



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

CINQUANT'ANNI DOPO

L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato

**Scritti di diritto processuale amministrativo
dedicati a Riccardo Villata**



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

95

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

CINQUANT'ANNI DOPO

L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato

Scritti di diritto processuale amministrativo
dedicati a Riccardo Villata



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4174-2

ISBN/EAN 978-88-921-9912-5 (ebook - pdf)

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale.

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>Prefazione</i>	XI
<i>Autori</i>	XIII
L'UDIENZA PUBBLICA DINANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE	 1
<i>Mario Bertolissi</i>	
1. Premessa	1
2. Un caso esemplare	3
3. Interrogativi	8
4. Oltre i luoghi comuni: (a) questione di libertà	13
5. <i>Segue:</i> (b) intermezzo	17
6. <i>Segue:</i> (c) l'avvocato	19
7. <i>Segue:</i> (d) il giudice	29
8. <i>Segue:</i> (e) in teoria e in pratica	39
9. <i>Segue:</i> (f) istituzioni e politica	41
10. <i>Segue:</i> (g) l'udienza pubblica	44
11. <i>Segue:</i> (h) il fu magistrato	47
12. Ricapitolando	50

	<i>pag.</i>
LE DECORRENZE DEL TERMINE DI DECADENZA PER L'ESERCIZIO DELL'AZIONE DI ANNULLAMENTO	55
<i>Luca Bertonazzi</i>	
1. Introduzione all'art. 41, comma 2, c.p.a. e confronto con il pregresso art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971	55
2. Delimitazione del perimetro entro cui la (scadenza della) pubblicazione, obbligatoria per legge, vale come decorrenza del termine per ricorrere	58
3. Interazioni della piena conoscenza con la comunicazione e con la pubblicazione	61
4. Il contenuto della piena conoscenza	64
5. Conoscenza del difensore: limiti dell'equivalenza a quella personale della parte	72
6. Assenza di interazione, nel diritto nazionale, tra la conoscenza degli atti preparatori e la decorrenza del termine per il ricorso	77
7. <i>Segue</i> : la presa di posizione della Corte di giustizia UE nell'interpretazione delle direttive ricorsi; l'allineamento fedele e nel contempo creativo della sentenza n. 12/2020 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato	80
8. <i>Segue</i> : il percorso verso la generalizzazione della logica sottesa alla sentenza n. 12/2020	85
 LE PRESUNZIONI E IL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE	 89
<i>Monica Delsignore</i>	
1. Introduzione: lo spunto da una recente sentenza sulla quantificazione del danno da ritardo	89
2. Il ricorso alle presunzioni nel processo amministrativo: breve rassegna della giurisprudenza recente sul tema	92
3. Il difficile distinguo tra mancato assolvimento dell'onere probatorio e sufficienza delle presunzioni ai fini della decisione della controversia	99

	<i>pag.</i>
4. Riflessi e considerazioni sul principio del libero convincimento del giudice amministrativo	102
<i>Bibliografia</i>	104

ALCUNE RIFLESSIONI SULLA REVOCA DEI CONTRIBUTI PUBBLICI FRA GIURISDIZIONE ORDINARIA E GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA (FRA VIZI PROCEDIMENTALI, VIOLAZIONI FORMALI E INADEMPIMENTI SOSTANZIALI)	107
--	-----

Vittorio Domenichelli

1. Premessa: il disagio del dualismo fra pluralità e sconfinamenti delle giurisdizioni	107
2. Un caso emblematico: la revoca dei contributi pubblici	109
3. Affidare tutte le controversie in materia alla giurisdizione esclusiva?	113
4. Il giudizio sulla revoca dei contributi nell'ambito di accordi pubblicistici spetta al giudice amministrativo che dovrà decidere secondo le regole del diritto comune	114

LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA COME GARANZIA AVVERSO IL POTERE AUTORITATIVO: IL SUO AMBITO DI ESTENSIONE IN RELAZIONE AGLI ATTI DI SOGGETTI PRIVATI	117
---	-----

Francesco Goisis

1. Il diritto e la giustizia amministrativi come strumenti di garanzia rispetto ad un potere autoritativo	117
2. Il rilievo della posizione di monopolio e della delega (esplicita ed implicita) di funzioni pubbliche. Spunti dalla giurisprudenza Cedu e dalla dottrina <i>Meroni</i> della Corte di giustizia UE	122
3. Il modello francese	132
4. Delega di funzioni pubbliche e monopolio come elementi per identificare l'ambito della <i>Judicial Review</i> nella esperienza inglese	136
5. Conclusioni: ambito soggettivo ed oggettivo della nostra giustizia amministrativa	140

	<i>pag.</i>
OSSERVAZIONI SULL'ASSETTO PLURALISTICO DELLE GIURISDIZIONI	151
<i>Margherita Ramajoli</i>	
1. Premessa	151
2. Gli incerti equilibri nel riparto della giurisdizione	153
3. Gli incerti equilibri nei confini della giurisdizione	159
4. Situazioni giuridiche soggettive e pubblica amministrazione	166
DAL DOGMA DELL'IRRISARCIBILITÀ DELL'INTERESSE LEGITTIMO AL RISARCIMENTO, NEI PUBBLICI APPALTI, ANCHE PER FATTO LECITO?	171
<i>Giovanni Sala</i>	
1. La faticosa ricerca della riconduzione delle norme a sistema e i continui mutamenti legislativi	171
2. Termini per la stipulazione del contratto di appalto e doverosità della stipula anche in pendenza di un ricorso giurisdizionale nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto	172
3. La speciale azione risarcitoria per impossibilità della stipula del contratto proponibile, <i>ex art. 112, comma 3, c.p.a.</i> , in unico grado nel giudizio di ottemperanza	174
4. L'azione risarcitoria, <i>ex art. 112, comma 3, c.p.a.</i> , in caso di riforma in appello della sentenza di primo grado in esecuzione della quale è stato stipulato ed eseguito il contratto: inidoneità, secondo la giurisprudenza, della sentenza di primo grado a interrompere il nesso causale se il comportamento dell'amministrazione non ha rispettato il criterio della normale prudenza <i>ex art. 96 c.p.c.</i>	177
5. La necessità di rimediazione dopo la precisazione del legislatore che la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto, non può essere giustificazione per la mancata stipula del contratto	181
6. L'esecuzione della sentenza instabile, dopo il d.l. di semplificazione dei contratti pubblici: la scriminante dell'adempimento del dovere, <i>ex art. 51 c.p.</i>	182

pag.

RIPARTO DI GIURISDIZIONE E CONCORRENZA FRA I “MODELLI” DI RESPONSABILITÀ CIVILE NELLE RELAZIONI TIPICHE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO	187
--	-----

Aldo Travi

1. L'utilità di un confronto fra i “modelli” di responsabilità civile nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo	187
2. I tre “modelli” fondamentali che si confrontano oggi nel nostro ordinamento	192
3. Il “modello” attuale della responsabilità civile per lesione di in- teressi legittimi e i suoi limiti	198
4. Il confronto con il “modello” della responsabilità per lesione del- l'affidamento, sul piano delle ragioni giuridiche e di quelle so- stanziali	205

L'OGGETTO DEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI SANZIONATORI DELLA BANCA D'ITALIA E DELLA CONSOB	211
---	-----

Wladimiro Troise Mangoni

1. Considerazioni preliminari	211
2. L'oggetto del giudizio nel pensiero di Riccardo Villata	212
3. L'oggetto del giudizio di impugnazione dei provvedimenti san- zionatori della Banca d'Italia e della Consob nella giurisprudenza della Corte di cassazione	220
4. Considerazioni critiche sull'orientamento interpretativo della Corte di cassazione	223
5. Una proposta ricostruttiva alternativa	226

	<i>pag.</i>
IL SIGNIFICATO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER UN POSITIVISTA TEMPERATO	233
<i>Sara Valaguzza</i>	
1. Coordinate di partenza	233
2. L'oggetto del giudizio amministrativo	239
3. Effettività della tutela <i>versus</i> legalità procedurale	247
4. Il significato della giurisdizione amministrativa	249
5. Il metodo del positivista temperato	264

PREFAZIONE

Gli autori degli scritti pubblicati in questo volume intendono innanzi tutto esprimere la riconoscenza a Riccardo Villata, condivisa dall'intera comunità scientifica, per il contributo che ha dato per lo studio del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa. Il suo insegnamento, caratterizzato da un metodo rigoroso e da un'esposizione limpida e misurata, ha avviato una fase nuova nel nostro diritto processuale amministrativo, introducendo un confronto più diretto con la dottrina processualcivile e, nello stesso tempo, non trascurando mai le specificità di un processo incentrato sul potere dell'amministrazione. Oggi, cinquant'anni dopo la pubblicazione della monografia sull'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato, grazie al suo insegnamento lo studio del processo amministrativo ha raggiunto un livello scientifico che consente un dialogo fecondo, su un piano di parità, con le altre scienze processualistiche.

A questa riconoscenza si unisce la gratitudine per la generosità con cui ha sempre offerto la sua competenza, le sue proposte, i suoi suggerimenti, le sue intuizioni a chi si è rivolto a lui per ricevere indicazioni ed aiuto negli studi e nella ricerca. Il confronto con lui è sempre stato prezioso, per il suo senso critico e nello stesso tempo per la sua capacità di sollecitare alla riflessione, senza mai imporre il suo punto di vista. Quanti hanno contribuito a questo volume, insieme con tanti altri, ne sono testimoni.

Il suo insegnamento per me è stato tutto questo, ma anche di più. Nel dialogo, anche occasionale, già negli anni della sua docenza pavese, è stato in grado di infondere la passione per il processo amministrativo, con tutto ciò che esso comporta in termini di indagine e di scoperta di ragioni e di equilibri di fondo, di rispetto delle regole e di garanzia per il cittadino, in definitiva di ricerca di un senso alto di giustizia e nello stesso tempo di rifiuto per ogni retorica.

Aldo Travi

AUTORI

Mario Bertolissi, *già* Professore Ordinario di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Padova

Luca Bertonazzi, Professore Ordinario di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Milano

Monica Delsignore, Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

Vittorio Domenichelli, *già* Professore Ordinario di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Padova

Francesco Goisis, Professore Ordinario di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Milano Statale

Margherita Ramajoli, Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Milano Statale

Giovanni Sala, Professore emerito di Diritto amministrativo dell'Università di Verona

Aldo Travi, Professore Ordinario di Diritto amministrativo dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Milano

Wladimiro Troise Mangoni, Professore Ordinario di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Milano Statale

Sara Valaguzza, Professoressa Ordinaria di Diritto amministrativo dell'Università degli Studi di Milano Statale

L'UDIENZA PUBBLICA DINANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Mario Bertolissi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un caso esemplare. – 3. Interrogativi. – 4. Oltre i luoghi comuni: (a) questione di libertà. – 5. *Segue*: (b) intermezzo. – 6. *Segue*: (c) l'avvocato. – 7. *Segue*: (d) il giudice. – 8. *Segue*: (e) in teoria e in pratica. – 9. *Segue*: (f) istituzioni e politica. – 10. *Segue*: (g) l'udienza pubblica. – 11. *Segue*: (h) il fu magistrato. – 12. Ricapitolando.

1. *Premessa.*

È risaputo – nel senso che è opinione diffusa, anche perché è un punto di vista reso esplicito da chi è stato componente del collegio – che l'udienza pubblica, che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale, è poco più di una formalità. Nulla di più di un rito, destinato a produrre, inevitabilmente, perdite di tempo. Del resto, *quod nullum est nullum producit effectum*. Il brocardo latino fa riferimento, di per sé, alla nullità in diritto civile. Riguarda ben altro. Tuttavia, è il *nulla* che dovrebbe suscitare qualche perplessità, dal momento che, il solito vocabolario chiarisce che nulla è “ciò che non esiste”, è “il non essere”¹. Insomma, è qualcosa di radicale, che, se riferito all'esordio dell'art. 15 della legge n. 87/1953 – stando al quale «Le udienze della Corte costituzionale sono pubbliche (...)» – disorienta non poco. Se non, addirittura, sconcerta.

Quel medesimo articolo prosegue così: «(...) ma il Presidente può disporre che si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere

¹ *Il piccolo Rizzoli Larousse*, Rizzoli Larousse, Milano, 2004, *ad vocem*.

alla sicurezza dello Stato o all'ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengono, da parte del pubblico, manifestazioni che possono turbare la serenità». È una proposizione, che va letta unitamente all'altra, che la precede. Infatti, la rilevanza – dal punto di vista costituzionale – della prima non la si può intendere in sé e per sé, ma nell'ambito della comparazione con la seconda: comparazione, la quale «vuole solo acuire la criticità dello sguardo»². La quale – criticità dello sguardo – è destinata a venir meno, perché impedita, nel momento in cui le porte sono chiuse, non si intende la voce né dei giudici, né – soprattutto – degli avvocati. Oppure, se aperte, essa è avvilita dal disinteresse di chi ascolta.

La storia e la cronaca³ ci avvertono, però, che, quando l'udienza non è pubblica, vi è in atto un'involuzione autoritaria. Ciò non dovrebbe accadere, di per sé, quando l'udienza è pubblica. Ma non vanno trascurati gli effetti di una sua acclarata e sperimentata inutilità, che agisce con i ritmi e gli effetti di un progressivo avvelenamento. A poco a poco, ci si convince che parlare a porte aperte è inutile. L'avvocato accoglie l'invito del presidente di essere conciso: i giudici hanno letto tutto, si sono documentati. Perché non cedere, dunque, all'idea – condividendo l'«opinione di un giudice sulla eloquenza forense» –, secondo cui «La forma di eloquenza in cui meglio si fondono le due qualità più pregevoli dell'oratore, la brevità e la chiarezza, è il silenzio?»⁴. Giungere a questa conclusione è – stando ai

²P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 9.

³Di quel che è accaduto a taluni avvocati, ad es., in Turchia. Altri episodi riguardano direttamente l'Unione europea, visto che Polonia e Ungheria paiono restie ad adeguarsi alla comune nozione di Stato di diritto: v. F. BASSO, *Ultimatum della Ue a Varsavia*, in *Corriere della Sera*, 21 luglio 2021, p. 12. C'è in gioco l'indipendenza della magistratura.

⁴P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, con introduzione di P. Barile, Ponte alle Grazie, Milano, 2001, p. 80.

Quel che mi sono prefisso di scrivere in queste pagine dipende da alcuni fattori, che si combinano insieme, dando forma ad un unico materiale. L'occasione – vale a dire, utilizzando gli insegnamenti di Polibio, la causa prossima – va ricercata nella recente modifica, deliberata dalla Corte costituzionale, la quale ha inserito, tra le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, l'art. 4-ter, relativo agli *Amici curiae*, e nell'ampio dibattito che ne è seguito. La causa remota risiede, invece, nell'attività di avvocato, sperimentata di fronte a vari giudici (amministrativo, contabile, civile, pe-

luoghi comuni – scontato. L'opzione è per lo scritto, piuttosto che per l'oralità. Ma è l'oralità, che svela la radice misteriosa del processo: di qualunque processo. E «il principio della pubblicità del dibattimento» – che qualifica ogni specie di confronto dialettico in luogo aperto e accessibile – «si spiega soltanto in quanto si riconosca al pubblico che ha diritto di assistere al processo la qualità di parte»⁵. Parte non in senso formale, ma sostanziale, a maggior ragione quando giudice è la Corte costituzionale⁶.

2. *Un caso esemplare.*

Del resto, l'obiettivo strutturale ed immanente, di ogni processo è la giustizia: da intendersi nel significato esattamente contrario, rispetto a quello sottinteso dall'espressione «andiamo a far giustizia, e a dare il sacco»⁷. La relativa percezione ed aspirazione sono del tutto assenti quando

nale e tributario) e, in particolare, da oltre un trentennio, dinanzi al Giudice delle leggi (qui, pure, in differenti circostanze: nei giudizi in via di azione, incidentali, per conflitto di attribuzione, sull'ammissibilità dei referendum). Causa remota, alla quale vanno ricondotti due motivi ulteriori, che nascono da uno stato d'animo: da un profondo senso delle istituzioni, ereditate libere e da consegnare nelle mani di chi verrà, libere e caratterizzate dall'aspirazione alla giustizia.

Quanto a Piero Calamandrei, egli rappresenta un esempio, cui ho creduto di ispirarmi sempre, perché «Io sono uno di quelli che continuano a credere che per farsi dar ragione dal giudice non ci sia altro da fare che rispettare le regole della procedura: indossare la toga e rivolgersi a lui a voce alta, in udienza, in modo che tutti sentano; e non andare a trovarlo a casa per parlargli a quattr'occhi, o attenderlo nel corridoio per bisbigliargli quattro parollette nell'orecchio». L'espressione da non dimenticare è: *in udienza, in modo che tutti sentano!*

⁵ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 34, nell'aderire a un'opinione di Francesco Carnelutti.

⁶ Sempre attuali le acute notazioni di M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1971.

⁷ A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, con introduzione e note di G. Bezzola, RCS, Milano, 2006, XII, p. 216, del quale v., soprattutto, *Storia della colonna infame*, con introduzione di F. Cordero e premessa al testo, bibliografia e note di G. Gaspari, *ivi*, p. 671 ss. Di particolare rilievo l'introduzione dovuta alla penna di Leonardo Sciascia, il quale osserva – utile, anche ai nostri fini – che Manzoni «Conosceva benissimo gli italiani, perché ne conosceva la storia». Di rara efficacia e di singolare acume, quel che ha scritto

l'atteggiamento in udienza si può descrivere con alcune puntuali considerazioni, dalle quali intendo prendere lo spunto per richiamare l'attenzione su questioni non marginali, relative all'udienza pubblica dinanzi al Giudice delle leggi. Sarà bene rivitalizzarla, piuttosto che no: a mio parere.

Fino ad ora, «Uno dei punti deboli della Corte è l'udienza pubblica. Il relatore legge i cenni del fatto dalla ricerca. Gli avvocati non tentano di argomentare o convincere. È un rito in cui nessuno crede. L'Avvocatura dello Stato si mostra in condizioni deplorevoli. I suoi avvocati sono per lo più impreparati, anche per il breve tempo loro concesso per la difesa. Se va bene, trascrivono gli appunti inviati dalle amministrazioni. Uno Stato mediocre difeso male». Come rimediare? «Alla mia prima relazione, cambio registro. La mia relazione espone "le questioni della causa" (così dicono le norme integrative). Vedo gli avvocati di Bossi molto imbarazzati. Un avvocato presente mi dirà poi che ho fatto una lezione alla Corte e gli esami agli avvocati»⁸.

L. SCIASCIA, *Una visione pessimistica della storia*, ora in R. MARTINONI (a cura di), *Troppo poco pazzi. Leonardo Sciascia nella libera e laica Svizzera*, Leo S. Olschki Editore, Firenze, 2011, pp. 114-115.

Questo genere di considerazioni appartiene, molto probabilmente, all'indole dell'avvocato, il quale non giudica, ma è giudicato. Dunque, altri, preoccupati pensieri, perché è, comunque, termine negativo di un comando, che interiorizza, ben consapevole del fatto che l'espressione *La legge è eguale per tutti* la si può intendere gioiosamente, e compiacersi di essa, soltanto se si vive nell'iperuranio.

⁸ S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 35.

Tra un istante e nel prosieguo dirò qualcosa di specifico sul punto. Ora, desidero indicare una prima ragione di quello che reputo un naufragio: l'inutilità dell'udienza pubblica, appunto. Infatti, l'illustre giurista – allora giudice costituzionale – ricorda, quanto alla sua nomina, che «Ciampi me ne ha parlato almeno due mesi prima. Il suo argomento più forte riguarda le "animelle" che popolano la Corte. È chiaro che cerca di lasciare nei posti che contano persone che abbiano non solo padronanza del loro mestiere, ma anche tenuta, e cioè forza morale e decisione». Questo è il profilo del giudice costituzionale ideale: il parametro di riferimento. Tuttavia, di assoluto rilievo quel che segue: è «Un mestiere che mi manca (ho fatto lo studioso, l'insegnante, il conferenziere, l'amministratore pubblico e quello privato, il consigliere; non sono mai stato attirato dalla funzione di avvocato). Qualche delusione, di vario genere, datami proprio dai più giovani» (in *Dentro la Corte*, cit., p. 19).

Le considerazioni critiche poc'anzi richiamate nel testo, da prendere sul serio, sono

Quale la vicenda? Ricordarne i tratti essenziali può essere istruttivo. Istruttivo, perché la testimonianza di chi scrive è diretta e non *de relato*: ero uno degli avvocati dell'on. Umberto Bossi⁹; l'avvocato che ha risposto alle domande del giudice e ha concluso così: «Mi auguro di aver risposto ai quesiti e di aver preso un diciotto». Ovviamente, con il garbo del caso, tanto è vero che, in momenti diversi, mi parlarono dell'episodio due giudici costituzionali. Episodio privo di precedenti e di preannunci¹⁰.

Del caso – sorto in occasione e con riferimento alle elezioni al Parlamento europeo svoltesi il 12 e il 13 giugno 2004 –, si era occupato il T.a.r. per il Lazio, Sezione I, il quale, con sentenza n. 9928/2004, aveva rigettato il ricorso, sul presupposto che l'eccezione di illegittimità costituzionale¹¹ fosse manifestamente infondata. Di diverso avviso fu il Consiglio di Stato, Sezione V, che rimise la questione alla Corte costituzionale con ordinanza n. 3921/2005, questione accolta con sentenza n. 104/2006, giudice redattore Sabino Cassese¹².

state formulate da chi non ha mai svolto l'attività di avvocato. La gran parte dei giudici costituzionali (la quasi totalità dei componenti le altre magistrature) si è trovato e si trova in questa stessa condizione. E, pure, i presidenti. È un dato di fatto, che pone in luce, tuttavia, una carenza di basilare importanza: non si ha alcuna dimestichezza – che vada oltre il profilo meramente intellettuale – con il contraddittorio. Del resto, una cosa è predisporre un atto di citazione o un ricorso e le memorie, nonché preparare e partecipare all'udienza pubblica; altra cosa è scrivere una sentenza o qualsiasi atto del giudice, monocratico o collegiale che sia. Altro è essere giudicati; altro giudicare, come chiarirò – in compagnia di Piero Calamandrei – tra breve.

⁹Unitamente ai colleghi Sandro De Nardi e Luigi Manzi. L'on. Bossi si trovava ricoverato, per gravi motivi di salute, presso un ospedale svizzero.

¹⁰La prima fu Fernanda Contri, la quale mi riferì che il “cambio di registro” – per dirla con S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., p. 35 – avrebbe dovuto essere preceduto da adeguate informazioni in tal senso, con destinatari gli avvocati. Il secondo fu Piero Alberto Capotosti, che si soffermò – divertito – sull'esito dell'“interrogazione” e del “voto”.

¹¹Questo era il *thema decidendum*, non essendovi spazio né per un'interpretazione adeguatrice, né per un'interpretazione conforme a Costituzione.

¹²Il collegio era formato dal presidente Annibale Marini e dai giudici Franco Bile, Giovanni Maria Flick, Francesco Amirante, Ugo De Siervo, Romano Vaccarella, Paolo Maddalena, Alfio Finocchiaro, Alfonso Quaranta, Franco Gallo, Gaetano Silvestri, Sabino Cassese, Maria Rita Saulle e Giuseppe Tesauero.

La pronuncia fu pienamente soddisfattiva¹³, all'esito di un giudizio, la cui udienza pubblica registrò un mutamento di stile, in quanto – come si è visto – il giudice non fece alcuna relazione, ma *ex abrupto* formulò domande ai difensori dell'on. Umberto Bossi. Quel che accadde allora è scritto in un appunto, che il 13 novembre 2006 – la sentenza n. 104/2006 è del mese di marzo – ebbi ad inviare ad Alessandro Pace, interessato alla vicenda, nella sua veste di costituzionalista e di attento studioso della giurisprudenza e della giustizia costituzionale.

«All'udienza pubblica del 21 febbraio 2006, avuta dal Presidente Anibale Marini la parola, il giudice relatore Sabino Cassese si è espresso così, omessa ogni relazione: “Avrei cinque domande da rivolgere agli avvocati, che sono le seguenti: 1) vi sono modalità previste dalle norme vigenti che assicurino la conoscibilità legale della proclamazione dell'eletto?; 2) in che senso può dirsi violato l'art. 51 Cost., visto che il ricorrente-appellante (dinanzi a TAR e Consiglio di Stato) è comunque risultato eletto?; 3) in che senso è stato invocato l'art. 51 Cost., dal momento che si tratta non di elezioni al Parlamento nazionale, ma al Parlamento europeo?; 4) perché è stato invocato in giudizio, come parametro, l'art. 97 Cost., visto che il discorso concerne la legge e non l'amministrazione?; 5) il principio di comunicazione è principio di carattere generale o costituzionale?”¹⁴. Ho aggiunto, quindi: “Come ti ho anticipato, ho salvato la pelle perché tengo sempre la penna in mano e perché mi ero ben preparato (comunque, ho

¹³ Fu richiesta da un'ordinanza di rimessione, ben articolata e argomentata, della Sezione V, presieduta da Sergio Santoro, dalle cui conclusioni non si discostò il Giudice delle leggi, sollecitato dal redattore, come ha avuto occasione di ricordare, opportunamente. V., infatti, S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., p. 35: «Bossi, eletto in due circoscrizioni al parlamento europeo, non ha avuto tempo di optare, per un difetto grave di scrittura della legge. Questa fa decorrere un tempo brevissimo per l'opzione, dalla proclamazione e non dalla comunicazione della stessa. Ne approfitto per stabilire che il cittadino ha diritto di essere informato, secondo un parametro non espresso nella Costituzione, ma implicito in essa e ormai affermato nelle Costituzioni recenti, oltre che parte del patrimonio costituzionale comune. Con mio stupore, nessuno obietta – in Camera di consiglio – all'uso di questo termine, che fa diventare diritto costituzionale nazionale un diritto ultrastatale».

¹⁴ E-mail, indirizzata ad Alessandro Pace, in data 13 novembre 2006, a seguito di un colloquio telefonico del giorno precedente.

avuto fortuna). Le domande sono state di stretto diritto e mi sono state rivolte dal relatore»¹⁵.

È interessante osservare che, nell'appunto da me redatto, sono presenti alcune espressioni, rivelatrici di quello che è, in ogni occasione, lo stato d'animo di chi si sottopone a giudizio. È così, se si ritiene di essersela cavata; se può dire di aver salvato la pelle; se crede di essere stato, comunque, fortunato, per aver potuto appuntarsi le domande (senza dover chiedere al giudice di rammentargliele: il che non avvenne) ed essersi preparato adeguatamente. Insomma – come si dice –, scampato pericolo. Assente ogni presunzione.

Chi non ha sperimentato tutto questo non può capire. Non può comprendere, tra l'altro, che l'avvocato rappresenta in giudizio qualcuno; che costui ha il diritto di sapere come è stato difeso; che il processo va pianificato, fin dall'inizio, in ogni sua parte ed aspetto; che gli argomenti debbono essere connessi e prospettati in momenti diversi, in ragione della loro naturale ed oggettiva rilevanza; che le questioni di rito si debbono distinguere dalle questioni di merito e che, tuttavia, sono da correlare le une alle altre, per evitare che le prime si traducano in deprecabili bizantinismi; che è indispensabile realizzare un contraddittorio esaustivo, possibile – nell'ambito dei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale – soltanto se l'udienza pubblica non si riduce a un rito, in cui nessuno crede, dal momento che le memorie illustrative hanno, per tutte le parti, il medesimo termine di deposito: «fino al ventesimo giorno libero prima dell'udienza o della riunione in camera di consiglio» (art. 10, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale)¹⁶; che le repliche possono aiutare a meglio comprendere il caso e a rettificare affermazioni destituite di fondamento.

Personalmente, sono favorevole a che non solo il giudice relatore, ma qualunque altro giudice ponga domande; sia introdotta l'opinione dissenziente¹⁷; siano – come erano – consentite repliche; si stabiliscano regole precise, relativamente allo svolgimento dell'udienza, anche con riferimento al tempo accordato al difensore per illustrare quel che è rimasto in ombra.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Qui, ci si limita a qualche richiamo essenziale ed alla regola generale.

¹⁷ S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., p. 16, dichiara di essere “a favore”.

Da chi dipende tutto questo e perché si continua a svalutare l'oralità, facendo credere che dipenda dall'avvocato? L'udienza è nelle mani del giudice ed è ad esso che compete intervenire, definendo uno schema, che potrebbe non discostarsi granché, rispetto a quel che accade dinanzi alla Corte suprema federale degli Stati Uniti d'America. Oltretutto¹⁸, sono le stesse nomine dei giudici ad essere vagliate dal Senato, il cui apprezzamento avviene *coram populo*, nel corso di sedute, le più aperte alla trasparenza e al contraddittorio: la verifica del possesso dei requisiti è implacabile¹⁹.

3. *Interrogativi.*

È un episodio soltanto. Ma ha generato un principio di reazione da parte di un giudice. Da allora, nulla è mutato e la mia personale impressione è che se, da un lato, l'udienza è andata perdendo quel poco di mordente che aveva; d'altro lato, la Corte ha finito per preoccuparsi ed occuparsi d'altro, con finalità apprezzabili, ma non sempre condivisibili, perché eccessivamente condizionate dal contingente. Perché essa è e deve rimanere giudice e soltanto giudice, pur in un contesto sociale ed istituzionale mutati²⁰.

¹⁸ Forse, non a caso.

¹⁹ Ho assistito all'"esame", cui sono sottoposti i giudici *in pectore* e sono sincero se dichiaro la preferenza per un simile metodo. Il che spiega perché quella Corte gode – certo, non mancano le critiche – di un enorme prestigio e taluni suoi giudici, in particolare. Un nome, per tutti: Ruth Bader Ginsburg.

Quanto alla disamina senatoriale (le sedute sono pubbliche e trasmesse dalle televisioni), essa si svolge così: il presidente della commissione dirige i lavori e dà la parola ai commissari; ciascuno di essi espone il suo punto di vista e formula domande al "predestinato" all'ufficio di giudice della Corte suprema; a sua volta, l'interrogato – dalla sua posizione di esaminato – risponde; tutto avviene nel silenzio più assoluto, senza interferenze, interruzioni ed intemperanze; e se uno dei presenti tra il pubblico alza la voce, l'attività della commissione si interrompe automaticamente: nel senso che, chi parla tace, mentre i poliziotti di turno accompagnano costui fuori dall'aula; e tutto prosegue, come se nulla fosse accaduto. V., comunque, *sub* 12.

²⁰ Di tutto questo, con ampia argomentazione, dà atto G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? comunicazione partecipazione contraddittorio*, Jovene, Napoli, 2021. Ivi, ovviamente, una bibliografia completa e ragionata, priva di inutili citazioni *ad pompam*.

In ogni caso, sul piano delle concezioni più generali, c'è chi ritiene che «Tra i molti punti sui quali gioverebbe fermare l'attenzione, uno su tutti merita di essere messo in particolare evidenza, e riguarda proprio il principio del rispetto della discrezionalità del legislatore, dalla cui presa in esame risalta palese – a me pare – l'intrinseca contraddizione che affligge la nuova tecnica decisoria: un principio (...) dapprima fatto salvo e di poi disinvoltamente messo da conto. Non basta, infatti, dare la precedenza all'intervento da parte del legislatore per mettere la Corte al riparo della critica di averne preso per intero e senza riserve il posto»²¹.

Altri è dell'opinione, invece, «che il controllo di costituzionalità, come garanzia della superiorità supremazia della Costituzione, non si debba risolvere in una secca approvazione o disapprovazione della legge che ne forma oggetto. Se è vero che in tali termini il giudizio di costituzionalità sembra essere stato immaginato dal Costituente, nel concreto esercizio esso ha però manifestato la sua più autentica "natura", che trascende il puro e semplice raffronto semantico tra enunciati (rispettivamente costituzionale e legislativo), al fine di rilevare la mera disformità-non disformità dell'uno rispetto all'altro, per assorgere a valutare *il grado di conformità* della normativa legislativa al parametro costituzionale»²².

Ora, nel definire – magari aggiornandoli – i compiti del Giudice delle leggi, è indispensabile porsi almeno due domande: se la prospettiva accolta rimane, comunque, confinata nel regno del fallibile; se si è consapevoli di quali potranno essere le conseguenze in un futuro prossimo o remoto. Non v'è dubbio, infatti, che i titolari del potere di nominare ed eleggere i giudici costituzionali potrebbero²³ operare scelte, tali da incidere sull'orientamen-

²¹ A. RUGGERI, *La metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Lo Stato*, 15, 2020, p. 161.

²² F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14, 2020, p. 120, il quale aggiunge – poco oltre, richiamando il pensiero di Gustavo Zagrebelsky – che «D'altro canto, astenersi dall'operare in un'area sicuramente rientrando nell'ambito della discrezionalità del legislatore, pur quando egli resti sordo agli avvertimenti formulati in precedenza dalla Corte, rischia di condurre ad "un grave sovvertimento dei valori costituzionali, a una iperprotezione non della discrezionalità del legislatore ma della sua inerzia, a un'abdicazione della stessa funzione della Corte costituzionale come giudice delle leggi"» (*ivi*, p. 121).

²³ Questo pericolo è stato denunciato nel corso del dibattito, che ha avuto ad oggetto

to della Corte, quale reazione nei confronti del suo attivismo e di una sovraesposizione mal sopportata.

Ebbene, quanto al primo aspetto, ho l'impressione che, quando si parla della Corte, i più la ritengano infallibile e, per definizione, di essere in grado di rispondere alle attese dei *cives* e delle istituzioni. Ma così non è e non può essere. Una soluzione, condivisibile oppure no già nel momento in cui è deliberata, può rivelarsi del tutto inappropriata, se non addirittura fallace. È già accaduto in non rare circostanze²⁴ e potrà, di nuovo, accadere. Questo è il secondo aspetto, che si combina con il primo e solleva non pochi dubbi circa soluzioni ordinamentali non assistite da un rigoroso *self restraint*.

È a questo proposito che riemerge il problema dell'udienza pubblica, liquidato con una superficialità sorprendente. La noia con cui i giudici ascoltano è il riflesso di pericolose sottovalutazioni. Il giudice in generale – ivi compresa la Corte – agisce su impulso di parte: il tramite è l'avvocato²⁵. Gli atti del processo, resi pubblici, sono soltanto quelli introduttivi del giudizio: il ricorso e l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*. Gli atti di costituzione in giudizio e le eventuali memorie, nonché i documenti rimangono depositati in cancelleria, coperti dalla segretezza. O, se si preferisce, semplicemente non pubblici. La tipologia delle decisioni si è andata via via arricchendo²⁶ e parlarne espressamente in udien-

la riforma costituzionale Boschi-Renzi. È questione di maggioranze parlamentari e di scadenze dalle cariche: del Presidente della Repubblica e dei giudici costituzionali, ad esempio. È questione, tra l'altro, di legge elettorale e di premi di maggioranza.

²⁴ Si pensi alle manovre finanziarie di fine anno, che dal 2004 hanno provveduto a ridurre sistematicamente le risorse destinate alla tutela della salute. Per non dire della drammatica carenza di personale sanitario (di medici e infermieri), che ha concorso ad elevare il numero dei morti a causa di Covid-19 e di omessi controlli per malati cronici: riflesso di competenze statali male esercitate, ritenute sempre conformi a Costituzione. E il discorso potrebbe allargarsi alla sfera dei diritti civili. Tutto questo per sottolineare un dato di fatto incontestabile: l'errore è sempre in agguato, anche se non se ne parla volentieri.

²⁵ Mi riferisco all'*id quod plerumque accidit*. Ciò accade anche quando il giudice *a quo* dispone d'ufficio, perché lo fa "nel corso di un giudizio", ex art. 23, comma 1, della legge n. 87/1953.

²⁶ V., per tutti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*,

za, su impulso della Corte, sarebbe quanto mai opportuno, poiché, proprio nell'occasione, si potrebbero affrontare *ex professo* gli eventuali dubbi, relativi ai profili concernenti l'inammissibilità. Infatti, vi sono decisioni, così risolte, smentite *per tabulas* da ordinanze di rimessione millimetricamente motivate²⁷ oppure da una diffusa esposizione del fatto, in grado di porre in dubbio il fondamento di una tale, grave preclusione in un ben determinato caso di specie²⁸.

Del resto, si è scritto che «si decide per l'inammissibilità quando le soluzioni in merito non hanno raccolto consensi sufficienti o non han-

Giappichelli, Torino, 2019, pp. 165 ss., nonché E. Malfatti-S. Panizza-R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 125 ss.

²⁷ V., ad es., ordinanza n. 495/2014, del T.a.r. per il Friuli-Venezia Giulia, Sezione I, sanzionata con la surreale ordinanza n. 39/2015 dalla Corte costituzionale. Ma v., pure, la sentenza n. 50/2015, riguardante, al pari degli atti precedenti, l'istituto delle Province, deformato da una legislazione paranoica, giudicata sempre conforme a Costituzione. Per non dire della sentenza n. 168/2018, nella quale sta scritto che «I previsti meccanismi di elezione indiretta (...) sono (...) funzionali al perseguito obiettivo di semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali, nel quadro della ridisegnata geografia istituzionale, e contestualmente rispondono ad un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta». È vero esattamente il contrario e, in ogni caso, se c'è da risparmiare, lo si deve fare a carico della democrazia? V. M. Bertolissi-G. Bergonzini, *Province. Decapitate e risorte*, Giappichelli, Torino, 2017. Inutile dire che, allora, la Corte aveva scommesso sull'esito positivo del referendum confermativo, avente ad oggetto la citata riforma Boschi-Renzi; ed aveva deciso – vedi mai cosa può accadere! – sulla base di un parametro inesistente, che non ha mai visto la luce.

²⁸ V., di recente, Corte cost., sentenza n. 108/2021, nella quale si legge – è certificato – che «Questa Corte, tuttavia, non può non rilevare le conseguenze che possono aver si sul sistema delle fonti ove non venga rispettato il confine tra le correzioni di errori materiali e le modifiche normative vere e proprie, le quali devono essere operate, ovviamente, seguendo in modo rigoroso le forme che l'ordinamento costituzionale prescrive». Nel caso scrutinato, un avviso di rettifica ha modificato il testo di un decreto-legge, con conseguenze valutabili alla luce dell'art. 3 Cost. La Regione si attiva per conto degli enti locali, ma la Corte esclude che la medesima abbia dimostrato che vi sia una «ridondanza» sulle proprie attribuzioni (si guarda bene dal precisare che cosa avrebbe dovuto indicare, oltre a ciò che ha prospettato anche in concreto). Dietro l'assenza di ridondanza, l'inammissibilità; dietro quest'ultima, la più evidente violazione delle regole, che disciplinano la funzione legislativa; infine, la più plateale lesione del principio costituzionale d'eguaglianza: senza conseguenze. È bene che il contraddittorio continui, perché le sentenze si rispettano e si eseguono, ma rimane fermo il diritto di critica.

no convinto a sufficienza, o hanno spaventato. Insomma, l'atteggiamento è solitamente riduttivo. Viene spesso invocata la "discrezionalità del legislatore", sulla quale regolarmente obietto, perché è troppo e troppo poco»²⁹. A ragione³⁰. Ma non si deve dimenticare che, attraverso l'inammissibilità, si può realizzare uno specifico, ulteriore obiettivo, che consiste nel dare ragione – allo Stato – anche quando ha torto nel merito, di cui non si deve, ovviamente, parlare. Se ne dovrebbe discutere, invece, nel corso dell'udienza pubblica, su sollecitazione del relatore o di qualunque altro giudice.

Qualche sottolineatura e null'altro, senza pretese di sorta. Tuttavia, i problemi, molto spesso, sono meno complicati di quel che si vorrebbe o si intende far apparire. Aiutano la conoscenza concreta e sperimentata di come vanno le cose in questo mondo³¹ e una preliminare considerazione, che suggerisce di industriarsi per far emergere i retropensieri: ad esempio, quelli che intendono la leale collaborazione delle Regioni – nei confronti dello Stato – come puro e semplice sinonimo di obbedienza³². Questo era uno degli obiettivi perseguiti da un illustre magistrato del Consiglio di Stato – Giovanni Paleologo –, il quale mi confidò come il collegio da lui presieduto avesse l'accortezza di chiedere agli avvocati, nel corso dell'udienza pubblica, chiarimenti relativi al fatto, decisivi nell'orientare il giudice verso una soluzione corretta: conforme a giustizia³³.

²⁹ S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., p. 34 e *passim*.

³⁰ V., ad es., L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 1314 ss., e S. BARTOLE, *Ancora un caso di "inquietante inammissibilità"*, *ivi*, 1994, pp. 424 ss.

³¹ Ne è un esempio il recente saggio di G.M. FLICK, *Giustizia in crisi (salvo intese)*. *Leggi, giudici, processi e carceri di fronte alla pandemia*, Baldini-Castoldi, Milano, 2020.

³² Salvo ricorrere al collaudato sistema dello scaricabarile, come è accaduto durante la pandemia sanitaria (ancora in corso e destinata a durare), allorché lo Stato, invece di impartire ordini, sollecitava e raccomandava. La sua preminenza è stata sempre affermata e ribadita dalla Corte costituzionale: quantomeno, a partire dalla sentenza n. 245/1984. V., al riguardo, C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. pp. 46 ss.

³³ Il profilo scientifico e la sua caratura di giurista sono documentati, tra l'altro, in

4. *Oltre i luoghi comuni: (a) questione di libertà.*

Percepire ciò che è sottotraccia, implicito o inespresso, ma comunque evidente, non è sempre agevole. Non sempre è chiaro il carattere sostanziale delle norme di procedura, se considerate dal punto di vista dei diritti e delle libertà³⁴. È necessario il confronto tra le parti in giudizio, soprattutto attraverso l'oralità, che non dovrebbe tradursi in una pura e semplice ripetizione del già scritto. Se alcuni si limitano a ciò, altri intervengono all'unico scopo di integrare le proprie deduzioni di fronte a un collegio silente. La Corte dovrebbe – almeno per un istante – mettersi nei panni dell'avvocato: inerte, non sollecitato, all'oscuro di quali sono le perplessità del giudice, avvertito del fatto che non potrà replicare. Convinto, pure, della circostanza che, nel corso della precamera di consiglio, tutto, probabilmente, è già stato deciso.

Non è esaltante. Siamo sinceri: è avvilito. Si dirà che questo è il risultato scontato di prassi pietrificate. Di un “così fan tutti”. Tuttavia, è

una esemplare monografia: v., infatti, G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. XIII-840.

³⁴ Per quanto mi riguarda, ho appreso molto dalla lettura di M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, il Mulino, Bologna, 1969. Mi piace qui ricordare, tra l'altro, una sua indicazione di metodo, che consiste nel suggerire «di concepire il diritto come fenomeno sociale e conseguentemente la scienza giuridica come scienza sociologico-valutativa, e non formale, scienza di problemi pratici e non di astratte sistemazioni concettuali, scienza di risultati concreti e non di aprioristiche deduzioni, scienza – infine – di scelte creative e quindi responsabili, e non di automatiche conclusioni» (*ivi*, p. VII).

Molti – forse, sono ancora la gran parte, come ha sottolineato un autorevole ed attento studioso delle istituzioni: P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. X, accenna alla «stragrande maggioranza dei giuristi, tutti (o quasi) portatori di un intatto verbo normativistico, sempre meno intatto ma tuttavia perdurante, cioè duro a morire» – prediligono i perimetri normativi e passano sotto silenzio la realtà, sul presupposto che “ciò che è razionale è reale”. In tal modo, finiscono per dare una copertura “scientifica” a un collaudato *modus operandi*, che è quello tipico di ogni pubblica amministrazione: impregnata «di una cultura giuridica che prevede il primato della forma sul contenuto. Il risultato non conta. È una cultura impastata di garanzie e di tranquillità, di non decisioni e di scarsa responsabilità, di molta burocrazia e poca efficienza, di continuità e mai di rottura» (G. DE RITA-A. GALDO, *L'eclissi della borghesia*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 28).

l'abitudine che preoccupa, perché rende sordi ed incapaci di reagire. Ed, allora, si possono preferire altre strade, che rappresentano, a ben vedere, alternative non sempre compatibili con la missione istituzionale di un giudice: che è quella di rendere giustizia, nel rispetto più rigoroso della separazione-distinzione dei poteri³⁵.

Certo, la *routine* quotidiana ha un effetto anestetizzante. Non si può pretendere che ogni, anche la più minuta, questione debba mobilitare le coscienze dei giudici. Tuttavia, una sorta di promemoria va tenuto sempre dinanzi a sé – è l'insegnamento dei veri maestri³⁶ –, perché ricorda a ciascuno come sia costantemente in agguato il rischio di non cogliere, all'atto in cui si verifica, ciò che vi è di più prezioso nella vita e nelle istituzioni. «C'era, in quegli anni, un'atmosfera da grandi colloqui, e nei colloqui si rifletteva una terra sconvolta dalle più dure esperienze, la paura di queste esperienze, il coraggio di volerle comprendere, anche a costo di ricominciare da capo. Dove sono le male parole che Carnelutti scagliava contro ogni mio libro, a cominciare da questo; dove le mie irriverenti risposte? Non ho mai capito il principio del contraddittorio come quando il grande uomo non c'è più»³⁷.

C'è dell'altro, da cui non vale la pena di prescindere: riguarda il nostro contesto culturale e – per dirla con le parole del preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – le nostre “tradizioni costituzionali”, da annoverare tra le «democrazie “di ragione”», allergiche a «una *forma mentis* empirica e pragmatica»³⁸. È un carattere temibile, dal momento che – ce lo insegna la storia³⁹ – «Solo i popoli che avevano gettato le basi della loro libertà prima della rivoluzione francese, solo i popo-

³⁵ M. BERTOLISSI-R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 332 ss.

³⁶ V. *infra*.

³⁷ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1967, p. VII, del quale v., inoltre, *Il mistero del processo*, cit., che può aver scritto soltanto chi ha frequentato le aule giudiziarie e subito il giudizio.

³⁸ G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, il Mulino, Bologna, 1957, p. 42.

³⁹ È il caso di soffermarsi, ad es., su quanto è documentato in *Puritanesimo e libertà. Dibattiti e libelli*, Einaudi, Torino, 1956, cui è anteposto un magistrale saggio introduttivo di Vittorio Gabrieli; nonché su M. VIROLI, *Il Dio di Machiavelli e il problema morale dell'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

li che hanno una struttura di libertà storiche e non una struttura di libertà razionali, si sono mostrati refrattari alla dittatura»⁴⁰.

