402.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*. Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*. Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *“Sentimento religioso” e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, *«Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l.*, 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

Per i tipi Giappichelli

- 96.^{bis} *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.
120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circonCISIONE. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.