Preferisco essere preoccupato, piuttosto che ingenuamente sereno, se non altro perché – a questo mondo – non c'è nulla di irreversibile ed è facile perdere quel che si è ereditato – le libertà – e non si è guadagnato⁴¹. Per questo, non credo sia opportuno ignorare insegnamenti e consigli ricevuti da chi sulle libertà ha riflettuto profondamente. Ad esempio, alcuni colleghi ed amici di Concetto Marchesi⁴², al quale suggerirono di conseguire una laurea in giurisprudenza, lui già professore ordinario di letteratura latina all'Università di Messina. Così, «Nel 1922, incerto del domani per l'avvento del fascismo, decise di ultimare gli studi in giurisprudenza interrotti ad Urbino nel 1910»⁴³. Dello stesso tenore, il consiglio di Gior-

⁴⁰ G. MARANINI, *Classe e Stato nella rivoluzione francese*, Vallecchi, Firenze, 1964, p. X.

⁴¹ Per cogliere il significato di questo rilievo, è sufficiente leggere la parte conclusiva del discorso – davvero memorabile – che Piero Calamandrei ha tenuto in Assemblea costituente il 4 marzo 1947: v. M. BERTOLISSI, *L'Italia s'è desta. 7 proposte per riformare il Paese*, libreriauniversitaria.it edizioni, Padova, 2017, pp. 117 ss.

⁴² Il quale – come riferisce E. FRANCESCHINI, *Concetto Marchesi. Linee per l'interpretazione di un uomo inquieto*, Editrice Antenore, Padova, 1978, p. 14 – «Il 21 gennaio 1921 si iscrisse al partito comunista italiano, dopo aver partecipato al Congresso di Livorno».

⁴³ E. FRANCESCHINI, *Concetto Marchesi*, cit., p. 14. Gustoso il racconto di *Manara Valgimigli, suo collega, che fu presente*, e così ne scrisse in data 17 gennaio 1958: «(...) fu uno dei più giocosi spassi, quella laurea (...). Lo spasso mio più grosso fu con Betti, autore di un volume di *Istituzioni di diritto romano (Padova 1929)*, di circa 800 pagine, e voleva l'esame su tutto il volume: io, senza che Marchesi sapesse niente, andai da Betti: "Ma tu sei matto: dimmi due capitoli, 30 pagine al massimo, e tu lo interrogherai su quelle trenta e non più". E così fu» (*ivi*, p. 15). La tesi di laurea ebbe ad oggetto *Il pensiero giuridico e politico di Cornelio Tacito*, destinato a materializzarsi in una mirabile monografia.

Si rimane saldamente ancorati alla prospettiva qui assunta, se si ricorda che «Quanto Marchesi viene scrivendo – come studioso del mondo romano – dopo la marcia su Roma e l'affermazione politica del fascismo denota la sua acuta percezione della portata epocale della sconfitta dell'ipotesi rivoluzionaria: ipotesi in forza della quale egli aveva sin da subito aderito alla corrente comunista del PSI e poi alla scissione di Livorno. Il *Tacito* parve subito, ai recensori, un libro di trasparente attualità»: L. CANFORA, *Il sovversivo. Concetto Marchesi e il comunismo italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 165. Poco oltre, riprende quello che ritiene un «ritratto fulminante» di Tacito: «Egli è raccolto in una *taciturnità pensosa* e minacciosa. Egli è un occhio che vede, un labbro che tace,

gio Berti⁴⁴: «Sostenete l'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense perché potrete sempre dire: "mi chiami avvocato"».

Questo è il contesto – per non dire: il clima –, in cui trovano la loro naturale collocazione gli avvocati. Ma anche i giudici, se hanno saputo cogliere i tratti essenziali di ciò che denominiamo, con formule collaudate, processo e giudizio⁴⁵.

forse un volto che dissimula» (*ivi*, p. 168). È un invito a guardare con distacco le soluzioni prossime più al comunicare che al pensare.

⁴⁴ Dato nel 1974 a Vittorio Domenichelli, a Giovanni Sala e a chi scrive.

⁴⁵ Mi permetto di richiamare due opere, che rappresentano l'inespresso di questa sorta di mio personale racconto: D. TROISI, *Diario di un giudice*, a cura di T. Iermano, Mephite, Atripalda, 2004, e S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo. Storia di un giudice dal Bronx alla Corte Suprema*, il Mulino, Bologna, 2017.

Processo e giudizio debbono essere sperimentati, per parlarne a proposito, non a sproposito. Oppure per evitare tanti luoghi comuni, che appartengono a narrazioni diffuse, tutte eguali, che non approdano a nulla. Uno degli stereotipi è Azzecagarbugli: *I Promessi Sposi*, cit., III, pp. 59 ss. Il fatto è che ci si dimentica – troppo spesso – di alcune straordinariamente sapienti annotazioni di Alessandro Manzoni, che contribuiscono a rettificare pensieri approssimativi, i quali inducono a fraintendere il ruolo sia dell'avvocato, sia del giudice. Egli ricorda, infatti, che «la ragione e il torto non si dividon mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell'una o dell'altro» (*ivi*, I, p. 40). Ed aggiunge – nella *Storia della colonna infame*, cit., p. 673 – che «que' giudici condannaron degl'innocenti (...) e che anzi, per trovarli colpevoli, per respingere il vero che ricompariva ogni momento, in mille forme, e da mille parti, con caratteri chiari allora com'ora, come sempre, dovettero fare continui sforzi d'ingegno, e ricorrere a espedienti, de' quali non potevano ignorar l'ingiustizia». Tutto ciò, a causa di «passioni perverse» (*ivi*), di «passioni pervertitrici della volontà» (*ivi*, p. 674), trascurando le quali è impossibile percepire l'intrinseca drammaticità del giudizio e cogliere l'essenza – vale a dire: la forza determinante, in funzione della giustizia – dell'udienza pubblica. Perché è in questo luogo e suo tramite che si può rendere palese «che, se non seppero quello che facevano; fu per non volerlo sapere, fu per quell'ignoranza che l'uomo assume e perde a suo piacere, e non è una scusa, ma una colpa» (*ivi*, p. 675). Una conferma da parte di T. MORO, *Utopia*, Newton Compton Editori, Roma, 1994, spec. p. 36: v. la nota 54.

Di recente, si è occupato dell'argomento G. ZAGREBELSKY, *La giustizia come professione. Un'indagine sulla natura, i simboli, i cliché di chi esercita le professioni del diritto*, Einaudi, Torino, 2021, la cui lettura va integrata con quella di M. RECALCATI, *Il grido di Giobbe*, Einaudi, Torino, 2021. Di più, riflettendo sulle illuminanti ed istruttive considerazioni di F. CALASSO, voce *Equità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 65 ss.; S. SATTA, voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, *ivi*, vol. XIX, 1970, pp. 218 ss. ed E. OPOCHER, voce *Giustizia (filosofia del diritto)*, *ivi*, pp.

5. Segue: (b) *intermezzo*.

Di avvocati ve ne sono molti, quanto alle specie e allo stile. L'avvocato – cui mi riferisco in queste pagine, avendo ben presente il giudizio che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale – è l'avvocato della più classica delle tradizioni: il patrocinatore. Non ha alcun rilievo l'essere parte di un'organizzazione complessa oppure no. Conta *uti singulus*. Per essere ancor più chiaro, prendo a prestito un'osservazione esemplare, che tronca ogni dubbio in proposito⁴⁶.

«Di una cosa ero certa: volevo continuare a occuparmi di processi, perché avevo imparato ad amare il tempo che trascorrevi in aula. Sapevo anche benissimo cosa non volevo: una vita da ingranaggio nel mastodontico meccanismo di un grande studio legale, chiusa tutto il giorno in un cubicolo. La pratica che costringeva gli associati più giovani a starsene relegati in biblioteca per anni, col compito di passare documenti ai vari livelli dell'organizzazione, solitamente a un socio in posizione apicale, mi attirava quanto lavorare in una miniera di carbone»⁴⁷.

In questa prospettiva e per quanto mi riguarda, è avvocato chi intrattiene rapporti con il cliente, predispone gli atti, va in udienza e condiziona – come professionista, accanto al cliente – l'esito del giudizio. Ciò spiega quel che si è andati finora dicendo e quel che segue, concepito alla luce di insegnamenti destinati a durare nel tempo e a suggerire soluzioni, utili per non disperdere patrimoni di civiltà⁴⁸. Spiega, inoltre, il senso di una specifica, forte affermazione, secondo la quale «il giudice e l'avvocato» sono «due forze, nell'equilibrio delle quali si riassumono tutti i problemi, giuridici e morali, della amministrazione della giusti-

557 ss.: per evitare di attribuire eccessiva importanza a ciò che gli avvocati dicono di sé sul proprio sito *web*.

⁴⁶V., invece, per una ricognizione del variopinto mondo delle professioni legali, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia come professione*, cit., pp. 101 ss.

⁴⁷S. SOTOMAYOR, *Il mio mondo amatissimo*, cit., p. 354: «A spiccare come eccezione era Pavia&Harcourt, un piccolo studio per gli standard newyorkesi, meno di trenta avvocati quando vi sostenni un colloquio io nel 1984».

⁴⁸Inutile dire che tutto ciò corrisponde alla *mia esperienza*, la quale non può essere smentita dalle più addottorate delle ricerche. Queste potranno rappresentare soltanto il riflesso di altre esperienze, come tali non discutibili e non sindacabili.

zia»⁴⁹. Che possono infrangersi contro un ostacolo oggettivo, talora insuperabile: quello di «farsi ascoltare da un collegio che ha già sentito suonare mezzogiorno»⁵⁰.

Sicché – poste una di fronte all'altra –, queste due antitetiche affermazioni: l'una, manifestazione di una insopprimibile esigenza delle istituzioni di realizzare la giustizia; l'altra, espressione di una quotidianità, nella quale ciascuno di noi è costretto a riconoscersi; queste affermazioni rappresentano il materiale, con cui avvocati e giudici debbono misurarsi, non per competere, ma per collaborare. Ciò che si impone non è tanto il preconstituito e l'astratto, ma l'umano: un insieme di pregi e difetti, di lungimiranza e di miopia, di sapienza ed ignoranza, di umiltà e di superbia. Entrambi sono il precipitato di esperienze: di usi, costumi e modi di pensare, resi espliciti, in particolare, nell'udienza pubblica, *coram populo*⁵¹. Del resto – ci si dimentica troppo spesso –, «solo là dove gli avvocati

⁴⁹ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*, cit., p. XXIII, in compagnia del quale saranno individuate le criticità e le soluzioni della vicenda umana, denominata processo e giudizio. Né è da trascurare «che qualsiasi perfezionamento delle leggi processuali rimarrebbe lettera morta, là dove, tra i giudici e gli avvocati, non fosse sentita, come legge fondamentale della fisiologia giudiziaria, la inesorabile complementarità, ritmica come il doppio battito del cuore, delle loro funzioni: solo se i giudici e gli avvocati saranno disposti ad accorgersi della stretta comunanza delle loro sorti, che li costringe, uniti ad uno stesso dovere, ad innalzarsi o ad avvilitarsi insieme, potranno collaborare tra loro con quello spirito di comprensione e di estimazione che attutisce gli urti del dibattito, e snoda, sotto il calore della indulgenza umana, gli incagli dei peggiori formalismi» (*ivi*, pp. XXIII-XXIV). Di più: «Le virtù e i difetti dei giudici non possono dunque essere serenamente apprezzati se non quando si pensi che essi sono in realtà la riproduzione su un diverso piano, e quasi si potrebbe dire l'ombra deformata dalle distanze, delle corrispondenti virtù e manchevolezze degli avvocati» (*ivi*, p. XXIV). Invece, è dominante la prospettiva dei compartimenti stagni e dell'incomunicabilità, secondo la logica – destinata a causare danni gravissimi –, per cui *rex in regno suo est imperator*.

⁵⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XXVI. Per cui, può rivelarsi decisivo anche l'ordine di chiamata delle cause iscritte a ruolo. Gli ultimi, appunto, potranno deliziarsi dell'«atteggiamento di quel giudice che attentamente esamina il proprio orologio e lo rigira e lo scruta dalla parte della mostra e da quella della calotta, quasi sperando che quel lucichio di vetro e di metallo abbacini e riduca al silenzio l'oratore». Poi, ci sono anche le raffinate teorie, che ci svelano ciò che non esiste.

⁵¹ In realtà, l'approccio del giurista è asettico: uno vale uno e la persona è Tizio. È il

sono indipendenti, i giudici possono essere imparziali; solo là dove gli avvocati sono rispettati, sono onorati i giudici; e dove si scredita l'avvocatura, colpita per prima è la dignità dei magistrati, e resa assai più difficile ed angosciata la loro missione di giustizia»⁵².

6. Segue: (c) *l'avvocato*.

Che cosa, dunque, spetta all'avvocato e che cosa al giudice? «Quando si parla di avvicinare la giustizia al popolo non si vuol dunque far discendere i giudici dal loro seggio e mandarli in giro tra la gente, come pellegrini annunziatori del diritto. Questa funzione è invece essenzialmente riservata agli avvocati: il popolo può non conoscere il suo giudice, ma deve conoscere il suo avvocato e aver fede in lui come in un amico liberamente scelto»⁵³. E l'«avvocato (...) porta nelle impassibili aule della giustizia l'irrequieto fervore della carità»⁵⁴.

riflesso di eccessi categoriali, che allontanano dalla realtà, cui ha inteso riferirsi, invece, A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene, Napoli, 2016, p. 520, là dove osserva che le opinioni, favorevoli o contrarie all'istituto, dipendono da «diverse concezioni dell'uomo, ed anche del giudice e della società, concezioni che si sono fronteggiate già nei classici del pensiero politico: la prima moderatamente ottimista, fa leva su un'immagine del giudice indipendente e responsabile, che si relaziona con una cittadinanza attiva e partecipe; la seconda più pessimistica, vede colleghi giudicanti fragili, che devono fare corpo contro le pressioni e i tentativi di occupazione da parte di forze politiche e sociali rissose». Al mondo, c'è di tutto!

⁵² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. XXVIII-XXIX.

⁵³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XXX.

Ora – ed anche in seguito non si renderanno –, non si sono rese evidenti eventuali divergenze di opinioni tra quel che sostiene Piero Calamandrei e quel che si compie, con l'intento di realizzare il migliore tra i possibili rapporti tra Giudice delle leggi e società. In linea di massima, *tot capita, tot sententiae*, perché l'obiettivo non è di convincere, ma di sollecitare qualche ulteriore riflessione critica: che fa sempre bene.

⁵⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XXXI: «Al giudice è vietato esser caritatevole; ma l'avvocato deve essere per il suo cliente, in certi momenti in cui ogni calcolo di mestiere si scioglie e si purifica nella commozione, il fratello e il confessore, che può dargli, più che la sua dottrina e la sua eloquenza, il conforto di tenergli compagnia nel dolore».

A una condizione: bisogna aver fede nella giustizia e ritenere quindi – è, al tempo stesso, premessa e conclusione – che il giudice sia “terzo e imparziale” (ex art. 111, comma 2, Cost.)⁵⁵. L'imparzialità – e, quindi, la fiducia che ne deriva – rappresenta l'epilogo di un riscontro, documentato dai fatti, soprattutto quando «dalla decisione dipende la vita di un uomo, la felicità di una famiglia»⁵⁶. Allora, l'avvocato si rivolge ai giudici, «guardandoli negli occhi da pari a pari, con quelle parole semplici con cui la coscienza dell'uomo si rivolge fraternamente alla coscienza del suo simile per convincerlo della verità»⁵⁷. Allora, l'avvocato è convinto che

Qualcuno – non pratico delle aule giudiziarie – potrà ritenere, questo atteggiamento, inusuale, se non romantico. Ma non è affatto così, perché molti di coloro che si rivolgono al giudice e, suo tramite, alla Corte costituzionale sono dei *quivis de populo*, alla ricerca – come è noto – di un giudice a Berlino. I potenti hanno altri mezzi e, per costoro, vale un millimetrico appunto di T. MORO, *Utopia*, cit., spec. p. 36, là dove osserva che «ci sarà certamente un magistrato disposto a escogitare un espediente – non importa se per puro spirito di contraddizione, per il gusto del cavillo giuridico, o per guadagnarsi il favore reale – che consenta di aggirare l'ostacolo». Tommaso Moro fu anche giudice: v. P. ACKROYD, *Thomas More. Una sfida alla modernità*, Frassinelli, Milano, 2001, pp. 259 ss. Il che contribuisce ad accrescere l'ingiustizia e a rendere ancora attuale questa significativa annotazione: «Se ci sono ancora innocenti da difendere, se ci sono ancora soprusi da denunciare, se ci sono ancora dolori prodotti dall'ingiustizia e leggi dettate per guarirli, l'avvocatura è ancor giovine: e la gioventù non è mai malinconica, perché ha dinanzi a sé l'avvenire» (P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XXXV).

⁵⁵ La modifica del testo originario – dovuta alla legge costituzionale n. 2/1999 – è coerente con il principio dell'equo processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Non sono mai riuscito a comprenderne la ragione, pensando al Costituente, se non fosse per le pratiche perverse in cui è caduta la Repubblica.

⁵⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 4: «Sei convinto che il tuo cliente ha ragione: non solo secondo la legge, ma anche secondo la coscienza morale, che val più della legge». Molte accurate, ineccepibili disamine perdono di ogni rilevanza scientifica e di ogni interesse, se poste a confronto con la sostanza – umana e non solo – del giudizio, la cui conclusione può sorprendere: «E invece ecco che, quando esce la sentenza, hai l'inaspettata notizia che la vittoria è tua: nonostante la tua inferiorità e l'eloquenza dell'avversario, e le temute amicizie e le vantate protezioni. Questi sono i giorni di festa dell'avvocato: quando si accorge che, contro ogni espediente dell'arte o dell'intrigo, più vale, modestamente e oscuramente, l'aver ragione» (*ivi*, p. 5).

⁵⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 9. «In questi momenti la parola “giustizia” torna ad

«La giustizia c'è, bisogna che ci sia, voglio che ci sia. Voi, giudici, dovette ascoltarvi»⁵⁸: «sia bandita la universale ingiustizia, che è regola eterna di tutta la vita»⁵⁹.

Giustizia è «parola disadorna»⁶⁰, il cui «senso» è – per così dire – generato da «una misteriosa e chiaroveggente virtù di intuizione»⁶¹, esclusa quando il giudice è attratto dall'idea di «fare una bella motivazione»⁶². È una parola, che interroga la coscienza sia del giudice, sia dell'avvocato. Ed è un tormento⁶³, rimosso da chi crede nelle «inesorabili esigenze della lo-

essere fresca e nuova, come se si dicesse allora per la prima volta: e chi la pronuncia si sente passar nella voce un tremito discreto e supplichevole, come quello che passa nelle parole del credente che prega. – Bastano questi momenti di umile e solenne sincerità umana a riscattare l'avvocatura da tutte le sue miserie». Chi non la esercita così non può comprendere. Tanto meno può capire chi, piuttosto che essere giudicato, giudica. E quando disserta circa l'inutilità dell'udienza pubblica, *non causa cognita*, si dimostra sprovveduto e superficiale, al tempo stesso. *Amicus Plato, sed magis amica veritas*.

⁵⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 16. Poco prima, aveva osservato che «Per questo lo Stato sente come essenziale il problema della scelta dei giudici: perché sa di affidare ad essi un potere micidiale, che, male adoprato, può far diventare giusta l'ingiustizia, costringer la maestà della legge a farsi paladina del torto, e imprimere indelebilmente sulla candida innocenza il marchio sanguigno che la renderà per sempre irricognoscibile dal delitto» (*ivi*, pp. 10-11). V. peraltro – purtroppo – *sub* 7 ss.

⁵⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 15. Si dirà che questo è un eccesso. Tuttavia – per limitarsi all'essenziale, che ognuno è libero di intendere come vuole –, ecco una notizia che invita a riflettere: *Negli Usa l'1% ha il 53% dei capitali*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 luglio 2021, p. 1. Quanto all'Italia, v. – per un solo caso esemplare, che vede costantemente divisi e contrapposti, nella più sistematica e crudele violazione del principio costituzionale d'eguaglianza, evasori e tartassati – F. VECCHI, *Gli scrocconi. Per ogni italiano che lavora, dieci vivono alle sue spalle*, Piemme, Milano, 2021.

⁶⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 166. D'ora in poi, sarà pressoché l'unico autore citato, perché le sue affermazioni rappresentano il riflesso di un'attività costante di avvocato – oltre che di studioso del processo –, maturata nelle aule giudiziarie.

⁶¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 172.

⁶² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 174. «Si può ritenere per certo che non intenderebbe la santa serietà della giustizia quel giudice il quale, più che offrire alle sofferenze delle parti una giusta soluzione, si studiasse di offrire allo svago dei lettori un saggio di bella letteratura: ne potrebbe venir fuori una specie di padre Zappata giudiziario, il giudice che motiva bene e decide male».

⁶³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 180. «Era un caso pietoso; ma la legge è legge e

gica giuridica e delle ragioni di ordine generale, che consigliano il mantenimento, per quanto è possibile, della uniformità della giurisprudenza, garanzia della certezza del diritto e della uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge»⁶⁴.

Tuttavia, è ben altro che conta. Infatti, «Affinché non vacilli la fede nella giustizia, non deve neanche esser possibile il sospetto che la libertà personale degli umili valga meno di quella dei potenti»⁶⁵. Può accadere, però, che il tribunale ragioni altrimenti e rimproveri l'avvocato «per quella frase “volta a turbare la serenità del giudice, che è chiamato ad applicare la legge senza lasciarsi commuovere dalle conseguenze della sua giustizia”»⁶⁶.

l'avevano dovuto condannare a due anni di reclusione». Incontrando «l'avvocato che aveva difeso quel poveretto», il «vecchio presidente» esclama: «Avvocato, avvocato: un grande dolore (...). Dovrei averci fatto l'abitudine: e invece ai rimproveri degli umili non ci resisto...». Questo è il terreno comune, in cui si incontrano l'avvocato e il giudice. Perché contano le persone in carne ed ossa, le persone fisiche, non le persone giuridiche.

⁶⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 181. «Ma come può riuscire a spiegare in certi casi al suo cliente, specialmente se questi è persona umile e ignara di cose giuridiche, che la uniformità della giurisprudenza può servire talvolta a giustificare le più spietate ingiustizie? (...). (La gente crede che gli avvocati si abituino cogli anni all'ingiustizia: io quella notte, dopo quarant'anni di esercizio professionale, dalla disperazione non riuscii a dormire)» (*ivi*, p. 184). Di questo caso – qui sottinteso –, ne ha discusso in *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, ora in *Studi sul processo civile*, vol. VI, Cedam, Padova, 1957, pp. 101 ss., ove ricorda le conclusioni del procuratore generale presso la Corte di cassazione: «Qui la logica giuridica porterebbe a conseguenze assurde, alle quali la mia coscienza si ribella». Ma la Corte fu di diverso avviso e Calamandrei nota «che pur senza uscire dai limiti della legge, casi come questi non dovrebbero verificarsi, se il giudice non fosse tratto talvolta, per eccessivo ossequio alle massime, a dare parvenza di legge alle costruzioni logiche inventate dai suoi predecessori; le quali, create una prima volta per servir l'equità, possono diventare, quando sono riportate sui massimari separate dai fatti su cui si fondarono, idoli spietati di cui l'equità diventa la vittima» (*ivi*, p. 102). Quanto, poi, alla certezza del diritto e ai non pochi equivoci che la riguardano, v. P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, n. 4/2014, pp. 921 ss., nonché L. TORCHIA, *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2017, pp. 171 ss.

⁶⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 235. V., purtroppo, E. PAZÉ, *Giustizia, roba da ricchi*, Laterza, Roma-Bari, 2017. Del resto, v. A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., II, p. 50, e quel suo: «Mala cosa nascer povero, il mio caro Renzo».

⁶⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 254: «l'asprezza con cui il tribunale aveva sentito il

Se così fosse – ma, se talvolta accade, è un'eccezione –, «tutta la cattedrale della giustizia, che mi sono costruita nel cuore, crollerebbe d'un tratto»⁶⁷.

Certo, non va mai persa di vista la cruda realtà. Essa ci svela che «È bene che [il giudice] non si accorga che la funzione che la nostra società assegna alla giustizia è spesso quella di conservare le ingiustizie consacrate nei codici»⁶⁸. Tutto, però, può essere temperato proprio dalla giustizia, quando la medesima diviene «un fluido vivo, che circola nelle formule vuote delle leggi come il sangue nelle vene»⁶⁹: perché «Il linguaggio della burocrazia è un gergo di pigri e sfiduciati automi: quello della giustizia è l'umana parlata della gente semplice»⁷⁰. Perché «Giustizia vuol dire comprensione: ma la via più diretta per comprendere gli uomini è quella di avvicinarsi ad essi col sentimento»⁷¹.

bisogno di dichiarare che non si lasciava commuovere da essa, dimostrava che in realtà ne era stato commosso» (*ivi*, pp. 254-255). La tensione tra *lex* e *ius* è una costante. Si può considerare una sorta di *damnatio vitae. Iustum quia ius* oppure *Ius quia iustum*? Quanto all'avvocato, egli «dev'esser disposto a prendere dal giudice anche gli schiaffi: purché alla fine riesca ad ottenere per i suoi poveri l'obolo della giustizia» (*ivi*, p. 255).

⁶⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 256. Da qui, la convinzione che «I giudici son come gli appartenenti a un ordine religioso: bisogna che ognuno di essi sia un esemplare di virtù, se non vuole che i credenti perdano la fede». Se ne riparerà *sub* 7.

⁶⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 273.

⁶⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 260.

⁷⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 263. Con l'occasione, osservo che non mi sembra, affatto, apprezzabile la scelta, che la Corte costituzionale ha fatto, di standardizzare il linguaggio delle sentenze. Rappresenta una *capitis deminutio* dell'apporto del redattore e consiste in un eguagliare al basso ciò che dovrebbe essere vivificato dagli umori positivi di chi scrive (da ciò si potrebbe dedurre quale è la quantità di energie profuse dal singolo giudice nell'elaborare il testo della sentenza). Invece, deve rimanere ben ferma l'impronta personale del singolo giudice: il quale, nel redigere la sentenza, deve sentirsi responsabile di fronte non all'opinione pubblica (versione demagogica del molteplice), ma dei *cives*.

⁷¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 351. Ne sono coinvolti anche i concetti – per quanto si stenti a credere –, dal momento che – come ha sottolineato M. CAMBULA, *Dall'uso scientifico all'uso filosofico della ragione. Un itinerario di ricerca tra fisica e filosofia oggi*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Meloni*, Gallizzi, Sassari, 1988, p. 65 – «I concetti sono intessuti nei fatti dell'esperienza e i fatti si intessono nei valori non solo etici, ma anche

È un punto di osservazione e di sperimentazione del diritto – che si fa esperienza –, il quale consente di percepire il significato ultimo del “ricorrere ai tribunali”. Può essere sintomo di litigiosità. Può essere «prova di ferma risolutezza nel difendere l’ordine sociale contro i sopraffattori, e di sana fiducia nella amministrazione della giustizia»⁷². Allora, lo «Stato (...) trova nella difesa del diritto la sua più alta espressione (...), la sua ragion d’essere più essenziale»⁷³. È per questo che «in ogni processo, anche in quelli civili, si esplica non un giuoco atletico, ma la più gelosa ed alta funzione dello Stato»⁷⁴. Dunque, «il processo non è un palcoscenico per gli istrioni; né una vetrina per mettervi in mostra le mercanzie; né un’accademia di conferenzieri; né un salotto di sfaccendati che si scambiano motti di spirito; né un circolo di giuocatori di scacchi; né una sala di scherma... – ...né un dormitorio... – continuò timidamente il professore» di procedura, chiosando il giudice⁷⁵. Ciò che fa «funzionare il processo» è un «giuoco di forze psichiche»⁷⁶, che rappresentano la sostanza di due parzialità contrapposte, nel cui «giusto mezzo» si colloca «la decisione imparziale, sintesi chimica di due contrapposte parzialità»: vale a dire, la pronuncia del giudice⁷⁷.

È “il dibattito” – che consiste in una “discussione”⁷⁸ – «di due avvo-

religiosi. Come i termini e i concetti empirici sono “carichi” di teoria, così i concetti teorici sono “carichi” di esperienza; anzi sono configurabili come punti di condensazione dell’esperienza stessa, ad alto contenuto semantico e concettuale». V., altresì, V. ITALIA, *I concetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁷² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 145.

⁷³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 145. Da meditare – per evitare tanti luoghi comuni, tipici dello sprovveduto comunicatore – quel che segue: «Il giorno in cui vedessi chiudere i tribunali per mancanza di liti, non saprei se rallegrarmi o rattristarmi: rallegrarmi, se, in un mondo in cui più non si trovasse alcuno disposto a far torto al suo simile, questo significasse l’avvento dell’amore universale; o rattristarmi, se, in un mondo in cui più non si trovasse alcuno disposto a ribellarsi contro la prepotenza altrui, questo volesse dire il trionfo della universale viltà» (*ivi*, p. 146).

⁷⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁸ *Il piccolo Rizzoli Larousse*, cit., *ad vocem*.

cati contrapposti, destinati ad assorbir dall'aria tutte le intemperanze polemiche per lasciare il giudice isolato in un'atmosfera di serenità», che dispiega una «azione purificatrice (...) sulla coscienza del giudice»⁷⁹. Dibattito scandito dall'oralità, «che vorrebbe dire semplicità, celerità e lealtà nelle relazioni tra avvocati e giudici», perché «l'oralità è l'espressione della fiducia (...), mentre la scrittura è l'espressione della diffidente cautela»⁸⁰. Infatti, «l'oralità (...) vuol dire espressione schietta e semplice del proprio pensiero» ed essa non va confusa con «l'oratoria, intesa come arte retorica di ricoprire il proprio pensiero sotto le parole»⁸¹. Indispensabili «Gli studi giuridici», che «devon servire a sciogliere il pensiero: quando questo sia agile e pronto, l'eloquio si scioglie da sé»⁸². D'altra parte, *rem tene, verba sequuntur*. Il che serve ad evitare – se non sempre, almeno in numerose circostanze – che «L'arringa degli avvocati» sia «considerata da molti giudici come un periodo di vacanza mentale: il giudice torna ad essere spiritualmente presente nell'aula, quando l'avvocato si siede»⁸³.

⁷⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 122 e 123.

⁸⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 205.

⁸¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 84. «Confidenza di un giudice alla fine dell'udienza: – Chi ha detto che nelle cause civili la discussione orale non serve a nulla? Prima delle aringhe degli avvocati, ero in dubbio. Ha parlato il difensore dell'attore, e ho capito che l'attore aveva torto; ma poi, per fortuna dell'attore, ha parlato il difensore del convenuto: e allora ho dovuto convincermi che l'attore aveva veramente ragione» (*ivi*, p. 87).

⁸² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 76.

⁸³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 78. Nota, ancora, Calamandrei che «la brevità e la chiarezza sono le due doti che il giudice più ama nel discorso dell'avvocato» (*ivi*, p. 80). Ed aggiunge – umoristicamente, ma non troppo – che è «Inutile la chiarezza, se il giudice, vinto dalla prolissità, si addormenta. Più accetta la brevità, anche se oscura: quando un avvocato parla poco, il giudice, anche se non capisce quello che dice, capisce che ha ragione» (*ivi*, p. 81). Difficile da far comprendere – e da far digerire – ai professori! Ed inoltre: «Quel giorno, all'udienza, fui eloquentissimo (...). Ciò accadde, se ben ricordo, quel giorno che mi alzai per dire: – Rinuncio alla parola» (*ivi*, pp. 82-83); «La brevità e la chiarezza, quando riescono a stare insieme, sono i mezzi sicuri per corrompere onestamente il giudice» (*ivi*, p. 89).

Questo genere di rilievi non ha nulla a che fare con il gioco: sono una cosa seria, perché seria è la psicologia forense, che il positivismo giuridico si ostina ad ignorare: v., infatti, AA.VV., *Psicologia del giudizio e della decisione*, a cura di N. Bonini, F. Del Mis-

Soprattutto quando in gioco sono vantaggi economici – di lavoratori, di preferenza pubblici, o di pensionati⁸⁴ –, gli interessati accedono a Palazzo della Consulta oppure si aggirano nei suoi dintorni, ansiosi di assistere – in qualche modo – all’udienza e di udire i loro avvocati: suggestionati – i clienti – dal fatto che «l’ascoltare gli argomenti altrui provoca l’irreprimibile bisogno di confutarli»⁸⁵. Così, l’avvocato finisce per trovarsi tra l’incudine e il martello⁸⁶: perché «I giudici amano gli avvocati discreti e laconici, i clienti li vogliono verbosi e prepotenti». Salva la circostanza «che anche il giudice, quando per qualche sua controversia personale diventa giudicabile e ha bisogno di un difensore, cade nella stessa aberrazione dei clienti profani»⁸⁷. È una conseguenza, naturale e scontata, che è dell’uomo e delle sue

sier, R. Rumiati, il Mulino, Bologna, 2008; A. FORZA-G. MENEGON-R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, il Mulino, Bologna, 2017; R. RUMIATI-C. BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza. Il giudizio tra mente e cervello*, con presentazione di G. Canzio, il Mulino, Bologna, 2019, nonché G. TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020. Piero Calamandrei è stato un precursore: v. *Elogio dei giudici*, cit., pp. 35, 163, 171, 262. Ed è in un simile contesto che colloca le eccezioni processuali: «e l’avvocato esperto, per coltivare questa allettatrice tendenza all’inerzia mentale, usa seminare le sue difese di scorciatoie laterali, che invogliano il giudice a non incamminarsi sulla via maestra. – Le “eccezioni di procedura”, anziché un maligno ritrovato degli avvocati per render più ardua e faticosa l’opera del giudice, sono assai spesso un rispettoso omaggio che essi dedicano alla salute del giudice, per aiutarlo a faticar meno» (*ivi*, p. 53 ed anche pp. 175 e 193).

⁸⁴ Si pensi ai vari prelievi, operati a titolo di contributo di solidarietà, che hanno colpito anche le retribuzioni dei magistrati in attività e a riposo.

⁸⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁶ È la norma e riguarda qualunque giudizio.

⁸⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 127. Da leggere, pure, le pagine seguenti, caratterizzate da un onesto realismo, che mette in luce i tratti essenziali della più banale umanità, alla quale non si sottraggono – c’è da credere – neppure i giudici costituzionali. Questo è il tratto, forse, più significativo dell’esperienza istituzionale, riflesso non di ciò che è un collegio in astratto, ma di ciò che è un collegio in concreto, con le sue luci e le sue ombre. Per questo, il più delle volte, si preferiscono le dissertazioni di principio, impersonali, astratte: quindi, inesistenti. Con questo, non si intende affermare – ne parla S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 10 – che non esiste «altra realtà all’infuori degli uomini»; ma che avviene «che il giurista anche esperto, che si

angustie⁸⁸. Di fronte a chiunque, allora, «sento che gli schemi astratti non servono più: bisogna uscir dalla generica indifferenza professionale che vorrebbe appagarsi delle approssimazioni, e avvicinarsi con rispettoso desiderio di comprensione al caso individuale, che non è comparabile con alcun altro, perché ogni creatura umana è unica, ed ogni dolore è nuovo»⁸⁹. La disponibilità a capire, però, non deve mai prevalere sul rigore, professionale e morale, ad un tempo⁹⁰.

Chi è, allora, l'avvocato? È colui che rivolge «un garbato inchino (al presidente burbanzoso che (gli) toglie la parola»⁹¹. Non è «colui che, parlando ai giudici come se fosse in cattedra, li indispettisce colla ostentazione della sua sapienza e li affatica con desuete astruserie dottrinali»⁹². È colui

propone di descrivere soltanto il diritto positivo qualunque esso sia, veda le istituzioni, attraverso il prisma che le deforma, del fermento di idee e di energie che premono su di esse».

⁸⁸ Ognuno ha le sue. E solo Dio sa da che cosa dipendono. C'è stato chi – A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., X, p. 179 – ha parlato di «guazzabuglio del cuore umano». Anche per questo, lo stato d'animo delle parti del processo, degli avvocati e degli stessi giudici lo si può immaginare così: «I suoi pensieri erano, come ognuno può immaginarsi, un guazzabuglio di pentimenti, d'inquietudini, di rabbie, di tenerezze; era uno studio faticoso di raccapezzare le cose dette e fatte la sera avanti, di scoprir la parte segreta della sua dolorosa storia, e sopra tutto come avevan potuto risapere il suo nome» (*ivi*, XVI, p. 261). Pensieri di Renzo, pensieri di tutti!

⁸⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 371. Anche a questo proposito, osservo che stabilire che cosa è dolore è operazione assai complicata, che non si presta ad essere definita alla luce dei propri personali convincimenti. Varrebbe la pena di leggere R. MENEGHELLI, *Frammenti di filosofia minima*, Giappichelli, Torino, 1993, per convincersene.

⁹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 36, si sofferma anche sui pareri “per la Verità”, a proposito dei quali rileva che «Questo modo di fare mi sembra indiscreto per due motivi: primo, perché se il *consilium sapientis* era in uso quando i giudicanti erano analfabeti, offrire oggi al magistrato che ha la sua laurea una cosiffatta lezione a domicilio, non è fargli un complimento; secondo, perché non si riesce a comprendere come avvenga che, in questi pareri inseriti in un fascicolo di parte, la Verità, col V maiuscolo, coincida sempre con l'interesse della parte che allega il parere». Più chiaro di così!

⁹¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 34.

⁹² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 35. Infatti, «L'avvocato che nel difendere una causa entra in aperta polemica col giudice, commette la stessa imperdonabile imprudenza dell'esaminando che durante la prova si prende a parole coll'esaminatore» (*ivi*, p. 37).

che indossa «la toga, uguale per tutti»⁹³ e che «deve cercare unicamente di proiettare la sua virtù chiarificatrice sui fatti e sugli argomenti della causa, e di mantenere nell'ombra la propria persona»⁹⁴. È «il momento dinamico della giustizia»⁹⁵; colui che deve «trovar gli argomenti»⁹⁶; ma qualche giudice lo considera uno dei «mali necessari del processo»⁹⁷. È «come un bersagliere»⁹⁸ e, nel loro insieme, gli avvocati sono «sensibilissime antenne della giustizia»⁹⁹, che hanno «Il dovere di farsi capire»¹⁰⁰, con «umiltà»¹⁰¹: tant'è che «il carattere di un avvocato» lo si percepisce da «come sa stare in udienza al banco della difesa»¹⁰². È *vir bonus, tacendi peritus*¹⁰³, votato a un

⁹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 39, il quale ricorda che «Anche la parrucca degli avvocati inglesi, che può parere un ridicolo anacronismo, ha questo stesso scopo di affermare l'ufficio sull'uomo: nascondere il professionista che può anche essere calvo e canuto, sotto la professione, che ha sempre la stessa età e lo stesso decoro».

⁹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 48, mentre il giudice è «il momento statico».

⁹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 54, mentre il giudice è come un «alpino».

⁹⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 56. «La professione dell'avvocato è invece [rispetto a quella del giudice: v. *sub* 7] maestra di modestia: non c'è causa in cui il difensore non si trovi di fronte l'avversario che lo rimbecca: qualunque cosa dica, deve essere preparato a sentirsi ribattere che è un errore, o magari una scempiaggine o addirittura una menzogna. Anche ad ammettere che l'avvocato vinca il cinquanta per cento delle cause che difende, basta l'altro cinquanta per cento a dimostrargli che non è infallibile: e a consigliargli di stimar l'avversario che è stato più bravo di lui» (*ivi*, p. 59).

¹⁰² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 58: «da come si muove, da come gesticola, da come sventola la toga, dalla cura con cui si mette a posto la facciuola, dalla prontezza con cui si alza quando entra la corte, dal suo volgersi indietro per farsi ammirare dal pubblico, dal tono dimesso o squillante della sua voce, dal suo uscire fuori dal banco mentre parla, – da tutto questo si capisce che razza di avvocato è: la sua educazione, la sua civiltà, la sua sincerità, – oppure la sua prepotenza, il suo artificio, la sua grossolana vanità».

A conferma del fatto che, per capire, è necessario calarsi *in medias res*, piuttosto che limitarsi (l'uno e l'altro) a declamare dal pulpito, «Bisognerebbe che ogni avvocato per due mesi all'anno facesse il giudice; e che ogni giudice, per due mesi all'anno, facesse

«duro ed austero ufficio»¹⁰⁴. «Avvocato sommo è colui che riesce a parlare in udienza con la stessa semplicità e la stessa schiettezza con cui parlerebbe al giudice incontrato per via»¹⁰⁵.

Di avvocati, comunque, ve ne sono di vario genere: non c'è che l'imbarazzo della scelta «nella zoologia forense»¹⁰⁶. Ecco, dunque, l'*advocatus merus* (il semplice avvocato), l'*advocatus explorator seu commendator* (l'avvocato "di corridoio" o "di cerimonia"), l'*advocatus ad pompam, seu luminar fori* (cui «è riservata la funzione, finale e meramente decorativa, di ripetere oralmente in udienza gli argomenti scritti nelle comparse dal semplice avvocato, suo collega di difesa») ¹⁰⁷. Per tutti, vale un consiglio: «Difendi le cause con zelo; ma non esagerare. La troppa dottrina, l'eccezionale sfoggio di citazioni di autori, il raffinato virtuosismo dialettico stancano il giudice. Se scrivi troppo, non legge; se parli troppo, non ascolta; se sei oscuro, non ha tempo di cercar di capirti»¹⁰⁸.

7. Segue: (d) il giudice.

Comunque si voglia intendere la funzione dell'avvocato, è certo che essa

l'avvocato. Imparerebbero così a comprendersi e a compatirsi: e reciprocamente si stimerebbero di più» (*ivi*, p. 63).

¹⁰³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 85. V., altresì, pp. 117 ss., nonché pp. 381 ss.

¹⁰⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 99-100. «Si può aggiungere che ciascuna di queste specie si suddividono in diverse varietà. Per esempio: gli avvocati di cerimonia possono appartenere a tre diversi sottotipi: "insigni giuristi", "grandi oratori", "autorevoli parlamentari"; ma alcuni zoologi preferiscono classificare questi ultimi, gli autorevoli parlamentari, tra gli avvocati di corridoio, insieme cogli amici di famiglia (dei magistrati) e cogli ex magistrati in pensione, iscritti di diritto nell'albo degli avvocati». Si dirà che vi sono gli avvocati d'affari ed altri ancora, ignoti a questa classificazione. Tuttavia, tolte le etichette, rimane, immutata, la sostanza.

¹⁰⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 102. Si potrebbe concludere così: «Disse, sospirando, quell'avvocato, quando ebbe la notizia di aver perduto una causa alla quale aveva dedicato sei mesi di zelantissime fatiche: – Non l'ho difesa abbastanza male per meritare di vincerla».

deve misurarsi – costantemente – con l'umiltà. Inevitabile, dal momento che egli si sottopone al giudizio altrui, avendo a disposizione la parola e lo scritto. Inevitabile, altresì, perché non è inusuale sentirsi dire che «la legge è legge», anche «se questa scusa dell'ossequio alla legge non sia molte volte una ipocrisia per far passare l'ingiustizia sotto il mantello della legalità»¹⁰⁹. È a questo punto che avvocati e giudici finiscono per camminare su un terreno comune e per essere avvinti da una sorta di necessità fatale: che è quella di «cercar di introdurre nelle formule spietate delle leggi la comprensione umana della ragione illuminata dalla pietà»¹¹⁰. Chi – gli uni e gli altri – si sottrae a questo imperativo categorico non è né avvocato né giudice: è un faccendiere, vale a dire uno che «si occupa di affari o traffici spesso poco chiari»¹¹¹.

D'altra parte, se vale per l'avvocato quel che si è andati dicendo¹¹², vale, a maggior ragione, per il giudice, la spiegazione data – da Piero Calamandrei –, quando ha concluso che «Il titolo resta immutato: e con più convinzione di prima»¹¹³. Infatti, egli ha considerato figure irreprensibili di magistrato: «Egli era tutto preso dai problemi della ricerca della verità nel processo penale: l'errore giudiziario era la sua ossessione»¹¹⁴; «(...) era la pietà umana dalla quale egli non sapeva concepire separata la sua funzione di giudice. Per lui ogni giudicabile era un problema umano, non un caso giuridico: un uomo vivo, non una formula»¹¹⁵; «Dacché servo lo

¹⁰⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 299.

¹¹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. XI-XII.

¹¹¹ *Il piccolo Rizzoli Larousse*, cit., *ad vocem*.

¹¹² In specie, *sub* 6.

¹¹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. X. Il riferimento è, naturalmente, a “elogio dei giudici”.

¹¹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XII.

¹¹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XIV. «Accadeva talvolta che quando il presidente Sansoni, ammantato dalla sua toga, usciva pensieroso dal dibattimento, trovasse Gervasio che gli apriva la porta della camera di consiglio: e gli venisse fatto di fermarsi, lui giurista, per domandargli: – Che ne pensi, Gervasio? Credi proprio che meriti d'esser condannato? – Gervasio sorrideva umilmente sotto i bianchi baffi spioventi: – Che vuol che ne capisca io, signor presidente? Io sono un povero ignorante ... – Ma quei due uomini, il presidente e l'usciera, così distanti per cultura e per grado, si guardavano ne-

Stato nell'amministrazione della giustizia non ho mai fatto nulla di contrario alla mia coscienza»¹¹⁶. Forse, è pensando a tutto questo che la Corte costituzionale ha affermato che «l'indipendenza della magistratura trova la prima e fondamentale garanzia nel senso del dovere dei magistrati e nella loro obbedienza alla legge morale»¹¹⁷.

Certo, il dissenso è ammesso. Tuttavia, «Mi convinco sempre più che tra il rito giudiziario e il rito religioso esistono parentele storiche più strette di quanto non indichi la uguaglianza della parola. Chi conducesse uno studio comparativo del cerimoniale liturgico e delle forme processuali, rileverebbe nella storia un certo parallelismo di evoluzione: quasi si direbbe che con egual curva, nelle aule giudiziarie e nelle chiese, la religione sia degenerata in conformismo»¹¹⁸. Soprattutto, in indifferenza, che rappresenta una fase ulteriore dello sviluppo – una evoluzione ancor più negativa – del conformismo stesso¹¹⁹. Mentre – nell'ottica di una nobile ed

gli occhi con una stessa luce di bontà: che è linguaggio uguale per tutti gli uomini, qualunque sia la istruzione e l'ufficio» (*ivi*, pp. XIV-XV).

¹¹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. XVI.

¹¹⁷ Corte cost., sentenza 12-13 dicembre 1963, n. 168, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1670. V. la nota 136.

¹¹⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 249.

¹¹⁹ Aiuta a capire quanto grande è l'attuale degrado delle istituzioni la lettura, ad es., di N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1974, e di L. CANFORA, *Intervista sul potere*, a cura di A. Carioti, Laterza, Roma-Bari, 2017. In fondo, allontanarsi dal processo e dal giudizio, alla ricerca di una legittimazione strettamente connessa con la comunicazione (la comparazione con quanto accade in altri ordinamenti non sempre è appagante, perché vi possono essere, tra l'uno e l'altro, distanze siderali: v. *sub* 12), potrebbe essere – al di là delle buone intenzioni – controproducente, dal momento che si sottovaluta la cruda realtà. Ad es., ciò che segnala Luciano Canfora: «Gli studenti condannati a una preparazione scarsa o apparente, o addirittura all'ignoranza, diventano più facilmente vittime del potere. Sono cittadini debolissimi, indifesi, aperti a ogni influenza improvvisata e chiassosa. Chi ha rovinato la scuola, ha ferito gravemente anche la Repubblica, il sistema democratico, la libertà individuale e la consapevolezza dei diritti. Spero che qualcuno prima o poi se ne accorga. Purtroppo le riforme che si sono via via susseguite nel tempo non sono andate nella direzione di *prendere atto della modernità* e farla fruttare in maniera seria. Si sono mosse invece nel senso della semplificazione banalizzante, che alla fine risulta corruttrice. I futuri cittadini vengono resi così più fragili e manipolabili. È un grande problema storico-politico, di cui, temo, prima o poi vedremo conseguenze lancinanti» (*ivi*, p. 167). Per parte sua, A. PANEBIANCO,

elevata concezione dell'una e dell'altra – è parso doveroso notare che l'«ordine giudiziario (...) non è un ramo della burocrazia ma un ordine religioso»¹²⁰, che «si onora non con l'adularl(o), ma con l'aiutarl(o) sinceramente ad essere all'altezza della sua missione»¹²¹. Del resto, era ammiratione – il predicato verbale al passato è un atto dovuto – «l'austera intimità di questo ufficio, in cui il giudicare implica in ogni istante il dovere di fare i conti con la propria coscienza»¹²².

Coscienza è una parola ricorrente, impegnativa; che non lascia scampo ed impone al giudice di essere fedele a sé stesso. Consapevole che «la difficoltà del giudicare non consiste tanto nel trovar la conclusione, che può

L'incuria educativa ignorata, in *Corriere della Sera*, 20 luglio 2021, p. 1, pone – beffardamente – questo problema: «Tema: la classe dirigente italiana e i processi educativi. Svolgimento: spiegare come mai per la suddetta classe dirigente sia irrilevante l'impoverimento in corso del capitale umano a disposizione del Paese. Collegare tale implicito giudizio di irrilevanza al disinteresse, ampiamente comprovato, di politici di primo piano, imprenditori, banchieri, leader sindacali, grandi professionisti, alti prelati, intellettuali di rango eccetera, per ciò che riguarda la condizione delle scuole e delle università. Chiedersi se, per questa ragione, si possa ipotizzare che in Italia una classe dirigente non esista più. In caso di risposta affermativa, fare qualche considerazione sulle cause di tale scomparsa».

Nessuna sorpresa, se rito giudiziario e rito religioso sono stati sopraffatti dalla logica – degna di Procuste – dell'algoritmo e se ciò abbia provocato una violenta spersonalizzazione, che banalizza. Nessuna sorpresa se A. PROTO PISANI, *La riforma della giustizia*, *ivi*, 17 maggio 2021, p. 31, ha scritto che «Il testo approvato per l'Europa, relativo alla riforma della giustizia, è vergognoso e destinato solo a far fare all'Italia una pessima figura. Il suo contenuto è pressoché inesistente e pieno di contraddizioni al suo interno. Di certo, non è in grado di costituire alcuna base per un lavoro futuro, volto a tentare di porre rimedio alla grave situazione della giustizia in Italia. Mi rifiuto, come ottantenne, formato alla severa Scuola di Virgilio Andrioli, di anche solo immaginare che il testo sia stato licenziato da persone che abbiano anche solo il mero ricordo di studi sul processo e sull'ordinamento giudiziario o, addirittura, che stiano vivendo tali esperienze». In via Arenula, a Roma, ha sede il Ministero di Giustizia: lì dimora una moltitudine di magistrati. È la conseguenza di un doppio fallimento: morale e culturale, estraneo a Piero Calamandrei.

¹²⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, cap. XIII. Da concepire laicamente: ad es., secondo la prospettiva delineata da A. GUERRIERO, *Quaesivi et non inveni*, Mondadori, Milano, 1974.

¹²¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 251.

¹²² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 251.

essere affare da sbrigarsi in giornata, quanto nel trovar poi con più lunga meditazione le premesse di cui quella conclusione dovrebbe, secondo il volgo, esser la conseguenza». Con ciò, «si vuol dire soltanto che, nel giudicare, l'intuizione e il sentimento hanno assai spesso più larga parte di quello che dall'esterno non sembri: non per niente, direbbe qualcuno, sentenza deriva da sentire»¹²³. Dunque, il giudice – nel decidere – è condizionato dal suo stato d'animo, dimodoché «Non sempre sentenza ben motivata vuol dire sentenza giusta; né viceversa»¹²⁴, perché «giudice ottimo è quello in cui, sulla cauta cerebralità, prevale la pronta intuizione umana»¹²⁵. Intuizione, che può essere sopraffatta da altri fattori: infatti, «molte volte i motivi dichiarati sono molto diversi da quelli veri» e «la motivazione ufficiale non è che uno schermo dialettico per nascondere i veri moventi, di carattere sentimentale o politico, che hanno portato il giudice a giudicare così»¹²⁶.

Chi è, allora, il giudice? «Il giudice è un avvocato rallentato e purificato dall'età (...) è ciò che resta, quando si son tolte all'avvocato tutte quelle virtù esteriori per cui il volgo lo ammira (...). Il sistema inglese, nel quale i più alti magistrati sono scelti tra gli avvocati anziani, è la conferma pratica di questo trapasso psicologico»¹²⁷. L'"inerzia", piuttosto che l'"agire", è una qualità del giudice, perché «agire vorrebbe dire prendere partito»¹²⁸, mentre egli «deve avere il coraggio di esercitare la funzione del giudicare, che è quasi divina, nonostante che senta dentro di sé tutte le debolezze, e forse le bassezze, dell'uomo»¹²⁹. E, tuttavia, «Nel giudice non conta l'intelligenza, la quale basta che sia normale per poter arrivare a capire, come in-

¹²³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 170 e 171.

¹²⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 174.

¹²⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 185. Possono influire, in talune circostanze, anche i «Beati coloro che hanno fame e sete di giustizia»: *ivi*, p. 8; ma v. anche XIV, pp. 50 e 180, nonché – quanto alla fonte – MATTEO, 5, 6.

¹²⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 47. Ma non siamo in Inghilterra. Inoltre, è mortificante l'attuazione, che è stata data finora, dell'art. 106, comma 3, Cost.: la traduzione in pratica dell'inciso "per meriti insigni".

¹²⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 49.

carnazione dell'uomo medio, *quod omnes intellegunt*: conta soprattutto la superiorità morale, la quale dev'esser tanta da far sì che il giudice possa perdonare all'avvocato di esser più intelligente di lui»¹³⁰. In ogni caso, l'avvocato deve praticare l'umiltà: così, «quando egli veste la toga, mi inchino a lui con sincero senso di ossequio, perché vedo in lui l'idea della sua funzione: rispetto il giudice non per quello che è, ma per quello che dovrebbe essere»¹³¹. Peraltro, «Grave peccato per il giudice è la superbia; ma forse è una malattia professionale»¹³². Come grave è «addormentarsi» in udienza, anche quando «il sonno dei giudici sia premeditato»¹³³.

In controtuce, un pericolo, che consiste in «un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica»¹³⁴. Realisticamente, «Difficile è per il giudice trovare il giusto punto di equilibrio tra lo spirito di indipendenza verso gli altri e lo spirito di umiltà verso sé stesso»¹³⁵. Stella polare è un «forte senso di virile dignità: quel senso che impone di ricercar nella propria coscienza, più che nei comandi altrui, la giustificazione del proprio agire, e di assumere in pieno, a viso aperto, la responsabilità»¹³⁶. Quando accade, «Il

¹³⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 55.

¹³¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 57. «Ma anche al giudice non sarebbe disdicevole (ma è assai più rara) l'umiltà di fronte all'avvocato: perché questi, anche se come difensore vale poco, rappresenta dinanzi al giudice l'idea altrettanto augusta della difesa».

¹³² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 59.

¹³³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 107. Di seguito, frammenti e squarci spassosi: ad es., sugli «occhiali da sonno» (*ivi*, p. 114).

¹³⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 269-270.

¹³⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 281-282: «essere fiero senza arrivare ad essere orgoglioso, e insieme umile senza esser servile: aver tanta stima di sé da saper difendere la propria opinione contro l'autorità dei potenti o contro le insidie dialettiche dei causidici, e insieme aver tanta consapevolezza della fallibilità umana, da esser sempre disposto a valutare attentamente le opinioni altrui fino al punto di riconoscere apertamente il proprio errore, senza domandarsi se il riconoscerlo possa apparire una menomazione del suo prestigio. Per il giudice la verità deve contare più dell'altrui prepotenza, ma anche più del suo amor proprio».

¹³⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 343, che prosegue con queste limpide parole: «La

dramma del giudice è la solitudine»¹³⁷, cui potrebbe ovviare a caro prezzo: riducendo “il decidere” a “una pratica di ordinaria amministrazione”. Ma «Il giudice che si abitua a render giustizia è come il sacerdote che si abitua a dir messa»¹³⁸.

Il processo ed il giudizio sono la traduzione in pratica di questi modi di essere e di agire, tra loro alternativi, secondo la logica dell'*aut aut*. Si concentrano, in modo particolare, nell'udienza pubblica¹³⁹ e nel suo essere utile oppure no¹⁴⁰. Molto spesso – a ragione o a torto –, chi giudica ama il silenzio e può rivolgersi all'avvocato con queste parole: «Ho bell'e capito: lei è uno di quegli avvocati che quando cominciano a parlare, vuol farci sapere anche le virgole ...»; ripagato con un: «Signor presidente, non ho altro da dire»¹⁴¹. È accaduto che «Parlavo da cinque minuti in udienza (...) vedo che il presidente (che evidentemente non voleva darsi la pena di seguire il mio discorso) mi faceva colla destra, riunendo insieme le punte delle cinque dita come le foglie di un carciofo, raccomandazioni mimiche di brevità (...). Mi fermai e dissi: – Veda, signor presidente, se io stessi leggendo una pagina scritta, potrei accontentarla, mettendomi a leggere un rigo sì e uno no. Ma, dovendo improvvisare, è inevitabile che nel mio discorso un minimo di filo logico ci sia. Mi voglia perdonare»¹⁴². Esistono modi ulteriori e diversi per scoraggiare l'oratore quando non si vuol ascol-

indipendenza dei giudici, cioè quel principio istituzionale per cui essi al momento in cui giudicano debbono sentirsi svincolati da ogni subordinazione gerarchica, è un duro privilegio, che impone, a chi ne gode, il coraggio di restar solo con sé stesso, a tu per tu, senza nascondersi dietro il comodo schermo dell'ordine del superiore». Dunque, l'indipendenza è uno stato d'animo interiore e non va ricercato – come si usa fare ora – in garanzie formali esterne, che accontentano riscontri di facciata. V. il testo, cui è riferita la nota 117.

¹³⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 347.

¹³⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 348.

¹³⁹ V. *sub* 10.

¹⁴⁰ V. *sub* 1 e 2.

¹⁴¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹⁴² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 95. Accenna al «celebre episodio, realmente accaduto in Cassazione (ne sono testimone)», P. BARILE, *Introduzione*, cit., p. V, il quale riferisce che il detto di Calamandrei fu: «Presidente, se leggessi potrei leggere un rigo sì e un rigo no, ma *gli è che parlo*».

tare, non si intende interrogare, ci si ostina a sopportare. Un peso, che non dovrebbe essere un peso; e, se lo è, non è, certo, un bene.

Non lo è, perché il giudice può determinarsi diversamente, se si convince che il «dialogo vivo e spezzato» non deve essere «sostituito dal monologo»; che «lo stimolo vivificante delle obiezioni» non deve essere «abolito o differito»; che non deve ridursi a questo l'«oratoria forense»¹⁴³. Se così fosse, non paradossalmente, anche l'avvocato riuscirebbe a «trovar nel silenzio la conciliazione del dovere di lealtà verso il giudice col dovere di patrocinio verso il cliente»¹⁴⁴. Ne è offerto un esempio, che tronca sul nascere ogni obiezione, tratto da un'udienza svoltasi dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

«Questo presidente (...), uomo di altissimo valore intellettuale e morale [è un aspetto non insignificante], ma di modi un po' bruschi ed irruenti, non veniva mai in udienza senza aver profondamente studiato sui fascicoli i ricorsi portati in discussione [ed anche questo conta non poco]: di ogni causa egli conosceva a perfezione tutti i particolari di fatto e di diritto; in modo che quando si accorgeva che un difensore divagava o tentava di scivolare sui punti scabrosi, l'interrompeva dopo due minuti per richiamarlo alle questioni essenziali»¹⁴⁵. Ed ecco il seguito: «Gli avvocati che lo conoscevano si erano abituati a questa discussione dialogata (...). Ma chi, non conoscendolo, veniva in udienza col suo discorso filato bell'e pronto, rimaneva senza fiato sotto quella grandinata di interrogazioni». In questa scomoda situazione venne a trovarsi «un avvocato di provincia», accintosi a «discutere un ricorso», dopo aver iniziato «solennemente la recitazione di una sua arringa preparata da mesi, e imparata a memoria»¹⁴⁶. Infatti, «Il presidente lo fermò subito a metà dell'esordio, invitandolo a concentrare il suo discorso sul punto essenziale della causa». Invito frainteso, perché l'avvocato equivocò: «Mi si impedisce di fare il mio dovere. Protesto e rinuncio alla parola!»¹⁴⁷. Risolutiva – della que-

¹⁴³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 72.

¹⁴⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 66.

stione di allora e delle sorti di ogni udienza pubblica, ivi compresa quella che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale – è la risposta del presidente, con la quale spiegò all'avvocato la differenza che passa tra parlare e capire¹⁴⁸.

Sarà anche una apprezzabile singolarità del nostro ordinamento, ma la camera di consiglio può rivelarsi un ordigno micidiale. È un dato, di fat-

¹⁴⁸P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 66-67. Il presidente si esprime così: «Avvocato, non si abbia a male delle mie interruzioni. Avrebbe ragione di lamentarsi se ella fosse un conferenziere, dinanzi al quale il pubblico ha il dovere di soffrire in silenzio, anche se non capisce un bel nulla di quello che dice. Ma ella è qualcosa di meglio di un conferenziere: è un avvocato, cioè uno che parla per persuadere noi giudici a ben giudicare. Come si può esser persuasi senza aver capito? Ella adempia dunque liberamente al suo dovere, che è quello di parlare; ma lo faccia in modo da aiutarci nell'adempiere il nostro, che è quello di capire».

Sotto questo profilo, l'iniziativa – non preannunciata, ma salutare – di Sabino Casese, di cui si è detto (v. *sub* 2), la si sarebbe dovuta non già abbandonare, ma discutere e perfezionare, accompagnandola con un seguito di ulteriori innovazioni, a cominciare dall'introduzione della *dissenting opinion*. Quello della Corte costituzionale rimane – nonostante tutto – un mondo chiuso, perché è un monolite, cui è ignota la funzione catartica e salvifica della dialettica: che non può soffrire eccezioni.

Sono del tutto condivisibili, pertanto, le considerazioni svolte da M. LUCIANI, *Corte e avvocatura*, in AA.VV., *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 335 (là dove suggerisce di mettere a disposizione degli avvocati i risultati delle ricerche effettuate dalla Corte, a beneficio dell'udienza e della decisione); ID., *Intervento*, in AA.VV., *Interventi di terzi e "Amici Curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2020, spec. p. 136 («Ritengo che il difensore debba essere ben lieto che il collegio gli ponga dei quesiti, ma sarebbe opportuno... che la loro formulazione fosse preventiva»). Quanto alle più recenti aperture della Corte, egli parla di «circo mediatico»).

Del resto, la indispensabile trasparenza di ciò che avviene nel processo, in vista del giudizio, non può essere surrogata da un altro genere di attività, quali le lezioni nelle scuole e le visite in carcere. Ciò che inquina sono i riflettori accesi e la pubblicità che ne segue. Il bene lo si compie in silenzio, nella quiete dell'ombra e del colloquio con tanti sfortunati – finanche ergastolani –, che possono avere molto da dire a chi li accosta, ad es., per esami di profitto (universitari) nella casa di reclusione. Ed aggiungo un ulteriore appunto. Concluso il mandato di giudice e presidente della Corte costituzionale, Livio Paladin mi confidò di essere felice di “finalmente” poter tornare a studiare: M. BERTOLISSI, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 41 ss.; non già di aspirare a cariche di vario genere ed utilità.

to e di diritto, acquisito, pietrificato. Eppure, quante perplessità! «La solennità dell'udienza, le toghe con le nappe dorate, il segreto mistico della camera di consiglio, la unanimità istituzionale della sentenza»¹⁴⁹. «La camera di consiglio prima della discussione? Speriamo che non sia vero: sarebbe una beffa per gli avvocati»¹⁵⁰. Ed ancora: «la segretezza della camera di consiglio, l'anonimo della collegialità»¹⁵¹. Eppure – nota Calamandrei –, «In altri paesi la sentenza si vede nascere sotto gli occhi del pubblico: chiuso il dibattimento, i giudici non si ritirano in camera di consiglio, ma rimangono a discutere in pubblica udienza, liberamente manifestando ciascuno, prima di venire al voto, la propria opinione e le ragioni che la sostengono»¹⁵². «Nel nostro sistema giudiziario, invece, la sentenza figura sempre deliberata all'unanimità»¹⁵³.

Tutto ciò, non senza conseguenze: «La segretezza della camera di consiglio è la consacrazione istituzionale del conformismo: il giudice può pensare colla propria testa in segreto, purché di fuori non lo sappia nessuno»¹⁵⁴. Ogni medaglia, però, ha il suo rovescio, che può essere positivo: «in certi casi la collegialità (...) può essere anche un corroborante. Per avere il coraggio di andare controcorrente, la collegialità può servire da sostegno»¹⁵⁵: ovviamente, quando difetta il nerbo. In ogni caso, «la camera di consiglio (...) dovrebbe essere un incontro dialogato di persone desiderose di aiutarsi a trovar la giustizia»¹⁵⁶, che è la parola iniziale e conclusiva di ogni discorso sul processo ed il giudizio.

I giudici – tutti – debbono ricordare che *nemo iudex sine actore*¹⁵⁷.

¹⁴⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 59.

¹⁵⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 252.

¹⁵² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 273.

¹⁵³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 274. «Sussurrano i bene informati che in camera di consiglio vi siano stati contrasti, e magari diverbi; ma di fuori nessuno deve saperlo, perché la camera di consiglio è segreta».

¹⁵⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 274.

¹⁵⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 277.

¹⁵⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 331.

¹⁵⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 48.

8. Segue: (e) *in teoria e in pratica*.

Gli orizzonti si disvelano, aprendosi a una più adeguata percezione delle vicende umane ed istituzionali, se l'oggetto dell'indagine non rimane circoscritto al dettato normativo. Se il diritto non lo si concepisce – con sguardo miope – come un sistema di norme. Giustamente, dunque, «Non basta che i magistrati conoscano a perfezione le leggi come sono scritte; sarebbe necessario che altrettanto conoscessero la società in cui queste leggi devono vivere»¹⁵⁸. Se si assume questo punto di vista – che è anche quello pragmatico del mondo anglosassone –, pure il discorso sull'avvocato e sul giudice si colora diversamente: si sfumano le contrarietà; alla contrapposizione si sostituisce la collaborazione; al dualismo manicheo giusto-ingiusto subentra la pacata ricerca della verità. È, sempre, un'operazione sofferta, che deve misurarsi con i fatti, i quali «si adeguano alla misura intellettuale e morale del difensore»¹⁵⁹. «Fatti messi in rilievo perché favorevoli, fatti lasciati nell'ombra perché contrari alla tesi difensionale»¹⁶⁰, perché «L'avvocato opera sulla realtà come lo storico, che raccoglie i fatti secondo un criterio di scelta da lui prestabilito»¹⁶¹. Per questo, le espressioni “questioni di fatto”-“fattista” non devono avere, in nessun caso, “un significato dispregiativo”: «Il fattista, magistrato o avvocato, è un valentuomo, modesto ma onesto, al quale il trovar la soluzione giusta che meglio aderisca alla concreta realtà sta più a cuore che il far bella figura come collaboratore di riviste giuridiche»¹⁶². Consente, poi, di non invertire i termini della relazione fatto-diritto¹⁶³. Cade

¹⁵⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 120.

¹⁶⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 123.

¹⁶¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 124: «e trascura quelli, che, al lume di tale criterio, gli appaiono irrilevanti. Anche l'avvocato, come lo storico, tradirebbe il suo ufficio se alterasse la verità col raccontare fatti inventati: non lo tradisce, finché si limita a cogliere e a coordinare della grezza realtà quei soli aspetti che giovano alla sua tesi».

¹⁶² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 159.

¹⁶³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 161, osserva – l'appunto riguarda sia gli avvocati, sia i giudici – che «*Ex facto oritur ius* è una vecchia massima, cauta ed onesta, che impone, a chi vuole ben giudicare, di accertare prima di tutto, con fedeltà pedante-

nell'equivoco chi considera «la questione di diritto come un teorema da dimostrarsi con formule astratte, in cui gli uomini sono rappresentati da lettere e gli interessi da cifre» e si regola come un «giurista in un trattato o in una lezione; ma l'avvocato pratico deve vedere, dietro le formule, gli uomini vivi»¹⁶⁴.

Certo, i fatti, la realtà! Tuttavia, agli uni e all'altra è indispensabile attribuire un significato: debbono essere interpretati. «Mettete due pittori dinanzi allo stesso paesaggio, l'uno accanto all'altro, ognuno col suo cavalletto (...). Vedrete due paesaggi assolutamente diversi»¹⁶⁵. D'altra parte, «le interpretazioni che si possono dare di una legge sono cento: e non si può mai prevedere con sicurezza quale di esse sceglierà il giudice»¹⁶⁶, in forza del più ampio contraddittorio tra le parti, e tra queste e il giudice stesso¹⁶⁷. «Soltanto il giurista puro (...) può permettersi il lusso di avere opinioni rigide intorno a certe questioni di diritto e di dar battaglia aperta alla giurisprudenza dominante quando la ritiene sbagliata; ma il patrocinatore deve sempre mantenere intorno alla interpretazione da darsi alle leggi una certa elasticità di opinione»¹⁶⁸.

Il che impone di concepire processo e giudizio in termini rigorosi, poiché l'irrompere di elementi esterni ad essi, se, da un lato, possono ampliare le conoscenze, d'altro lato, possono alterarne i caratteri e la funzione essenziale, che è sempre una ed una sola: quella di rendere giustizia alle parti. Possono disturbare anche «Eleganti questioni di diritto: inutili parentesi di bravura e di agilità, buone soltanto a guastare la umana chiarezza del tema, simili a quelle acrobatiche variazioni con cui certi virtuosi

sca, i fatti di cui si discute. Ma certi avvocati la intendono a rovescio: quando hanno escogitato una loro brillante teoria giuridica che si presta ai virtuosismi del facile ingegno, i fatti se li aggiustano alla lesta, secondo le esigenze della teoria; e così *ex iure oritur factum*».

¹⁶⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 143, il quale continua così: «Lasciamo che i professori insegnino in scuola che la legge è eguale per tutti: sarà poi ufficio dell'avvocato spiegare ai clienti che la legge civile è fatta sopra tutto per i galantuomini, e che per gli altri c'è quella penale».

¹⁶⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 121.

¹⁶⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 154.

¹⁶⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 155.

¹⁶⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 161.

di violino amano imbrogliare a metà il filo della sonata»¹⁶⁹. È irrilevante che il giudizio in via incidentale sia senza parti necessarie.

Di più: «le leggi son formule vuote, che il giudice volta per volta riempie non solo colla sua logica ma anche col suo sentimento. Prima di applicare una legge, il giudice come uomo è portato a giudicarla (...). L'interpretazione delle leggi lascia al giudice un certo margine di scelta: entro questo margine chi comanda non è la legge inesorabile, ma il mutevole cuore del giudice»¹⁷⁰. È una notazione, che ha racchiuse in sé non poche e non trascurabili implicazioni, tanto più rilevanti se in causa è chiamata la Corte costituzionale, dal momento che «è difficile che il giudice nell'interpretare la legge (che vuol dire ripensarla e farla rivivere in sé), riesca a distaccarsi da sé, fino al punto di non far entrare nel giudizio, anche senza accorgersene, le proprie opinioni politiche, la sua fede religiosa, la sua condizione economica, il suo ceto sociale, le sue tradizioni regionali o familiari, e magari i suoi pregiudizi e le sue fobie»¹⁷¹. Il luogo per eccellenza, in cui possono affiorare – emergere, anche in modo eclatante – è l'udienza pubblica, sulla scorta di una inesorabile narrazione dei fatti, la cui rilevanza giuridica non può essere pregiudicata dalle più avvalorate teorie¹⁷².

9. Segue: (f) istituzioni e politica.

Questi ultimi rilievi – tra i quali si segnala il cenno alle opinioni politiche – meritano qualche puntualizzazione, che può anche sorprendere¹⁷³. Infatti, Calamandrei ha preso, quale termine di riferimento, la

¹⁶⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 162.

¹⁷⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 237.

¹⁷² Ne ho parlato in *Livio Paladin costituzionalista della Res publica*, Mucchi Editore, Modena, 2021.

¹⁷³ Getta, sicuramente, un fascio di luce sui fatti – più recenti e meno recenti – riguardanti l'ordine giudiziario, il cui prestigio pare, davvero, compromesso. V. – per limitarsi ad un cenno per memoria –, ad es., G. NEGRI, *Fiducia sul processo penale se non ci sarà l'accordo*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 luglio 2021, p. 8. V., peraltro, già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Cedam, Padova, 1976, pp. 1275 ss., spec. p. 1283, nonché P. BARILE, *Introduzione*, cit., p. XI.

monarchia costituzionale, la dittatura fascista e la repubblica democratica¹⁷⁴. Ed ha ricordato – con grande senso pratico – che «I giudici nel sistema della legalità, devono per forza essere legalitari: una volta assuefatti a un sistema di legalità, rimangono affezionati a questo anche quando esso è caduto; e ci vogliono molti anni prima che si accorgano che quel sistema è stato rovesciato e che la illegalità di allora è diventata la legalità di oggi»¹⁷⁵.

«Durante il fascismo», il cliente sentiva l'esigenza, talvolta, «di associare al patrocinio, “per rinforzo”, un luminare fascista»: molto spesso, un mediocre servitore del regime¹⁷⁶. «Durante il fascismo vi sono stati, più che non si pensi, magistrati eroici, disposti a perdere il posto e magari ad affrontare il confino, pur di difendere la loro indipendenza»¹⁷⁷. «Al dibattito il presidente faceva di tutto per salvarla: e le domandava bonariamente...»¹⁷⁸. Altri episodi sono narrati, tutti esemplari¹⁷⁹.

Riferite alla vigenza della Costituzione del 1947-1948 sono, invece, queste differenti affermazioni, sulla cui portata – innanzi tutto, istituzionale – è opportuno riflettere. «Ma, in verità, il magistrato che si serve della motivazione della sua sentenza per questi sfoghi politici, scambiando il

¹⁷⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 215.

¹⁷⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 216. Appunto di un avvocato: «Io, se il cliente vuole associare alla sua difesa un gerarca, e pagarlo fior di quattrini perché faccia ai giudici il saluto romano, non mi ci oppongo: mi basta che la difesa della causa la lasci fare a me, che ne so più di lui» (*ivi*, p. 218). Un altro suo collega: «Quando il principe del foro ebbe finito la sua arringa spropositata ma autorevole, l'altro avvocato cercò di rimediare alla meglio le sue bestialità: e cominciò così: – Avrete ammirato, signori del tribunale, il sottile sarcasmo del mio insigne collega di difesa, che ha spiritosamente bollato il convenuto coll'epiteto, tolto dal processo penale, di “imputato”...» (*ivi*, p. 219). Possibile in udienza e soltanto se pubblica, non camerale! Per questo, se l'udienza pubblica è ritenuta inutile, non si fa un buon servizio alla democrazia riducendone gli spazi. Al contrario, va ripensata, disciplinata e valorizzata, quale presidio delle libertà. V. *sub* 4, (a).

¹⁷⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 220.

¹⁷⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 228.

¹⁷⁹ Sono inclusi nel cap. XII, che è così intitolato: “Delle relazioni (buone o cattive) tra la giustizia e la politica, come furono ieri e come sono oggi”, al tempo della Repubblica.

seggio di giudice con un palco da comizio, cessa di esser magistrato»¹⁸⁰; «Nel sistema della legalità, fondato sulla divisione dei poteri, la giustizia deve essere rigorosamente separata dalla politica. La politica viene prima della legge: è il travaglio da cui nasce la legge. Ma quando la legge è nata, il giudice non deve vedere che questa»¹⁸¹; «il magistrato che è salito sulla tribuna di un comizio elettorale a sostenere le idee di un partito, non potrà sperare mai più, come giudice, di aver la fiducia degli appartenenti al partito avverso. L'opinione pubblica è convinta (e forse non a torto) che prender parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare alla imparzialità nella giustizia»¹⁸²; «Verrebbe voglia di dire che per un magistrato mantenere la sua indipendenza sia più difficile in tempi di libertà che in tempi di tirannia»¹⁸³. Campane a morto e un *De profundis* per l'ordine giudiziario della Repubblica¹⁸⁴.

Quindi, prima di divergere dal processo e dal giudizio, alla ricerca di una sospirata legittimazione dal basso¹⁸⁵, relegando l'udienza pubblica a poco più che un rito, è opportuno che i Giudici delle leggi rispondano a un "Que-

¹⁸⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 236. «Fino a che egli resta nei limiti della causa, la sua opinione, che ha per legge il solenne accento della giustizia, *facit de albo nigrum*; ma quando si mette a discuter di politica, il bianco resta bianco, anche se nella sentenza egli si ostina a proclamare che è nero. L'autorità del giudicato rende sacra e indiscutibile la decisione del magistrato, non le opinioni del politicante; il quale non può servirsi del sigillo giudiziario, che lo Stato gli affida, per dar forma di sentenze alle chiacchiere da caffè».

¹⁸¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 236-237.

¹⁸² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 239.

¹⁸³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 240.

¹⁸⁴ P. BARILE, *Introduzione*, cit., p. XI.

Degno di nota anche quest'ultimo rilievo di P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 243: «Io so, per esperienza personale, che durante il fascismo gli avvocati non tesserati erano guardati con rispetto dalla maggior parte dei giudici, e ascoltati con maggior attenzione. Cambiato il regime, la situazione si è rovesciata: quasi si direbbe che i magistrati provino, per gli stessi avvocati, una specie di istintiva repugnanza, e siano spinti senza volere a considerare l'avvocato che milita nella politica come un avventuriero». In ogni caso, tutto provoca suggestioni, contaminazioni, condizionamenti a carico di chi è giudice.

¹⁸⁵ Come si usa dire. Richiamo, in proposito, per tutti, G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta?*, cit.

stionario per un esame di coscienza”¹⁸⁶, di carattere preventivo, perché il giudice – al pari dell’avvocato e di ogni persona umana – è un essere finito, suggestionabile, emotivo, fallibile. Le cui debolezze non debbono essere nascoste o ridimensionate¹⁸⁷, ma rese palesi nell’udienza pubblica¹⁸⁸.

10. Segue: (g) *l’udienza pubblica*.

Letta con la dovuta attenzione, questa accurata disamina dell’esperienza giuridica e della vita giudiziaria, colta osservando attentamente i suoi protagonisti – figure umane, non manichini inespressivi ed inanimati –, ci si accorge che essa ha un suo argomento centrale, che tutto attrae verso di sé: è l’udienza pubblica. Per questo, tutto ciò che allontana e distrae contrasta con le più elementari ragioni di giustizia, che non hanno nulla a che fare con la legittimazione del giudice, accordatagli *motu proprio* dal Costituente e dalla Costituzione. Per non dire – quanto alla Corte costituzionale – dalla pura e semplice esistenza di una norma di rango superiore, il cui primato deve essere, necessariamente, assicurato dal giudice *tout court* oppure da un giudice *ad hoc*¹⁸⁹.

¹⁸⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 299.

¹⁸⁷ Negli scritti e dagli scritti; e in camera di consiglio.

¹⁸⁸ Poiché dubito che ci sia un volonteroso, che intende soddisfare la curiosità di prendere diretta visione del “Questionario per un esame di coscienza di un magistrato alla fine della sua carriera”: in P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 299-300, eccone il testo: «– Mi è mai accaduto, mentre mi pareva di esser convinto della colpevolezza dell’imputato, di accorgermi a un tratto che cominciavo a ritenerlo innocente dopo aver saputo di chi era figlio? – Mi è mai accaduto, nel decidere una lite, di non potermi levar di mente le opinioni politiche o la fede religiosa o le parentele o le amicizie della parte che poi ha avuto ragione? – Mi è mai accaduto nella stessa udienza, per invitare due testimoni a sedersi dinanzi a me, di adoprare per ciascuno di essi una formula diversa: per uno “si accomodi” e per l’altro “sedetevi”? – Mi è mai accaduto, nel fare una sentenza, di pensare senza volere alle conseguenze che dal farla in un modo o in un altro potevano derivare alla mia promozione o al mio trasferimento? – Dolce e tranquilla è la vecchiaia del magistrato a riposo che a tutte queste domande può rispondere: – Mai». *Mutatis mutandis*...

¹⁸⁹ M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., p. VII e *passim*.

Dunque, «Nel saper ascoltare le buone ragioni altrui è la prima virtù del giudice: l'udito è il senso più prezioso e più necessario (il senso professionale, si potrebbe dire) di chi è destinato dal suo ufficio a star seduto e silenzioso per tutta la vita, ad ascoltare chi parla stando in piedi. – Per questo al centro del processo sta l'udienza. Senza udito non c'è udienza: sarebbe inutile annunciare che l'udienza è aperta, se gli orecchi dei giudici rimanessero chiusi. E invece, purtroppo, succede che i magistrati, quanto più salgono in dignità, tanto più perdono in finezza d'udito. Così mi confessò uno di essi: – La nostra carriera (e la nostra tragedia) è tutta qui: si comincia uditori e si finisce sordi»¹⁹⁰.

Nelle pagine che precedono sono stati assai frequenti i richiami a questo momento essenziale e fondativo. Quel che segue offre alcune spicciole integrazioni a un discorso, che è già sufficientemente chiaro: *intelligenti pauca*. Si può ricordare, allora, che non giovano all'oralità l'architettura degli edifici e gli arredi¹⁹¹; «che certe cause, discusse alla vigilia delle ferie, rischiano di esser decise da magistrati che hanno già fatto le valigie per andare in vacanza»¹⁹²; che va combattuto «il sonno dei giudici»¹⁹³; che – se rigorosi sul piano professionale – non si affronta «in udienza (...) una discussione senza esser(si) preparat(i), scrivendo una traccia sommaria (...), abbastanza elastica per modificarla all'occorrenza, ma abbastanza compiuta per mantenere al discorso ordine e chiarezza». «E ogni volta che devo discutere [nota Calamandrei, perché chi giudica rifletta, prima di screditare l'udienza pubblica], ringiovanisco: perché prima di cominciare provo allo stomaco quello struggimento che provavo da studente prima di entrare nella stanza dell'esame, e poi, appena ho cominciato, quella specie di eccitazione inebriante che anche allora provavo dinanzi agli esaminatori»¹⁹⁴.

¹⁹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 314.

¹⁹¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 51 e 319 ss. «Avvocato, la prego, esca dal banco e si avvicini: in quest'aula, di quassù, non si sente assolutamente nulla di quello che ella dice (...). Uscii da quell'udienza penale in preda a torturanti problemi» (*ivi*, p. 321).

¹⁹² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 283. V. anche p. 309.

¹⁹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 43.

L'esaminatore – il giudice – che interviene è bene accetto. Ravviva il confronto. Trasforma in colloquio un soliloquio¹⁹⁵. «L'arringa defensionale, per esser veramente utile, dovrebbe essere non un monologo filato, ma un vivace dialogo col giudice, che è il vero interlocutore: e che dovrebbe rispondere, cogli occhi, coi gesti, colle interruzioni»¹⁹⁶. L'udienza dovrebbe essere conforme a questo modello: «un'aria di raccoglimento e di rispettosa familiarità; il presidente autorevole ma cortese, i magistrati attenti alle arringhe dei difensori, anzi desiderosi di ascoltarle fino in fondo; gli avvocati, ben composti nella toga, pacati e discreti nel discutere, aderenti ai temi essenziali, senza inutili divagazioni e senza modulazioni oratorie: convinti, l'uno e l'altro, della bontà delle proprie ragioni, ma rispettosi l'uno dell'altro, senza mai darsi l'aria di voler sopraffare l'avversario con la propria autorità o con la propria destrezza»¹⁹⁷.

Esemplare, «una corte inglese, dove tutta l'udienza consiste in un dialogo a voce discreta tra il magistrato che siede sulla cattedra e gli avvocati che stanno alla sbarra dinanzi a lui: sbrigativo e amichevole il dialogo, nel quale il magistrato non si perita di interrompere l'avvocato a metà di un discorso che non lo persuade, e di confutarlo apertamente, portando ragioni alla tesi dell'avversario; e alla fine, quando attraverso questo leale colloquio è arrivato a convincersi della verità, detta immediatamente alla stenografa, senza ritirarsi in camera di consiglio, i motivi e il dispositivo della sua sentenza»¹⁹⁸. Se in Italia non è così, le ragioni – di carattere cul-

¹⁹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 65 ss. V. *sub* 7.

¹⁹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 77. «L'avvocato deve amare le interruzioni del giudice, perché gli attestano che questi non rimane inerte ed estraneo alla sua arringa. Interrompere vuol dire reagire: e la reazione è il miglior riconoscimento della azione stimolatrice».

¹⁹⁷ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, pp. 90 e 91, che prosegue così: «Alla fine, si salutano tranquilli e sereni, amici come prima, tra loro e coi giudici. La sentenza sarà quel che sarà: i giudici mediteranno, ci ripenseranno, sceglieranno; ma ciascun difensore sa di aver fatto quel che ha potuto: senza mancar di rispetto né ai giudici, né all'avversario, né a sé stesso; fidando solo nella forza della ragione, in questa virtù di persuasione che, tra uomini civili, si dice abbiano le buone ragioni onestamente espone da chi ci crede. – Quanti millenni ci sono voluti per arrivare a questo miracolo? Credo che anche l'abitante di Marte ne rimarrebbe ammirato (ma bisogna che egli capiti qui sulla Terra proprio quella volta: una su cento, come ho già detto)».

¹⁹⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 308.

turale e morale¹⁹⁹ – rappresentano l'ostacolo principale di un rinnovamento, che attiene ai costumi²⁰⁰.

11. Segue: *(h) il fu magistrato.*

Il contrappasso – come criterio risolutivo di enigmi – è in grado di chiarire non pochi interrogativi, che possono sembrare indecifrabili ed insolubili. Perché questa evidente, non rimediata, miseria istituzionale? Innanzi tutto, perché la logica della “superbia”²⁰¹ non si combina, in alcun modo, con la logica dell’“umiltà”²⁰². Per comandare bisogna avere obbedito: dunque, subito il giudizio. E, se un tempo subito, conservarne memoria, non dimenticando mai che l'accertamento della verità – in senso relativo; in un contesto problematico; tormentati dalle passioni, che l'anestesia prodotta dai formalismi giuridici pretenderebbe di rimuovere²⁰³ – è affidato al “mi-

¹⁹⁹ Basta leggere, per convincersi, M. VIROLI, *Il Dio di Machiavelli e il problema morale dell'Italia*, cit., nonché U. VINCENTI, *La repubblica virtuosa. Una proposta per l'Italia*, Bruno Mondadori, Milano-Torino, 2011.

²⁰⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 308, chiarisce, quindi, con parole che avviliscono: «Ma nello stile italiano, non è indispensabile (specialmente nelle cause civili) che i magistrati ascoltino. L'arringa è come un rito che l'avvocato celebra per conto suo: i magistrati si limitano ad assistervi senza prendervi parte, come a una mimica teatrale, spesso ammirabile, ma sempre inutile (...) l'arringa è (...) un lontano roncio senza senso». Senza senso, l'udienza pubblica. *Idem*, dinanzi al Giudice delle leggi.

²⁰¹ V. il testo, cui è riferita la nota 132.

²⁰² V. il testo, cui è riferita la nota 91. È evidente che, qui, entra in gioco il metodo di reclutamento dei magistrati e di formazione del loro abito mentale. Non è di tutti, ma è di molti; e, talvolta, dei più.

²⁰³ Ricorda agli smemorati A. MANZONI, *I Promessi Sposi*, cit., XXV, pp. 389-390, che, «Per fare il bene, bisogna conoscerlo; e, al pari d'ogni altra cosa, non possiamo conoscerlo che in mezzo alle nostre passioni, per mezzo de' nostri giudizi, con le nostre idee; le quali bene spesso stanno come possono». V., inoltre, *Storia della colonna infame*, cit., pp. 673, 674, 675 e *passim*. Quanto a quest'ultima – poiché le aperture della Corte alla società rappresentano un'innovazione –, è di un certo interesse quel che si legge a proposito delle «riforme umane che si fanno per gradi (parlo delle vere e giuste riforme; non di tutte le cose che ne hanno preso il nome): ai primi che le intraprendono, par molto di modificare la cosa, di correggerla in varie parti, di levare, d'aggiungere: quelli che vengon dopo, e alle volte molto tempo dopo, trovandola, e con ragione, ancora cattiva, si fermano facilmente alla cagion più prossima, maledicono come autori della cosa quelli di cui porta il nome,

stero del processo”²⁰⁴ e – proseguendo su questo medesimo sentiero – al mistero dell’uomo. Il quale – chiunque esso sia: avvocato o giudice – va, per così dire, misurato *ceteris paribus*: a parità di condizioni.

Che dire, allora, del giudice, quando non è più giudice? La premessa è che «I giudici sono nati per giudicare, non per essere giudicati»²⁰⁵. Scontato, ma non privo di conseguenze, anche per quel che riguarda i compiti dell’avvocato, nell’espletamento del mandato e in pubblica udienza.

«La più grave sciagura che può capitare a un avvocato è quella di aver come cliente un magistrato, che si rivolga a lui per esser difeso in una causa propria»²⁰⁶. Lapidario ed incontestabile!²⁰⁷ «Ma il magistrato è, per l’avvocato, un cliente anche più sconcertante», perché non sa rinunciare «al privilegio inebriante (anche se a lungo andare pericoloso) di aver sempre ragione»²⁰⁸. E, per aver ragione, sceglie un avvocato che, come giudice, non aveva stimato. Infatti – lo si è già ricordato – «I giudici amano gli avvocati discreti e laconici, i clienti li vogliono verbosi e prepotenti (...). Ma il più strano è questo: che anche il giudice, quando per qualche sua controversia personale diventa giudicabile e ha bisogno di un difensore, cade nella stessa aberrazione dei clienti profani»²⁰⁹. Il fatto è che il giudi-

perché le hanno data la forma con la quale continua a vivere e a dominare» (*ivi*, p. 689). Ed è bene non dimenticare il finale: «Così è avvenuto più volte, che anche le buone ragioni abbian dato aiuto alle cattive, e che, per la forza dell’una e dell’altre, una verità, dopo aver tardato un bel pezzo a nascere, abbia dovuto rimanere per un altro pezzo nascosta» (*ivi*, p. 775). Evita il pericolo di essere sbrigativi e superficiali.

²⁰⁴ Per dirla con S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit.

²⁰⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 287.

²⁰⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 60.

²⁰⁷ In forza di una personale esperienza.

²⁰⁸ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 61. Ecco il frammento ripreso, nella sua interezza, che spiega: «L’avvocato, in udienza, è abituato a inchinarsi sempre all’opinione del giudice: nel dissenso tra l’avvocato e il giudice, alla fine l’opinione che passa in giudicato è quella del giudice, non quella dell’avvocato. Per questo è raro che il magistrato, quando diventa litigante in causa propria, pensi al vecchio aforisma *nemo iudex in re sua intelligitur* e, accettando di esser contraddetto o consigliato, rinunci al privilegio inebriante (anche se a lungo andare pericoloso) di aver sempre ragione».

²⁰⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 127. V., pure, p. 130. «Disgraziato te, se tratterai la tua causa a modo tuo, senza mettere in bella luce quei tuoi geniali argomenti: se la perderai, non ti sto a dire quali impropri ti ricopriranno; ma anche se la vincerai, costui non

ce «si crede un consumato giurista»²¹⁰, ma ignora totalmente la logica del contraddittorio, del confronto, dell'opinabile e via dicendo. Ignora, soprattutto, ciò che il *quivis de populo* – da intendere alla lettera – conosce per un'idea innata: vale a dire che «nelle cause ci vogliono tre cose: aver ragione, poterla dire e trovar chi te la dia»²¹¹.

Ma c'è dell'altro di ancor maggiormente istruttivo: accade quando un magistrato – per raggiunti limiti di età oppure per dimissioni volontarie – dismette la toga di giudice e indossa la toga di avvocato. Allora, essi «portano con sé, anche sotto la toga del difensore, l'abito mentale di chi fino a ieri ha considerato come irriverenza ogni confutazione», a tal punto da

mancherà di serbar contro di te un sordo rancore. Il cliente farà presto a dimenticarsi che la causa, in fin dei conti, gliel'hai vinta; ma per tutta la vita il giurista incompreso ricorderà che gli hai inflitto lo smacco di vincergliela con argomenti non suoi» (*ivi*, p. 136).

²¹⁰ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 135.

²¹¹ T. MANIACCO, *Storia del Friuli*, Newton Compton Editori, Roma, 1999, p. 184.

Quando la pandemia sanitaria sarà debellata, si potrà avere la percezione esatta dei suoi costi: a cominciare dalle, già note, enormi diseguaglianze create. La Corte costituzionale sarà chiamata in causa ed essa avrà il compito di rimediare, come potrà, almeno alle ingiustizie più gravi. Dovrà fare il mestiere di giudice e la sua legittimazione dipenderà esclusivamente dalle decisioni che sarà in grado e saprà assumere. Autorevolezza e credibilità dipenderanno dalle soluzioni date, che vanno ben oltre la declamazione dei principi. Perché – come hanno avuto credito in passato – varranno «i proverbi, forse più antichi, ma sempre attuali: (...) l'uomo senza soldi è un morto che cammina, oppure: la roba non è di chi la produce, ma di chi la gode, o ancora: l'ora di mangiare per i ricchi è quando hanno fame, per i pitocchi quando han qualcosa. Da questa generale condizione d'infelicità pare che si rafforzi il fatalismo. Il realismo dell'osservazione sottintende una profonda sfiducia nel mondo, in chi governa, chiunque esso sia, e da ciò ne consegue una passività che sembra escludere ogni cambiamento in meglio. Così si viene assestando una filosofia dell'esistenza: (...) il povero è sempre povero, Gesù Cristo stesso non ha potuto cambiare il mondo; c'è stato un solo galantuomo al mondo, e anche quello l'hanno impiccato; e una lunga consuetudine con la giustizia delle classi dirigenti mette il contadino nella condizione di osservare: nelle cause ci vogliono tre cose: aver ragione, poterla dire e trovare chi te la dia» (T. MANIACCO, *Storia del Friuli*, cit., p. 184). La Corte dovrà spiegare alle nuove generazioni – gravate di un enorme debito pubblico – la ragionevolezza di una folle traslazione di responsabilità, addebitabile, tra l'altro, a sperpero di pubblico denaro; a una “finanziarizzazione” dell'economia, che si è materializzata – per dirla con L. GALLINO, *Il denaro, il debito e la doppia crisi spiegata ai nostri nipoti*, Einaudi, Torino, 2015, p. 35 – in «un gigantesco progetto per generare denaro mediante denaro». Compito non agevole, che avrà il suo nucleo essenziale nel processo e nel giudizio.

doversi sentire in obbligo di ricordare – a un nuovo collega, avvocato – che: «Si ricordi che io sono stato presidente della corte!»²¹². Eccessivo – come prova di una inclinazione generale –, mi si obietterà.

Tuttavia, esistono talune spontanee ammissioni, da non trascurare: «Curioso: quand'ero giudice mi pareva che tutti gli avvocati, anche i più bravi, fossero una genia di insopportabili chiacchieroni: ora che sono avvocato, mi pare insopportabile che il presidente si distraiga mentre io parlo, e che dopo cinque minuti appena, mi dimostri coi gesti che non ne può più»²¹³. Disturba vedere «quei signori annoiati e distratti che siedono lassù in alto, colla testa fra le mani, al banco dei giudici»²¹⁴. Quanto, poi, al rinvio dell'udienza, «Provo un senso di sottile malessere quando incontro in udienza a chiedere i rinvii colla busta di cuoio sotto il braccio qualche magistrato a riposo che, raggiunti i limiti di età, si è messo a far l'avvocato»²¹⁵. D'altra parte – degli avvocati –, «ricordano solo i vizi e li imitano: la furberia, la indiscrezione, la invadenza, la prepotenza, la verbosità, tutti aggravati da una certa presunzione di autorità, che l'ex magistrato non ha più, ma che ostenta come se l'avesse ancora. *Imitatio in peius*»²¹⁶.

12. *Ricapitolando.*

Cammin facendo, ciascuno si è fatta un'idea personale, alla quale ha il diritto di rimanere affezionato. Per quanto mi riguarda, ho desiderato recuperare – da un passato relativamente remoto – la voce di una personalità, che ha saputo combinare insieme competenze, esperienze e valori ideali non comuni, messi a disposizione della nascente Repubblica, come costituente. Nel giorno in cui fu approvato il testo della Legge fondamentale –

²¹² P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 60.

²¹³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 64.

²¹⁴ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 79.

²¹⁵ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 345. Quanto al rinvio, «simbolo della vita italiana: non fare mai oggi quel che potresti fare domani», v. pp. 150, 207, 286-287, 345, 374.

²¹⁶ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 350: «quel presidente che fino a ieri digrignava i denti se il difensore dinanzi a lui osava parlare più di dieci minuti, oggi, che è avvocato, parla due ore senza stancarsi, e se gli altri sbadigliano si indigna».

il 22 dicembre 1947 – confessò ai colleghi che avrebbe auspicato di poterla dedicare “ai nostri Morti”²¹⁷. Infatti, condivideva – con Giorgio La Pira – l’idea che nella Costituzione vi fosse «un richiamo allo Spirito. Perché, colleghi, alla fine dei nostri lavori, talvolta difficili e perfino incresciosi, talvolta immiseriti, diciamo, in questioni grettamente politiche, alla fine dei nostri lavori vi è però nella nostra coscienza la sensazione di aver partecipato in questa nostra opera a una ispirazione solenne e sacra. E sarebbe stato opportuno e confortante esprimere anche in una sola frase questa nostra coscienza, che nella nostra Costituzione c’è qualcosa che va al di là delle nostre persone, un’idea che ci ricollega al passato e all’avvenire, un’idea religiosa, perché tutto è religione quello che dimostra la transitorietà dell’uomo ma la perpetuità dei suoi ideali». Per questo, aveva pensato a «un’invocazione allo Spirito e all’eternità (...) un richiamo cioè ai nostri Morti»²¹⁸.

È un ideale perenne la giustizia, la quale è estranea al consenso, alla legittimazione e, di massima, a tutto ciò che concerne le istituzioni come sistema di potere. La giustizia deve essere desiderata, auspicata, perseguita, testimoniata, attraverso azioni dall’evidenza pubblica, perché è qui che avviene il confronto delle idee, il più spregiudicato e leale. È qui che trova la sua più puntuale ed esatta collocazione la massima *nemo iudex sine actore*²¹⁹. Ed è in questo contesto, che è destinata a produrre i suoi effetti più benefici – propri di una ormai indifferibile catarsi – la tecnica del

²¹⁷ Lo impedirono preclusioni procedurali, peraltro, accolte dall’Assemblea: A.C., 22 dicembre 1947, p. 3579.

²¹⁸ A.C., 22 dicembre 1947, p. 3579: «a coloro che si sono sacrificati, affinché la grande idea per la quale hanno dato la vita si potesse praticamente trasfondere in quella nostra Costituzione che assicura la libertà e la Repubblica. Forse, questa nostra Costituzione in pratica, per taluni aspetti, è inferiore alla grandezza della loro idea; ma tuttavia ad essa ha voluto ispirarsi. Per questo io avevo in animo di proporre che la nostra Costituzione incominciasse con queste parole: “Il popolo italiano consacra alla memoria dei fratelli caduti per restituire all’Italia libertà e onore la presente Costituzione”». Ha scritto, in proposito, M. VIROLI, *Teo-dem di ieri: quando La Pira voleva Dio nella Costituzione*, in *La Stampa*, 1 marzo 2008, p. 1, che «Quel lontano dibattito, in questo sessantesimo anniversario, merita di essere riletto per l’alto livello morale e culturale degli interventi e perché ci invita a meditare se sia stato saggio non accogliere il preambolo con l’invocazione a Dio, e avere invece approvato l’articolo 7 con il riconoscimento dei Patti Lateranensi: essersi piegati al potere temporale della Chiesa e aver rigettato un principio spirituale».

²¹⁹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 48.

questioning, che rafforza e ravviva la discussione, attraverso il contraddittorio, cui dovrebbero partecipare, oltre alle parti, il giudice: più precisamente, i giudici componenti il collegio. All'orizzonte, la sentenza, concepita come esito conclusivo del cosiddetto dialogo deliberativo²²⁰.

Inutile riprendere – e riorganizzare, in vista di una più convincente conclusione – quel che si è andati via via annotando, in compagnia di Piero Calamandrei. I suoi rilievi sono – per quanto riguarda la mia personale e collaudata esperienza – ineccepibili. L'udienza pubblica rappresenta il nucleo essenziale, costitutivo del processo, in vista del giudizio²²¹. È su questo “momento” – che si situa nella fase terminale e di chiusura del procedimento, destinato a sciogliersi nella camera di consiglio – che deve concentrarsi l'attenzione più vigile della Corte, la cui unica preoccupazione dovrebbe essere quella di non turbare e non limitare il contraddittorio.

Che ne sa il giudice di quel che dirà l'avvocato? Certo, gli è noto l'*id quod plerumque accidit*; ma vi sono eccezioni, sorprese sempre possibili. Del resto, non sempre vi è convergenza nell'intendere e definire quale è il *thema decidendum*: con la conseguenza, scontata, che ognuno va dalla sua parte. E la Corte rimane immobile, statuaria, ingessata dalla relazione del giudice, che ha introdotto l'udienza. Udienda, che finisce per rivelarsi una somma di soliloqui (del relatore, del ricorrente, del resistente). Tutto certificato, tutto subito, tutto cristallizzato²²². Nulla di nuovo, dopo che il giudice costituzionale Sabino Cassese aveva, pionieristicamente, tentato di aprire – per percorrere – strade diverse²²³, non prive di incognite, se non preventivamente discusse e ragionevolmente disciplinate. Tuttavia, a me pare che da quel principio di esperienza varrebbe la pena di ripartire, prendendo a prestito il modello di udien-

²²⁰ G. TIEGHI, *Diritto, esperienze comunicative*, Questioning: nuovi itinerari di Giustizia costituzionale, in *Federalismi.it*, 14, 2020, pp. 401 ss., spec. pp. 417 ss., della quale v., inoltre, *Costituzionalismo giacobino o liberale: direttrici per la “comparazione critica di idee”*, in AA.VV., *Libertà Giovani Responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, a cura di G. Bergonzini, F. Pizzolato, G. Rivosecchi, G. Tieghi, Jovene, Napoli, 2020, pp. 369 ss.

²²¹ V., ancora, S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., spec. p. 24, là dove precisa che «Se uno scopo al processo si vuole assegnare questo non può essere che il giudizio».

²²² S. CASSESE, *Dentro la Corte*, cit., p. 35.

²²³ V. *sub* 2.

za, di cui si è detto poc'anzi²²⁴, che ha molto da spartire con quel che si svolge di fronte alle corti inglesi²²⁵ e, in particolare, alla Corte suprema federale degli Stati Uniti. Tuttavia – come qualcuno ha opportunamente notato²²⁶ –, la nostra storia è una storia diversa e quella Corte possiede tratti caratteristici singolari, che segnano distanze incolmabili: quanto alla nomina dei giudici e alla loro durata in carica; quanto ai poteri di selezione e al numero di cause trattate; quanto alle modalità di svolgimento dell'udienza e quanto, infine, alla appartenenza ad un sistema di *common law*.

A nostro sfavore, milita un corredo di concetti di diritto pubblico di stampo sicuramente poco liberale²²⁷. Essi portano dentro sé stessi un'impronta autoritaria dura a morire, eredità di tempi passati, non ancora integralmente dismessi²²⁸. Il principio di trasparenza – sulla carta caratterizzato da tratti vigorosi – è sistematicamente umiliato da pubbliche amministrazioni gelose dei propri segreti. L'ennesima conferma la si è avuta nel corso della fase più acuta della pandemia sanitaria, come dimostra, appunto, il contenzioso risolto dal giudice amministrativo²²⁹. Imperversano espressio-

²²⁴ V. il testo, cui è riferita la nota 197.

²²⁵ V. il testo, cui è riferita la nota 198.

²²⁶ M. LUCIANI, *Intervento*, cit., p. 133, rileva, a proposito di uno specifico istituto, ora vigente, che «L'indiscriminata apertura agli *amici curiae*, se fatta in Italia, non ha il medesimo significato dell'apertura fatta nella Corte Suprema degli Stati Uniti, perché in quel Paese i "mine men and women" che la compongono, nominati a vita, sono considerati dalla pubblica opinione dei semidei. Non è questa (non me ne vorranno i giudici costituzionali presenti) la condizione dei componenti della nostra Corte. Aprire indiscriminatamente agli *amici curiae*, a mio avviso, precipita la Corte non nel *circuito* mediatico, ma nel *circo* mediatico, costringendola a immergersi in una discussione pubblica imbarbarita, dalla quale, in questi anni, risulta davvero difficile uscire vivi».

²²⁷ V., ad es., AA.VV., *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2002.

²²⁸ P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1974. Non ci si deve sorprendere più di tanto: il codice penale è quello di cui al r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398, mentre il codice di procedura penale, di cui al d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, non è riuscito ad imporre il modello accusatorio, a danno di quello inquisitorio. Residuano i delitti di vilipendio, tipici dell'*Ancien Régime*.

²²⁹ E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. cost.*, 4, 2020, pp. 727 ss., spec. p. 731.

ni apodittiche, quali: interesse pubblico, non meglio specificato; interesse fiscale; pronta esazione del tributo ..., che consentono di superare, *a priori*, ogni e qualunque obiezione. È – a ben guardare – una forma di negazione, in radice, del contraddittorio, la cui valorizzazione potrebbe consentire una meno inadeguata ed insoddisfacente ricognizione e lettura dei fatti. In udienza pubblica – *coram populo*, come si è precisato –, s'intende.

Potrebbe favorire l'avvio di un auspicato ed auspicabile dialogo deliberativo l'introduzione dell'istituto dell'opinione dissenziente, di cui molti hanno scritto in modo esemplare. Tuttavia – anche per ragioni di sintesi –, mi limito a ricordare una annotazione di qualche tempo fa, che mi sono trovato – per così dire – prima nei pensieri e, poi, tra le mani. Mi è parso di dover rilevare che, piuttosto di intaccare, per ora, il dogma della collegialità, l'opinione dissenziente ne potrebbe correggere il significato, che oggi mi pare coincida con la fissità e la non-responsabilità; responsabilità, che deve essere sempre, invece, per acquisire un valore etico, personale. Si dovrebbe parlare – invertendo il moto delle istituzioni – non di Corte costituzionale, ma di giudice costituzionale; non di opinione, ma di opinioni; non di argomento, ma di argomenti; non di soluzione, ma di soluzioni. E tutto questo concorrerebbe a dare, non a sottrarre, prestigio al giudice, colto nella sua funzione di regolatore di conflitti, che possono concernere, a seconda dei casi, valori essenziali piuttosto che interessi finanche inconfessabili²³⁰.

²³⁰ M. BERTOLISSI, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Jovene, Napoli, 2012, p. 67, nota 23. Facile a dirsi, meno a farsi, in un Paese dominato – come ha sottolineato Piero Calamandrei – dal conformismo. Chi si dissocerà? Come articolerà e presenterà il proprio punto di vista? Quali le conseguenze per il *dictum* della sentenza? Vi saranno dissapori tra i giudici e finanche risentimenti? Quali le ripercussioni sulle attese, post mandato, del giudice che dissente? E potrei continuare, perché un conto sono le dissertazioni avulse dalla realtà; un conto le riflessioni, che operano *in corpore vili* e tolgono gran parte dello spazio a tante pie illusioni. *Sed redeamus ad rem*: invitava Marco Tullio Cicerone, dopo tante, non indispensabili divagazioni. Torniamo alle provocazioni del pensiero critico, disallineato, non conformista, ad es., di AA.VV., *Noi e lo Stato. Siamo ancora sudditi?*, a cura di S. Sileoni, IBLLibri, Torino, 2019, magari dopo aver sfogliato *Montesquieu*, a cura di A. Peratoner, RCS, Milano, 2021, che reca, in copertina, questo non equivoco pensiero: «Un'ingiustizia fatta all'individuo è una minaccia fatta a tutta la società». L'individuo è difeso dall'avvocato!

LE DECORRENZE DEL TERMINE DI DECADENZA PER L'ESERCIZIO DELL'AZIONE DI ANNULLAMENTO

Luca Bertonazzi

SOMMARIO: 1. Introduzione all'art. 41, comma 2, c.p.a. e confronto con il pregresso art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971. – 2. Delimitazione del perimetro entro cui la (scadenza della) pubblicazione, obbligatoria per legge, vale come decorrenza del termine per ricorrere. – 3. Interazioni della piena conoscenza con la comunicazione e con la pubblicazione. – 4. Il contenuto della piena conoscenza. – 5. Conoscenza del difensore: limiti dell'equivalenza a quella personale della parte. – 6. Assenza di interazione, nel diritto nazionale, tra la conoscenza degli atti preparatori e la decorrenza del termine per il ricorso. – 7. *Segue*: la presa di posizione della Corte di giustizia UE nell'interpretazione delle direttive ricorsi; l'allineamento fedele e nel contempo creativo della sentenza n. 12/2020 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. – 8. *Segue*: il percorso verso la generalizzazione della logica sottesa alla sentenza n. 12/2020.

1. *Introduzione all'art. 41, comma 2, c.p.a. e confronto con il pregresso art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971.*

Costituiscono oggetto dell'indagine le decorrenze del termine di decadenza¹ per la notifica del ricorso al T.a.r.² recante la domanda di annullamento di un provvedimento amministrativo³. La disposizione di riferi-

¹ Così qualificato nell'art. 29 c.p.a. Cfr. A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

² Il ricorso è l'atto introduttivo del processo amministrativo (art. 41, comma 1, c.p.a.).

³ Per l'azione di annullamento si veda l'art. 29 c.p.a., per il corrispondente potere decisorio del giudice l'art. 34, comma 1, lett. a), c.p.a.

mento è contenuta nell'art. 41, comma 2, c.p.a.⁴. La giustificazione del perimetro delle riflessioni cui ci si accinge, tracciato intorno alla sola azione di annullamento, risiede nella sua perdurante centralità: nel diritto positivo come nella realtà quotidiana del processo amministrativo⁵. Ci si focalizza sulla disciplina generale per non offrire, una volta di più, la fuorviante impressione di un contenzioso amministrativo esaurito in quello sull'aggiudicazione dei contratti pubblici⁶, la cui normativa speciale verrà considerata nei soli limiti in cui è feconda di spunti ricostruttivi di più ampio respiro⁷. Ci si prefigge il duplice scopo di sollecitare ripensamenti giurisprudenziali, anche profondi⁸, e di suggerire talune modifiche normative, ora per innalzare il tasso di precisione legislativa, ora per introdurre discontinuità non più rimandabili rispetto all'odierno assetto.

Come è ben noto, l'art. 41, comma 2, cit. ancora la decorrenza del termine per il ricorso all'avverarsi di una serie di fatti: "notificazione" del provvedimento, sua "comunicazione", sua "piena conoscenza" e, «per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale», scadenza del «termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge». Dal confronto con il suo antecedente – l'art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971 – emerge che ivi si discorreva di "notifica" del provvedimento, mentre l'art. 41, comma 2, cit. menziona la "notificazione" accanto alla "comunicazione": ma la prima non è nient'altro che una

⁴ Cfr. il suo *incipit*: «qualora sia proposta azione di annullamento».

⁵ «La permanente centralità dell'azione costitutiva di annullamento ... non è per nulla il frutto di una concezione superata, ma la conseguenza ineliminabile della circostanza che spetta all'Amministrazione disporre in ordine al caso concreto, sicché la tutela piena e soddisfacente dell'interessato passa attraverso l'eliminazione (anche se non si esaurisce in questa) dell'atto precettivo»: R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Wolters Kluwer, Lavis (TN), 2019, p. 43.

⁶ «Il giudice amministrativo sta sempre più diventando il giudice degli appalti e questo sta facendo perdere di vista le linee del sistema»: R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 125.

⁷ *Infra*, §§ 7 e 8.

⁸ Recuperando il vero compito della dottrina, che è quello di orientare più che seguire la giurisprudenza: R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 44, anche nota 33.

specie della seconda⁹. Meglio avrebbe fatto, allora, il legislatore – del 2010 come già quello del 1971 – a riferirsi unicamente a quest'ultima. Lo stesso dicasi laddove discorre – nel 2010 come già nel 1971 – di «atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale»: in disparte il rilievo che la “notificazione”, al fine che qui interessa, non può che essere “individuale”, con conseguente inutilità di codesto aggettivo, attraverso la specie “notificazione” si vuole evidentemente designare il genere “comunicazione”. Inoltre, è solo la sua ricezione che mette il destinatario in condizione di esercitare il diritto di azione. Si suggerisce, pertanto, di riformulare come segue l'art. 41, comma 2, cit. *in parte qua*: «... entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla ricezione della comunicazione o dalla piena conoscenza del provvedimento ...» (con precisazione che ciò che conta è la ricezione della comunicazione e soppressione del pleonastico cenno alla notificazione). E poi: «... ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la comunicazione ...» (dove “comunicazione” prende il posto di “notificazione individuale”).

Proseguendo nel raffronto tra le disposizioni che si sono succedute, diversamente dalla primigenia versione dell'art. 21, comma 1, cit., la lettera dell'art. 41, comma 2, cit. circoscrive alle pubblicazioni previste «dalla legge o in base alla legge», beninteso di atti di cui non sia richiesta la comunicazione, l'attitudine a far correre il termine per il ricorso. L'originario dato testuale dell'art. 21, comma 1, cit., discorrendo invece di scadenza del «termine della pubblicazione nell'albo», pareva sulle prime inclusivo di eventuali pubblicazioni facoltative. Ma, a ben vedere, la locuzione «giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione nell'albo» già postulava la predeterminazione normativa della durata della pubblicazione e, quindi, della pubblicazione medesima come obbligatoria: concetto opportunamente esplicitato con la riformulazione dell'art. 21, comma 1, cit. da parte dell'art. 1, comma 1, della legge n. 205/2000 («... dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione, se questa sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento»). Residua però una sensibile differenza rispetto all'attuale art. 41, comma 2, cit., che, scrutato con attenzione, non si accontenta di una qualsivoglia prefigurazione normati-

⁹ Com'è fatto palese, ad esempio, dall'art. 21-*bis* della legge n. 241/1990, impeccabile sul punto.

va dell'obbligo di pubblicazione, esigendo la sua posizione ad opera di una fonte primaria del diritto (pubblicazione obbligatoria *per legge*), che potrebbe affidare a quelle *sub*-primarie al più la specificazione delle categorie di atti da pubblicare¹⁰. La novità, passata piuttosto inosservata, esprime la realistica consapevolezza delle insidie annidate, per il diritto di azione, nella presunzione legale assoluta di contezza *erga omnes* di un atto connessa alla sua pubblicazione.

2. *Delimitazione del perimetro entro cui la (scadenza della) pubblicazione, obbligatoria per legge, vale come decorrenza del termine per ricorrere.*

Prestando fede alla sua semplicistica lettera, l'art. 41, comma 2, cit. parrebbe basato sulla distinzione tra "atti" di cui non è "richiesta" la comunicazione e, argomentando *a contrario*, atti la cui comunicazione è viceversa prescritta: solo per i primi la scadenza della pubblicazione, sempre che obbligatoria per legge, metterebbe in moto il termine di decadenza. Ma, a un esame più approfondito, questa classificazione è inappropriata e ne nasconde altre due, che è compito dell'interpretazione logico-sistematica portare alla luce: quella tra atti amministrativi generali e provvedimenti e, da altra prospettiva, quella tra diretti destinatari e terzi rispetto a provvedimenti.

Quanto ai provvedimenti, l'obbligo delle amministrazioni di comunicarli ai loro diretti destinatari si ricava dai commi 3 e 4 dell'art. 3 della legge n. 241/1990¹¹, ove si discorre, rispettivamente, di "comunicazione" della "decisione", ivi intesa come provvedimento, e di notificazione (*recitius*: comunicazione)¹² dello stesso "al destinatario". Non è invece co-

¹⁰ Cfr. R. VILLATA-L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 41 c.p.a.*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA-V. LOPILATO, Giuffrè, Milano, 2011, p. 405.

¹¹ Non anche dal suo art. 7, poiché la gamma dei soggetti che hanno titolo per ricevere la comunicazione di avvio del procedimento eccede i diretti destinatari del provvedimento, includendo pure «soggetti, individuati o facilmente individuabili», diversi dai "diretti destinatari", cui «possa derivare un pregiudizio» dal provvedimento, ai quali quest'ultimo non va comunicato.

¹² *Supra*, § 1.

mandata la comunicazione dei provvedimenti a soggetti che, pur risentendo dei loro effetti, non ne sono diretti destinatari. Si dà, allora, il caso di provvedimenti da comunicare ai diretti destinatari e non anche ai terzi che, pur subendone gli effetti, diretti destinatari non sono: si pensi ai c.d. controinteressati sostanziali rispetto a un provvedimento ampliativo del patrimonio giuridico di chi ne ha fatto istanza. Va pertanto respinta, rispetto ai provvedimenti, la fuorviante ripartizione tra quelli di cui è e quelli di cui *non è* richiesta la comunicazione: decisivo è, piuttosto, l'angolo visuale che si assume rispetto all'identico provvedimento, da comunicare al diretto destinatario e non anche al terzo, che diretto destinatario non è, neppure quando portatore di un interesse legittimo. La differenza non intercorre, quindi, tra provvedimenti da comunicare o meno, bensì tra diretti destinatari *del* provvedimento e terzi *dal* provvedimento, intesi questi ultimi come soggetti diversi dai primi ma parimenti incisi in un interesse legittimo correlato al potere tradotto nel provvedimento.

Quanto poi agli atti amministrativi generali, ve ne sono alcuni che, pur immediatamente impugnabili, non vanno comunicati ai soggetti legittimati al ricorso, in coerenza con la loro natura, formale e sostanziale, di atti generali, rivolti a una platea di soggetti indeterminati e indeterminabili *a priori*. Si pensi, ad esempio, alla zonizzazione del territorio comunale, con un terreno già edificabile divenuto agricolo. Quando, invece, l'atto amministrativo generale si atteggia nella sostanza come provvedimento (es. variante urbanistica che appone un vincolo preordinato all'espropriazione), se ne deve linearmente predicare la doverosa comunicazione¹³ ai soggetti che si pongono come suoi diretti destinatari¹⁴.

Vinta l'ingannevole apparenza offerta dalla sua sincretica lettera, la locuzione "atti di cui non sia richiesta la comunicazione"¹⁵ identifica:

¹³ E, in difetto di comunicazione, riconoscersi alla piena conoscenza del provvedimento valenza sussidiaria ai fini della decorrenza del termine per il ricorso (*infra*, § 3).

¹⁴ La linea di confine tra atti amministrativi generali nella forma e nella sostanza e atti che tali sono solamente nella forma poiché si dispongono nella sostanza come provvedimenti è tracciata, con metodo inevitabilmente casistico, dalla giurisprudenza amministrativa che, al di là di un margine di incertezza in pratica inevitabile, muove dalla lucida coscienza del pericolo insito, per il diritto di azione, nella presunzione legale assoluta di contezza *erga omnes* di un atto abbinata alla pubblicazione.

¹⁵ "Comunicazione" anziché "notificazione individuale": cfr. su ciò § 1.

a) soggetti differenti dai diretti destinatari del provvedimento (*soggetti, si badi, e non provvedimenti*, ch  nell’ottica del diretto destinatario l’identico provvedimento formerebbe oggetto dell’obbligo di comunicazione a cura dell’amministrazione)¹⁶;

b) atti amministrativi generali, tali nella forma e nella sostanza in quanto prot si verso un ventaglio di soggetti *a priori* indeterminati e indeterminabili¹⁷ (ch  se, invece, l’atto generale si configurasse materialmente a guisa di provvedimento, mai prenderebbe a decorrere dalla pubblicazione il termine per la sua impugnativa da parte dei diretti destinatari)¹⁸.

Delimitata in tal modo l’area entro cui la (scadenza della) pubblicazione, obbligatoria per legge, funge da *dies a quo* del termine per il ricorso, cos  si suggerisce di riformulare, *in parte qua*, l’art. 41, comma 2, cit.: «... per gli atti generali di cui non sia richiesta la comunicazione e in relazione ai soggetti diversi dai diretti destinatari dei provvedimenti ...». Oppure, con locuzione pi  sintetica¹⁹: «... per gli atti e provvedimenti di cui non sia richiesta la comunicazione ...», dove “atti” designerebbe quelli amministrativi generali proiettati su un imprecisato pubblico, mentre “*provvedimenti*” evocherebbe, con una non pi  involontaria metonimia, i soggetti diversi dai loro diretti destinatari. Risultando la giurisprudenza gi  cos  orientata²⁰, l’ipotizzata riformulazione persegue il modesto, ma non disprezzabile, scopo di elevare lo *standard* di accuratezza legislativa. Mettendo assieme tutte le modifiche fin qui ipotizzate²¹, ecco come risulterebbe, per quel che qui rileva, il testo dell’art. 41, comma 2, cit.: «... entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla ricezione della comunicazione o dalla piena conoscenza del provvedimento ovvero, per gli atti generali di cui non sia richiesta la comunicazione e in rela-

¹⁶ Si pensi, rispettivamente, al c.d. controinteressato sostanziale (es. vicino) e al beneficiario di un provvedimento accrescitivo della sua sfera giuridica (es. titolare di permesso di costruire).

¹⁷ Si pensi alla zonizzazione del territorio comunale.

¹⁸ Si pensi alla variante urbanistica che appone un vincolo preordinato all’espropriazione.

¹⁹ E pi  arcigna in quanto meno esplicativa.

²⁰ Cfr. la precedente nota 14.

²¹ Nel precedente § 1 prima ancora che nel presente § 2.

zione ai soggetti diversi dai diretti destinatari dei provvedimenti ...». Oppure: «... entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla ricezione della comunicazione o dalla piena conoscenza del provvedimento ovvero, per gli atti e provvedimenti di cui non sia richiesta la comunicazione ...».

3. Interazioni della piena conoscenza con la comunicazione e con la pubblicazione.

Poiché l'amministrazione ha l'obbligo di comunicare il provvedimento ai diretti destinatari²² ai sensi dell'art. 3, commi 3 e 4, della legge n. 241/1990 – e prima dell'entrata in vigore di tali disposizioni ne aveva l'onere²³ – la ricezione della comunicazione fa decorrere il termine per il ricorso²⁴. La “piena conoscenza” del provvedimento, *aliunde* acquisita da chi ne è diretto destinatario, è funzionalmente equivalente alla sua comunicazione, come è fatto palese – nell'art. 41, comma 2, cit. – dall'uso accorto della particella disgiuntiva “o”, che indica un'alternativa, all'interno della locuzione «... termine ... decorrente dalla ... comunicazione o piena conoscenza ...». Ne deriva che:

a) in mancanza di comunicazione, la piena conoscenza del provvedimento vale come *dies a quo* del termine per ricorrere²⁵, rimanendo altrimenti esposti in perpetuo al rischio dell'impugnativa provvedimenti non comunicati;

b) la piena conoscenza del provvedimento è in sé idonea a far decorrere il termine per il ricorso ove si perfezioni prima della comunicazio-

²² Inclusi i soggetti fronteggianti come diretti destinatari un atto amministrativo generale che nei loro confronti si pone sostanzialmente alla stregua di provvedimento (cfr. § 2).

²³ Inteso come la necessità pratica (della comunicazione) al fine del consolidarsi, mediante inoppugnabilità, dei provvedimenti.

²⁴ «... termine ... decorrente dalla [ricezione della] comunicazione ...»: art. 41, comma 2, cit.

²⁵ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2019, n. 6259; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 19 dicembre 2014, n. 1273; T.a.r. Puglia, Bari, Sez. III, 13 aprile 2011, n. 583.

ne²⁶: oltre alla valenza sussidiaria, che si manifesta in difetto di comunicazione, esibisce una valenza autonoma le volte in cui maturi anteriormente a una comunicazione che, in quanto posteriore, smarrisce ogni rilievo a quel fine. Se il diretto destinatario del provvedimento ne è completamente edotto per una via diversa, non c'è ragione di differire il tempo della reazione processuale alla successiva comunicazione²⁷.

Nel trascorrere, ora, alle interazioni tra piena conoscenza e pubblicazione, ci si cala giocoforza nei panni dei terzi che, pur differenti dai diretti destinatari del provvedimento, risentono dei suoi effetti nei loro interessi legittimi, nonché dei soggetti parimenti incisi da atti amministrativi generali (tali nella forma e nella sostanza) loro non comunicati²⁸. Nonostante sia testualmente riferita – dall'odierno art. 41, comma 2, c.p.a. come dal precedente art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971 – ai soli provvedimenti di cui è richiesta la comunicazione, alla piena conoscenza va riconosciuta, in via analogica²⁹, equivalenza funzionale *anche* rispetto alla pubblicazione. Ne consegue che:

a) in difetto di pubblicazione, la piena conoscenza *aliunde* conseguita dell'atto o provvedimento fa decorrere il termine per il ricorso³⁰, re-

²⁶ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2015, n. 6284; T.a.r. Lazio, Latina, Sez. I, 22 aprile 2011, n. 357.

²⁷ A identiche conclusioni conduceva già l'art. 21, comma 1, della legge n. 1034/1971, com'era fatto (ancora più) palese dall'accorto impiego sia della particella disgiuntiva "o", sia dall'avverbio "comunque" nell'ambito della locuzione «... da quello in cui l'interessato ne abbia ricevuta la notifica, o ne abbia comunque avuta piena conoscenza ...».

Oggi come ieri l'onere della prova della (data della) piena conoscenza del provvedimento incombe sulla parte resistente che eccepisce la tardività del ricorso, secondo una specifica regola processuale costantemente applicata dalla giurisprudenza e mai codificata, salvo che piena conoscenza e tardività risultino *per tabulas* dagli atti acquisiti al giudizio, ché allora è il giudice a dichiarare d'ufficio irricevibile l'azione (art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a.).

²⁸ *Supra*, § 2.

²⁹ Si tratta di analogia *legis* (art. 12 Preleggi).

³⁰ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870; T.a.r. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 100.

stando altrimenti sottoposti *sine die* all'eventualità dell'impugnativa atti e provvedimenti per i quali rimanga non assolta l'obbligatoria pubblicazione;

b) la piena conoscenza dell'atto o provvedimento è di per sé capace di far procedere il termine per il ricorso ove si avveri anteriormente alla pubblicazione³¹. La piena conoscenza è così affrancata dal ruolo puramente surrogatorio dell'omessa pubblicazione, per guadagnare l'autonoma attitudine a segnare il *dies a quo* del termine per ricorrere qualora si compia prima di una pubblicazione che, in quanto posteriore, non serba alcuna rilevanza allo scopo. Se il soggetto ha già altrimenti ottenuto piena cognizione dell'atto o provvedimento, non c'è ragione di postergare alla successiva pubblicazione il tempo per l'esercizio dell'azione.

L'autosufficienza della piena conoscenza a provocare l'avvio del termine per ricorrere è altresì predicabile per atti e provvedimenti di cui non sia prescritta la comunicazione né la pubblicazione: senza quest'ulteriore applicazione analogica, che fa della piena conoscenza il criterio di chiusura del sistema di determinazione delle decorrenze del termine per ricorrere³², essi avrebbero in sorte una perenne precarietà³³.

Ecco allora come si suggerisce di riscrivere, *in parte qua*, l'art. 41, comma 2, cit.: «... *entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla ricezione della comunicazione o dalla piena conoscenza del provvedimento ovvero, per gli atti generali di cui non sia richiesta la comunicazione e in relazione ai soggetti diversi dai diretti destinatari dei provvedimenti, dalla scadenza del termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o*

³¹ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2018, n. 4688; T.a.r. Veneto, Sez. III, 4 giugno 2018, n. 602.

³² Piena conoscenza non soltanto *sussidiaria* rispetto a comunicazioni e pubblicazioni mancate e *autonoma* ove prima di esse maturata, ma anche *autosufficiente* ove le stesse non siano prescritte, quale ulteriore risvolto logico della sua autonomia.

³³ È opportuno precisare che le conclusioni raggiunte in questo paragrafo prescindono del tutto dal contenuto della piena conoscenza (su cui si indugerà nel § 4), capace piuttosto di influire sulla frequenza statistica con cui essa – in via residuale o autonoma – fa correre il termine per il ricorso, inversamente proporzionale al grado di pregnanza riconosciute.

in base alla legge o dalla piena conoscenza ...» (dove la novità rispetto alla riformulazione sopra tratteggiata³⁴ sta nell'aggiunta, sul finire, della "piena conoscenza" in relazione agli «atti generali di cui non sia richiesta la comunicazione» e ai «soggetti diversi dai diretti destinatari dei provvedimenti»). Essendo già questa l'inclinazione della giurisprudenza, la prospettata riformulazione³⁵ intende semplicemente incrementare il livello di meticolosità legislativa.

4. *Il contenuto della piena conoscenza.*

L'art. 41, comma 2, cit. non definisce la "*piena conoscenza*" del provvedimento, lasciando il compito all'interprete³⁶. La conoscenza è fenomeno suscettibile di presentarsi attraverso una serie di gradazioni: rappresentandole graficamente con un segmento, a un'estremità si colloca la cognizione del provvedimento nella sua interezza (motivazione e dispositivo) e di tutti gli atti preparatori (conoscenza *iper* esaustiva), mentre sull'estremità opposta è attestata la mera notizia dell'esistenza di un provvedimento dal generico contenuto sfavorevole (conoscenza minima, al confine con ciò che conoscenza non è)³⁷. Tra la prima e la seconda estremità

³⁴ In chiusura del § 2.

³⁵ Come quelle delineate nei precedenti paragrafi e testé ricapitolate.

³⁶ Per la genesi, dapprima giurisprudenziale e poi legislativa, del concetto di piena conoscenza nei primi decenni del secolo scorso, cfr. M. RAMAJOLI, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, settembre 2018, pp. 21-23.

³⁷ Il generico contenuto svantaggioso è l'attitudine del provvedimento ad arrecare un sacrificio a un interesse materiale del ricorrente: si tratta della nozione comunemente impiegata nel *test* dell'interesse a ricorrere o, secondo altra prospettazione, nel *test* della differenziazione, in fatto, dell'interesse legittimo (e quindi della legittimazione ad agire). Altro è, evidentemente, la lesione dell'interesse legittimo, che postula la fondatezza nel merito della domanda giudiziale di annullamento. Sulla differenza, anche al fine che qui rileva, tra "sacrificio" quale pregiudizio inferto *iure* e lesione (dell'interesse legittimo) quale pregiudizio arrecato *non iure* e *contra ius* (dal provvedimento annullabile), si veda E. CANNADA BARTOLI, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, in *Foro amm.*, 1, 1961, p. 1085.

l'avvenimento conoscitivo sfuma progressivamente. Le ragioni dell'effettività dell'accesso alla tutela giurisdizionale³⁸, in sé considerate, spingono verso la massima consapevolezza nell'esercizio (o nel non esercizio) dell'azione. Le antinomiche ragioni della certezza dei rapporti, riguardate in sé, militano nella contraria direzione³⁹, fino all'estrema, ma lineare, conseguenza dell'onere del ricorso "al buio", con l'eventuale "correttivo" dei motivi aggiunti (art. 43 c.p.a.), che però non mette il ricorrente al riparo dalla diabolica contingenza della declaratoria d'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per genericità dei motivi di diritto (art. 40, comma 2, c.p.a.), con sentenza magari corredata dall'ulteriore beffa della condanna alle spese di lite *ex art. 26*, comma 1, c.p.a.⁴⁰.

Nel dare contenuto sufficientemente analitico al concetto di "piena conoscenza", si muove da un punto fermo: l'aggettivo "piena", adoperato dal legislatore per qualificare la "conoscenza" del provvedimento, ripugna ad accezioni che, svuotandolo del nucleo essenziale, lo appiattiscano sull'antitetico aggettivo "minima": sia perché a ciò osta l'art. 12 delle Pre-

³⁸ L'effettività è qui predicata per l'accesso alla tutela giurisdizionale e non per i suoi contenuti, intesi – secondo la lezione di R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 40-42 – come le utilità ricavabili dal ricorrente vittorioso in rapporto a quelle che gli spettano in base al diritto sostanziale (così rifuggendosi dalla «esaltazione assolutizzante di un principio» che «abbisogna di adeguata specificazione» per non diventare il "grimaldello" atto a «scardinare gli assetti dettati dalle norme sostanziali», con «pericolo di involuzione autoritaria da parte del giudice»).

³⁹ Questa è da oltre un secolo l'impostazione della giurisprudenza amministrativa prevalente.

⁴⁰ L'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, per la genericità dei motivi di diritto, si propaga, rendendoli tardivi (e quindi irricevibili), ai motivi aggiunti (c.d. propri e cioè) intesi come "nuove ragioni a sostegno" dell'iniziale domanda di annullamento, come pure a quelli (c.d. impropri e cioè) intesi come «domande nuove connesse a quelle già proposte», le volte in cui del provvedimento sopravvenuto (o di cui è sopraggiunta la conoscenza) sia fatta valere solo l'annullabilità derivata da quello gravato con il ricorso introduttivo (cfr. art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a., incluso nel rinvio dell'art. 43, comma 1, secondo periodo, c.p.a. alla «disciplina prevista per il ricorso»). Né la rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.), stante l'amplissimo margine di apprezzamento giudiziale, è istituto strutturalmente capace di risolvere il problema.

Critiche all'onere del ricorso "al buio" si trovano già in E. CANNADA BARTOLI, *Decorrenza*, cit., p. 1086 e M.A. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Morano Editore, Napoli, 1963, p. 243.

leggi⁴¹, sia perché un assetto così concepito⁴², in cui l'esaltazione assoluta della certezza del diritto finisce per annichilire l'adeguatezza del varco temporale verso la tutela giurisdizionale, risulta viepiù irrazionale alla luce del fatto che il valore della stabilità dei rapporti riceve già soddisfazione, in misura tutt'altro che trascurabile, dalla stessa previsione legale di un breve termine di decadenza per l'esercizio dell'azione. In negativo, la conoscenza piena non è cognizione minima, al confine con ciò che conoscenza non è. In positivo – dato che la piena conoscenza del provvedimento, ottenuta per strade diverse dalla sua comunicazione, è per legge equivalente a quest'ultima al limitato fine della decorrenza del termine per il ricorso – coerenza esige che l'*equivalenza funzionale* corrisponda a un'*equipollenza strutturale*, tale per cui la piena conoscenza implichi, al pari della comunicazione, la cognizione integrale del provvedimento. A ciò conducono, insieme alla logica insita nel ragionamento appena svolto – che scorge nell'*equipollenza strutturale* l'indefettibile premessa dell'*equivalenza funzionale*, suo lineare svolgimento sancito dalla legge – la fedeltà al significato proprio dell'aggettivo “*piena*”⁴³ e la sintonia con il duplice

⁴¹ «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»: una conoscenza “piena” non si presta a essere concepita come “minima”, al limitare dell'incognito; la distanza semantica tra “piena” e “minima” è incolmabile. R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai “cavalieri dell'apocalisse?”*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., pp. 79-80 ricorda il monito kelseniano secondo cui «l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente ad un'unica soluzione come la sola esatta» ma «per mezzo dell'interpretazione non si può cavare dalla norma nulla che non sia in essa già contenuto».

⁴² Che corrisponde a quello da lungo tempo modellato dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria.

⁴³ A.M. SANDULLI, *Il giudizio*, cit., p. 242, argomentando dall'equiparazione alla comunicazione del provvedimento non di una “qualsiasi conoscenza” ma di una “piena cognizione” (art. 36 del r.d. n. 1054/1924) e dal coerente onere del ricorrente di indicare “i motivi su cui si fonda il ricorso” (art. 6, n. 3), del r.d. n. 642/1907), concludeva che «il legislatore ha voluto che la decadenza per decorso del termine dalla possibilità di proporre il ricorso si verifichi solo in quanto, conoscendo l'atto in misura sufficiente per individuare anche i difetti incidenti nel campo della propria sfera giuridica, l'interessato abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine fatale».

V.E. ORLANDO, *La Giustizia Amministrativa*, in *Primo Trattato Completo di Diritto*

canone costituzionale della piena apertura della tutela giurisdizionale⁴⁴ e della parità processuale tra le parti⁴⁵.

Non si pensi, però, che la cognizione integrale del provvedimento scaturisca sempre dal contatto diretto, stabilito per una via alternativa alla comunicazione, tra il provvedimento medesimo e l'interessato⁴⁶: talvolta essa passa per la conoscibilità completa, da parte dell'interessato, della realtà materiale così come conformata dal provvedimento⁴⁷. Che si rea-

Amministrativo Italiano, a cura del medesimo Autore, vol. III, p.te. II, Società Editrice Libreria, Milano, 1923, p. 419, a proposito di «notificazione ... del provvedimento amministrativo» (art. 1 del r.d. n. 642/1907) e di onere di articolare «i motivi su cui si fonda il ricorso» (art. 6, n. 3), del r.d. n. 642/1907), osservava che il ricorrente «non spiega soltanto la domanda pura e semplice che sia annullato il provvedimento, ma deve dirne le ragioni ... Ora come si fa a dire le ragioni in contrario quando si ignorano quelle positive, cioè adottate dal provvedimento impugnato?».

⁴⁴ Che comanda la rimozione, fin dove possibile in via interpretativa, degli ostacoli capaci di rendere eccessivamente difficoltoso l'accesso al processo, una volta che le ragioni della certezza dei rapporti abbiano trovato ragionevole appagamento nella stessa previsione legale di un breve termine di decadenza per l'esercizio dell'azione.

⁴⁵ Come le parti intimiate si giovano, fin dal momento in cui ricevono la notifica del ricorso (e dei motivi aggiunti), della piena consapevolezza delle censure articolate dal ricorrente (e del carattere ordinatorio del termine disposto dall'art. 46, comma 1, c.p.a. per la costituzione in giudizio e lo svolgimento delle difese: Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5), così il ricorrente merita di versare nella speculare condizione di contestare il provvedimento avendone integrale contezza, viepiù se soggiace a tal fine a un breve termine di decadenza. Cfr. l'art. 111, comma 2, Cost. («ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità ...»), nella consapevolezza – corroborata dall'insegnamento di R. VILLATA, *“Lunga marcia” della Cassazione verso la giurisdizione unica (“dimenticando” l’art. 103 della Costituzione)?*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., p. 5 – che si tratta di precetti «tutto sommato poveri di novità, checché ne pensi la *vulgata* odierna», in quanto ribadiscono principi già pacificamente immanenti nel sistema.

⁴⁶ All'esito, ad esempio, dell'esercizio del diritto di accesso.

⁴⁷ Il pensiero va alla conoscibilità, da parte del c.d. controinteressato sostanziale, dell'edificazione sul fondo vicino in seguito al rilascio di un permesso di costruire. Qui la giurisprudenza è solita accogliere una nozione di piena conoscenza che, per il tramite della completa conoscibilità delle modifiche occorse nella realtà materiale per effetto del permesso di costruire, implica la sua integrale cognizione da parte del c.d. controinteressato sostanziale. La piena conoscenza è concepita come conoscibilità dello stato di avanzamento dei lavori capace di rivelare le difformità dell'edificazione dalla disciplina urba-

lizzi nella relazione immediata con il provvedimento oppure nella compiuta conoscibilità delle modifiche da esso indotte nella situazione fattuale, la conoscenza piena del provvedimento ne implica comunque cognizione integrale.

Il risultato dell'esegesi dell'art. 41, comma 2, cit. deve ora attraversare il vaglio dell'interpretazione sistematica alla luce di altre disposizioni del c.p.a. potenzialmente interferenti. Ci si chiede, in particolare, se l'art. 46, comma 2, c.p.a., nell'obbligare l'amministrazione intimata a produrre in giudizio il "provvedimento impugnato", postuli una piena conoscenza dello stesso non implicante la sua cognizione integrale: si sarebbe tentati di sostenere che, se il termine per il ricorso procedesse solo dalla cognizione integrale del provvedimento da parte del ricorrente, l'obbligo dell'amministrazione di depositarlo nel processo smarrirebbe ogni senso, che gli sarebbe per contro restituito da una piena conoscenza non inclusiva della cognizione integrale del provvedimento. Ma così non stanno le cose per tre ragioni. In primo luogo, l'integrale conoscenza del provvedimento ben può discendere dalla conoscibilità delle modifiche ch'esso ha veicolato nella realtà materiale, al di fuori di ogni suo contatto diretto con l'interessato. In secondo luogo, altro è disporre di una copia del provvedimento, altro ancora esibirla nel processo: il ricorrente che se la fosse procurata ben potrebbe non dimettervela, mancandogliene sia la necessità giuridica che quella pratica, stanti l'art. 45, comma 4, c.p.a.⁴⁸ e, quel che più conta, l'incombere del relativo obbligo sull'amministrazione resisten-

nistico-edilizia: avvio dei lavori ove si contesti in radice l'edificabilità dell'area; completamento dei lavori o loro grado di sviluppo tale da svelare in modo certo e univoco le caratteristiche dell'edificazione, per ogni altro motivo di diritto, sempre che non emerso in precedenza con onere della prova in capo alle parti resistenti (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. II, 9 aprile 2020, n. 2328; Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 433; T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. II, 5 marzo 2021, n. 613; T.a.r. Campania, Napoli, Sez. II, 18 giugno 2013, n. 3149).

Ciò – si badi – rende ancora più criticabile la persistente adesione giurisprudenziale all'accezione "minima" di conoscenza (esistenza di un provvedimento dal vago contenuto svantaggioso) allorché si tratti di impugnare non un permesso di costruire rilasciato ad altri ma un diniego di permesso di costruire opposto a una propria istanza.

⁴⁸ «La mancata produzione, da parte del ricorrente, della copia del provvedimento impugnato ... non implica decadenza».

te, quand'anche non costituita in giudizio⁴⁹. In terzo luogo, la ragione più profonda dell'obbligo legale della parte pubblica risiede, a mio avviso, nell'assicurare al processo il provvedimento nella sua versione genuina, (presunta) tale proprio perché promanante dall'amministrazione, il cui incondizionato obbligo non recede neppure laddove il ricorrente ne versi in giudizio la copia⁵⁰. Dunque, il vincolo per l'amministrazione di depositare nel processo il "provvedimento impugnato" non contraddice la nozione di "piena conoscenza" dello stesso concepita come sua cognizione integrale da parte del ricorrente.

Ci si chiede, inoltre, se l'art. 46, comma 2, cit., nell'obbligare l'amministrazione intimata a produrre in giudizio «gli atti e i documenti in base ai quali ... è stato emanato» il provvedimento impugnato e "quelli in esso citati"⁵¹, presupponga una piena conoscenza del provvedimento non coinvolgente la cognizione dei suoi atti preparatori: verrebbe da sostenere che, se il termine per il ricorso muovesse solo dalla conoscenza degli atti preparatori, l'obbligo del loro deposito in giudizio da parte dell'amministrazione risulterebbe insensato e solamente la correlazione a una "piena conoscenza" scevra dalla loro contezza varrebbe a ripristinarne il significato. Ma le cose non stanno così per tre ragioni. In primo luogo, la cognizione integrale degli atti preparatori ben può derivare, al di fuori di ogni relazione immediata con gli stessi, dalla conoscibilità completa dei cambiamenti apportati alla situazione fattuale dal relativo provvedimento. In secondo luogo, il ricorrente ben potrebbe essersi procurato le copie degli atti preparatori e tuttavia non versarle nel processo, in difetto di obbligo e di onere in tal senso, argomentando dall'art. 45, comma 4, cit.⁵² e, quel che più conta, dall'appuntarsi del relativo giogo sull'amministrazione re-

⁴⁹ Art. 46, comma 2, cit.

⁵⁰ Recede invece, proprio perché subisce una puntuale deroga dall'art. 46, comma 2, cit., il generale principio di acquisizione processuale.

⁵¹ La netta distinzione tra adempimento di un obbligo nell'interesse della giustizia (art. 46, comma 2, cit.) e diritto di difendersi provando (art. 46, comma 1, cit.) dovrebbe condurre a espungere dal comma 2 l'improprio riferimento ai documenti «che l'Amministrazione ritiene utili al giudizio».

⁵² «La mancata produzione, da parte del ricorrente ... della documentazione a sostegno del ricorso non implica decadenza».

sistente, pur se non costituita in giudizio⁵³. In terzo luogo, la *ratio* più intima dell'obbligo legale in parola consiste, a mio avviso, nel garantire al processo una provvista documentale genuina, (presunta) tale in quanto proveniente dalla parte pubblica, il cui vincolo non arretra nemmeno a fronte della produzione nel processo, a cura del ricorrente, delle copie degli atti preparatori⁵⁴. Dunque, una nozione di “piena conoscenza” implicante la cognizione degli atti preparatori del provvedimento impugnato non risulterebbe di per sé incompatibile con l'obbligo dell'amministrazione di dimetterli in giudizio.

È tutt'altra – ed è presto detta – la ragione per cui la conoscenza piena del provvedimento non postula la cognizione dei relativi atti preparatori. La piena conoscenza del provvedimento è per legge equivalente alla sua comunicazione (e pubblicazione), al fine della decorrenza del termine per ricorrere: coerenza vuole che l'*equivalenza funzionale* sia il riflesso di un'*equipollenza strutturale*, tale per cui la piena conoscenza, al pari della comunicazione (e pubblicazione), abbia ad oggetto unicamente il provvedimento, sia cognizione integrale del solo provvedimento. A ciò conduce, insieme alla logica intrinseca al ragionamento testé condotto – che ravvisa nell'*equipollenza strutturale* l'immane presuppuesto dell'*equivalenza funzionale*, suo corollario cristallizzato dalla legge – la deferenza al chiaro dato letterale dell'art. 41, comma 2, cit., che rapporta la “piena conoscenza” al provvedimento impugnato e ad esso soltanto⁵⁵.

In conclusione, la “piena conoscenza” del provvedimento:

a) è la sua cognizione integrale, che il ricorrente ottiene, anche *sub specie* di compiuta conoscibilità della realtà materiale da esso modellata, per una via diversa dalla (ricezione della) sua comunicazione⁵⁶;

⁵³ Art. 46, comma 2, cit.

⁵⁴ Arretra piuttosto, perché derogato dall'art. 46, comma 2, cit., il generale principio di acquisizione processuale.

⁵⁵ «... atto impugnato ...».

⁵⁶ In caso di conoscibilità completa dell'alterazione della situazione fattuale indotta dal provvedimento, l'istanza di accesso a quest'ultimo è suscettibile di costituire, essa stessa, prova della tardività del ricorso notificato oltre il termine di decadenza decorrente dalla cognizione integrale del provvedimento che l'interessato, secondo quanto emerge dal contenuto dell'istanza di accesso, si era già procurato al momento della sua presentazione.

b) non postula, invece, la cognizione degli atti preparatori. Non diventano pertanto residuali i motivi aggiunti intesi come «nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte» (art. 43 c.p.a.)⁵⁷.

È venuto il momento di staccarsi definitivamente dalla genesi storica dei motivi aggiunti, come è ben noto elaborati dal Consiglio di Stato negli anni '30 del secolo scorso per controbilanciare la degradazione della piena conoscenza del provvedimento a notizia della sua esistenza e del suo imprecisato contenuto negativo: anziché far tralattivamente leva su di essi per perorare il perdurante scadimento della conoscenza da piena a minima⁵⁸, è giunta l'ora di riconoscere il requisito della pienezza per quello che è, con correlativa riduzione dello spazio dei motivi aggiunti, non relegati però ai margini poiché la cognizione, ancorché finalmente integrale, continuerebbe a investire il solo provvedimento e non anche gli atti preparatori.

Nella consapevolezza che la giurisprudenza amministrativa di gran lunga prevalente è da oltre un secolo attestata sulla derubricazione della

Non così se l'istanza di accesso al provvedimento si salda ad una conoscenza insufficiente dello stesso (cognizione della sua esistenza e del suo generico contenuto sfavorevole), perché è proprio l'appagamento della pretesa ostensiva a rendere integrale la cognizione del provvedimento. Ma a conclusioni opposte porta lo svilimento della conoscenza piena a conoscenza minima: l'istanza di accesso al provvedimento dimostra, essa stessa, la tardività del ricorso se dal suo contenuto emerge che l'interessato, nel formularla, era edotto dell'esistenza di un provvedimento dal vago contenuto svantaggioso. Non stupisce ritrovare in più di una sentenza un'affermazione siffatta, in coerenza con la dequotazione della conoscenza piena a conoscenza minima da lungo tempo dominante nella giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis* T.a.r. Campania, Napoli, Sez. II, 18 settembre 2017, n. 4415; T.a.r. Lazio, Latina, Sez. I, 11 settembre 2015, n. 11213).

⁵⁷ Qualora la piena conoscenza del provvedimento esigesse quella dei relativi atti preparatori, lo spazio dei motivi aggiunti si restringerebbe a rare ipotesi: dichiarazioni d'incostituzionalità di norme regolative del potere tradotte nel provvedimento impugnato, mancata conversione in legge di decreti legge recanti la disciplina di provvedimenti adottati nel loro vigore, sopravvenienza di normative retroattive in deroga all'art. 11, comma 1, delle Preleggi e al *tempus regit actum* quale principio generale dell'azione amministrativa.

⁵⁸ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2015, n. 4642; Cons. Stato, Sez. V, 12 dicembre 2018, n. 726.

“piena conoscenza” a cognizione dell’esistenza del provvedimento e del suo indefinito contenuto svantaggioso⁵⁹ e, quindi, al precipuo e dichiarato scopo di superare tale consolidato orientamento si propone di inserire nell’art. 41, comma 2, cit. un secondo periodo dal seguente tenore: «*La piena conoscenza dell’atto e del provvedimento ne implica cognizione integrale*». Ecco come risulterebbe il testo dell’art. 41, comma 2, cit. se si assecondassero, insieme a quella ora ipotizzata⁶⁰, tutte le modifiche fin qui suggerite⁶¹: «... *entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla ricezione della comunicazione o dalla piena conoscenza del provvedimento ovvero, per gli atti generali di cui non sia richiesta la comunicazione e in relazione ai soggetti diversi dai diretti destinatari dei provvedimenti, dalla scadenza del termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge o dalla piena conoscenza. La piena conoscenza dell’atto e del provvedimento ne implica cognizione integrale*».

5. *Conoscenza del difensore: limiti dell’equivalenza a quella personale della parte.*

L’art. 46, comma 3, c.p.a. – in continuità con il comma 5 dell’art. 21 della legge n. 1034/1971, ivi introdotto dalla legge n. 205/2000 – prevede l’obbligo della segreteria del T.a.r. di dare “alle parti costituite” la “comunicazione” della (“produzione di cui al comma 2”, ossia della) produzione in giudizio, a cura dell’amministrazione intimata, del provvedimento impugnato e dei relativi atti preparatori. Il senso della disposizione non può essere altro che quello di agganciare la decorrenza del termine per la notifica di eventuali motivi aggiunti alla ricezione della

⁵⁹ È quella che definisco “conoscenza minima”, “al confine con ciò che cognizione non è”. Si pensi alla semplice notizia dell’esistenza di un provvedimento che nega l’ampliamento della propria sfera giuridica (come un diniego di autorizzazione) o di un provvedimento ablatorio (come l’annullamento d’ufficio di un’autorizzazione), magari ricavata da un successivo provvedimento (come l’inibizione di un’attività in conseguenza dell’annullamento d’ufficio del titolo abilitativo).

⁶⁰ Che è l’unica, tra tutte le ipotesi di modifica sin qui avanzate, che segnerebbe una discontinuità, a mio avviso non più rimandabile, rispetto all’odierno assetto.

⁶¹ Come riepilogate già in chiusura del § 3.

comunicazione della segreteria da parte del difensore del ricorrente, quale che sia la data del deposito e anche quando insista all'interno del termine ordinatorio a tal fine disposto dalla legge, pari a sessanta giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso nei confronti dell'amministrazione (commi 1 e 2 dell'art. 46 cit.). Risulta così superata la pregressa distinzione giurisprudenziale tra produzione documentale tempestiva e tardiva rispetto al limite temporale ordinatorio previsto dalla legge⁶²: nella prima ipotesi il *dies a quo* del termine per la notifica dei motivi aggiunti coincideva con la data del deposito, in forza di una presunzione di conoscenza a carico del difensore del ricorrente, su cui incombeva l'onere, corrispondente a una misura esigibile di diligenza, di monitorare costantemente gli eventuali depositi effettuati nel lasso di tempo concesso all'amministrazione dalla legge; nella seconda ipotesi detto termine procedeva dalla data dell'effettiva conoscenza, da parte del difensore del ricorrente, dei documenti *ex adverso* dimessi, sul rilievo che non fosse ragionevole addossargli il peso del controllo giornaliero dell'altrui attività processuale una volta spirato il termine ordinatorio per il suo espletamento (e quindi per l'intera durata residua del grado di giudizio), ché un simile onere avrebbe ecceduto la misura della diligenza da lui attesa⁶³. Oggi, invece, vige l'equazione "comunicazione della segreteria = decorrenza del termine per la notifica dei motivi aggiunti", quale che sia la data di adempimento

⁶² Termine prima della legge n. 205/2000 pari a venti giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso (art. 22, comma 1, della legge n. 1034/1971); dopo la legge n. 205/2000 pari a sessanta giorni con identica decorrenza (art. 21, comma 4, della legge n. 1034/1971 come novellato nel 2000), e così pari a novanta (e non più cinquanta) giorni dall'ultima notifica del ricorso (intesa come l'ultima a perfezionarsi nei confronti dei destinatari da intimare a pena di inammissibilità: amministrazione resistente e uno almeno dei controinteressati); oggi, più semplicemente, pari a sessanta giorni dal perfezionamento della notifica del ricorso nei riguardi dell'amministrazione (cfr., nell'art. 46, comma 2, c.p.a., l'inciso «nel termine di cui al comma 1», ossia «sessanta giorni dal perfezionamento» nei confronti dell'amministrazione «della notificazione del ricorso»).

⁶³ Non erano condivisibili le sentenze inclini a riproporre tale logica all'indomani della legge n. 205/2000, incuranti della novità da quest'ultima inserita nel comma 5 dell'art. 21 della legge n. 1034/1971: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3717; T.a.r. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 dicembre 2003, n. 3447; *contra*, se non mi inganno, T.a.r. Campania, Salerno, Sez. I, 16 marzo 2005, n. 249.

dell'obbligo di deposito da parte dell'amministrazione e anche quando cada nell'ambito del termine ordinatorio all'uopo dettato dall'art. 46, comma 2, cit.⁶⁴. Non sarebbero pertanto condivisibili sentenze che riproponessero la logica maturata prima della legge n. 205/2000⁶⁵, come se l'art. 46, comma 3, cit. non fosse in vigore⁶⁶.

In ogni caso, l'art. 46, comma 3, cit. presuppone la vigenza, nell'ambito del processo amministrativo, di una regola di equivalenza della conoscenza del difensore a quella personale della parte al fine della decorrenza del termine per notificare i motivi aggiunti⁶⁷.

Lo stesso dicasi per l'art. 68, comma 4, c.p.a., che – nel solco dell'art. 35 del r.d. n. 642/1907 – contempla l'obbligo del «segretario» di comunicare «alle parti» (costituite) «l'avviso che l'istruttoria disposta è stata eseguita e che i relativi atti sono presso la segreteria». La disposizione non può avere altro significato che quello di saldare la decorrenza del termine per la notifica dei motivi aggiunti alla ricezione della comunicazione della segreteria da parte del difensore del ricorrente, anche quando l'incombente istruttorio sia stato eseguito nel termine ordinatorio stabilito dall'ordinanza istruttoria *ex art.* 68 cit., comma 1⁶⁸. Ciò vale pure per il deposito in giudizio, da parte dell'amministrazione, della provvista documentale di cui all'art. 46, comma 2, cit. in esecuzione dell'ordine giudiziale prescritto dall'art. 65, comma 3, c.p.a.⁶⁹: l'art. 68,

⁶⁴ Ciò vale pure nei casi di “frazionamento” della produzione documentale da parte dell'amministrazione, e cioè nei casi in cui il relativo obbligo sia adempiuto a più riprese anziché in un'unica soluzione: per ciascuno dei depositi la segreteria è tenuta a dare apposita comunicazione, così da determinare ogni volta la decorrenza del termine per la notifica di eventuali motivi aggiunti.

⁶⁵ Così, invece, T.a.r. Sicilia, Catania, Sez. II, 12 marzo 2015, n. 765; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. I, 16 marzo 2021, n. 894.

⁶⁶ Intercetta *en passant* la logica dell'art. 64, comma 3, cit. T.a.r. Liguria, Sez. I, 9 gennaio 2014, n. 20, pur senza pronunciarsi sulla decorrenza del termine per la notifica dei motivi aggiunti.

⁶⁷ *Contra* Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2019, n. 2725, che esige sempre la conoscenza personale della parte, senza però confrontarsi con l'art. 46, comma 3, cit.

⁶⁸ «... il presidente o il magistrato delegato ovvero il collegio, nell'ammettere i mezzi istruttori stabiliscono i termini da osservare».

⁶⁹ «Ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e

comma 4, cit. sta alla produzione documentale in ottemperanza al doveroso comando giudiziale come l'art. 46, comma 3, cit. a quella spontanea, l'uno e l'altro svolgendo l'identica funzione di fissare nella ricezione della comunicazione della segreteria da parte del difensore del ricorrente il *dies a quo* del termine per la notifica dei motivi aggiunti, anche quando il deposito sia avvenuto entro il termine ordinatorio allo scopo dettato, rispettivamente, dall'art. 65, comma 3, cit. e dall'art. 46, comma 2, cit. Non sarebbero pertanto condivisibili sentenze che, oggi come ieri, tendessero a distinguere tra esecuzione dell'incombente istruttorio tempestiva e tardiva rispetto al termine ordinatorio impartito con l'ordinanza istruttoria (artt. 68, comma 1, e 65, comma 3, citt.) onde computare il termine per la notifica dei motivi aggiunti, rispettivamente, dalla data del deposito in segreteria del risultato della prova e da quella della sua reale conoscenza da parte del difensore del ricorrente: come se l'art. 68, comma 4, cit. non fosse (e prima l'art. 35 del r.d. n. 642/1907 non fosse stato) in vigore⁷⁰.

Comunque sia, gli artt. 46, comma 3 e 68, comma 4, citt., nel postularla, illuminano la portata dell'equivalenza della conoscenza del difensore a quella personale della parte, quale regola processuale applicabile alla cognizione conseguita dal difensore nell'ambito del giudizio il cui oggetto è passibile di ampliamento tramite motivi aggiunti risultanti dal materiale acquisito⁷¹. Non equivalgono alla conoscenza personale della parte, per contro, la cognizione stragiudiziale del difensore, né quella che gli abbia

degli altri atti ai sensi dell'articolo 46 [comma 2], il presidente o un magistrato a lui delegato ovvero il collegio ordina ... l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni». La disposizione riproduce il comma 6 dell'art. 21 della legge n. 1034/1971, ivi introdotto dalla legge n. 205/2000.

⁷⁰ Coglie la logica dell'art. 68, comma 4, cit. Cons. Stato, Sez. IV, 27 gennaio 2020, n. 663, pur senza pronunciarsi sul *dies a quo* del termine per notificare i motivi aggiunti.

⁷¹ Il discorso non cambia qualora il ricorrente opti per un ricorso separato, peraltro destinato alla riunione con il precedente quando proposto davanti allo stesso tribunale, in luogo dei c.d. motivi aggiunti impropri, che di regola esprimono una facoltà e non un onere da assolvere pena l'inammissibilità del ricorso separato (art. 43, comma 3, c.p.a.): il termine per la notifica decorre pur sempre dalla conoscenza processuale del difensore, equivalente a quella personale del ricorrente in quanto acquisita nel giudizio con oggetto suscettibile di dilatazione tramite i motivi aggiunti.

acquisito in altro giudizio⁷², pur pendente tra le stesse parti, ma con oggetto insuscettibile di dilatazione attraverso motivi aggiunti affioranti dalle acquisizioni processuali: si pensi, ad esempio, al deposito, nel giudizio (ordinario) di liquidazione dell'indennità, di un provvedimento di modifica (o di convalida o di conferma) di quello ablatorio oggetto del parallelo giudizio amministrativo oppure al deposito, nel giudizio (ordinario) *ex art. 872 c.c.*, di un provvedimento di condono edilizio passibile di formare il *petitum* di un giudizio amministrativo *inter partes*.

Quid iuris se la segreteria omette la comunicazione di cui all'art. 46, comma 3, cit.? La decorrenza del termine per la notifica dei motivi aggiunti è individuata nella data in cui il difensore del ricorrente nel processo – o il ricorrente fuori dal processo – acquisisce per altra via integrale cognizione dei documenti. La piena conoscenza supplisce alla mancata comunicazione della segreteria, in analogia alla valenza sussidiaria che l'art. 41, comma 2, cit. le riconosce in assenza di comunicazione del provvedimento ai suoi diretti destinatari⁷³. Ciò anche quando la produzione documentale dell'amministrazione sia avvenuta nel termine di legge⁷⁴, poiché la novità dell'art. 46, comma 3, cit.⁷⁵ consiste proprio nell'aver disarcionato la decorrenza del termine per la notifica dei motivi aggiunti dalla data del tempestivo deposito dei documenti da parte dell'amministrazione. *Idem* per l'omissione della comunicazione, da parte della segreteria, dell'avvenuta esecuzione di incumbenti istruttori (art. 68, comma 4, cit.)⁷⁶.

Quid iuris se il difensore del ricorrente nel processo – o il ricorrente fuori dal processo – prende piena contezza dei documenti prima di ricevere la comunicazione della segreteria di cui all'art. 46, comma 3, cit.? Il *dies a quo* del termine per la notifica dei motivi aggiunti è individuato

⁷² Cfr. *ex multis* T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 19 luglio 2012, n. 6658; T.a.r. Piemonte, Sez. II, 1 agosto 2011, n. 898.

⁷³ *Supra*, § 3.

⁷⁴ Art. 46, comma 2, cit.

⁷⁵ E già in precedenza dell'art. 21, comma 5, della legge n. 1034/1971 come novellato dalla legge n. 205/2000.

⁷⁶ Che peraltro, lungi dal recare novità o dal trasporre novità introdotte in anni più o meno recenti, ribadisce quanto già da lungo tempo prescritto con l'art. 35 del r.d. n. 642/1907.

nella data dell'effettiva cognizione dei documenti, poizore rispetto a quella della successiva comunicazione. La piena conoscenza esibisce valenza autonoma allorché si perfezioni prima della comunicazione attesa dalla segreteria, in analogia con l'equivalenza funzionale alla comunicazione del provvedimento riconosciutale dall'art. 41, comma 2, cit.⁷⁷: si pensi, ad esempio, alla produzione documentale effettuata dall'amministrazione in vista o in occasione della camera di consiglio per la discussione della domanda cautelare⁷⁸. *Idem* per la piena conoscenza che anticipa la comunicazione della segreteria di cui all'art. 68, comma 4, cit.

Si suggerisce d'inserire, in conclusione del comma 1 dell'art. 43 c.p.a., i seguenti due periodi: «*Il termine per la notifica dei motivi aggiunti decorre dalla ricezione della comunicazione della segreteria ai sensi degli articoli 46, comma 3 e 68, comma 1, o dalla piena conoscenza del relativo materiale. A questo fine la conoscenza processuale del difensore⁷⁹ equivale a quella personale della parte*»⁸⁰. Il primo periodo codificherebbe la debita conseguenza degli artt. 46, comma 3 e 68, comma 4, il secondo una già pacifica regola presupposta da quelle stesse disposizioni.

6. *Assenza di interazione, nel diritto nazionale, tra la conoscenza degli atti preparatori e la decorrenza del termine per il ricorso.*

Nell'ipotesi in cui alcun motivo di ricorso emerga dal provvedimento pienamente conosciuto dall'interessato⁸¹, ci si chiede se l'istanza di acces-

⁷⁷ *Supra*, § 3.

⁷⁸ Art. 55, comma 5, secondo periodo, e comma 8, c.p.a.

⁷⁹ Sottinteso: del ricorrente principale o di quello incidentale (cfr. l'*incipit* dell'art. 43, comma 1, c.p.a.).

⁸⁰ Sarebbe nel contempo opportuno precisare se la regola vale «*quale che sia il contenuto della procura alle liti*» o «*salvo che la procura alle liti non sia stata conferita anche per proporre motivi aggiunti ai sensi dell'articolo 24*». Il profilo è nella disponibilità del legislatore: in attesa del suo intervento vale la prima soluzione giacché la regola processuale postulata dagli artt. 46, comma 3, e 68, comma 1, citt. non distingue in funzione del contenuto della procura alle liti.

⁸¹ Ché, altrimenti, le ulteriori doglianze, evincibili dagli atti preparatori acquisiti in seconda battuta mediante l'esercizio del diritto di accesso, integrerebbero motivi aggiun-

so ai relativi atti preparatori sia idonea a far slittare in avanti – al momento della loro ostensione – la decorrenza del termine per ricorrere, in ordine alle censure da essi risultanti.

La risposta non può che essere negativa, *de iure condito*, per due ragioni. La prima è che nulla di simile è previsto nell'art. 41, comma 2, cit., il quale, anzi, conduce *de plano* all'opposta conclusione che vede la cognizione degli atti preparatori esorbitare dalle nozioni normative di "piena conoscenza", di "comunicazione" e di "pubblicazione" del provvedimento⁸². La seconda – pronta a stagliarsi all'orizzonte di chi fosse tentato di forzare la nitida lettera dell'art. 41, comma 2, cit. – risiede nella mancata previsione legale dell'onere di presentare entro un certo termine una domanda di accesso che, pertanto, ben potrebbe tardare di settimane quando non di mesi o addirittura di anni rispetto alla piena contezza del provvedimento, con radicale compromissione della certezza dei rapporti⁸³. Il consolidamento dell'assetto di interessi definito dal provvedimento ricadrebbe nella totale disponibilità del soggetto legittimato a impugnarlo, quale insospettabile oggetto di un suo diritto potestativo, come se – relativamente alle doglianze evincibili dagli atti preparatori e non dal già noto provvedimento – il ricorso fosse affrancato dal termine di decadenza. Ma il principio costituzionale di legalità e la riserva di legge in materia processuale⁸⁴ esigono la legge per volgere il diritto di accesso agli atti preparatori di un provvedimento in onere da assolvere entro un certo termine, decorrente dalla comunicazione o pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento, onde avvantaggiarsi di una sensibile dilazione – al momento dell'appagamento della pretesa ostensiva – del *dies a quo* del termine per ricorrere, rispetto alle doglianze risultanti proprio e solo dagli atti preparatori⁸⁵. Anche a voler scorgere nella repentina presen-

ti e neppure si porrebbe il problema del (l'eventuale postergazione del) *dies a quo* del termine per la notifica del ricorso introduttivo.

⁸² *Supra*, § 4.

⁸³ In mancanza di previsione legale di un termine entro cui assolvere l'onere di presentare la domanda di accesso agli atti preparatori, è insensato interrogarsi sulla sua decorrenza, che andrebbe altrimenti identificata nella (ricezione della) comunicazione del provvedimento o nella (scadenza della) sua pubblicazione o nella sua piena conoscenza.

⁸⁴ Art. 111, comma 1, Cost.: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

⁸⁵ La dinamica del diritto che muta in onere a certi fini è tutt'altro che inedita: basti

tazione dell'istanza di accesso l'atto di esercizio del diritto alla procrastinazione della decorrenza del termine per il ricorso, le rammentate coordinate costituzionali richiedono comunque la legge per fondare un termine di decadenza sul piano del diritto sostanziale⁸⁶ e, nel caso di sua osservanza, un incremento del tempo per la reazione processuale.

Ecco allora che, nel diritto positivo nazionale, la sopravvenuta ostensione degli atti preparatori, come è noto capace di propiziare motivi aggiunti nell'ambito del giudizio instaurato con il ricorso notificato nel termine di decadenza decorrente dalla comunicazione o pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento, non vale invece a spostarne in avanti il *dies a quo*, neppure quando le uniche censure emergano dagli stessi atti preparatori⁸⁷. Ma il discorso non finisce qui perché sul consolidato assetto nazionale ha inciso il giudice europeo.

pensare all'attivazione del potere sostitutivo previsto dall'art. 2, comma 9-*bis*, della legge n. 241/1990 «nel termine perentorio [*rectius*: di decadenza] di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento» al fine «di ottenere l'indennizzo» di cui all'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in legge 9 agosto 2013, n. 98 (cfr. art. 28 cit., comma 2); ovvero alle ricadute dell'omesso esperimento «degli strumenti di tutela previsti» contro il provvedimento annullabile sulla quantificazione del danno nell'ambito di un'azione risarcitoria autonoma (art. 30, comma 3, c.p.a.).

⁸⁶ Tale sarebbe, in questa prospettiva, la natura del termine entro cui presentare l'istanza di accesso agli atti preparatori.

⁸⁷ Con l'eccezione, si badi, dei provvedimenti motivati *per relationem*, a condizione d'interpretare l'art. 3, comma 3, della legge n. 241/1990 nel senso dell'obbligo dell'amministrazione di allegare al (la comunicazione del) provvedimento l'atto in esso "richiamato". Senza la sua allegazione non si perfeziona la fattispecie comunicativa del provvedimento: se il consolidarsi di quest'ultimo è rimesso a iniziative senza tempo del destinatario è solo per (e fino a che perdura) la violazione dell'obbligo di allegazione da parte dell'amministrazione.

Si riespande invece la regola generale riportata nel testo se si interpreta l'art. 3, comma 3, cit. nel senso dell'obbligo dell'amministrazione di rendere semplicemente disponibile l'atto "richiamato" ai sensi della disciplina del diritto di accesso.

Il dato letterale dà adito a entrambe le letture. La preferenza cade sulla prima per la sua maggiore sintonia con l'effettività del diritto di azione, nella consapevolezza che l'interpretazione costituzionalmente orientata: *a*) va utilizzata con parsimonia pena la transizione del nostro regime di sindacato di costituzionalità da accentrato a diffuso e l'aumento dell'incertezza del diritto; *b*) è possibile quando la legge consente di enucleare più significati, ma non per sostituire la norma con una diversa (R. VIL-

7. Segue: *la presa di posizione della Corte di giustizia UE nell'interpretazione delle direttive ricorsi; l'allineamento fedele e nel contempo creativo della sentenza n. 12/2020 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.*

La Corte di giustizia UE ha interpretato gli artt. 1 e 2-*quater* delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE⁸⁸, «letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»⁸⁹, nel senso che: *a)* «il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace», essendo «informazioni del genere ... insufficienti» per permettergli «di scoprire l'eventuale esistenza di un'illegittimità»⁹⁰; *b)* «solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi per i quali è stato escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, il candidato o l'offerente interessato potrà formarsi un'idea precisa in ordine all'eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di ap-

LATA, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., p. 72, nota 59, riportando M. LUCIANI, *Garanzia ed efficienza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. AIC*, 2014, 4, p. 39; R. VILLATA, *"Lunga marcia"*, cit., p. 5, nota 10, riportando M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 72).

La circostanza che alcune sentenze siano inclini alla dilazione della decorrenza del termine per ricorrere alla sopravvenuta conoscenza degli atti richiamati dal provvedimento motivato *per relationem* (Cons. Stato, Sez. VI, 25 settembre 2002, n. 4879; T.a.r. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 giugno 2014, n. 3069) costituisce una breccia che, aggiungendosi alla consolidata concezione pretoria della piena conoscenza dei titoli abilitativi edilizi (cfr. la precedente nota 47), rende ancora meno monolitico e più criticabile il persistente muro giurisprudenziale della conoscenza piena come cognizione dell'esistenza di un provvedimento dal vago contenuto sfavorevole.

⁸⁸ Direttive che coordinano le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni, rispettivamente nei settori ordinari e in quelli speciali (c.d. direttive ricorsi).

⁸⁹ «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice ...».

⁹⁰ Corte di giustizia UE, Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, punto 30.

palti pubblici e sull'opportunità di proporre ricorso»⁹¹; c) «ne consegue che l'obiettivo ... di garantire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di appalti pubblici può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto venire a conoscenza della pretesa violazione di tali disposizioni»⁹²; d) «il giudice nazionale ... deve interpretare, per quanto possibile, le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso in maniera tale da garantire che detto termine decorra solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa»⁹³; e) «qualora tale interpretazione non sia possibile», il giudice nazionale «deve disapplicare le disposizioni nazionali» contrarie alle c.d. direttive ricorsi, «dal momento che l'articolo 1, paragrafo 1», delle stesse (diritto a un ricorso efficace) «è incondizionato e sufficientemente preciso per essere fatto valere nei confronti di un'amministrazione aggiudicatrice»⁹⁴; f) la possibilità dei motivi aggiunti «non costituisce sempre un'alternativa valida [*rectius*: plausibile] di tutela giurisdizionale effettiva», specie se si costringono i concorrenti «a impugnare *in abstracto* la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso»⁹⁵.

Ne deriva che l'art. 120, comma 5, c.p.a., saldando la decorrenza del termine per ricorrere alla “ricezione della comunicazione” o alla “conoscenza” (sottinteso piena)⁹⁶ dell'aggiudicazione⁹⁷, merita di ricevere applicazio-

⁹¹ Corte di giustizia UE, Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, punto 31.

⁹² Corte di giustizia UE, Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, punti 32 e 35; Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13, punto 37; Sez. V, 12 marzo 2015, C-538/13, punto 52; Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18, punti 31 e 45.

⁹³ Corte di giustizia UE, Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, punto 47; Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18.

⁹⁴ Corte di giustizia UE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18, punto 48 e i precedenti ivi richiamati.

⁹⁵ Corte di giustizia UE, Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13, punto 24.

⁹⁶ Per coerenza con la regola generale di cui all'art. 41, comma 2, cit. e, quel che più conta, con l'art. 2-*quater*, secondo periodo, delle c.d. direttive ricorsi.

⁹⁷ Sull'infungibilità legale di tecniche di conoscenza individuali per provvedimenti

ne in relazione ai motivi evincibili dal provvedimento e d'essere, per contro, disapplicato quando le uniche doglianze emergano dagli atti preparatori attingibili solo dopo l'aggiudicazione, come le offerte, le giustificazioni rese nell'eventuale verifica di anomalia delle stesse⁹⁸ e gli atti se del caso non pubblicati in violazione dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 12/2020⁹⁹, non poteva far altro che allinearsi al *dictum* del giudice europeo e, quindi, differire – al momento dell'esaudimento della pretesa ostensiva – il *dies a quo* del termine per dedurre, con ricorso introduttivo, motivi risultanti solo dagli atti preparatori conosciuti dopo l'aggiudicazione¹⁰⁰.

Ma ciò, in difetto della previsione legale di un termine entro cui presentare l'istanza di accesso onde ottenere il beneficio dell'estensione del tempo per adire il giudice, avrebbe mortificato come non mai le ragioni della certezza dei rapporti. Donde l'operazione, di brutta normazione giurisprudenziale¹⁰¹, di mutare il diritto di accesso agli atti preparatori in

parimenti individuali quali sono le aggiudicazioni, con argomentate critiche alle opposte conclusioni enunciate nei principi di diritto *sub* a), d), e) da Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12, sia consentito il rinvio a L. BERTONAZZI, *La decorrenza del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, §§ 2, 3 e 4.

⁹⁸ Art. 53, comma 2, lett. c) e d), del d.lgs. n. 50/2016.

⁹⁹ Sulla quale si vedano M.A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*, in *www.giustiziansieme.it*, luglio 2020; S. ROSATI, *La disciplina nazionale sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione, tra (in)certezze legislative e orientamenti giurisprudenziali*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, luglio 2020; M. SANTINI, *L'Adunanza plenaria sulla decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti di gara*, in *Urb. app.*, 2020, pp. 509 ss.; F. GASPARI, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, pp. 389 ss.; E. LUBRANO, *La decorrenza del termine nel processo-appalti (dalla conoscenza della motivazione e degli atti endoprocedimentali) dopo la Adunanza plenaria n. 12/2020: un principio da estendere a tutti i settori del processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, ottobre 2020; M. FERRANTE, *Il dies a quo per l'impugnazione degli atti di gara*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, pp. 90 ss.

¹⁰⁰ Cfr. per più ampie considerazioni intorno ai principi di diritto enunciati *sub* b) e c), da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 12/2020, L. BERTONAZZI, *La decorrenza*, cit., § 5.

¹⁰¹ Quanto mai appropriata si rivela la celebre espressione di Mario Nigro.

onere da assolvere nel termine di quindici giorni¹⁰², decorrente dalla comunicazione o piena conoscenza dell'aggiudicazione, per conseguire il vantaggio della posticipazione – al momento della contezza di atti dapprima ignoti – della decorrenza del termine per l'impugnativa, quando le censure da dedurre siano percepibili unicamente dai documenti esibiti in riscontro alla tempestiva richiesta. Ferme restando, ovviamente, sia l'irricevibilità per tardività¹⁰³ – una volta scaduto il termine per il ricorso computato dalla comunicazione o piena conoscenza dell'aggiudicazione – dei motivi già in precedenza desumibili dalla stessa aggiudicazione o dagli atti di gara pubblicati *ex art.* 29 del d.lgs. n. 50/2016, sia la proponibilità dell'istanza di accesso oltre i suddetti quindici giorni¹⁰⁴ per cogliere eventuali motivi aggiunti innestabili¹⁰⁵ nel ricorso promosso nei trenta giorni dalla comunicazione o piena cognizione dell'aggiudicazione. Per chi preferisse ravvisare nella tempestiva presentazione dell'istanza di accesso un atto di esercizio del diritto al differimento della decorrenza del termine per il ricorso, l'operazione di brutta normazione giurisprudenziale consisterebbe nell'assoggettarne il compimento a un termine di decadenza non previsto dalla legge, sia pure al limitato scopo della dilazione del tempo per l'esercizio dell'azione.

È certo¹⁰⁶ che il diritto euro-unitario non osta alla regola nazionale

¹⁰² Ricavato, con spericolata acrobazia interpretativa, dall'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, ove però il termine di quindici giorni è dettato per l'adempimento dell'obbligo della stazione appaltante di fornire "informazioni" intorno alle caratteristiche e ai vantaggi dell'offerta selezionata in risposta a una "richiesta scritta" del concorrente. La sentenza n. 12/2020, nei punti 27 e 29, lett. b), lo trasfigura in termine entro cui chiedere le "informazioni", per di più «applicabile per identità di *ratio*» all'istanza di accesso.

¹⁰³ Art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a.

¹⁰⁴ «Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere» (art. 22, comma 6, della legge n. 241/1990), sempre che vi sia alla base un interesse differenziato (art. 53, commi 1 e 6, del d.lgs. n. 50/2016).

¹⁰⁵ Nel termine (per la notifica) di trenta giorni decorrenti dalla loro "conoscenza" (sottinteso piena: cfr. la precedente nota 96): art. 120, comma 5, c.p.a.

¹⁰⁶ In quest'aggettivo sta la ragione della mancanza di obbligo e della superfluità, rispettivamente per i giudici nazionali di ultima istanza e per gli altri, del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, secondo un costante indirizzo da quest'ultima

creativamente forgiata dalla sentenza n. 12/2020 per restituire cittadinanza alle ragioni della certezza dei rapporti, altrimenti espunte dal sistema¹⁰⁷: se è vero che l'art. 2-*quater* delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE tollera termini di reazione processuale pari a dieci o quindici giorni decorrenti dalla comunicazione della motivata decisione dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁰⁸, nessuna perplessità suscita un termine di analoga estensione (quindici giorni), decorrente dalla comunicazione di una motivata aggiudicazione o dalla sua piena conoscenza, per avanzare un'istanza di accesso ad atti di gara ancora ignoti¹⁰⁹, con slittamento in avanti, al momento del suo appagamento, del *dies a quo* del termine per contestare l'aggiudicazione.

È però altrettanto certa, alla luce del principio costituzionale di legalità e della riserva di legge in materia processuale, l'imprescindibilità di un'espressa base legale sia per mutare il diritto di accesso in onere da disimpegnare tempestivamente onde avvantaggiarsi di una sensibile dilazione della decorrenza del termine per il ricorso, sia – secondo una prospettiva alternativa – per sottomettere l'istanza di accesso a un termine di decadenza non contemplato dalla legge, da osservare al limitato fine di giovare di un tempo più ampio per l'esercizio dell'azione. Il termine di quindici giorni è contemplato dall'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 per l'adempimento dell'obbligo della stazione appaltante di rendere informazioni al concorrente che per iscritto le abbia richieste (ciò che peraltro ripugna alla sua natura decadenziale), e non per l'inoltro da parte del concorrente della richiesta di informazioni¹¹⁰ né, tanto meno, dell'istanza di accesso¹¹¹.

inaugurato con la sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 63 ss., con nota di A. TIZZANO.

¹⁰⁷ La certezza dei rapporti è, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE, un principio fondamentale dell'ordinamento europeo.

¹⁰⁸ Cfr. altresì l'art. 2-*quinqüies*, par. 4, delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, sul termine sospensivo minimo di dieci giorni tra la pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva e la stipula del contratto, ritenuto ragionevole da Corte di giustizia UE, Sez. V, 11 settembre 2014, C-19/13, punti 58, 61 e 65.

¹⁰⁹ Richiesta assai meno gravosa da predisporre rispetto al ricorso.

¹¹⁰ Intorno a caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata.

¹¹¹ Per la natura formale dell'accesso, a dispetto della contraria affermazione che si

8. Segue: *il percorso verso la generalizzazione della logica sottesa alla sentenza n. 12/2020.*

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 12/2020, ha vistosamente travalicato il confine tra interpretazione e produzione del diritto¹¹², essendo pervenuta a fissare un precetto generale e astratto che, nel vigente assetto costituzionale, solo il legislatore è titolato a porre, se del caso a seguito di una sentenza additiva di principio della Corte costituzionale: quest'ultima sarebbe stata a mio avviso la strada maestra, prima per l'Adunanza plenaria (incidente di costituzionalità) e poi per la Consulta (sentenza additiva di principio)¹¹³. Ora lo studioso si trova di fronte a un bivio: o rifiuta drasticamente la sentenza n. 12/2020, nell'attesa che un giudice amministrativo di primo grado¹¹⁴ faccia lo stesso

trova nei punti 25, 27 e 29, lett. b), della sentenza n. 12/2020, si rinvia a L. BERTONAZZI, *La decorrenza*, cit., § 5.

¹¹² Sulla differenza tra *ius facere* e *ius dicere* si vedano le fondamentali considerazioni di R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., pp. 103-120 e, ivi, tra gli innumerevoli altri, il richiamo alla «semplice quanto esatta riaffermazione» di R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 103 secondo cui «altro è produrre una norma nel senso di decidere il significato di un testo normativo preesistente, altro è produrre una norma nel senso di formulare un testo normativo *ex novo*». A. TRAVI, *Riflessioni sulla deontologia del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, pp. 795 ss., § 3, insiste sulla soggezione alla (e applicazione della) legge quale «identità del compito del giudice», di qualunque giudice, pur «nella varietà delle competenze» e, insieme, quale garanzia della sua indipendenza (nonché antidoto al «declino della ragione giuridica» in nome di una «libertà» interpretativa «legittimata» solo sul piano del fatto, in quanto praticata da un giudice di ultima istanza: A. TRAVI, *Rapporti fra giurisdizioni e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro it.*, 2018, 5, p. 111).

¹¹³ Sulla regola – posta, si badi, dalla Corte di giustizia UE – che abbina la decorrenza del termine per il ricorso alla conoscibilità delle presunte violazioni, passibile di sopravvenire *sine die* alla comunicazione dell'aggiudicazione: ciò che sarebbe stato consentito dalla teoria dei controlimiti (sulla quale si veda C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 491 ss.).

¹¹⁴ Non anche una Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, visto l'art. 99, comma 3, c.p.a., salvo che di quest'ultimo si dia, come pare in effetti possibile e per ciò solo doveroso, un'interpretazione conforme all'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, *ad instar* di quanto risulta, sul versante del rapporto dell'art. 99, comma 3,

e rimetta al Giudice delle leggi l'incidente di costituzionalità che l'Adunanza plenaria avrebbe dovuto sollevare; o la assume come diritto vivente¹¹⁵, pur senza rinunciare alla radicale critica che poggia sul divieto fatto al giudice di creare la legge cui è invece soggetto (art. 101, comma 2, Cost.)¹¹⁶. Nel privilegiare quest'ultima opzione, siccome più realistica e costruttiva, osservo una disparità di trattamento, sul piano del tempo per l'accesso alla tutela giurisdizionale, tra gli interessi legittimi dei concorrenti in procedure di aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni

cit. con l'art. 267 TFUE, da Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, cui *adde* Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, nn. 19 e 20.

¹¹⁵ Nell'anno successivo alla sua pubblicazione la giurisprudenza amministrativa si è allineata compatta allo schema, già in precedenza prevalente, della dilazione temporale della decorrenza del termine per il ricorso, al di là di residue divergenze applicative, purtroppo realisticamente inevitabili anche quando non giustificabili, che qui non vengono esaminate: basti pensare, quale caso emblematico e tutt'altro che isolato, a Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2021, n. 3127, ove, ricevuta la causa dopo la sentenza n. 12/2020, si è ritenuto che, in presenza di una tempestiva istanza di accesso, il termine per ricorrere ascenderebbe a 45 giorni decorrenti dalla conoscenza dell'aggiudicazione (30 giorni incrementati di altri 15, arg. dall'art. 76, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016) e che solamente in caso di ostacolo della stazione appaltante alla "immediata conoscenza" (da intendersi quale conoscenza accordata nei quindici giorni dalla ricezione dell'istanza di accesso) il termine per ricorrere (di 30 giorni) procederebbe dall'effettiva esibizione dei documenti. Donde la ritenuta tempestività di un ricorso notificato il 6 dicembre 2018, nei 45 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione, maturata il 29 ottobre 2018. Ebbene, la decisione è giusta per avventura: l'assolvimento dell'onere di presentare l'istanza di accesso all'offerta dell'aggiudicatario il 6 novembre 2018 – nei 15 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione (29 ottobre 2018) comporta la dilazione temporale del *dies a quo* del termine per ricorrere (sempre pari a 30 giorni), ancorato all'effettiva esibizione dell'anzidetta offerta (12 novembre 2018), con conseguente tempestività del ricorso notificato (nei trenta giorni successivi e cioè) il 6 dicembre 2018, siccome affidato a censure desumibili proprio e solo dalla documentazione attinta il 12 novembre 2018. Dilazione temporale significa semplicemente slittamento in avanti del *dies a quo* di un termine sempre pari a 30 giorni, insuscettibile, in quanto decadenziale, di sospensione, interruzione (art. 2964 c.c.) e di ogni altra tecnica di computo dal risultato equivalente.

¹¹⁶ Non di rado con il "diritto vivente" si «tende a legittimare ogni soluzione che non riesce a trovare plausibile giustificazione alla stregua del diritto positivo tradizionalmente inteso come diritto legislativo»: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 4, richiamato da R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità*, cit., p. 92, nota 38.

“sopra soglia” e gli interessi legittimi in ogni altro ambito, dove la conoscenza del provvedimento è dalla giurisprudenza amministrativa nazionale prevalente concepita come cognizione dell’esistenza di un provvedimento dal generico contenuto sfavorevole e la sopravvenuta contezza della relativa motivazione e degli atti preparatori giustifica al più motivi aggiunti. Anzi, considerato che la rammentata interpretazione della Corte di giustizia ha investito gli artt. 1 e 2-*quater* delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE «letti alla luce dell’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE» (diritto a un ricorso effettivo)¹¹⁷, la disparità di trattamento finisce per intercorrere tra gli interessi legittimi attribuiti da norme euro-unitarie e quelli di matrice nazionale¹¹⁸. C’è materia per interpellare la Corte costituzionale e, invocando gli artt. 3 e 24 Cost.¹¹⁹, provocare una sentenza additiva di principio¹²⁰ sull’art. 41, comma 2, c.p.a., all’indomani della quale sarebbe ipotizzabile, da parte del legislatore, la seguente regola generale: onere dell’interessato di presentare l’istanza di accesso agli atti preparatori ancora ignoti entro un certo termine¹²¹, de-

¹¹⁷ Corte di giustizia UE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54/18, punti 38 e 49.

D’altra parte nel suo 36° considerando la direttiva 2007/66/CE dichiara di rispettare «i diritti fondamentali ... riconosciuti ... nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea»: «mira in particolare a garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, conformemente all’articolo 47, primo e secondo comma, di detta Carta».

Cfr. altresì l’art. 19, § 1, comma 2, Trattato UE: «Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione».

¹¹⁸ Sull’intatta attualità nell’ordinamento positivo dell’interesse legittimo si rinvia alle basilari riflessioni di R. VILLATA, *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)*, ora in *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, cit., pp. 157-174.

¹¹⁹ Magari in uno con l’art. 13 Cedu (“diritto a un ricorso effettivo”), norma interposta rispetto all’art. 117, comma 1, Cost., anche se la sua invocazione risulterebbe di stile se non corroborata da una concludente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

¹²⁰ Come tale rispettosa della discrezionalità legislativa nel mediare tra le ragioni del pieno accesso alla giustizia e quelle della certezza dei rapporti.

¹²¹ Pari a quindici o a trenta giorni, prendendo spunto, rispettivamente, dalla soluzione pratica cui è addivenuta la sentenza n. 12/2020 e dalla logica ad essa sottesa in

corrente dalla comunicazione o pubblicazione o conoscenza piena del provvedimento inteso nella sua interezza (dispositivo e motivazione), con dilazione – al momento dell'esaudimento della pretesa ostensiva – della decorrenza del termine per il ricorso, in relazione ai motivi evincibili proprio e solo dalla sopraggiunta cognizione degli atti preparatori.

combinato disposto con l'art. 25, comma 4, della legge n. 241/1990, dove il termine per riscontrare la pretesa ostensiva diverrebbe anche – e prima – il limite temporale, decorrente dalla comunicazione o pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento, entro cui adempiere l'onere di presentare l'istanza di accesso ai relativi atti preparatori.

LE PRESUNZIONI E IL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO DEL GIUDICE

Monica Delsignore

SOMMARIO: 1. Introduzione: lo spunto da una recente sentenza sulla quantificazione del danno da ritardo. – 2. Il ricorso alle presunzioni nel processo amministrativo: breve rassegna della giurisprudenza recente sul tema. – 3. Il difficile distinguo tra mancato assolvimento dell'onere probatorio e sufficienza delle presunzioni ai fini della decisione della controversia. – 4. Riflessi e considerazioni sul principio del libero convincimento del giudice amministrativo.

1. Introduzione: lo spunto da una recente sentenza sulla quantificazione del danno da ritardo.

Una recente pronuncia¹ con cui il massimo organo giurisdizionale amministrativo risolve una controversia relativa al risarcimento del danno da ritardo nel provvedere rappresenta utile occasione per offrire qualche riflessione su di un principio, quello del libero convincimento del giudice, che da sempre esiste nel processo amministrativo (come in quello civile e penale) e sul quale in passato Riccardo Villata già si era attentamente interrogato².

La vicenda riguarda il mondo universitario, quell'ambiente che, come Villata scrive nella premessa alla preziosa raccolta chiosata dei suoi scritti sulla giustizia amministrativa³, si è profondamente trasformato da quando

¹ Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1354.

² R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 201.

³ R. VILLATA, *Premessa*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. XI.

scelse di appartenervi e che, come chi scrive ritiene, deve dalla trasformazione e dall'inflessibile mutamento essere caratterizzato. Solo così, infatti, l'Università si dimostra in grado di rispondere alle esigenze di formazione di una società in continuo rivolgimento e, al contempo, di proseguire nella sperimentazione e nell'intento di sistematizzazione che innerva la ricerca scientifica. L'aspirazione ad affinare e migliorare sempre più, attraverso il proprio contributo, il buon funzionamento dell'Università e ampliare l'orizzonte della ricerca non può che muovere l'ambizione di chi si senta parte di quell'ambiente e quella realtà.

Come sempre, la narrazione del fatto concreto rende assai meno nobili le affermazioni di principio.

Un docente incardinato presso l'Università di Reggio Calabria riesce a ottenere il trasferimento su posto vacante all'Università di Roma La Sapienza, sede senz'altro di maggior agio posto che il docente a Roma da sempre risiede con la sua famiglia. Tuttavia, la sequenza procedimentale per il trasferimento, avviata con decreto del Rettore romano nel 1995 – in cui si approva la richiesta, indicandosi al docente la presa in servizio il 1 gennaio 1996 – trova conclusione solo nel 2002, dopo sette anni, a seguito di altra sentenza⁴ con cui il giudice amministrativo annulla gli atti che, successivamente al decreto, lo stesso Ateneo romano aveva adottato per sospendere la procedura di trasferimento in mancanza dell'accordo con l'Università di Reggio Calabria relativo agli oneri per la copertura finanziaria e in organico del posto.

Il docente, finalmente insediatosi presso la Facoltà di Architettura di Valle Giulia dell'Università di Roma La Sapienza nel giugno 2002, propone azione per il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'adozione degli atti di sospensione della procedura che avevano impedito il sollecito trasferimento⁵.

⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2002, n. 537.

⁵ Non può, per inciso, non osservarsi in proposito quanto ormai la litigiosità sia immanente nella società italiana a tutti i livelli, e anche nelle nostre Università, e come l'ampliamento della casistica del danno risarcibile, nel diritto amministrativo, ma anche nel diritto civile, abbia sicuramente contribuito a irrobustire la tutela del cittadino, ma abbia, al contempo, concorso a nutrire abbondantemente il contenzioso giurisdizionale, che oggi con la riforma della giustizia si è chiamati a contenere e ridimensionare e che impone, senz'altro, una riflessione attenta sulle scelte di politica del

Il Consiglio di Stato è chiamato, nel giudizio di appello, a quantificare il danno derivante dal ritardo con cui l'Università di Roma ha provveduto al trasferimento e nell'occasione formula alcune osservazioni in merito alla prova di tale danno e all'utilizzo delle presunzioni, da cui appunto questo scritto prende spunto.

Nella sentenza si legge infatti che «[...] la pretesa risarcitoria relativa al danno da ritardo va ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 c.c., con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito, con l'avvertenza che, nell'azione di responsabilità per danni, il principio dispositivo, sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c., opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento [...] è stato poi precisato, però, che la prova in ordine alla quantificazione del danno sofferto può essere raggiunta anche mediante presunzioni, atteso che per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva, sulla scorta della regola dell'inferenza necessaria, ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* in virtù della regola dell'inferenza probabilistica, sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici [...]»⁶.

Nel caso di specie, poiché «[...] si è raggiunta la prova per cui le spese di viaggio e soggiorno sopportate [...], per il periodo 1996-2002, non

diritto nel nostro ordinamento. Per un quadro della giurisprudenza in tema di Università in questi ultimi dieci anni si rinvia al volume *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di A. Marra, Giappichelli, Torino, 2020.

⁶ Si tratta di quanto già affermato dal Consiglio di Stato nella decisione della Sez. V, 8 agosto 2014, n. 4248, che spesso si trova richiamata in via di principio nella successiva giurisprudenza del giudice amministrativo.

furono dipese da una libera scelta [...] ma furono provocate dall'ingiustificato ritardo con il quale l'amministrazione procedente ha completato il relativo percorso, non esaurendolo tempestivamente, provvedendo a decretare, come avrebbe dovuto, il trasferimento del ricercatore universitario nel momento in cui sussistevano tutti i presupposti giuridici per adottare il relativo provvedimento conclusivo (come è stato stabilito con la sentenza del Consiglio di Stato n. 537/2002), la prova della loro consistenza, contenuta nella documentazione prodotta in primo grado e relativa al costo sopportato per il periodo di "pendolarismo", vale a dire per i viaggi in aereo e in treno nonché per il vitto e l'alloggio, alla luce delle suindicate puntualizzazioni giurisprudenziali può dirsi adeguatamente raggiunta e l'ammontare della somma liquidata congrua».

2. Il ricorso alle presunzioni nel processo amministrativo: breve rassegna della giurisprudenza recente sul tema.

Il catalogo dei mezzi di prova a disposizione del giudice amministrativo, rimasto a lungo invariato se non per gli interventi della Corte costituzionale, si è allargato a partire dalla legge n. 205/2000 così da estendersi oggi a tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento, secondo la formula dell'art. 63 c.p.a.⁷.

Il principio della tipicità dei mezzi di prova, che ha connotato il processo amministrativo, era stato accolto dalla dottrina senza forti contestazioni⁸ e, tuttavia, la possibilità di introdurre mezzi istruttori diversi da quelli indicati all'art. 44 t.u. Cons. Stato era stata proposta sulla base del principio del libero convincimento del giudice⁹ o di una lettura attenta a va-

⁷ Per una ricostruzione della giurisprudenza e della dottrina si rinvia al recente commento agli articoli del codice del processo amministrativo di F. FIGORILLI, *Artt. 63-65* e A. GIUSTI, *Artt. 63-65*, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di Falcon G., Cortese F., Marchetti B., Cedam, Padova, 2021.

⁸ Come ricorda G. D'ANGELO, *La prova atipica nel processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2008, p. 21.

⁹ E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 493.

lorizzare il ruolo del giudice nel disporre dei poteri istruttori più idonei nella situazione concreta¹⁰.

Oggi, quindi, il catalogo dei mezzi ammessi risulta ampliato rispetto alla sua primigenia formulazione e le regole dell'istruttoria nel codice tratteggiano un'attività che mira all'accertamento autonomo del fatto ad opera del giudice sulla base delle indicazioni delle parti, pur facendo salvo il principio acquisitivo, secondo la raffinata costruzione di Benvenuti¹¹.

Nessuna menzione o considerazione trova nel codice del processo amministrativo, come nel codice processuale civile, l'istituto delle presunzioni semplici, disciplinate, invece, all'art. 2729 c.c., che ne ammette il ricorso ogni volta siano gravi, precise e concordanti, ricorso di cui le corti fanno ormai ampio utilizzo soprattutto, ma non solo, nelle controversie sul risarcimento ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale¹², come si legge anche nella pronuncia ricordata nel paragrafo precedente. L'unica disposizione rilevante nel codice del processo è l'art. 64, comma 4, ove si ribadisce che il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo.

Il tema, peraltro, ha suscitato solo di recente l'attenzione degli studiosi del processo amministrativo¹³.

¹⁰ C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994.

¹¹ Nel volume *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 141. Per una rilettura del principio nella disciplina del codice del processo amministrativo si rimanda a L. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 92 e G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 578.

¹² Anche nel processo amministrativo si ammette senz'altro l'utilizzo delle presunzioni per la prova del danno non patrimoniale. In merito si vedano le riflessioni a commento della decisione Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2012, n.6161 di A. BUONFINO, *Prova per presunzioni e danno esistenziale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 938, ove si sottolinea che l'ingresso della prova presuntiva nell'ambito del processo amministrativo (così come, del resto, in quello del processo civile) può ritenersi ammissibile soltanto ove i fatti sui quali il ragionamento inferenziale si fonda siano stati debitamente provati.

¹³ Si rinvia senz'altro, anche per i molti riferimenti e la lettura ragionata della dottrina sul tema, a G. TROPEA, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*

Di qui la scelta di esaminare, anzitutto, come il giudice amministrativo applichi e utilizzi l'istituto delle presunzioni attraverso lo spoglio della giurisprudenza recente. A partire dalla nota decisione dell'Adunanza plenaria del 2013¹⁴, il giudice amministrativo ha fatto propri i principi civilistici, affermando che «deve ritenersi pienamente ammissibile il ricorso a presunzioni in tema di danno ad un bene immateriale, quale quello ... esistenziale, diverso dal biologico e consistente nel pregiudizio, di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, arrecato alle attività non remunerative del soggetto passivo, costretto ad alterare le proprie abitudini ed i propri assetti relazionali ed a sottostare a scelte di vita diverse dalle precedenti in ordine all'espressione ed alla realizzazione della sua personalità anche nel mondo esterno. Presunzioni che, ovviamente, devono essere intese nel senso tecnico di presunzioni semplici..., ossia di "conseguenze che (...) il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato" (art. 2727 cod. civ.), che sono "lasciate alla prudenza del giudice" stesso "il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti" (art. 2729 cod. civ.), e che non costituiscono uno strumento probatorio di rango "secondario" nella gerarchia dei mezzi di prova e "più debole" rispetto alla prova diretta o rappresentativa, valendo sostanzialmente, come la presunzione legale, a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova da parte di chi ne è onerato, trasferendo sulla controparte l'onere della prova contraria».

Leggendo le molte sentenze recenti, in cui si trova il riferimento alle presunzioni in controversie aventi ad oggetto l'azione per il risarcimento del danno, si riscontrano di frequente affermazioni di principio in tema di onere della prova, allegazione e valore delle presunzioni, loro utilità ai fini della quantificazione del danno, discrezionalità del giudice nella valutazione degli elementi di prova emersi in giudizio, come si legge nella

amm., 2019, p. 14 e per una trattazione nel quadro più generale dell'accesso al fatto nel giudizio amministrativo V. BERLINGÒ, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

¹⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 19 aprile 2013, n. 7. Si tratta della vicenda relativa ai dipendenti della Circumvesuviana che lamentavano il danno derivante da usura psicofisica per lo svolgimento dell'attività lavorativa anche nei giorni destinati al riposo settimanale, senza che fosse stato loro mai concesso il corrispondente riposo settimanale compensativo.

sentenza citata nel paragrafo di apertura di questo scritto. Se, tuttavia, le affermazioni di principio sono ricorrenti, così da manifestare un comune sentire, un orientamento generale univoco, l'applicazione della regola di decisione alla controversia in discussione fa sorgere alcuni interrogativi, di cui si darà conto dopo la presentazione di alcuni casi, scelti per la loro significatività.

Anzitutto, in merito alla quantificazione del danno, si osserva che talora il ricorso alle presunzioni permette di liquidare una somma determinata al ricorrente, le cui affermazioni non sono state contrastate dall'amministrazione con alcuna prova; in altre ipotesi, però, analoghe presunzioni non sono ritenute sufficienti a convincere il giudice rispetto al *quantum* richiesto e si considera non assolto l'onere probatorio in capo al danneggiato. Così, in sede di liquidazione del risarcimento del danno da mancata assunzione, si è quantificato il pregiudizio subito dal ricorrente nel cinquanta per cento della retribuzione che egli avrebbe percepito se non fosse stato escluso illegittimamente dalla procedura concorsuale. La valutazione è stata motivata con il fatto che l'amministrazione resistente, il Ministero dell'Interno nel caso di specie, non ha specificamente contestato le allegazioni del ricorrente circa lo stato di disoccupazione e l'età all'epoca dei fatti. L'utilizzo della presunzione per l'adozione di una decisione favorevole al ricorrente si ritiene rafforzato dalla grave contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione – che, sulla base delle medesime condizioni di salute, ha negato l'assunzione a tempo indeterminato del ricorrente ma ne ha consentita l'iscrizione nell'elenco del personale volontario¹⁵.

Diversamente, in altra vicenda in cui si discuteva della scelta dell'amministrazione (nello specifico di nuovo una Università), che, anziché provvedere allo scorrimento di graduatorie precedenti aveva indetto un nuovo concorso per l'assunzione di personale tecnico amministrativo, il giudice, pur riconosciuto l'illegittimo operato dell'Ateneo, ha ritenuto che la richiesta forfettaria della liquidazione del danno da mancata assunzione per una somma pari a € 15.000,00 per ciascuno dei ricorrenti dovesse essere rigettata stante il mancato assolvimento del-

¹⁵T.A.R. Lazio, sez. I stralcio, 7 luglio 2021, n. 8060. In senso analogo, pur nell'ambito di un concorso interno, Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2020, n. 6561.

l'onere di allegare e provare l'*an* e il *quantum* delle asserite conseguenze lesive subite¹⁶.

Analogamente, a partire dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 2/2017, nel caso del risarcimento del danno derivante dalla illegittima mancata aggiudicazione, si è ritenuta priva di valore probatorio una presunzione fondata su dati meramente ipotetici e, di conseguenza, insussistente la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio non può essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, sia perché non può formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale allegato l'importo a base d'asta può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo. Eppure, prima dell'intervento del supremo giudice amministrativo, non vi era affatto uniformità in tal senso e, anzi, proprio al fine di fare chiarezza sul punto ci si era rivolti all'Adunanza plenaria¹⁷.

I casi presentati si riferiscono tutti a controversie in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi sull'azione del risarcimento del danno. La scelta di questo preciso ambito si lega alle peculiarità che lo caratterizzano, anche in tema di onere della prova.

L'azione di risarcimento comporta il modificarsi della valenza propria della prova nel giudizio di annullamento, posto che essa non si rivela utile ad aggredire la ricostruzione del fatto ad opera dell'amministrazione, ma, invece, a dimostrare le conseguenze svantaggiose dell'operato del pubblico soggetto sulla sfera del ricorrente, insieme naturalmente agli altri elementi richiesti ai fini della sussistenza della responsabilità.

Ne risulta quindi un ambito che è disciplinato da regole proprie. Come in più occasioni precisato dal giudice amministrativo, infatti, nell'ambito del giudizio risarcitorio il principio dispositivo non è temperato dal metodo acquisitivo, dal momento che, da un lato, non si registra la necessità di bilanciare un'asimmetria informativa tra l'amministrazione danneggiante e il danneggiato; dall'altro, opera pienamente il criterio di riferibilità o vicinanza della prova, per il quale il debitore è più facilmente in grado di provare l'adempimento dell'obbligazione, anche risarcitoria.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2660.

¹⁷ In tal senso anche G. TROPEA, *op. cit.*, p. 749.

Al danneggiato, dunque, incombe l'onere di fornire in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, e quindi del danno di cui si invoca il ristoro, con la conseguenza che ove la domanda non sia corredata dalla prova del danno da risarcire e della sua entità, la stessa deve essere respinta.

Così, ad esempio, il giudice amministrativo ha respinto l'istanza di risarcimento del danno in conseguenza dell'annullamento della revoca dell'alloggio popolare «in assenza di un'allegazione e di una dimostrazione dei danni subiti», attività per la quale non può esserci supplenza da parte del giudice¹⁸.

Ugualmente non è stato considerato risarcibile il danno non patrimoniale per lesione dei diritti della riservatezza e della dignità personale, in assenza della prova della sussistenza di un concreto pregiudizio: «all'asserita lesione del diritto della personalità, infatti, non fa seguito la deduzione, né la prova (nemmeno in via presuntiva) del danno conseguente effettivamente risentito»¹⁹.

O ancora, nella controversia sul risarcimento del danno conseguente al ritardato rilascio di permesso di costruire per l'ampliamento di una struttura recettiva, il giudice ha affermato che «[...]manca la prova (da dare sia pure attraverso presunzioni semplici) del danno da lucro cessante per il mancato ampliamento della struttura ricettiva nel periodo dal 2004 al 2007 (voce c)), poiché non vi è alcuna prova che la Società sarebbe stata da subito in grado di realizzare l'intervento e averne un vantaggio immediato. In proposito, è utile aggiungere che dopo il rilascio del permes-

¹⁸ Così Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 282.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. II, 12 maggio 2021, n. 3770, ove si precisa che «In conclusione, ai fini dell'affermazione della responsabilità della P.A. (anche di quella contrattuale *ex art. 2087 c.c.*), non basta l'allegazione della non conformità a legge degli atti o dei comportamenti della P.A. stessa: non conformità che nel caso di specie risulta in effetti sussistere, alla luce di quanto emerge dagli atti di causa e dall'intervento del Garante per la privacy. Occorre, invece, la prova degli altri requisiti necessari per configurare l'illecito della P.A.». Si trattava del danno derivante dall'inserimento in via informatica nell'archivio nominativo del personale dei dati relativi allo stato di salute di un militare. Tale inserimento, infatti, rendeva i dati accessibile alla generalità del personale sanitario medico ed agli stessi infermieri.

so di costruire (giugno 2007) è trascorso un rilevante arco temporale prima dell'avvio dei lavori (iniziati nel marzo del 2008). Anche in questo caso la richiesta dell'appellante di quantificazione del danno a mezzo C.T.U. o, in alternativa, in via equitativa, non può trovare accoglimento, trattandosi di richiesta volta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato».

Il danneggiato, nella cui sfera giuridica si afferma l'esistenza del danno, deve offrire elementi probatori dai quali desumere l'illecito lamentato sia per ciò che concerne l'*an* che per ciò che riguarda il *quantum*, salva la possibilità in relazione ad alcune particolari tipologie di danni (quelli non patrimoniali) di fare ricorso a presunzioni.

I casi presentati mettono in luce l'esistenza di una questione di fondo, che l'utilizzo delle presunzioni nel processo pone ogni volta che le prove nel giudizio non offrano quella certezza che dovrebbe essere alla base della decisione della controversia.

Si tratta cioè di comprendere, anzitutto, se il ricorso alle presunzioni sia consentito al giudice solo sulla base della richiesta della parte interessata o, invece, se, in quanto espressione del libero convincimento, le presunzioni siano sempre utilizzabili, naturalmente a patto che siano gravi, precise e concordanti secondo la lettera dell'art. 2697 c.c.

Altra questione, non meno rilevante, è se dalle norme possa ricavarsi un qualche tipo di vincolo nei confronti del giudice che si trovi di fronte alla scelta tra l'applicazione delle presunzioni, da un lato, e il ricorso alla regola dell'onere della prova, dall'altro. Certamente il ricorso alla presunzione semplice presuppone la mancanza della prova e, d'altra parte, la mancanza della prova chiama in causa anche la regola di giudizio derivante dalla distribuzione del relativo onere probatorio tra le parti.

Così pur nella breve disamina di alcuni casi significativi si è cercato di mostrare come talora il giudice utilizzi le presunzioni per giungere alla quantificazione del danno, ma altre volte in mancanza della prova scelga di applicare la regola del mancato assolvimento dell'onere probatorio.

Sulla questione della regola di giudizio nel caso di fatto incerto si cercherà di ragionare nel prossimo paragrafo.

3. *Il difficile distinguo tra mancato assolvimento dell'onere probatorio e sufficienza delle presunzioni ai fini della decisione della controversia.*

Come si è appena ricordato, la presunzione semplice è istituito la cui applicazione diviene rilevante, quando manchi una prova piena, in grado di permettere al giudice di stabilire con certezza i fatti e i presupposti richiamati nella fattispecie da applicare per risolvere il caso concreto.

È in questa prospettiva che la presunzione si ritiene essere strettamente legata al principio del libero convincimento, che, come si avrà modo di precisare, rappresenta la regola di giudizio proprio nel caso di fatto incerto.

La dottrina²⁰ ha evidenziato che le presunzioni semplici rappresentano un fenomeno diverso e più complesso di quello delle presunzioni legali *iuris tantum*, poiché il ragionamento del giudice nel costruire la presunzione non mira a ripartire l'onere della prova, ma ha ad oggetto la stessa formazione della prova, avvicinandosi sensibilmente a quello che il giudice stesso compie per valutare la prova e pervenire al convincimento circa la verità del fatto rilevante per la decisione.

A differenza delle presunzioni *iuris tantum*, che in genere rispondono ad una scelta del legislatore basata su esigenze pratiche di semplificazione, le presunzioni semplici derivano da un calcolo di probabilità, dall'applicazione di criteri di massima e regole di esperienza.

Anche le presunzioni semplici, come ricorda la stessa Adunanza Plenaria più sopra citata, vengono a volte inquadrate tra le regole di ripartizione dell'onere della prova. La differenza, rispetto alle presunzioni legali, viene individuata soltanto nella circostanza di non essere state previste dal legislatore, ma costruite di volta in volta dal giudice.

Tuttavia, come attentamente precisato²¹, in genere le presunzioni semplici non vengono utilizzate per ripartire l'onere della prova bensì per facilitare e conseguire il soddisfacimento dell'onere, già attribuito ad una delle parti sulla base delle regole generali. In alcuni settori può parlarsi addirittura di un esonero da qualsiasi prova, poiché il giudice considera fornita la prova sulla base di mere allegazioni, sia pure circo-

²⁰ Così S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 891, con ampi richiami alla dottrina che si è occupata del tema.

²¹ Sempre S. PATTI, *op. ult. cit.* e i richiami ivi contenuti.

stanziare, che conducono ad un giudizio di probabilità. Esse si basano, dunque, su regole di esperienza che consentono al giudice la formazione del convincimento e quindi il conseguimento della prova del fatto. La parte su cui grava l'onere di dimostrare un fatto, in mancanza di prove dirette, può fornire al giudice indizi, cercando di dimostrare la loro concluzione per la dimostrazione del fatto, e invocare quindi la costruzione di una presunzione semplice. In questo senso allora l'iniziativa della parte assume un valore, che può essere determinante nell'attrarre e suscitare l'attenzione del giudice affinché soppesi le presunzioni che possono cogliersi attraverso la ricostruzione dei fatti nel ricorso. Nella lettura della giurisprudenza si avverte, talora, lo sforzo del giudice di motivare in tal senso, indicando il contributo che le allegazioni delle parti e la narrazione del ricorso apporta ai fini della ricostruzione della presunzione.

Il dettato normativo di per sé non esclude l'iniziativa del giudice d'ufficio, al di là dello stimolo delle parti, di decidere sulla base di una presunzione formata in autonomia. Tuttavia, il giudice in questo modo finirebbe per non permettere il contraddittorio delle parti sul punto, così ponendo interrogativi quanto al rispetto dei principi del giusto processo²². È vero, d'altra parte, che nel giudizio amministrativo, in mancanza di una fase istruttoria, lo scambio delle memorie rappresenta la sede per il confronto e proprio da quegli scritti non possano che emergere le presunzioni, che, per trovare considerazione secondo il prudente apprezzamento del giudice, debbono essere gravi, precise e concordanti in base all'art. 2697 c.c.

In proposito, nella giurisprudenza, se pure si osserva in principio il richiamo letterale alla norma, in genere nulla si legge nell'applicazione al caso concreto quanto alla sussistenza degli specifici caratteri elencati nella disposizione del codice civile.

Del resto, già in passato²³ si sottolineava come i requisiti di gravità,

²² Sul valore del giusto processo anche nel giudizio amministrativo si rinvia a M. RAMAJOLI, *Giusto processo e diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 100.

²³ M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83, per questo profilo c. 85. Non è questa la sede per addentrarsi nelle questioni, pure interessanti ma assai più vive nel processo civile, della inferenza tra fatto ignoto e fatto noto e del distinguo tra probabilità e certezza.

precisione e concordanza avessero assunto un significato vago ed incerto, di direttive di massima, la cui formulazione in una norma positiva sarebbe da considerarsi più come un residuo della tradizione storica che come l'indicazione di canoni giuridici effettivamente operativi.

Certamente il regime dell'istruttoria negli ordinamenti moderni ha progressivamente riconosciuto uno spazio sempre maggiore alla discrezionalità del giudice. La libertà da regole di prova legale che predeterminano il valore delle prove svincola il giudice e attribuisce al suo libero convincimento la decisione finale.

Anche nel processo civile si è assistito al progressivo allontanarsi dalla necessità della certezza assoluta del giudice per giungere alla decisione, prendendosi coscienza della più realistica certezza sufficiente a fondare in fatto la decisione. Il criterio della verosimiglianza o del più probabile che non, anche attraverso il ricorso alle massime di esperienza, cioè alle presunzioni legate all'*id quod plerumque accidit*, ha trovato sempre maggiori spazi di applicazione proprio nelle controversie risarcitorie anche grazie all'opera della giurisprudenza della Cassazione, che ha finito per costruire presunzioni ricorrenti (chiamate anche presunzioni giurisprudenziali), cioè tali da giustificare, salvo prova contraria, vere e proprie regole generali rispetto alla prova dei fatti. Si è così di fatto razionalizzata la presunzione in modo da fornire un inquadramento generale così da costringere e vincolare il giudice entro un percorso decisorio e assicurare certezza alla parte processuale²⁴.

Il ricorso a una regola diversa dalla certezza, in favore della prevalenza o del più probabile che non, diminuisce l'oggetto della prova e l'onere in capo alle parti. La diversa regola probatoria, dunque, si riflette senz'altro sull'esito della decisione: lo stesso materiale probatorio, che può essere sufficiente ragionando in termini di probabilità, non lo è in termini di certezza. Così all'assoluzione per il reato ambientale (posto che nel processo penale vige la regola della certezza del fatto) può seguire la condanna al risarcimento del danno ambientale causato dalla medesima condotta (sulla base del diverso criterio probabilistico)²⁵.

²⁴ G. TROPEA, *op. cit.*, p. 743, ravvisa anche nel diritto amministrativo esempi di tali presunzioni.

²⁵ In merito si rinvia a S. PATTI, *op. cit.* e alla relazione *L'onere della prova nella re-*

A ciò si aggiunge il criterio della vicinanza della prova²⁶, a cui si diceva ricorre il giudice amministrativo nel pronunciarsi sull'azione di risarcimento, che comporta una modificazione delle regole tradizionali nel riparto dell'onere, modificazione atta a semplificare l'attività della parte danneggiata.

4. *Riflessi e considerazioni sul principio del libero convincimento del giudice amministrativo.*

In senso stretto il principio del libero convincimento del giudice riguarda il solo momento della valutazione del materiale probatorio e la sua vigenza comporta essenzialmente l'assenza di regole legali inerenti all'efficacia della prova. Il principio, tuttavia, si lega a temi ulteriori come quelli relativi alla valutazione circa la completezza dell'istruttoria e della regola di giudizio nell'ipotesi di fatto incerto²⁷.

In questa declinazione pare evidente la stretta connessione con il ricorso alle presunzioni nella ricostruzione del fatto.

Come si accennava, infatti, le presunzioni si applicano, così come il principio del libero convincimento, quando manchi la prova e di conseguenza vi sia incertezza nella ricostruzione del fatto in giudizio.

Il principio del libero convincimento, infatti, ammette che, a fronte di allegazioni imprecise, il giudice non necessariamente respinga la domanda, ma possa giungere a una decisione favorevole. E ciò può avvenire anche grazie alla costruzione di presunzioni nel singolo caso di specie.

Anche il noto dibattito²⁸ cui ha dato vita la formulazione del comma 2 dell'art. 64 c.p.a., relativo al c.d. principio di non contestazione, sem-

sponsabilità di diritto civile consultabile al link <https://www.youtube.com/watch?v=rTg1M2-zTDE>.

²⁶ In merito al tema della vicinanza alla prova si rinvia a L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 673 ss. e F. SAIITA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Judicium*, 2015, p. 1 ss.

²⁷ Come precisa lo stesso R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, cit., pp. 206 ss.

²⁸ Si rimanda ancora una volta a G. TROPEA, *op. cit.*, e a alla dottrina da lui ricordata.

bra da ultimo essersi composto nel senso di una valenza del principio di tipo istruttorio, non risolutiva della controversia, comunque certo non in grado di vincolare la decisione del giudice. Se dal principio di non contestazione potesse ricavarsi l'incontestabilità dei fatti allegati dal ricorrente si finirebbe per costituire una prova legale, da sempre estranea all'istruzione nel giudizio amministrativo e al metodo acquisitivo che tradizionalmente lo contraddistingue²⁹.

Ben prima dell'adozione del codice, il libero convincimento è stato, perciò, definito, come «la guida unica della propria coscienza» con cui il giudice supera l'incertezza residua³⁰.

In questo senso, esso rappresenta il fatale sbocco della logica globale del sistema istruttorio. Dal momento che il giudice non è vincolato da un onere originario o legale della prova; che esso è libero nello stabilire se vi è un principio di prova, o nel distribuire l'onere della prova; parimenti libero esso si ritiene nel valutare i risultati delle sue precedenti decisioni e valutazioni. L'irrigidimento dell'ultimo passaggio della catena introdurrebbe un elemento manifestamente incompatibile con i primi due: errore logico e contraddizione giuridica³¹.

La disciplina dell'istruzione nel codice del processo amministrativo considera e mette in relazione le affermazioni e le contestazioni delle parti, gli spazi di intervento del giudice e il riparto dell'onere della prova; tuttavia, certamente non è in grado di escludere il residuo di incertezza nell'accertamento dei fatti, sicché si richiede inevitabilmente una regola di chiusura.

Il principio del libero convincimento o del libero apprezzamento non costituisce una licenza decisionale, posto che nessuno mette in dubbio esistano parametri cui legare la razionalità decisoria del giudice anche in relazione al quadro probatorio.

Tuttavia, la costruzione della presunzione e il convincimento, che dalla sua applicazione si forma per esprimersi poi nella decisione del caso, possono comportare una maggior incertezza e imprevedibilità delle solu-

²⁹ In merito da ultimo G. MANFREDI, *op. cit.*

³⁰ Così M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, da *Foro it.*, 1967, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, p. 685, qui p. 688.

³¹ Così sempre M. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 689.

zioni³², come si è visto nella breve casistica giurisprudenziale proposta la paragrafo due di questo scritto, ove scelte opposte sono state adottate in casi simili.

È quanto mai importante, allora, che la sentenza sempre dia conto del ragionamento del giudice, non solo con affermazioni di principio sulle regole dell'istruzione e della prova, ma, come già talvolta si legge, argomentando la costruzione della presunzione nel caso di specie così da rendere note le regole in base alle quali il giudice compie le proprie scelte ed esprimere le ragioni di validità delle scelte in relazione al caso concreto.

Riprendendo le parole di Riccardo Villata³³, il principio del libero convincimento, lungi dal consentire un'indiscriminata libertà del giudice nel settore delle prove, ed in particolare nella scelta dei mezzi di convincimento, esige una disciplina rigorosa delle modalità di raccolta e di assunzione del materiale su cui si eserciterà la valutazione del giudice medesimo.

Bibliografia

- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 141.
- BERLINGÒ V., *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Giuffrè, Milano, 2005.
- BUONFINO A., *Prova per presunzioni e danno esistenziale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 938.
- D'ANGELO G., *La prova atipica nel processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2008.
- DE GIORGI CEZZI G., *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 931.

³² Critico in questo senso G. TROPEA, *op. cit.*, p. 750.

³³ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 195, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 751, qui p. 784.

- FIGORILLI F., *Artt. 63-65*, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di Falcon G., Cortese F., Marchetti B., Cedam, Padova, 2021.
- GALLO C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1994.
- GIUSTI A., *Artt. 66-69*, in *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, a cura di Falcon G., Cortese F., Marchetti B., Cedam, Padova, 2021.
- MANFREDI G., *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 578.
- MARRA A. (a cura di), *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, Giappichelli, Torino, 2020.
- NIGRO M., *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, da *Foro it.*, 1967, c. 9, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, p. 685.
- PATTI S., *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 891.
- PERFETTI L., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 92.
- PICOZZA E., voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 493.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 100.
- RUSSO M., *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Giappichelli, Torino, 2017.
- SAITTA F., *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Judicium*, 2015, p. 1.
- TARUFFO M., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83.
- TROPEA G., *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, p. 683.
- VILLATA R., *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 201.
- VILLATA R., *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 195.
- VILLATA R., *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015.

ALCUNE RIFLESSIONI SULLA REVOCA
DEI CONTRIBUTI PUBBLICI FRA GIURISDIZIONE
ORDINARIA E GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA
(FRA VIZI PROCEDIMENTALI, VIOLAZIONI FORMALI
E INADEMPIMENTI SOSTANZIALI)

Vittorio Domenichelli

SOMMARIO: 1. Premessa: il disagio del dualismo fra pluralità e sconfinamenti delle giurisdizioni. – 2. Un caso emblematico: la revoca dei contributi pubblici. – 3. Affidare tutte le controversie in materia alla giurisdizione esclusiva? – 4. Il giudizio sulla revoca dei contributi nell'ambito di accordi pubblicistici spetta al giudice amministrativo che dovrà decidere secondo le regole del diritto comune.

1. *Premessa: il disagio del dualismo fra pluralità e sconfinamenti delle giurisdizioni.*

Gli atti del convegno di Venezia (13 novembre 2020) dal titolo suggestivo *Le giurisdizioni sconfinite*, dedicato agli incerti confini fra la giurisdizione civile e quella amministrativa; il ponderoso numero 1 del 2021 della rivista *Questione Giustizia*, recentemente dedicato ai rapporti fra le giurisdizioni, dal titolo altrettanto suggestivo *La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo*, con i moltissimi contributi di studiosi sia del processo amministrativo che di quello civile, di magistrati ordinari e amministrativi; per non ricordare il prezioso volumetto di Riccardo Villata, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione – tra giudice ordinario e giudice amministrativo*¹ testimoniano – se ancora ve ne fosse stato bisogno – il di-

¹ Wolters Kluwer, 2019.

sagio del nostro dualismo delle giurisdizioni, diventato ancora più problematico di quanto non sia mai stato.

Ciò è dipeso dall'apparire di nuove relazioni giuridiche con le amministrazioni pubbliche, che intrecciano poteri e accordi; dalle diverse forme in cui le amministrazioni si presentano nei rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento (agenzie, autorità indipendenti, società di diritto pubblico, soggetti privati tenuti all'applicazione di regole pubbliche, etc.), dall'intrecciarsi di norme spesso confuse nella definizione del potere amministrativo, anche per la provenienza delle disposizioni dall'ordinamento europeo che mal si conciliano con il nostro sistema dualistico fondato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive.

Un ruolo non secondario hanno giocato, però, tanto l'attrazione nella giurisdizione ordinaria (apertamente alimentata dalle Sezioni Unite della Cassazione) di situazioni comunque collegate a provvedimenti, ancorché non direttamente incise da essi, le cui lesioni sarebbero purtuttavia "naturalmente" appartenute al giudice amministrativo; quanto la debolezza del giudice amministrativo nel condannare l'amministrazione pubblica al risarcimento del danno, un potere che, a distanza di oltre 20 anni dalla storica conquista della risarcibilità degli interessi legittimi, il giudice amministrativo avrebbe dovuto imparare ad esercitare in modo più sicuro. Ma, avendo prevalso, più che la deferenza verso il potere pubblico, il senso di appartenenza dei giudici amministrativi alla stessa burocrazia statale (per le ragioni storiche molto note, per la provenienza di molti magistrati, ma forse anche per la vicinanza del Consiglio di Stato ai luoghi del potere pubblico), il giudice amministrativo ha finito per lasciare aperto il campo all'avanzare del giudice ordinario.

Neppure la giurisdizione esclusiva ha offerto un vero baluardo contro la progressiva riconquista di territori da parte del giudice ordinario a danno del giudice amministrativo, quel baluardo che alla fine degli anni '80 sembrava divenire via via più forte, al punto di poter ipotizzare che, per il suo tramite, sarebbe stato possibile giungere ad una sorta di unità della giurisdizione sul fronte, però, del giudice amministrativo, come "giudice naturale" delle amministrazioni pubbliche in qualsiasi modo esse si esprimano.

Ciò non è accaduto per molte ragioni, alcune delle quali ho indicato poc'anzi, altre più nobili come la resistenza dei diritti fondamentali al po-

tere amministrativo o la tutela dell'affidamento nei confronti della caducazione del provvedimento favorevole, ma spesso dettate anche da una concezione "proprietaria" della giurisdizione che invece andrebbe considerata esclusivamente una "risorsa" a disposizione di chiunque ne abbia bisogno, come è stato scritto nel bel numero di *Questione Giustizia* da cui abbiamo preso le mosse².

Ma purtroppo dobbiamo constatare che la "giurisdizione plurale" o la "maionese impazzita delle giurisdizioni"³ ormai toccano molti aspetti fondamentali non tanto del riparto, quanto della giustizia amministrativa, dalla tutela risarcitoria del cittadino, ai modelli di responsabilità della pubblica amministrazione, dalla tutela dei diritti fondamentali, a quella dell'affidamento, questioni sulle quali le giurisdizioni sconfinano e si scontrano, non avvertendo che così alimentano il disorientamento e la sfiducia crescenti nei confronti dell'intera giurisdizione che, ancorché suddivisa fra giudici diversi, non può dimenticare di costituire un baluardo unitario che deve offrire una tutela piena ai diritti dei cittadini e una garanzia di giustizia dell'azione amministrativa.

2. *Un caso emblematico: la revoca dei contributi pubblici.*

Un caso emblematico di confronto fra le giurisdizioni è quello delle controversie derivanti dalla revoca di contributi pubblici, la cui cognizione è da tempo spezzata fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Come è noto, al primo la Cassazione attribuisce le controversie che abbiano ad oggetto le revoche determinate da violazioni da parte del beneficiario delle regole fissate nei disciplinari che afferiscono agli atti di concessione, violazioni considerate alla stregua di inadempimenti contrattuali che comportano la risoluzione del rapporto (paritario) in cui il contributo si inserisce; al secondo, al giudice amministrativo – anzi alla sua

² Mi riferisco al contributo di G. MONTEDORO-E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, nel numero 1 di *Questione Giustizia* e agli altri contributi intorno allo stesso tema.

³ Questo il titolo colorito del contributo di A. LAMORGESE, sempre nello stesso numero di *Questione Giustizia*, pp. 143 ss.

giurisdizione esclusiva *ex art.* 133, comma 1, lett. a), n. 4, c.p.a. – sono affidate le controversie che riguardano gli atti di revoca dei contributi a causa di una rivalutazione dell’interesse pubblico originario, o di una nuova valutazione dell’interesse pubblico alla contribuzione, alla luce di eventi sopravvenuti o, anche, della persistenza dell’interesse pubblico in rapporti contributivi che abbiano ancora una qualche vitalità⁴.

La ripartizione così delineata non ha mancato di creare problemi e di suscitare dubbi, come è stato recentemente evidenziato anche in dottrina⁵, riguardo alla corretta individuazione della situazione giuridica soggettiva vantata dal privato e conseguentemente del giudice competente. Tale incertezza è ingenerata proprio dalla frequente compresenza di situazioni soggettive di diversa natura – che potremmo sicuramente continuare a chiamare diritti soggettivi e interessi legittimi... se fossimo certi della loro consistenza – tanto nella fase “pubblicistica” antecedente all’assegnazione dei contributi, quanto nella successiva fase “privatistica” di utilizzo dei contributi per le finalità stabilite (dalla legge, dall’amministrazione).

Un primo esempio, si rinviene in quella giurisprudenza (ad es. Cass., Sez. Un., sentenza n. 8585/1997; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2013, n. 17) che ha ritenuto perfezionarsi un diritto soggettivo, e conseguen-

⁴ Cfr. di recente Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. Stato, Sez. III, 9 agosto 2017, n. 3975; Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4323; Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2018, n. 3293; Cons. Stato, Sez. III, 16 gennaio 2019, n. 395; Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2019, n. 5357; Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 2019, n. 7136; Cons. Stato, Sez. III, 8 luglio 2020, n. 4392; Cons. Stato, Sez. II, 29 marzo 2021, n. 2609; Cass., Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10295; Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2009, n. 25261; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 25398; Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2013, n. 1710; Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2013, n. 1776; Cass., Sez. Un., 5 agosto 2016, n. 16602; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2018, n. 26877; Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2019, n. 3166; In dottrina: F. CARINGELLA-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI-V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 211 ss.; A. SENATORE, *Il riparto di giurisdizione in tema di revoca dei finanziamenti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2015, 2, pp. 153 ss.; G. BUFFONE, *Riparto di giurisdizione in tema di revoca dei finanziamenti pubblici*, in *www.ilprocessocivile.it*, 2016, ma anche T. COCCHI-M.A. SANDULLI, *La “risoluzione facoltativa” del contratto di appalto (ex art. 108, comma 1, d.lgs. 50/2016) e le questioni sul riparto di giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Foro amm. II*, febbraio 2019, in part. par. 2d).

⁵ S. ANTONIAZZI, *La giurisdizione nelle controversie relative alle sovvenzioni pubbliche e agli aiuti di stato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 121-144, in part. pp. 123-128.

temente sussistente la giurisdizione ordinaria, nell'ipotesi in cui l'amministrazione neghi l'assegnazione di un contributo ad un soggetto che ne abbia diritto in forza della diretta e automatica applicazione di una disposizione di legge o di una convenzione.

Se in quest'ultimo caso il diniego è lesivo di una pretesa che poggia su di un contratto che regola la fattispecie e che dunque può configurarsi senza remore come la lesione di un diritto soggettivo, nel primo il diniego è senz'altro illegittimo perché contrasta con la legge, ma può configurarsi come lesivo di un diritto (di colui che ne abbia fatto richiesta) solo se la legge attribuisce il contributo senza alcuna "mediazione" discrezionale dell'amministrazione. Ma se la legge attribuisce all'amministrazione, nel procedimento di esame delle domande, anche solo una qualche capacità di valutazione dei requisiti o peggio di ordinare le domande a seconda della consistenza dei diversi requisiti, e non limitata esclusivamente al possesso di determinate qualità, già cominciano i guai, giacché una volta instaurato il procedimento e le sue regole, è possibile che, prima del diritto al contributo, possano essere vantati interessi ad un corretto procedimento e ad una giusta valutazione della sussistenza e consistenza dei requisiti (magari esattamente determinati dalla legge).

Se poi, successivamente alla concessione di un contributo o di una sovvenzione (ma anche di un'agevolazione), l'amministrazione procedesse alla loro revoca non in virtù di una rivalutazione dell'interesse pubblico (evidente ipotesi, peraltro piuttosto "ipotetica", di giurisdizione amministrativa), ma a seguito di un riesame della sussistenza – *ex ante* – dei requisiti soggettivi richiesti, a quale giudice dovrebbe rivolgersi l'interessato, per non dire il malcapitato? Si tratterebbe di una forma di autotutela pubblica sindacabile dal giudice amministrativo o di una revoca derivante dalla mancanza di quegli stessi requisiti il cui solo possesso garantiva il diritto all'erogazione del contributo e che dunque, se contestata, dovrebbe essere correttamente demandata ancora alla giurisdizione ordinaria?

La giurisprudenza, però, chiede, in questi casi, di indagare se l'agire dell'amministrazione andrebbe a ledere un diritto pubblico soggettivo, o se esso, al contrario, non si sia mai perfezionato, per la mancanza dei requisiti, "degradando" così la posizione giuridica ad interesse legittimo.

Se poi la revoca del contributo per il venir meno dei requisiti richiesti per ottenerlo fosse inquadrata (come spesso fa la giurisprudenza) in una

sorta di inadempimento alle regole del rapporto, come disciplinato dalla legge e dal disciplinare di concessione del contributo, pur essendo tale ricostruzione mirata all'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, essa meriterebbe qualche riflessione dal momento che il venir meno, in un momento successivo all'assegnazione del contributo, di uno dei requisiti richiesti (ad es. un certo numero di dipendenti, un certo fatturato, il raggiungimento di determinati risultati, ma anche solo la persistenza di una certa qualificazione personale o professionale, come la residenza, la qualifica di imprenditore agricolo, ecc.) potrebbe non dipendere dalla colpa del beneficiario, come sarebbe invece se il contributo fosse usato per finalità diverse da quelle volute dal legislatore e/o dall'amministrazione.

Se, dunque, tali evenienze non possano essere considerate alla stregua di inadempimenti colpevoli del privato beneficiario rispetto alle regole che governano l'utilizzo del contributo – potendo questi dimostrare che l'inadempimento non è a lui imputabile – la revoca del contributo, almeno in quei casi, non avrebbe natura sanzionatoria, ma meramente risolutiva del rapporto e legittimamente la controversia relativa sembrerebbe comunque spettare al giudice ordinario, al quale compete sicuramente nel caso in cui al beneficiario siano attribuite violazioni colpevoli del disciplinare di concessione.

Rimane, tuttavia, dubbia la rilevanza dei vizi procedurali perché la revoca del contributo, anche in siffatti casi, non può non seguire le regole del procedimento: comunicazione di avvio, termine per le osservazioni e per la conclusione del procedimento, si tratti dell'adozione di un provvedimento di revoca o di un atto di risoluzione del rapporto instaurato con l'attribuzione del beneficio.

Così come, allo stesso modo, le regole del procedimento debbono essere seguite nella fase di concessione o diniego del contributo: comunicazione di avvio, se non pubblicazione di un bando, termine per la presentazione delle domande, esame della documentazione, preavviso di rigetto, concessione o diniego del contributo.

A questo proposito, c'è da chiedersi quale rilievo, di fronte al giudice ordinario abbiano le violazioni di tali regole. Certo non ci si può riferire ai vizi della discrezionalità (come l'eccesso di potere) perché là dove c'è discrezionalità non c'è la giurisdizione ordinaria, ma tutti gli altri vizi formali del procedimento (pensiamo solo alla mancanza di comunicazione di avvio, all'incompetenza, alla mancanza di un parere obbligatorio) co-

me incidono sulla validità della revoca e come possono essere apprezzati dal giudice ordinario?

È ovvio che il giudice ordinario può apprezzare anche violazioni formali alle regole contrattuali (il mancato rispetto di un termine per la disdetta di un contratto, la mancanza di una diffida preventiva ad adempiere, l'incongruità del termine concesso, l'incapacità del soggetto che agisce, ecc.), mentre la valutazione dell'importanza dell'inadempimento *ex art. 1455 c.c.* appartiene alle valutazioni sostanziali affidate al giudice, dell'equilibrio contrattuale eventualmente violato.

Tuttavia le violazioni formali alle regole contrattuali non sembrano veramente della stessa specie di quelle alle regole del procedimento se non altro perché, mentre le prime garantiscono esclusivamente i contrapposti interessi delle parti del contratto, queste ultime garantiscono sì – analogamente – il cittadino nei confronti dell'amministrazione, ma anche l'amministrazione da se stessa, dagli errori che senza il contraddittorio con il privato potrebbe compiere, non dimenticando mai che l'amministrazione anche quando opera privatisticamente non è mai assimilabile ad un soggetto privato.

3. *Affidare tutte le controversie in materia alla giurisdizione esclusiva?*

Certo, in questo bailamme, chi, come il sottoscritto, è stato (ed è) un sostenitore della giurisdizione esclusiva⁶, affidare ad essa la materia delle concessioni di contributi, sovvenzioni, agevolazioni pubbliche e della loro revoca, sembrerebbe la soluzione più ragionevole, sebbene l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie in materia di "determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo" (ai sensi del cit. art. 133, comma 1, lett. a), n. 4, c.p.a.) o di quelle relative agli atti e provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, § 3 del Trattato e le controversie sugli atti e provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero (*ex art. 133, comma 1, lett. z-sexies, c.p.a.*), non abbia risolto affatto tutti i problemi.

⁶ Sia consentito ricordare il mio, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988.

In questi ultimi casi, però, ciò è dipeso piuttosto dall'accavallarsi delle normative europee (e della coesistenza della Corte di giustizia UE con il giudice nazionale) ai problemi tradizionali del dualismo, non risolti del tutto – come dicevo – dal pur proficuo espandersi della giurisdizione esclusiva e dall'incremento delle azioni esperibili davanti il giudice amministrativo.

Per fare solo qualche esempio, mentre il giudice amministrativo può sindacare i vizi del provvedimento interno di recupero degli aiuti di Stato, solo la Corte di giustizia può accertare la legittimità della decisione della Commissione europea, che pur è alla base dell'atto di recupero. Oppure, mentre la giurisprudenza prevalente sembra orientata ad attribuire al giudice ordinario il risarcimento del danno al beneficiario dell'aiuto illegale per lesione del legittimo affidamento alla conservazione dell'atto favorevole annullato d'ufficio, una parte della giurisprudenza amministrativa ha invece ritenuto tale controversia ricompresa nella giurisdizione esclusiva, richiamando proprio l'art. 133, comma 1, lett. *z-sexies*) e gli artt. 7, commi 5 e 30, c.p.a.⁷.

4. *Il giudizio sulla revoca dei contributi nell'ambito di accordi pubblicistici spetta al giudice amministrativo che dovrà decidere secondo le regole del diritto comune.*

Non sono però mancati casi in cui le controversie, seppur generate da violazioni degli obblighi pattizi correlati alla contribuzione pubblica, o meglio da contestazioni di violazioni da parte dell'ente pubblico concedente nei confronti del beneficiario, sono state attribuite al giudice amministrativo, in quanto comprese in rapporti regolati da accordi di diritto pubblico (Cass., Sez. Un., ord. 31 luglio 2017, n. 18985, Pres. Canzio, rel. Armano).

Ha stabilito, infatti, la Suprema Corte, in sede di regolamento di giurisdizione, che appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative alla revoca di un contributo pubblico, sebbene motivate con pretesi inadempimenti del beneficiario, quan-

⁷ Su questi temi cfr. S. ANTONIAZZI, *La giurisdizione nelle controversie relative alle sovvenzioni pubbliche e agli aiuti di stato*, cit., spec. pp. 138-142, che elenca anche molte altre controversie che offrono dubbi sulla giurisdizione competente a conoscerle.

do i contributi siano previsti in accordi fra pubbliche amministrazioni (ex art. 15, della legge n. 241/1990). Anche la fase di esecuzione di detti accordi, come quella della conformazione e della conclusione, appartengono alla giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 del d.lgs. n. 104/2010, che «delinea un'ipotesi di giurisdizione esclusiva correlata non ad una specifica materia, ma ad una specifica tipologia di atti (gli accordi fra P.A.: ndr) qualunque sia la materia che ne costituisce oggetto». E l'attrazione nella giurisdizione del giudice amministrativo di tutte le fasi di esecuzione dell'accordo fra pubbliche amministrazioni rende "indifferente" che la tutela richiesta riguardi interessi legittimi o diritti soggettivi, cosicché «nessun rilievo può avere... la distinzione fra fase prodromica del finanziamento, appartenente alla giurisdizione del giudice amministrativo, e fase successiva di revoca dello stesso, appartenente al giudice ordinario».

In tali casi però il giudice amministrativo è chiamato a decidere secondo le regole proprie del giudice ordinario. Ed invero il Consiglio di Stato, in quella controversia che la Suprema Corte gli aveva attribuito in sede di regolamento di giurisdizione, ha finito per valutare se ai beneficiari dei contributi che la Regione intendeva revocare, per aver essi violato alcune regole formali relative alla rendicontazione, fosse o meno imputabile un grave inadempimento, tale da giustificare un provvedimento così severo quale la restituzione dell'intera contribuzione ricevuta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1535, Pres. Severini, Est. Quadri).

Ha sancito il massimo giudice amministrativo che la revoca di contributi per violazione delle regole convenzionali si inserisce in un rapporto di natura negoziale e comunque paritaria, che è disciplinato dai principi e regole di diritto comune, in particolare per quanto riguarda l'inadempimento contrattuale, espressamente applicabili finanche alle convenzioni di diritto pubblico ai sensi dell'art. 11, comma 2, della legge n. 241/1990 (accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento) e agli accordi fra pubbliche amministrazioni dell'art. 15.

In siffatti contesti convenzionali resta onere dell'amministrazione che si duole dell'inadempimento dell'altra parte (nella specie, la beneficiaria, o meglio i beneficiari, del finanziamento) di procedere – prima di dar seguito alle serie conseguenze risolutive del rapporto (e dunque alla revoca del finanziamento) – a «un'attenta, congrua e motivata valutazione di proporzionalità del rapporto tra inadempimento e conseguenze della risolu-

zione riguardo a quanto a suo tempo insieme convenuto». Spetta dunque all'amministrazione di valutare l'entità e la gravità del complessivo inadempimento del beneficiario del contributo alla stregua del principio generale di proporzionalità.

Invero, per valutare la ragionevolezza – e dunque la legittimità – della revoca avversata davanti al giudice amministrativo, si deve far riferimento alla rilevanza delle mancanze rispetto a quanto nascente dal finanziamento e dalla stessa convenzione e, dunque, con riguardo all'intero rapporto, al principio di proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento, valevole sia per i rapporti amministrativi che per quelli convenzionali. Con riferimento a questi ultimi (ai “profili pattizi” per usare le parole della decisione in esame), tale principio si esprime nell'art. 1455 c.c. (Importanza dell'inadempimento) secondo cui il contratto (e, analogamente, ogni rapporto a disciplina convenzionale) non può essere risolto se l'inadempimento ha scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altra parte: principio che è, a sua volta, riflesso della regola generale della buona fede.

Alla luce di tali argomenti tratti dal diritto dei privati, il Consiglio di Stato ha ritenuto “illegittima”, perché sproporzionata, la revoca dei contributi erogati che erano stati comunque utilizzati per le finalità loro assegnate, nonostante alcuni ritardi nella rendicontazione delle spese effettuate, perché tali violazioni formali del disciplinare di concessione non erano tali da costituire un grave inadempimento delle obbligazioni assunte dal beneficiario.

Una sentenza che sposa, con molto acume, il criterio amministrativo della proporzionalità dell'agire della pubblica amministrazione con quello civilistico della gravità dell'inadempimento, inserendo così in un rapporto formalmente paritario la proporzione fra violazione dei patti e interesse delle parti, utilizzando in definitiva un criterio di misura del potere pubblico per delimitare anche quello di un potere che potremmo chiamare privato⁸.

⁸ Per chi lo avesse dimenticato, sul tema dei “poteri privati”, ricordiamo ancora la bella monografia in due volumi di M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Cedam, Padova, 1969, 1974, con innesti proficui delle categorie pubblicistiche in quelle privatistiche.

LA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA COME GARANZIA AVVERSO IL POTERE AUTORITATIVO: IL SUO AMBITO DI ESTENSIONE IN RELAZIONE AGLI ATTI DI SOGGETTI PRIVATI

Francesco Goisis

SOMMARIO: 1. Il diritto e la giustizia amministrativi come strumenti di garanzia rispetto ad un potere autoritativo. – 2. Il rilievo della posizione di monopolio e della delega (esplicita ed implicita) di funzioni pubbliche. Spunti dalla giurisprudenza Cedu e dalla dottrina *Meroni* della Corte di giustizia UE. – 3. Il modello francese. – 4. Delega di funzioni pubbliche e monopolio come elementi per identificare l'ambito della *Judicial Review* nella esperienza inglese. – 5. Conclusioni: ambito soggettivo ed oggettivo della nostra giustizia amministrativa.

1. Il diritto e la giustizia amministrativi come strumenti di garanzia rispetto ad un potere autoritativo.

Netta pare, in Riccardo Villata, la convinzione che vocazione peculiare della giurisdizione amministrativa sia quella di costituire uno strumento di sindacato sul potere autoritativo. Ciò a tutela di un privato che, nonostante le diffuse suggestioni paritarie oggi diffuse tra i cultori del diritto amministrativo, nella realtà dei rapporti con l'amministrazione è in genere in posizione di strutturale debolezza.

È essenzialmente per questa ragione che il Maestro valuta positivamente l'intervento della Consulta nella importante sentenza 6 luglio 2004, n. 204: è solo il potere autoritativo, pur se esercitato da soggetti privati¹, a

¹R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc.*

poter legittimare sul piano costituzionale la giurisdizione amministrativa.

In effetti, il diritto pubblico-amministrativo è sempre stato – fin dalle sue prime compiute teorizzazioni – strumento di realizzazione dello Stato di diritto; quindi essenzialmente diritto delle garanzie, procedurali come processuali².

Per usare le parole di *Otto Mayer* nella prefazione alla edizione francese alla sua più nota opera, infatti, «le *Rechtstaat* veut aussi que ce qui doit avoir lieu dans le cas individuel soit fixé d'une manière formelle par un acte obligatoire équivalant au jugement du tribunal civil: c'est à cela que répondent l'*acte administratif* et surtout la *Justice administrative*»³. In

amm., 2004, pp. 832 ss., spec. p. 839, che tra l'altro nota come, nella giurisdizione esclusiva in materia di evidenza pubblica, la «natura del potere esercitato, anche da soggetti formalmente privati» renderebbe non eccessivamente ardua l'esclusione di «eventuali eccezioni di legittimità costituzionale» in relazione ai principi delineati nella sentenza n. 204/2004.

Per la importanza della pronuncia nel sancire il definitivo accoglimento della tesi della esercitabilità di poteri amministrativi da parte di soggetti privati, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 78 ss.

Sul crescente rilievo del ruolo dei privati nell'esercizio della funzione amministrativa e sulle garanzie (anche giurisdizionali) che a ciò debbono necessariamente accompagnarsi, G. PASTORI, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. it.*, 2014, 7, pp. 1783 ss., secondo cui, ai sensi dell'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 241/1990, «indipendentemente dai soggetti che vi sono preposti, nello svolgimento dell'attività amministrativa...si applicano sempre i medesimi criteri e principi e devono essere assicurati nei riguardi dei destinatari i medesimi diritti e garanzie, nonché conseguentemente i relativi mezzi di tutela. Il che sembra trovare conferma ora anche nell'art. 7, 2° comma del Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010) allorché dispone, pur con norma non perfettamente coordinata con la precedente, che “Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto del procedimento amministrativo”, mostrando che anche ai fini della tutela giurisdizionale viene in rilievo preliminarmente e discriminante la sussistenza di un'attività amministrativa in senso oggettivo...».

² Sulla piena attualità e portata garantistica del diritto amministrativo nella sua costruzione provvedimentale e sul rilievo sempre centrale dell'atto amministrativo nel processo amministrativo, tra gli altri R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. pp. 1 ss.

³ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1903, p. XIII della *Préface de l'édition française*.

altri termini, il provvedimento amministrativo come atto formale equivalente alla sentenza e, parimenti a quest'ultima, soggetto alla legge ed impugnabile, consente di dare rilievo giuridico alla pretesa del cittadino alla legalità e correttezza dell'agire amministrativo. Quest'ultimo – sia o no giustiziabile, ossia sia o meno riconosciuto come manifestazione provvedimentoale – comunque ed egualmente si impone (nello stato di diritto come in quello di polizia) autoritativamente sulla sfera giuridica del privato. Tanto vale, allora, prendere compiutamente atto della sua imperatività, assicurandone però, per quanto possibile, la conformazione a legalità.

Insomma, la ricostruzione pubblicistica delle fattispecie serve a ripristinare un accettabile equilibrio tra il soggetto debole (il cittadino) e l'autorità amministrativa.

E, sia chiaro, tale squilibrio di posizioni da correggere attraverso il diritto pubblico-amministrativo non riguarda i soli poteri restrittivi della sfera giuridica del destinatario, ma anche quelli che si confrontano con posizioni pretensive.

In effetti, dall'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990 sembra emergere la convinzione legislativa che l'ambito naturale del diritto pubblico amministrativo coincida con (e si legittimi sulla base de) la autoritatività della funzione amministrativa, visto che, viceversa, «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

Tuttavia, si è notato, in Italia, come non sarebbe facile comprendere il perché dell'autoritatività dei poteri amministrativi accrescitivi, visto che essi danno qualcosa al destinatario, che è dunque d'accordo a ricevere il beneficio, e, si noti, il più delle volte è chiamato anche a manifestazioni esplicite di volontà, ossia alla presentazione di apposita istanza e, d'altra parte, nei rapporti privatistici la scelta del soggetto privato se concedere o meno un bene della vita è certamente più libera che nei rapporti pubblicistici, ed anzi arbitraria⁴.

⁴D. SORACE-C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Utet, Torino, 1989, pp. 280 ss., pp. 290 ss., ove si osserva che la concessione, perciò, «sembra essere il punto di crisi della nozione di imperatività e, con essa, di quella di provvedimento amministrativo», segnalandosi in particolare «il paradosso che risulterebbe dal considerare imperativo l'atto dell'amministrazione nei confronti del quale i

A così ragionare, però, si rischia di trascurare una essenziale peculiarità del ruolo e posizione dell'amministrazione: solo il pubblico o i suoi delegati possono offrire determinati beni della vita, in quanto beni legalmente *extra commercium* (ad es. quelli oggetto di concessione di bene pubblici), o, perlomeno, beni che solo il pubblico può offrire a determinate condizioni di vantaggio, introvabili sul mercato (ad es. l'alloggio sociale). Beni, cioè, infungibili. O per usare un concetto del tutto centrale per identificare, nel diritto europeo della concorrenza, posizioni dominanti, beni non (o assai difficilmente) sostituibili.

In questo senso, anche il monopolio nei beni o nelle condizioni di fruizione dei beni di cui gode l'amministrazione o il suo delegatario costituisce, secondo linee da noi già intuite dal Cammeo che parlava del monopolio legale come una delle fonti dell'*imperium* pubblico⁵, una posizione di potere, ed esige dovute garanzie. In questo sta anzi, a mio modo di vedere, l'essenza (materiale) della autoritatività dei poteri accrescitivi della sfera giuridica destinatario. Essenza, dunque, non meramente formale (ossia legata al solo carattere formalmente unilaterale del provvedimento accrescitivo), ma bensì sostanziale, e, così, molto più solida e facilmente apprezzabile.

Sarebbe del resto difficile realmente spiegare tale imperatività sul piano (consueto) della (sola) distinzione rispetto ai meccanismi privatistici, ossia della unilateralità come contrapposta alla consensualità: troppo spesso

terzi hanno ampie possibilità di tutela e paritario l'atto del privato nei confronti del quale i terzi sono in stato di totale soggezione».

Sembra condividere questa analisi B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2000, pp. 409 ss., in quanto da un lato non sarebbe vero che mancherebbe il consenso del destinatario nei provvedimenti accrescitivi della sfera giuridica, visto che essi sono nella massima parte dei casi ad istanza di parte (semai tale consenso non risulterebbe segnalato nella ricostruzione che l'ordinamento fa della fattispecie), dall'altro, nei provvedimenti negativi, il rifiuto dell'amministrazione a concedere il bene non sarebbe più imperativo dell'analogo diniego opposto da un qualsiasi privato.

⁵F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Dottor Francesco Vallardi, Milano, s.d., pp. 87-88: «nei rapporti di diritto pubblico uno dei termini, e cioè lo stato, non è più costituito da una serie di interessi concorrenti: trattandosi invece di un ente unico, che offre vantaggi ed utilità materiali e morali, che nessun altro potrebbe offrire, lo stato può in un certo senso considerarsi come un monopolista ...».

si dimentica che anche il contratto con obbligazioni del solo proponente si conclude, *ex art.* 1333 c.c., senza bisogno del concorso di volontà dell'altro contraente, che, nel caso, può rifiutare il beneficio, ma non deve accettarlo⁶.

In sostanza, anche nei rapporti privatistici, un consociato può ben essere arricchito nella propria sfera giuridica da un altro individuo senza il proprio consenso, anche se certo non può esserlo contro la propria volontà tempestivamente manifestata. Come puntualmente rilevato in giurisprudenza di legittimità, in effetti, «La proposta di concludere un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente si perfeziona, ai sensi dell'art. 1333 cod. civ., per il solo fatto del mancato rifiuto nel termine d'uso, senza bisogno d'alcuna accettazione [nemmeno implicita]». Tanto è vero che «ove risulti che il destinatario della proposta abbia comunque ritenuto di accettarla per iscritto, correttamente il giudice di merito può desumere da tale circostanza che le parti abbiano inteso concludere un contratto a prestazioni corrispettive, e non un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente»⁷.

Insomma, il concetto – del tutto centrale nella storia e realtà attuale del diritto amministrativo – di autoritatività del potere anche se accrescitivo della sfera giuridica del destinatario merita di essere definito sul piano sostanziale. Altrimenti si riduce ad una formale unilateralità che – e qui sta il punto di maggior debolezza – non consente nemmeno una cre-

⁶ «La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso».

R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. X, Utet, Torino, 2002, pp. 27 ss. ha, a tal proposito, autorevolmente parlato di una «dichiarazione d'impegno come atto a formazione unilaterale».

Sul tema della unilateralità della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. altresì, nella dottrina civilistica, il classico contributo di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1969, spec. pp. 121 ss., ove si propone la nota formula del negozio «unilaterale con struttura a rilievo bilaterale» (spec. p. 196).

Per più ampie riflessioni sul tema applicato al problema dell'unilateralità della funzione amministrativa, se si vuole, F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Giuffrè, Milano, 2007, in partic. pp. 141 ss.

⁷ Così, ad es., Cass., Sez. II, 31 ottobre 2008, n. 26325.

dibile differenziazione rispetto alle analoghe fattispecie privatistiche, rischiando così di annacquare la distinzione tra diritto pubblico amministrativo e diritto privato.

2. Il rilievo della posizione di monopolio e della delega (esplicita ed implicita) di funzioni pubbliche. Spunti dalla giurisprudenza Cedu e dalla dottrina Meroni della Corte di giustizia UE.

Se è vero che il diritto e la giustizia amministrativa servono a dare efficace tutela contro poteri – non solo formalmente ma anche sostanzialmente – autoritativi, sembra coerente ricostruirne l'ambito soggettivo in una prospettiva essenzialmente funzionale. Ossia guardando alla circostanza che l'attività autoritativa sia stata assunta come funzione da un'autorità pubblica in senso pieno, indipendentemente da ogni altra considerazioni formale (forma del soggetto esercitante la funzione e del rapporto con il cittadino).

Tale impostazione, tra l'altro, come subito vedremo, ben rispecchia l'approccio della giurisprudenza europea (Cedu come dell'Unione europea), e quindi, a fronte dell'inevitabile integrazione con il diritto sovranazionale europeo, consente di ricondurre a coerenza profili fondanti del diritto amministrativo.

Lo studio della Cedu e della sua influenza sul diritto amministrativo nazionale è stato in Italia, a differenza che in altri paesi, per anni assai limitato. Solo nell'ultimo decennio alcuni contributi monografici hanno messo esattamente in luce la sua profonda capacità di trasformazione in senso garantistico del nostro diritto e della nostra giustizia amministrativi⁸.

Una delle questioni ancora maggiormente trascurate è propria quella della nozione di organizzazione governativa. E ciò nonostante che una classificazione pubblicistica a fini Cedu determini l'importante conseguenza della sottoposizione dell'ente a tutti gli obblighi ricadenti sugli Stati ai sensi della Cedu (oltre che, di converso, la carenza di legittima-

⁸ Con compiutezza in relazione ai profili di garanzia procedimentale e giurisdizionale per il cittadino, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

zione al ricorso alla Corte Edu per violazione dei propri diritti): si pensi solo al dovere di giusto procedimento nella determinazione di diritti civili o nella inflizione di sanzioni punitive *ex art. 6 Cedu*, o alla soggezione al principio di legalità-prevedibilità⁹ e, ancora, giusto procedimento, derivante da una serie di diritti umani codificati dalla Cedu.

Ebbene, in generale, per giungere ad una qualificazione pubblicistica a fini Cedu, centrale è il rilievo sia della posizione monopolistica (secondo quanto da ultimo riaffermato nel 2018¹⁰), che dell'esercizio di prerogative materialmente pubblicistiche¹¹.

Quest'ultimo criterio porta in particolare a qualificare pubblicisticamente soggetti di diritto privato operanti nell'interesse pubblico, ove delegatari (anche in mancanza di una chiara base normativa) di funzioni pub-

⁹ Cfr. ad es., in tema di tutela della proprietà (latamente intesa come posizione patrimoniale di vantaggio) a fronte della azione amministrativa, Corte Edu, 7 giugno 2012, caso n. 38433/09, *Centro Europa 7 s.r.l. v. Italy*, § 187: «The first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful ... In particular, the second paragraph recognizes that States have the right to control the use of property, provided that they exercise this right by enforcing "laws". The principle of lawfulness also presupposes that the relevant provisions of domestic law are sufficiently accessible, precise and foreseeable in their application».

¹⁰ Corte Edu, Sez. V, 22 febbraio 2018, caso n. 588/13, *Libert v. France*, § 39: «The present case must also be compared with the cases of *RENFE v. Spain* (dec.) no. 35216/97, 8 September 1997) and *Copland* (cited above, §§ 43-44). In the former case the European Commission of Human Rights held that the Spanish national railway company was a "governmental organization" because it was answerable to the government and held a monopoly (without disregarding the differences between the concepts of "governmental organization" and "public authority", the pattern of analysis used by the Court in these two situations is similar; see, for example, *Kotov*, cited above, § 95)».

¹¹ Per approfondimenti, H. QUANE, *The Strasbourg jurisprudence and the meaning of a "public authority" under the Human Rights Act*, in *Publ. Law*, 2006, pp. 106 ss., spec. p. 121, ove si legge che «However, the case law suggests, at the very least, that where a body is involved in the discharge of the state's obligations under the Convention then it should be regarded as a public entity when performing those functions. In terms of its powers, the cases suggest that where the body exercises coercive or special powers (such as monopoly powers) or powers involved in the discharge of Convention obligations then the body may be regarded as a public entity» e A. WILLIAMS, *Strasbourg's public-private divide and the British Bill of Rights*, in *Eur. Hum. Rights Law*, 2015, 6, pp. 617 ss.

bliche, nel senso di attività di interesse pubblico che altrimenti il pubblico avrebbe dovuto-potuto svolgere da sé. La delega di funzioni pubblicistiche diventa così ragione di sottoposizione a regime pubblicistico dell'attività di un dato ente (altrimenti di diritto privato), per evitare una facile fuga dalle garanzie Cedu (di per sé rilevanti solo nei rapporti "verticali").

E così, ad esempio, nel caso *Woś* del 2005¹² e nei numerosi altri che ne hanno applicato l'insegnamento, i giudici di Strasburgo, a fronte della posizione delle corti polacche che negavano ogni effettivo diritto di azione in sede giurisdizionale con riguardo alla pretesa di indennizzi di guerra amministrati da una fondazione di diritto privato (*Polish-German Reconciliation Foundation*), in quanto, da un lato, la natura privatistica della fondazione sarebbe stata incompatibile con l'affermazione della giurisdizione amministrativa, e, dall'altro, il diritto civile non assicurava alcuna vera tutela verso la pretesa ad un puro vantaggio patrimoniale amministrato da un soggetto privato, la Corte ha statuito che «the respondent State has decided to delegate its obligations arising out of international agreements to a body operating under private law. In the Court's view, such an arrangement cannot relieve the Polish State of the responsibilities it would have incurred had it chosen to discharge these obligations itself, as it could well have done». Come conseguenza, la Corte ha ritenuto, nel 2006, violato l'art. 6 Cedu, per assenza di un giusto procedimento amministrativo, non compensata *ex post* da una *full jurisdiction*¹³. La scelta della fondazione di diritto privato (pienamente parificata, ai fini dell'art. 6 Cedu, ad una autorità amministrativa¹⁴) se e in che misura concedere un indennizzo è stata qualificata cioè come determinazione di un diritto civile, ossia come atto autoritativo con cui un'emanazione dello Stato dispone, con "*binding force*", di una posizione giuridica soggettiva del cit-

¹² Corte Edu, 1 marzo 2005, caso n. 22860/02, *Woś c. Polonia*, § 73.

¹³ Corte Edu, 8 giugno 2006, caso n. 22860/02, *Woś v. Polonia*, § 73.

¹⁴ Tanto che, ad es., nella successiva sentenza Corte Edu, 18 maggio 2010, ricorso n. 25168/05, *Czekien v. Polonia*, § 36, resa in relazione alla stessa fondazione, espressamente si ricorda che «Article 6 § 1 requires that in the determination of civil rights and obligations, decisions taken by administrative or other authorities which do not themselves satisfy the requirements of that Article be subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction».

tadino, in via unilaterale (ossia, nella visione Cedu, con esercizio di una funzione materialmente giurisdizionale), e quindi come atto rispetto cui deve essere disponibile la pienezza delle garanzie del giusto processo.

Come poi più volte ribadito dai giudici di Strasburgo, risulta in effetti persino inutile una discussione se un dato soggetto «was or was not in itself a State authority for the purposes of Article 34 § 1 of the Convention». In realtà, dice la Corte, «It suffices to note that the body in question exercised certain State powers ...», in quanto «the fact that a State chooses a form of delegation in which some of its powers are exercised by another body cannot be decisive for the question of State responsibility *ratione personae*. In the Court's view, the exercise of State powers which affects Convention rights and freedoms raises an issue of State responsibility regardless of the form in which these powers happen to be exercised, be it for instance by a body whose activities are regulated by private law (see *Woś v. Poland* (dec.), no. 22860/02, ECHR 2005-...)»¹⁵.

Nel 2012, poi, la *Grand Chamber* ha statuito, in termini generali, che «The Court has already ruled on the question whether a State can be held responsible under the Convention on account of acts by a company or a private person». Ebbene, «A first category of cases ... concerns the State's responsibility *ratione personae* for the acts of a body which is not, at least formally, a "public authority". In the case of *Costello-Roberts v. the United Kingdom* (cited above, § 27), the Court held that a State could not absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals, in that case an independent school. Similarly, the Court found in *Storck v. Germany* (no. 61603/00, § 103, ECHR 2005-V) that the State remained under a duty to exercise supervision and control over private psychiatric institutions where patients could be held against their will (see also the cases of *Evaldsson and Others v. Sweden*, no. 75252/01, § 63, 13 February 2007, concerning the organisation of the labour market; *Buzescu v. Romania*, cited above, § 78, concerning bar associations; and *Woś v. Poland*, cited above, §§ 71-

¹⁵ Corte Edu, Sez. II, 11 ottobre 2005, caso n. 4773/02, *Sychev v. Ukraine*, § 54; in termini sostanzialmente identici, da ultimo, Corte Edu, Sez. V, 26 novembre 2015, caso n. 24213/08, *Basenko v. Ukraine*, § 79 e Corte Edu, Sez. III, 10 maggio 2012, caso n. 25329/03, *Frăsilă and Ciocîrlan v. Romania*, § 66.

74, where the status of the Polish-German Reconciliation Foundation was discussed)»¹⁶.

Nel prendere posizione sull'obbligo di scuole private delegatarie dello Stato di rispettare i principi convenzionali europei, nel 2014 la *Grand Chamber* ha altresì respinto la comoda osservazione per cui lo studente avrebbe sempre potuto scegliere un altro istituto scolastico: in concreto, dice la Corte, questo non era vero, perché a distanza accettabile vi erano sì altre offerte formative, ma a costi molto superiori e quindi non realmente sostituibili. In altri termini, il carattere *extra commercium* dell'utilità pubblicisticamente fornita può e deve essere colto (anche) sul piano della reale *affordability* di altre soluzioni astrattamente a disposizione¹⁷.

I giudici di Strasburgo si mostrano così consapevoli che non sempre è dato parlare di monopolio assoluto del pubblico nella fornitura del servizio rientrante nella sua responsabilità. Tuttavia, è possibile parlare di un

¹⁶ Corte Edu, *Grand Chamber*, 3 aprile 2012, caso n. 54522/00, *Kotov v. Russia*, § 92.

¹⁷ Corte Edu, *Grand Chamber*, 28 gennaio 2014, caso n. 35810/09, *O'Keeffe v. Ireland*, §§ 150-151: «It is indeed the case, as emphasised by the applicant, that a State cannot absolve itself from its obligations to minors in primary schools by delegating those duties to private bodies or individuals (see Costello-Roberts, cited above, § 27; see also, mutatis mutandis, *Storck v. Germany*, no. 61603/00, § 103, ECHR 2005-V). However, that does not mean that the present case challenges, as the Government suggested, the maintenance of the non-State management model of primary education and the ideological choices underlying it. Rather, the question raised by the present case is whether the system so preserved contained sufficient mechanisms of child protection. Finally, the Government appeared to suggest that the State was released from its Convention obligations since the applicant chose to go to Dunderrow National School. However, the Court considers that the applicant had no “realistic and acceptable alternative” other than attendance, along with the vast majority of children of primary-school-going age, at her local national school (see *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 8, Series A no. 48). Primary education was obligatory (sections 4 and 17 of the School Attendance Act 1926) and few parents had the resources to use the two other schooling options (home schooling or travelling to attend the rare fee-paying primary schools), whereas national schools were free and the national-school network was extensive. There were four national schools in the applicant's parish and no information was submitted as to the distance to the nearest fee-paying school. In any event, the State cannot be released from its positive obligation to protect simply because a child selects one of the State-approved education options, whether a national school, a fee-paying school or, indeed, home schooling (see *Costello-Roberts*, cited above, § 27)».

“monopolio”, di un’esclusività-infungibilità nella fornitura di un servizio, che sia caratterizzato da una determinata organizzazione e regolamentazione; organizzazione tale da renderlo adeguato a certi obiettivi di socialità e quindi, sotto questo profilo, non sostituibile (almeno per un gran numero di utenti).

Insomma, per i giudici Cedu, non conta la forma, ma la sostanza (pubblicistica) dei poteri (riduttivi della sfera giuridica del destinatario, oppure accrescitivi attraverso un bene della vita non altrimenti ottenibile, almeno a condizioni di *affordability*). E tale sostanza è il più delle volte identificata attraverso il riconoscimento di una (più o meno dichiarata) delega di funzioni statuali ad un soggetto, non importa se persona giuridica di diritto privato e se di per sé comunque soggetta, nella sua attività, ad un regime privatistico.

Più di recente questa impostazione, e in particolare l’attenzione al profilo della delega, ha portato a riconoscere la responsabilità patrimoniale dello Stato italiano a fronte di atti di una società (privata) in stato di insolvenza, cui era stata conferita (da ANAS) una potestà espropriativa¹⁸.

La Corte anzitutto ricorda, al § 39, che «se è vero che l’insolvenza di una società privata non può comportare una responsabilità dello Stato riguardo alla Convenzione e ai suoi Protocolli (Shestakov c. Russia (dec.), n. 48757/99, 18 giugno 2002), lo Stato non può sottrarsi alla sua responsabilità delegando i propri obblighi ad enti privati o a persone fisiche. In altre parole, il fatto che lo Stato scelga una forma di delega in base alla quale alcuni dei suoi poteri sono esercitati da un altro organo non è sufficiente a risolvere la questione della sua responsabilità. Secondo la Corte, l’esercizio di poteri statali che hanno un’influenza sui diritti e sulle libertà sanciti dalla Convenzione può far sorgere la responsabilità dello Stato, indipendentemente dalla forma in cui tali poteri si trovano ad essere esercitati, fosse anche da parte di un ente di diritto privato ...».

Ebbene, nel caso di specie la delega di poteri era innegabile, dato che la società era: «stata incaricata di una missione di servizio pubblico essendo delegata di tutti i poteri connessi all’espropriazione di un terreno ai fini della sua acquisizione al patrimonio pubblico e della costruzione di un’opera pubblica». Lo Stato avrebbe potuto esercitare direttamente tali

¹⁸ Corte Edu, Sez. I, 14 marzo 2019, caso n. 43422/07, *Arnaboldi c. Italia*.

poteri. Il fatto di aver scelto di agire tramite una persona giuridica di diritto privato «non può sollevare lo Stato italiano da quelle che sarebbero state le sue responsabilità se avesse preferito adempiere lui stesso a tali obblighi, come sarebbe stato in suo potere fare» (§ 40).

Ed ancora, con riguardo a poteri di controllo esercitati da società private sulla spettanza di benefici relativi a un sistema assicurativo obbligatorio svizzero istituito per legge, la Corte di Strasburgo ha osservato come dato il carattere *binding* (ossia autoritativo) delle loro decisioni, tali società, nell'emanarle, dovessero rispettare tutti i principi convenzionali: «The surveillance measure complained of in the present case was ordered by a private insurance company. However, the said company has been given the right by the Federal Office of Public Health to provide benefits arising from compulsory insurance and to collect insurance premiums partly regulated by law», dato che «a State cannot absolve itself from responsibility under the Convention by delegating its obligations to private bodies or individuals (see, among many other authorities, *Kotov v. Russia* [GC], no. 54522/00, § 92, 3 April 2012)»¹⁹.

La *ratio decidendi* della sentenza *Woś* per cui, a fronte di poteri delegati, non conta «the form in which these powers happen to be exercised», e dunque anche la circostanza che il soggetto delegatario sia «a body whose activities are regulated by private law ...»²⁰ è in effetti ormai pienamente parte del patrimonio di garanzie (effettive e non illusorie) elaborato a Strasburgo.

Nel 2014, tale insegnamento è stato tra l'altro riaffermato anche dalla *Grand Chamber*, in relazione all'esercizio di potestà pubblicistiche attraverso la delega ad organi ecclesiastici sulla base di norme concordatarie²¹.

¹⁹ Corte Edu, Sez. III, 18 ottobre 2016, caso n. 61838/10, *Vukota-Bojic v. Switzerland*, §§ 46-47.

²⁰ Così, Corte Edu, Sez. V, 26 novembre 2015, caso n. 24213/08, *Basenko v. Ukraine*, § 79.

²¹ Corte Edu, *Grand Chamber*, 12 giugno 2014, caso n. 56030/07, *Fernández Martínez v. Spain*, § 7: «As has been emphasised by the Court, a State cannot absolve itself of its obligations under the Convention by delegating powers relating to these obligations to non-State bodies. The exercise of State powers which affects Convention rights and freedoms raises an issue of State responsibility regardless of the form in which these powers happen to be exercised. This is the case, for instance, where the State delegates

Una chiara valorizzazione della delega come meccanismo che, nel trasferire poteri, deve altresì accompagnarsi ad un regime pubblicistico di garanzia si ritrova anche nella giurisprudenza dell'Unione europea.

Invero, in due tra le prime sentenze della Corte di giustizia riguardanti una vicenda italiana ma, purtroppo, rimasta in massima parte estranea al dibattito giuridico nazionale, i giudici comunitari (*Meroni c. High Authority* del 1958²²) hanno affermato, in tema di delega a enti privati di funzioni autoritative, un principio semplice, ma estremamente efficace e diretto: un soggetto privato incaricato dell'esercizio di alcuni poteri autori-

some of its powers to a body whose activities are regulated by private law (see Woś, cited above, § 72; Storck, cited above, § 103; Kotov v. Russia [GC], no. 54522/00, § 92, 3 April 2012; and O'Keeffe v. Ireland [GC], no. 35810/09, § 150, ECHR 2014). Likewise, the Convention does not exclude the transfer of competences under an international agreement to an international organisation provided that Convention rights continue to be secured. The responsibility of the State continues even after such a transfer (see *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 32, ECHR 1999-I).

²² Corte giust., 13 giugno 1958, in causa 9/1956, in *Racc.*, pp. 13 ss. Vedi anche la controversia "parallela", Corte giust., 13 giugno 1958, in causa 10/1956, in *Racc.*, pp. 53 ss.

Tale giurisprudenza, pur resa nell'applicare la disciplina Ceca, è ancora oggi richiamata dalla Corte di giustizia, quale *leading case* in tema di delega di poteri. Cfr., da ultimo, Corte giust., 12 luglio 2005, in causa C-154/04 e C-155/04, *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health, Nutri-Link Ltd e Secretary of State for Health* e 26 maggio 2005, in causa C-301/02 P, *Carmine Salvatore Tralli e Banca centrale europea*, ove in particolare si legge, al punto 43, che «Per quanto riguarda le condizioni da rispettare nell'ambito di siffatta delega di competenze, si deve rilevare, come precisato dalla Corte nella sopra menzionata sentenza Meroni/Alta Autorità (v. punti 40-44, 46 e 47), che innanzi tutto l'autorità che conferisce la delega non può investire l'ente delegatario di poteri diversi da quelli che essa stessa abbia ricevuto. In secondo luogo, l'esercizio delle competenze conferite all'ente delegatario deve essere soggetto alle medesime condizioni di quelle alle quali esso sarebbe soggetto se l'autorità delegante li esercitasse direttamente, in particolare, per quanto riguarda i requisiti di motivazione e di pubblicazione. Infine, anche se autorizzata a delegare le proprie competenze, l'autorità delegante deve adottare una decisione esplicita con la quale trasferisce i detti poteri e la delega può avere ad oggetto soltanto poteri esecutivi, esattamente definiti».

Per una sintesi dell'analogo approccio rinvenibile nella giurisprudenza e dottrina tedesca, cfr. E.J. LOHSE, *Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an "Indirect Horizontal Effect"*, in *Eur. Publ. Law*, 13, 2007, pp. 159 ss., spec. p. 168: «It is unanimously assumed that fundamental rights bind the "private" actors, as the state must not "abandon" its obligations by delegation or the choice of the organizational form».

tativi comunitari deve motivare le proprie decisioni ed emanarle secondo il procedimento normativamente previsto per l'autorità delegante; questi atti, poi, devono essere soggetti al consueto sindacato giurisdizionale offerto dalla Corte di giustizia²³.

Questo perché, notano i giudici, altrimenti tale ente privato avrebbe acquistato un potere ben maggior di quello del proprio delegante. In altri termini, alle autorità comunitarie non è consentito validamente delegare a soggetti privati un potere libero da vincoli motivazionali, procedurali e di soggezione al sindacato giurisdizionale, per la dirimente ragione che nemmeno le autorità deleganti godono di un tale potere "libero"²⁴.

Conformemente – con considerazioni di indubbio rilievo più generale – osservava l'Avvocato generale che «due punti mi sembrano generalmente ammessi negli Stati moderni quali presupposti per la delega di poteri statali ad enti di carattere privato: tale delega deve essere fatta mediante una legge e la sua portata deve essere ben precisata; non basta che vi sia un adeguato controllo statale, ma si deve anche prevedere la piena tutela giurisdizionale contro gli atti di tali enti privati; si può fornire la tutela giurisdizionale con l'equiparare i provvedimenti di tali enti a quelli delle autorità statali per modo che essi siano impugnabili secondo le norme generali del diritto amministrativo... A mio avviso, questi due punti valgono anche per il diritto della Comunità, in quanto il Trattato non ha espressamente disciplinato tale materia»²⁵.

Come ben più di recente notato nel 2013 dall'Avvocato generale *Jaaskinen* nell'occuparsi di poteri delegati ad un'Agenzia dell'UE, «È chiaro quindi ... dal contesto in cui la Corte ha maturato la sua decisione nella causa *Meroni*, che le sue preoccupazioni erano di duplice natura; in

²³ Sul punto, K. LENAERTS, *Regulating the Regulatory Process: Delegation of Powers in the European Community*, in *Eur. Law Rev.*, 1993, pp. 23 ss., in partic. pp. 40 ss., che segnala la persistente attualità della pronuncia *Meroni*.

²⁴ In particolare, osservano i giudici comunitari che l'Alta Autorità «non poteva conferire all'autorità [privata] delegata poteri diversi da quelli che il Trattato conferisce all'autorità delegante, mentre la facoltà degli organismi di Bruxelles di adottare provvedimenti senza l'osservanza delle prescrizioni alle quali essi sarebbero stati soggetti ove l'Alta Autorità li avesse direttamente emanati, dà in fatto a detti organismi poteri più ampi di quelli che il Trattato conferisce all'Alta Autorità» (p. 38 della *Racc.*).

²⁵ Cfr. p. 107 della *Racc.*

primo luogo, essa era preoccupata per l'assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale degli atti degli organismi di Bruxelles; in secondo luogo, ha tentato di impedire all'Alta Autorità di delegare poteri più ampi di quelli ad essa attribuiti, e che erano definiti in maniera talmente generica da risultare arbitrari. Secondo me, in tale occasione, la Corte stava pertanto rispettando gli imperativi costituzionali di un controllo giurisdizionale effettivo e dell'equilibrio istituzionale»²⁶.

La Grande Sezione, nel decidere nel 2014 il ricorso respingendo il dubbio di violazione dei principi *Meroni*, ha valorizzato proprio la circostanza che nessuna fuga dal diritto pubblico fosse in questo caso ipotizzabile, dato che, a differenza che nella vicenda del 1958, qui la delega era a favore di un soggetto pur sempre pubblico, e quindi sottoposto ad un adeguato regime pubblicistico sostanziale e di tutela giurisdizionale: «Si deve osservare che gli organismi in questione, oggetto della citata sentenza *Meroni/Alta Autorità*, erano enti di diritto privato, mentre l'Aesfem è un ente dell'Unione creato dal legislatore di quest'ultima»²⁷. Sicché, «Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che i poteri di cui l'Aesfem dispone in forza dell'articolo 28 del regolamento n. 236/2012 sono disciplinati in modo preciso e sono soggetti a un controllo giurisdizionale alla luce degli obiettivi stabiliti dall'autorità delegante. Pertanto, detti poteri sono conformi alle condizioni indicate nella citata sentenza *Meroni/Alta Autorità*»²⁸.

In effetti, è sulla base di un simile ragionamento che la Corte di giustizia è giunta a riconoscere la sottoposizione alle libertà economiche dei trattati europei (principi di indiscussa efficacia verticale) di un ente privato di normalizzazione: «L'articolo 28 CE dev'essere interpretato nel senso che si applica alle attività di normalizzazione e di certificazione di un ente privato, qualora la legislazione nazionale consideri conformi al diritto nazionale i prodotti certificati da tale ente e ciò produca l'effetto di ostacolare la com-

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale *Nilo Jaaskinen*, 12 settembre 2013, in causa C-270/12, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, punto 64.

²⁷ Corte giust., Grande Sez., 22 gennaio 2014, in causa C-270/12, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, punto 43.

²⁸ Punto 53.

mercualizzazione di prodotti sprovvisti di tale certificato»²⁹. Aveva, sul punto, ben osservato l'Avvocato generale *Trstenjak* che «Gli Stati membri sono ... tenuti, nell'ambito della produzione normativa tecnica nazionale, a rispettare gli obblighi derivanti dalla libera circolazione delle merci. Qualora gli Stati membri potessero eludere tale obbligo di rispetto delle libertà fondamentali nell'elaborazione e applicazione di norme tecniche mediante un trasferimento – de facto – dei poteri ad associazioni private, ne deriverebbe un'applicazione non uniforme del diritto dell'Unione. Infatti, negli Stati membri in cui il potere di normazione e di certificazione resta riservato alle autorità in quanto funzione pubblica, essa dovrebbe essere esercitata nel rispetto delle libertà fondamentali. Negli Stati membri, invece, in cui tale compito venga trasferito – de facto – ad un'associazione di diritto privato, le libertà fondamentali resterebbero, a tal riguardo, inefficaci»³⁰.

Giurisprudenza Cedu e, rispettivamente, dell'Unione europea mi paiono dunque giungere ad esiti coerenti: la delega di funzioni pubblicistiche a privati, comunque essa si realizzi e purché sia sufficientemente chiara, impone la conservazione delle tutele procedimentali e processuali, cioè del regime di garanzia proprio del diritto pubblico, perché altrimenti si eluderebbero queste garanzie e, d'altra parte, si delegherebbe un potere libero, ossia qualcosa di non posseduto dallo stesso delegante.

In linea di principio, per evitare una facile fuga da (elusione de) le garanzie pubblicistiche, la delega di funzioni pubblicistiche deve cioè implicare anche la sottoposizione a regime pubblicistico e alle relative forme di sindacato giurisdizionale dell'attività di un ente di diritto privato.

3. *Il modello francese.*

Non è difficile cogliere nel percorso delle giurisdizioni europee l'eco dell'esperienza giurisprudenziale francese.

Già negli anni '40 dello scorso secolo, il *Conseil d'État* è giunto a rico-

²⁹ Corte giust., Sez. IV, 12 luglio 2012, in causa C-171/11, *Fra.bo SpA v. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein*.

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale *V. Trstenjak*, presentate il 28 marzo 2012 in causa C-171/11, cit., punto 49.

noscere il carattere amministrativistico e provvedimentoale degli atti unilaterali di persone giuridiche private.

Ciò a due condizioni: che siano emanati nel contesto di una missione di interesse generale e che costituiscano esercizio di una prerogativa pubblicistica, cioè siano (almeno) materialmente autoritativi.

In particolare, nel 1946³¹ il *Conseil d'État*, nel noto caso *Morand*, ha riconosciuto che privati incaricati della gestione di un servizio pubblico possono emettere atti amministrativi autoritativi. Naturalmente, non tutti gli atti unilaterali delle persone incaricate di una missione di servizio pubblico hanno un carattere amministrativo: deve trattarsi dell'esercizio di prerogative del potere pubblico.

Tale insegnamento non è mai stato più posto in discussione, essendo invero oggi pacifico che «Sont des actes administratifs les actes des personnes privées investies d'une mission de service public dès lors qu'elles mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique confiées par habilitation à ces organismes. Pour le dire autrement, l'acte est administratif s'il est pris "dans l'accomplissement d'un service public et dans l'exercice de prérogatives de puissance publique"»³².

Il punto è importante: mentre nel caso degli enti pubblici tutti gli atti unilaterali si presumono soggetti al regime amministrativistico, quanto alle persone giuridiche private occorre, altresì, l'identificazione in concreto di un profilo di autoritatività pubblicistica.

Ad esempio, una circolare interpretativa emessa da un privato nell'ambito dell'organizzazione del suo servizio pubblico è un atto sì unilaterale, ma di diritto privato, in quanto non manifesta l'esercizio di una prerogativa dei poteri pubblici³³. Diverso il caso della circolare normativa obbligatoria, che, in quanto esercizio di prerogative del potere pubblico da parte del privato, costituisce un atto amministrativo³⁴. Al contrario, a tutte le circolari emanate da enti pubblici, anche se di carattere

³¹ *Conseil d'État*, 28 giugno 1946, *Morand*.

³² *Conseil d'État*, 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises de sport*.

³³ *Tribunal confl.*, 13 gennaio 1992, *M. Ray, Lebon 476* e *Tribunal confl.*, 22 settembre 2003, *Bergamo c/ Caisse d'épargne et de prévoyance de la Côte d'Azur*.

³⁴ *Tribunal confl.*, 22 aprile 1974, *Directeur régional de la sécurité sociale d'Orléans c/ Sieur Blanchet*.

puramente interpretativo, viene riconosciuto un regime amministrativistico.

Insomma, nel caso delle persone giuridiche di diritto privato, occorre guardare non solo allo scopo dell'attività (missione di interesse generale), ma, altresì, ai mezzi con cui quest'ultima viene svolta, che devono essere materialmente autoritativi.

In effetti, il potere di decidere unilateralmente non costituisce di per sé una prerogativa del potere pubblico: le persone giuridiche di diritto privato emanano normalmente atti unilaterali nel quadro del loro funzionamento interno³⁵.

Tuttavia, a determinare una qualificazione amministrativistica, può bastare una semplice, ma intuitiva, osservazione: ossia il fatto che il potere unilaterale apparentemente privatistico venga esercitato nei confronti di individui che non possono sfuggire alla funzione esercitata dal soggetto privato in questione nel loro campo di attività. Questa circostanza è sufficiente per trasformare un potere organizzatorio interno in un potere autoritativo, esorbitante dalle normali relazioni tra privati o persone giuridiche.

In tale prospettiva, il potere di decisione unilaterale acquista la qualità di una prerogativa del potere pubblico quando è esercitato da un privato al quale l'iscrizione (per svolgere una data attività) è obbligatoria³⁶ e/o che gode di un monopolio³⁷.

Come nelle lucide osservazioni del Cammeo, il monopolio diventa così fonte dell'*imperium* pubblico.

Ciò è particolarmente evidente nel contesto dell'organizzazione sportiva francese. Ivi l'indubbio monopolio di cui il più delle volte godono le federazioni sportive e la loro missione di servizio pubblico fa sì che, pacificamente, i relativi atti autoritativi siano qualificati in senso provvedimentale.

³⁵ *Conseil d'État*, 21 maggio 1976, *GIE Brousse-Cardell* e *Conseil d'État*, 19 febbraio 2003, *Centre technique interprofessionnel des fruits et légumes*.

³⁶ *Conseil d'État*, 22 luglio 1977, *Barry*; *Conseil d'État*, 23 ottobre 1981, *Syndicat de l'architecture*; *Conseil d'État*, 27 luglio 1984, *Kessler* e *Tribunal confl.*, 24 settembre 2001.

³⁷ *Conseil d'État*, 13 gennaio 1961, *Magnier*; *Tribunal des conflits, civile*, 8 giugno 2009, *Fédération française aéronautique* e *Conseil d'État*, 10 giugno 2013.

Insomma, come con speciale chiarezza affermato in dottrina, «le monopole a une conséquence juridique importante, dans le mesure où il pousse de nombreux auteurs à admettre que les fédérations sportives sont bien investies de prérogatives de puissance publique»³⁸, il tutto in coerenza con la nota osservazione per cui «la possession d'un monopole est, dan la doctrine du Conseil d'Etat, la prérogative de puissance publique par excellence»³⁹. In effetti, è specialmente perché le federazioni costituiscono delle associazioni per legge monopolistiche che i loro atti (di per sé apparentemente non dissimili da quelli di altre associazioni), si caratterizzano in senso provvedimentoale: «Il reste, d'autre part, que votre jurisprudence tire des conséquences très larges de la notion de monopole et admet qu'une décision individuelle qui procède en principe des pouvoirs normaux d'une association, c'est particulièrement vrai en matière disciplinaire, emporte la mise en oeuvre de prérogatives dès lors qu'elle émane d'une fédération qui a le monopole de l'organisation d'une compétition...»⁴⁰.

³⁸ J.M. HUON DE KERMADEC, *Le contrôle de la légalité des décisions des fédérations sportives ayant le caractère d'acte administratif*, in *Rev. droit public*, 1985, pp. 407 ss., pp. 424 ss.

³⁹ Così nelle Conclusioni del *Comm. du Gov. Kahn* nel giudizio avanti al *Tribunal des conflits*, 8 novembre 1969, caso *S.A.F.E.R. de Bourgogne et Sieur Arcival, Leb.*

Lo stesso *Conseil d'Etat*, nell'analizzare una sua pronuncia del 1999, ritenuta particolarmente significativa per la comprensione degli orientamenti in tema di nozione di servizio pubblico (si tratta della sentenza 10^{ème} sous-section, 15 ottobre 1999, n. 171169, 171170, 172384) ricorda come «Les critères dégagés par la jurisprudence pour définir l'existence d'une mission de service public exercée par un organisme de droit privé sont classiquement au nombre de trois: une mission d'intérêt général, un contrôle par l'autorité administrative et des prérogatives de puissance publique (Sect., 28 juin 1963, Narcy, p. 401). Si les deux dernières conditions étaient en l'espèce remplies, en raison, d'une part, du contrôle important de l'Etat, notamment sur l'affectation du produit des jeux et, d'autre part, du monopole dont dispose "La Française des Jeux", la Section a estimé que faisait en revanche défaut l'exercice d'une mission d'intérêt général» (così *Conseil d'Etat, Service public 1999*, in <http://www.conseil-etat.fr>).

⁴⁰ *Conseil d'Etat*, 15 maggio 1991, *Association "Girondins de Bordeaux football club"*, *Conclusion de Marcel Pochard, commissarie de gouvernement*, in *AJDA*, 1991, pp. 724 ss., spec. p. 726.

4. *Delega di funzioni pubbliche e monopolio come elementi per identificare l'ambito della Judicial Review nella esperienza inglese.*

Interessante appare anche il dibattito inglese in ordine all'estensione del contenzioso di *Judicial Review*, ossia della tutela giurisdizionale avverso, diremmo noi, l'esercizio di funzioni pubblicistiche autoritative.

In effetti, in Gran Bretagna, in mancanza di una costituzione scritta, la Cedu ha, almeno negli ultimi anni, nell'esperienza delle Corti e nel dibattito dottrinale, assunto a tratti una funzione materialmente costituzionale.

Ben si comprende, quindi, che si sia ben presto affermata una visione schiettamente funzionale di soggetto pubblico, quale peraltro direttamente codificata anche a livello legislativo, visto che l'art. 6, comma 3, dello *Human Rights Act* del 1998 definisce come *Public Authority* (come tale soggetta agli obblighi convenzionali e alla legislazione che li attua ed integra) «any person certain of whose functions are functions of a public nature»⁴¹. Analogamente, le *Civil Procedure Rules* delineano l'ambito di applicazione della *Judicial Review* di nuovo in una prospettiva funzionale, ossia come relativo a «decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function»⁴².

Ebbene, in questo contesto, intensa (per quanto non ancora risolta ma anzi affrontata dalle Corti in modo non sempre del tutto coerente e prevedibile) è stata la discussione in ordine all'individuazione del potere pubblicistico e, con ciò, dell'ambito del contenzioso pubblicistico, ossia della *Judicial Review*.

Particolarmente nota e discussa è la pronuncia resa sul caso *Regina v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin* del 1987⁴³.

⁴¹ Sul punto, se si vuole, F. GOISIS, *I concetti di "public authority" e di "function of a public nature" nell'applicazione dello Human Rights Act 1998 in Gran Bretagna. Alcuni spunti per un'interpretazione della nozione di attività (oggettivamente) amministrativa, di cui all'art. 1, co. 1 ter, della l. n. 241 del 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2, pp. 521 ss.

⁴² CPR Pt 54.1(2)(a)(ii).

⁴³ [1987] Q.B. 815.

Secondo, R. CARANTA, voce *Judicial Review*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, pp. 53 ss., spec. p. 59, si tratterebbe addirittura del *leading case* in tema di

Qui si è riconosciuta l'ammissibilità della *Judicial Review* avverso un atto (rifiuto di adottare un provvedimento sanzionatorio nei confronti di una società "concorrente") emesso da un soggetto che noi definiremmo un organismo di autodisciplina; in specie, un soggetto privatistico, persino privo di personalità giuridica epperò esercitante fondamentali – e fattualmente monopolistici – poteri nel campo della disciplina delle operazioni societarie compiute dalle imprese quotate nella borsa londinese.

Rigettata infatti un'analisi limitata al solo dato formale della fonte del potere (nessun atto legislativo o comunque autoritativo affidava al *Panel* particolari poteri), la *Court of Appeal* guarda invece alla natura della funzione esercitata. Ed allora, osservano i giudici britannici, il governo – seppure, si noti, informalmente ed implicitamente (ossia astenendosi dall'intervenire in materia, e facendo invece affidamento sull'attività del *Panel*) – aveva delegato vasti poteri a tale soggetto. Aveva in particolare preferito, in alternativa all'esercizio diretto della relativa funzione regolatoria, favorire la nascita di un organismo di autodisciplina i cui atti erano, nella prassi, vincolanti quali quelli di un soggetto pubblico («The panel is a self-regulating body in the latter sense. Lacking any authority de jure, it exercises immense power de facto by devising, promulgating, amending and interpreting the City Code on Take-overs and Mergers, by waiving or modifying the application of the code in particular circumstances, by investigating and reporting upon alleged breaches of the code and by the application of threat of sanctions. These sanctions are no less effective because they are applied indirectly and lack a legally enforceable base ...»): insomma, se non ci fosse stato l'organismo di autodisciplina, monopolisticamente *de facto* delegatario, quella funzione (emanazione di codici di disciplina e potestà sanzionatoria), avrebbe dovuto essere presa in carico dal Ministro dell'Industria.

profilo soggettivo degli atti impugnabili, in cui, dunque, si preferirebbe dar rilevanza a «il profilo sostanziale dei poteri concretamente esercitati da un organismo: il che, se implica maggiore difficoltà, porta ad una più vasta applicazione dei rimedi pubblicistici».

Secondo P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna, dal locus standi alla Justiciability*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 112-113, invece, «La decisione sul caso *Datafin*, che pure ha suscitato l'ampio consenso della dottrina, non ha tuttavia avuto un'influenza univoca sul successivo corso della giurisprudenza, la quale si è mostrata e si mostra, poco incline ad estendere la nozione di "public law element"».

Analogamente, e con espresso richiamo alla giurisprudenza resa sul caso *Datafin*, nel caso *Advertising Standards Authority, ex parte The Insurance Services plc* del 1990⁴⁴ si sono ritenuti soggetti a *Judicial Review* gli atti dell'ASA, organismo di autodisciplina pubblicitaria, costituito come soggetto privato di autoregolamentazione in relazione al disposto della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole. L'attuazione regolamentare di questa direttiva da parte del Regno Unito⁴⁵ si basava su l'attribuzione di poteri amministrativi in capo al *Director General of Fair Trading*, esercitabili, però, solo dopo una fase di "autoamministrazione" presso l'ASA; quest'ultima non dotata di alcun potere pubblicistico formale.

In ogni caso, il precedente *Datafin*, a distanza di più di trenta anni, pare sempre vitale. In altri termini, è ormai un dato acquisito che anche il potere autoritativo *de facto* esercitato reclama la *Judicial Review*. Semmai si può discutere come tale regola debba essere in concreto applicata, ossia come tale potere debba essere identificato.

Ad es., da ultimo, nel 2021⁴⁶, la *Datafin doctrine* è stata ripresa e sintetizzata dalla *High Court* nell'occuparsi del regime di impugnazione degli atti disciplinari del *The Taxation Disciplinary Board Ltd* (associazione dei consulenti fiscali).

Ivi si ribadisce che la *Judicial Review* non può e non deve essere limitata al sindacato su poteri formalmente pubblicistici e di fonte (formalmente) legale (invece che contrattuale): «In *R v Panel on Take-Overs and Mergers ex parte Datafin plc* [1987] QB 815 the Court of Appeal held that judicial review is not restricted to bodies which derive their powers from legislation or the prerogative».

In altri termini, se la regola generale è che «If the source of power is legislation, then the body in question will generally be subject to judicial review. If at the other end of the scale the source of power is purely contractual, as for example in the case of a private arbitration, judicial review is not available», tuttavia, nella vicenda *Datafin*, l'indubbio potere di fatto esercitato dall'organismo privato correttamente reclamava una tutela

⁴⁴ [1990] C.O.D. 42.

⁴⁵ *The Control of Misleading Advertisements Regulations 1988*.

⁴⁶ *Hannah, R (On the Application Of) v. The Taxation Disciplinary Board Ltd* [2021] EWHC 1069 (Admin) (27 April 2021).

giurisdizionale di stampo pubblicistico: «Although the Panel lacked any authority de jure, it exercised “immense power de facto” by making and interpreting the code on take-overs and mergers, determining whether breaches had occurred and laying down sanctions. A finding by the Panel of non-compliance with the code amounted ipso facto to misconduct under the rules operated by bodies represented on the Panel and affected the Stock Exchange’s statutory functions for the listing of securities under regulations giving effect to an EEC directive ... Accordingly, the Panel was amenable to judicial review».

La *High Court* ribadisce anche il rilievo del caso *Advertising Standards Authority Limited* e, con ciò, della delega (anche implicita) di funzioni materialmente di (necessaria) responsabilità pubblica: «In some cases the court has decided that a body without any statutory underpinning was amenable to judicial review, because it was clear from the context in which it operated that if it did not exist its functions would be carried out by an existing authority exercising statutory powers (R v Advertising Standards Authority Limited ex parte Insurance Service plc (1990) 2 Admin L.R. 77)».

Tale estensione del contenzioso amministrativo non è però giustificata (secondo linee già chiare in Francia) laddove l’organismo privato in questione non costituisca (né di diritto né di fatto) un’associazione obbligatoria per esercitare una data professione, ma semplicemente una libera associazione basata su un vincolo genuinamente contrattuale, cui i professionisti del settore possono, (solo) se vogliono, aderire. In una simile vicenda, infatti, la relativa potestà disciplinare interna non può ritenersi esercizio di una potestà pubblicistica.

Ma quale è, nel dibattito inglese, il peso, in particolare, della posizione monopolistica?

Non manca chi ha addirittura ritenuto che il monopolio (ovviamente inteso anche in senso relativo, ossia come mera infungibilità del servizio) costituisca la fonte stessa di ogni ipotesi riconosciuta dal diritto vivente di fattispecie soggetta a *Judicial Review*⁴⁷.

Se infatti nel caso dei poteri restrittivi della sfera giuridica è del tutto evidente (ed indiscusso) che essi possano essere esercitati solo dal soggetto

⁴⁷ C. CAMPBELL, *Monopoly Power as Public Power for the Purposes of Judicial Review*, in *L.Q.R.*, 2009, 125, pp. 491 ss.

che *ex lege* si veda riservata la relativa potestà, lo stesso vale per i poteri accrescitivi: come abbiamo già notato, ivi il beneficio può essere dato o solo da un determinato soggetto (ad es. l'autorizzazione), ovvero da un solo soggetto a date condizioni di *affordability* o comunque di effettiva sostituibilità (ad es. l'accesso alla prestazione sociale).

Vi sono, naturalmente, anche alcune voci critiche rispetto questa lettura unificante della *ratio* della *Judicial Review*. Ma esse non negano che il monopolio possa costituire e di fatto costituisca nel diritto vivente uno dei principali fattori di individuazione della funzione pubblica e, con ciò, della *Judicial Review*. Semmai, ritengono che tale elemento non possa essere il fattore unificante per spiegare l'intero ambito del contenzioso pubblicistico, il quale esprimerebbe anche diverse esigenze, ad es. di garanzia del principio di legalità e di buon governo⁴⁸.

Nel complesso, le posizioni espresse nel Regno Unito esprimono, in coerenza con l'insegnamento giurisprudenziale europea e con quanto abbiamo visto in sede francese, una spiccata attenzione ad armonizzare realtà sostanziale e sua traduzione giuridica.

Una volta superato il limite della fonte formale del potere, si è aperta un'ampia discussione su come individuare gli ambiti della *Judicial Review*. In tale contesto, pur nella ricchezza del dibattito, indubbio rilievo assumono sia il concetto di delega (formale o anche *de facto* ed informale) di responsabilità (necessariamente, o comunque tipicamente) pubbliche, che quello di posizione monopolistica.

5. *Conclusioni: ambito soggettivo ed oggettivo della nostra giustizia amministrativa.*

Dopo questo veloce *excursus* sul dibattito in sede europea, proviamo adesso a chiederci se e fino a che punto una prospettiva schiettamente funzionale possa proporsi anche per segnare i confini del nostro sistema di giustizia amministrativa.

⁴⁸ Cfr. in particolare M. ELLIOTT, *Judicial Review's Scope, Foundations and Purposes: Joining the Dots*, in *N.Z.L.R.*, 2012, pp. 75 ss. e, soprattutto, A. WILLIAMS, *Judicial review and monopoly power: some sceptical thoughts*, in *L.Q.R.*, 2017, 133(Oct), pp. 656 ss.

Non starò qui a ricordare come ormai pressoché nessuno più dubiti del fatto che la giurisdizione amministrativa possa e debba estendersi anche agli atti amministrativi dei soggetti privati.

Ciò a differenza di quanto il Giannini sosteneva ancora nel 1959⁴⁹. Certo, allora il dato normativo era diverso da quello attuale: in particolare, l'art. 26, comma 1, t.u. Cons. Stato definiva la giurisdizione amministrativa come relativa al ricorso contro «atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante»; il che, se a dire il vero non avrebbe di per sé completamente precluso un'interpretazione lata e funzionale del concetto (non di ente pubblico, ma appunto, più genericamente) di autorità amministrativa, certo non suggeriva, almeno direttamente, un tale percorso.

Oggi, invece, l'art. 7, comma 2, c.p.a. chiarisce che «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo». Ma, come noto, già la sentenza n. 204/2004 della Consulta⁵⁰ aveva legittimato una estensione della giurisdizione amministrativa in relazione agli atti (autoritativi) di soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni.

Insomma, se è vero che, secondo la Consulta, non esiste, in Costituzione, alcun specifico divieto «ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative»⁵¹, a tale affidamento si può e si deve accompagnare, di regola, l'estensione “soggettiva” della giurisdizione amministrativa.

Invero, l'art. 7 c.p.a., sulla scia della sentenza n. 204/2004, sembra dare due indicazioni principali all'interprete: (*i*) la giurisdizione amministrativa trova il proprio perché nel sindacato sul potere amministrativo (visto che si occupa delle controversie «concernenti l'esercizio o il mancato eser-

⁴⁹ M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 157 ss., spec. p. 172, con riguardo agli atti di esercenti privati di pubbliche funzioni: «Si rivelerà tuttavia che questi atti, non essendo atti amministrativi, ma ad effetti equiparati a quelli degli atti amministrativi, non si impugnano mai dinanzi la giurisdizione amministrativa».

⁵⁰ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

⁵¹ Così, Corte cost., 1 luglio 2010, n. 234.

cizio del potere amministrativo»), sicché è proprio in quest'ottica che va identificato il carattere unificante di questa nozione funzionale di pubbliche amministrazioni (ossia il loro essere, come forse meglio si esprimeva il t.u. sul Consiglio di Stato, autorità amministrative) e (ii) quindi i soggetti privati equiparati alle amministrazioni sono, come queste ultime, da identificare essenzialmente sul piano oggettivo, per il fatto di esercitare il potere amministrativo.

Condivisibilmente, quindi, in più pronunce la Corte regolatrice ha colto la stretta connessione tra la previsione di legge e l'insegnamento costituzionale che vede nel dato oggettivo dell'esercizio di potestà amministrative e nelle peculiari esigenze di sindacato il principale, necessario (e, in sostanza, sufficiente), fondamento della giurisdizione amministrativa: «questa norma, infatti, come si legge nella Relazione trasmessa dal Governo al Senato, “definisce la giurisdizione del giudice amministrativo in ossequio alle norme costituzionali e ai noti principi dettati dalla Corte Costituzionale, in particolare nelle sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006. In applicazione di tali regole e principi la giurisdizione amministrativa è strettamente connessa all'esercizio (o al mancato esercizio) del potere amministrativo e in tale ambito rientrano in essa le controversie concernenti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente a detto potere. L'art. 7 costituisce una clausola generale tesa a spiegare la ratio delle diverse ipotesi di giurisdizione amministrativa in termini unitari”»⁵².

In altri termini, i limiti soggettivi discendenti dagli artt. 103 Cost. e 7 c.p.a. non attengono tanto, secondo l'interpretazione ad oggi affermata nel diritto vivente, alla circostanza che la persona giuridica esercitante il potere sia di diritto pubblico o privato; semmai il riferimento legislativo alla pubblica amministrazione viene richiamato per escludere che possa essere ricompresa in giurisdizione amministrativa la controversia (risarcitoria) tra persone fisiche-organi e privato che si affermi leso dal cattivo esercizio del potere⁵³.

⁵² Così, da ultimo, Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2019, n. 34473.

⁵³ Da ultimo, Cass., Sez. Un., 9 marzo 2020, n. 6690: «l'art. 103 Cost., non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una P.A., o soggetti ad essa equiparati, sicché la pretesa risarcitoria avan-

Ho già avuto d'altro canto modo di scrivere come tale evoluzione legislativa paia coerente con il dato costituzionale: invero il riferimento al concetto di pubblica amministrazione (e, implicitamente, a quello di potere amministrativo) agli artt. 103 e 113 Cost. può e deve intendersi funzionalmente, senza cioè precludere l'estensione della giurisdizione in relazione agli atti dei privati che esercitino pubbliche funzioni. In effetti, l'art. 113 Cost. null'altro appare se non una specificazione-esemplificazione – per il particolare caso del ricorso avverso atti espressivi di potere amministrativo – di quella “pienezza” di tutele già richiesta dall'art. 24 Cost. È allora facile convenire che, anche ad immaginare che l'art. 113 Cost. delini i parametri minimi di tutela avverso il solo potere amministrativo esercitato da un soggetto pubblico, equivalenti garanzie e strumenti di tutela debbano assicurarsi nei confronti del medesimo potere, ove esercitato da un ente privato (potere rispetto al quale l'art. 24 Cost. parimenti impone pienezza di tutele). Con il che pubblica amministrazione, negli artt. 103-113 Cost., non può che significare qualsiasi ente attributario di poteri amministrativi, ossia soggetto, che, se anche non formalmente pubblico, è nondimeno pienamente equiparabile, *sub specie* di esigenze di tutela giurisdizionale avverso i propri atti autoritativi, ai soggetti pubblici⁵⁴.

Tale visione, attenta al mantenimento delle garanzie ove le funzioni amministrative siano affidate a privati, pare trovare d'altra parte conferma all'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 241/1990, ove, come noto, si stabilisce che «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge».

In effetti, non v'è alcuna ragione per ritenere che le garanzie «in forza delle disposizioni di cui alla presente legge» siano solo quelle procedurali in senso stretto, e non invece anche quelle – giurisdizionali ammini-

zata nei confronti del funzionario in proprio, cui si imputi l'adozione del provvedimento illegittimo, va proposta dinanzi al giudice ordinario, non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso, stante l'inderogabilità per ragioni di connessione della giurisdizione».

⁵⁴ F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 367 ss.

strative – più volte espressamente o implicitamente richiamate dalla legge generale sul procedimento (a partire dallo stesso regime generale di invalidità del provvedimento illegittimo, di cui all'art. 21-*octies*).

Il più spinoso (e, allo stato, ancora largamente irrisolto) problema rimane piuttosto quello dei poteri mascherati nelle forme del diritto privato sul piano oggettivo, epperò immutati nella loro sostanza pubblicistica ed autoritatività e, quindi, delle correlate esigenze di tutela. Ossia poteri sostanzialmente amministrativistici, anche se formalmente privatistici.

Ebbene, grazie, soprattutto, all'insegnamento Cedu e al rilievo sovraprimario che esso, *ex art.* 117, comma 1, Cost., ha anche in relazione alle sue espressioni giurisprudenziali, si apre la strada, mi pare, per ipotizzare un ulteriore passaggio.

In effetti, come si è detto, l'art. 113 Cost. esemplifica una tutela già riconosciuta in via generale *ex art.* 24 Cost; per di più, anche in virtù della necessità di dare esatto adempimento agli obblighi Cedu, occorre superare il limite oggettivo del contratto e del diritto privato, e riconoscere l'amministrazione nella sua veste autoritativa anche laddove essa si manifesti nelle forme oggettive del diritto privato.

Insomma, la circostanza che il soggetto, oltre che essere soggettivamente privato, si rapporti nelle forme del diritto privato con il cittadino, non deve portare ad una riduzione di tutele. Si deve giungere ad una nozione sostanziale-funzionale non solo di pubblica amministrazione, ma anche di potere amministrativo. Nella vicenda polacca era, ad es., ben evidente in dove si ritrovasse l'*imperium*: l'infungibilità del bene della vita amministrato dalla fondazione era in effetti assoluto; nessun altro ente avrebbe potuto garantire alle vittime di guerra polacche un indennizzo per i danni subiti.

A ben vedere, lo stesso dato letterale dell'art. 7 c.p.a. non si oppone (ed anzi si presta) ad un simile sviluppo, che quindi potrebbe intervenire anche in via di interpretazione costituzionalmente orientata (nonché pienamente coerente con il canone dell'effettività secondo i principi del diritto europeo di cui all'art. 1 c.p.a.): ivi, al comma 3, si ricomprende nel concetto di pubblica amministrazione anche il soggetto privato equiparato a quest'ultima e (si noti la portata estensiva dell'avverbio) *comunque* chiamato al rispetto dei principi sul procedimento amministrativo.

Ha osservato da ultimo il Consiglio di Stato⁵⁵ come i due criteri (equiparazione ad una pubblica amministrazione e, rispettivamente, sottoposizione, per qualunque ragione, al rispetto dei principi sul procedimento amministrativo) siano tra loro alternativi: «Ai sensi dell'art. 7, comma 2, del codice, affinché un soggetto privato possa considerarsi titolare di poteri autoritativi occorre la sussistenza di uno dei requisiti normativi ivi previsti: – o che una disposizione di legge disponga espressamente che un soggetto privato sia “equiparato” alle pubbliche amministrazioni (come avviene ad esempio nel settore degli appalti pubblici, con le nozioni di “amministrazione aggiudicatrice” o di “impresa pubblica”, ovvero quando si tratti della applicazione della normativa sul diritto d'accesso); – o che una disposizione di legge disponga che un soggetto privato sia “tenuto” al rispetto dei principi del procedimento amministrativo, il che comporta “implicitamente” la titolarità di poteri pubblicistici, per un principio di simmetria che lega l'articolazione del procedimento, come disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, all'esercizio di pubblici poteri e alla sussistenza di correlative posizioni di interesse legittimo».

Peraltro, non di rado è stata già percepibile una disponibilità del giudice amministrativo ad estendere la sua giurisdizione a tutti quei casi in cui – seppur secondo forme di (quantomeno) dubbia natura – nella sostanza siano esercitati, per legge o comunque sulla base di una delega legalmente fondata, poteri amministrativi.

È il caso, da ultimo, dei consorzi tra produttori cui siano affidati poteri di controllo in materia agricola: essi, dice il Consiglio di Stato⁵⁶, «operano in delega del Ministero esercitando, quindi, come soggetti delegati, la funzione pubblica di controllo e certificazione spettante al Ministero». Ossia «agiscono... come *longa manus* del Ministero, svolgendo – in via delegata – la funzione ad esso spettante». La loro attività può quindi «qualificarsi come esercizio privato di una funzione pubblica»⁵⁷. Osserva allora condivisibilmente il giudice di secondo grado che «Ciò che rileva...ai fini della giurisdizione è la natura del potere eserci-

⁵⁵ Così, Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2019, n. 6718.

⁵⁶ Cons. Stato, Sez. III, 18 giugno 2019, n. 4114.

⁵⁷ Su tale categoria, A. MALTONI, *op. cit.*

tato e non la natura giuridica del soggetto che esercita il potere: nel caso di specie, si tratta di un potere pubblicistico spettante al Ministero che è stato delegato a determinati soggetti muniti di una specifica autorizzazione, che lo esercitano secondo le modalità ed i principi fissati dal Ministero. Il potere esercitato dal delegato è lo stesso potere che avrebbe potuto esercitare in via diretta il Ministero: la situazione giuridica soggettiva del destinatario del provvedimento, che ha consistenza di interesse legittimo, non muta in relazione alla natura giuridica pubblica o privata del soggetto che ha esercitato il potere». Da qui la giurisdizione amministrativa di legittimità, anche considerato che «Ai fini della giurisdizione, ... la natura privatistica del soggetto non assume ... valenza dirimente ...»; è quindi respinta la tesi del giudice di prime cure per cui il rapporto tra Consorzio e produttore sarebbe stato «di natura privatistica, discendendo dalla stipula di un contratto, in base al quale le aziende pagano un compenso agli organismi di controllo autorizzati dal Ministero delle Politiche Agricole e Forestali e si assoggettano ai controlli e alle ispezioni di tali organismi ...».

Ebbene, *ex art. 6 Cedu*, come ben testimoniato dal caso *Wos*, le pubbliche amministrazioni in senso funzionale sono chiamate al rispetto delle regole del giusto procedimento ove, in qualunque forma (anche *iure privatorum*), determinino diritti civili o infliggano sanzioni di natura penale (altra questione è poi che la mancata realizzazione procedimentale delle garanzie *ex art. 6 Cedu* sia correggibile *ex post* grazie al giusto processo di *full jurisdiction*: ciò non esclude però che l'art. 6 Cedu imponga anzitutto e primariamente una tutela nel procedimento amministrativo).

Del resto, come già notato, l'avverbio “comunque” usato all'art. 7, comma 3, c.p.a. apre la strada ad un'ampia rilevanza di qualunque fattore normativo di sottoposizione alle regole del giusto procedimento, anche, evidentemente, se di fonte sovranazionale.

Ed allora la nozione funzionale Cedu di autorità pubblica pare già da sé in grado di attrarre – in relazione alla funzione amministrativa incidente sul campo del civile e del penale come autonomamente intesi in sede Cedu – un dovere di conformarsi al canone del giusto procedimento e, con ciò, di chiamare in causa, *ex art. 7, comma 3, c.p.a.*, la giurisdizione amministrativa.

Non è un caso che in dottrina si sia (criticamente) affacciata la tesi per cui l'art. 7 cit. finirebbe per sconfessare il criterio del necessario possesso di poteri amministrativi, quali formalmente intesi⁵⁸.

Un po' quello che è avvenuto nell'esperienza anzitutto giurisprudenziale della giurisdizione sugli atti di gara dei soggetti privati (come noto centrale per giungere all'attuale formulazione dell'art. 7 cit.): si trattava, a ben vedere, di atti di cui si discuteva l'effettiva appartenenza al diritto pubblico-amministrativo anche sul piano oggettivo, avendo la Corte regolatrice per anni proposto letture privatistiche secondo lo schema dei concorsi privati. La disponibilità da parte del Consiglio di Stato e poi anche delle Sezioni Unite a vedervi provvedimenti amministrativi, con conseguente giurisdizione amministrativa, si è manifestata in ragione delle maggiori garanzie così fornite a privati ricorrenti.

Ed ancora, è ciò che è (da decenni) si è sperimentato (in Francia come in Italia) in punto di giurisdizione sugli atti di giustizia delle federazioni sportive (formalmente il più delle volte qualificati come lodi arbitrali emessi nel contesto di organizzazioni privatistiche, quali *ex lege* sono le federazioni sportive).

L'ordinamento sportivo è infatti monopolistico, sicché l'accettazione della c.d. clausola compromissoria non è affatto libera manifestazione di volontà per chi voglia praticare, in modo organizzato o professionale, attività agonistiche. Dunque un'accettabile tutela giurisdizionale dei tesserati e degli affiliati reclama, secondo quando già autonomamente intuito dalla giurisprudenza prima ancora dell'intervento legislativo del 2003 in materia di giustizia sportiva⁵⁹, l'impugnabilità degli atti di giustizia sportiva a fronte dei giudici amministrativi⁶⁰. In altri termini, si impone una

⁵⁸ Così, criticando un ipotizzato difetto di delega legislativa, N. PAOLANTONIO, *Commento all'art. 7*, in R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, 2010, pp. 75 ss. e p. 85.

⁵⁹ D.l. 19 agosto 2003, n. 220, il cui art. 3 prevede che «Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2, è disciplinata dal codice del processo amministrativo».

⁶⁰ Cfr. specialmente, Cons. Stato, Sez. II, parere 6 luglio 1983, n. 326, in *Riv. dir.*

riqualificazione del “lodo” come atto avente «carattere sostanziale di provvedimento amministrativo, benché emesso con le forme e le garanzie tratte dal giudizio arbitrale»⁶¹. Insomma, delle due l’una: o la decisione “arbitrale” è un lodo in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. (dunque nullo), oppure è un provvedimento amministrativo (quindi necessariamente giustiziabile, avanti al giudice amministrativo). La Consulta, intervenendo sul punto nel 2011 e poi, in modo analogo, nel 2019, pur ricercando un discutibile compromesso quanto alla portata dell’accertamento dell’illegittimità, non ha negato che in queste vicende venga in questione un potere amministrativo e che si pongano, quindi, le esigenze di tutela presidiate dagli artt. 103 e 113 Cost.⁶².

D’altra parte, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ormai chiarito ciò che avrebbe dovuto essere da sempre indiscusso: i sistemi di giustizia sportiva, ove anche assumano forme arbitrali, non si basano, di regola, sulla libera volontà dei litiganti di rinunciare alla giustizia statale, ma hanno carattere imposto⁶³. Infatti, l’accettazione della relativa “giurisdizione” è un atto di adesione a un sistema di regole, che non può essere

sport, 1984, pp. 505 ss.: «... per chi (singolo o associazione) voglia praticare un tipo di sport con determinati effetti (es.: possibilità di partecipare a competizioni ufficiali, ecc.) l’adesione alla relativa federazione riconosciuta dal C.O.N.I. appare necessaria. Queste osservazioni sembrano già sufficienti a far ritenere che le federazioni non siano mere associazioni di diritto privato», nonché Cons. Stato, Sez. VI, 6 dicembre 1961, n. 1036, in *Riv. dir. sport*, 1962, pp. 75 ss., secondo cui l’affiliazione è, tra l’altro, «fatto costitutivo dello status professionale di tutti coloro che svolgono l’attività in questione [lo sport agonistico], in guisa analoga per quanto accade per le professioni il cui esercizio è condizionato all’appartenenza ad appositi albi».

⁶¹ Così quello che ancor oggi appare la *leading case*, ossia Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5025.

⁶² Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49 e, sulla scia della prima, 25 giugno 2019, n. 160.

⁶³ Cfr. in partic., Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 2 ottobre 2018, casi nn. 575/10 e 67474/10, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, § 115, in relazione all’arbitrato TAS su sanzioni disciplinari antidoping, definito «un arbitrage “forcé”» e Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 22 giugno 2020, casi nn. 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 e 5506/16, *Ali Rıza and Others v. Turkey*, § 226, in relazione ai rimedi “arbitrali” cui sono chiamati a rivolgersi i tesserati alla Federazione calcistica turca, definiti come «compulsory arbitration proceedings». Da ultimo, riprende tale insegnamento sugli arbitrati calcistici turchi, Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 18 maggio 2021, caso n. 48909/14, *Doğan v. Turkey*.

zione” il più delle volte o è dovuta per legge, o comunque costituisce, in virtù della posizione monopolistica delle federazioni, condizione necessaria per la pratica sportiva⁶⁴.

L’auspicio è che un tale approccio schiettamente funzionale, che non assegna alcun valore necessariamente preclusivo né alla natura privatistica della persona giuridica né al regime formalmente privatistico dei relativi atti e quindi impedisce facili elusioni dei principi costituzionali sulla incomprimibilità del diritto di azione avverso atti di esercizio di poteri autoritativi, possa essere generalizzato.

Solo in tal modo, ossia guardando alla sostanza unilaterale e autoritativa della funzione esercitata invece che alla forma privatistica della persona giuridica o degli stessi atti di esercizio del potere, mi pare, si potrà porre un sicuro argine contro ogni tentazione di fuga dal diritto pubblico-amministrativo e dalle relative garanzie, prime fra tutte quelle giurisdizionali.

Problema, quest’ultimo, invero assai discusso in altri ordinamenti⁶⁵ e a cui, di contro, la dottrina italiana non pare avere prestato particolare attenzione. Forse perché distratta da prospettive paritarie o addirittura filo-

In dottrina, sulle conseguenze in termini sistematici di questa giurisprudenza, L. FREEBURN, *Forced Arbitration and Regulatory Power in International Sport – Implications of the Judgment of the European Court of Human Rights in Pechstein and Mutu v Switzerland*, in *31 Marq. Sports L. Rev.*, 2021, pp. 287 ss.

⁶⁴ Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 2 ottobre 2018 cit., §§ 112 ss.: «La Cour note également que la Commission européenne soupçonne l’ISU d’exercer une sorte de monopole sur l’organisation des compétitions de patinage de vitesse (paragraphe 47 ci-dessus)... Eu égard à la restriction que la non-acceptation de la clause d’arbitrage aurait apportée à la vie professionnelle de la requérante, l’on ne peut pas affirmer que cette dernière a accepté cette clause de manière libre et non équivoque...».

⁶⁵ Per una pur essenziale indicazione di contributi, ad es., nel dibattito inglese, I. BUONO, *What remains of the public/private divide? Mixed messages on the meaning of “public authority”*, in *F.O.I.*, 2020, 17(2), pp. 4 ss.; E. MARIQUE-Y. MARIQUE, *Sanctions on digital platforms: beyond the public-private divide*, in *Cam. I.L.J.*, 2019, 8(2), pp. 258 ss.; S. NIELD-E. LAURIE, *The private-public divide and horizontality in the English rental sector*, in *Publ. Law*, 2019, Oct, pp. 724 ss.; G. JURGENS-F. VAN OMMEREN, *The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide*, in *C.L.J.*, 2012, 71(1), pp. 172 ss. e C.M. DONNELLY, *Leonard Cheshire again and beyond: private contractors, contract and s.6(3)(b) of the Human Rights Act*, in *Publ. Law*, 2005, Win, pp. 785 ss.

privatistiche, che, per quanto magari apparentemente attraenti in astratto, tuttavia non si conciliano con la persistente (e probabilmente inevitabile) concreta realtà dei rapporti di forza tra amministrazione e cittadino⁶⁶, e, con ciò, con gli specifici caratteri che, come ci ricorda Riccardo Villata, deve presentare il suo contenzioso di elezione, quello amministrativo.

⁶⁶Non mancano, naturalmente, eccezioni.

Sul fatto che nel diritto privato, troppo spesso, «non vi sono strumenti di tutela, né posizioni soggettive da far valere, diverse dalla pura e semplice soggezione», G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 297.

Infine, per una netta e vigorosa difesa della tradizione di garanzia offerta dal diritto e giustizia amministrativi, da ultimo, M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in G. GRISI (a cura di), *Le tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 283 ss.

OSSERVAZIONI SULL'ASSETTO PLURALISTICO DELLE GIURISDIZIONI

Margherita Ramajoli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli incerti equilibri nel riparto della giurisdizione. – 3. Gli incerti equilibri nei confini della giurisdizione. – 4. Situazioni giuridiche soggettive e pubblica amministrazione.

1. *Premessa.*

«Ora, mentre sembra difficile disconoscere quanto ormai è nella coscienza di tutti, e cioè l'avvenuto temperamento della teoria meccanicistica dell'interpretazione e la percezione di un aspetto creativo (sotto questo profilo) dell'attività del giudice, tuttavia è necessario non dimenticare che nel nostro ordinamento l'esperienza giurisprudenziale non può essere sopravvalutata sino a riconoscerle la facoltà di modificare le norme positive»¹.

Così scriveva cinquanta anni fa Riccardo Villata, che proseguiva osservando che «il giusto sforzo rivolto all'analisi del dato effettuale, superando le prospettive meramente esegetiche e formali, non deve però indurre a ricercare le fonti del diritto positivo soprattutto nella giurisprudenza, almeno nel nostro sistema, ispirato ai principi della legalità e della certezza, e in cui decisiva appare la norma codificata: pertanto se i giudici non applicano una certa disposizione, non si ha una costruzione normativa, ma si viola la legge»².

¹ R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 149-150.

² R. VILLATA, *op. cit.*, pp. 150-152.

Questo insegnamento-monito risulta ancora più prezioso nella turbolenta epoca attuale. Sempre Villata, questa volta ai giorni nostri, osserva come emergano «tesi oltranziste, sostenute in palese violazione delle norme costituzionali da alcune pronunce della Suprema Corte», la quale «non si rassegna ad accettare l'elementare distinzione tra interpretazione e revisione, liberamente auspicabile, della Costituzione». Prese di posizioni giurisprudenziali che hanno trovato il loro culmine nel «tentativo di superare (anzi, sovvertire) una sentenza del Giudice delle leggi ... ricorrendo alla Corte di giustizia UE, andando così a mettere in discussione il più delicato degli equilibri e dei meccanismi di *convivenza* tra principi fondamentali della Costituzione vigente e disposizioni di fonte europea»³.

Ma procediamo con ordine, perché in questo epilogo giurisprudenziale a venire in rilievo non è solo il già evocato rapporto tra giudice e disposizione normativa, con la conseguente necessità di tracciare una linea di confine tra momento giurisprudenziale e diritto giurisprudenziale.

Qui ad entrare in gioco è anche il funzionamento dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni. La pluralità dei plessi giurisdizionali funziona quando a ciascuna giurisdizione è riservato uno specifico e preciso ambito di intervento, sia pure accompagnato da fisiologiche, ma marginali, aree di sovrapposizione. Ma il pluralismo diviene problematico quando le diverse giurisdizioni operano su uno stesso potenziale terreno, costellato da zone grigie. Siffatto contesto produce frizioni, con conseguenti rischi di nomofilachie duplicate, parallele e non comunicanti, che potrebbero portare alla formazione di discipline diverse su questioni analoghe o addirittura simili. A cascata, ciò genera incertezza in ordine alla natura e alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive da tutelare⁴.

³ R. VILLATA, *A proposito dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1124, che fa riferimento rispettivamente alla ordinanza della Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598 e alla sentenza della Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, su cui cfr. *infra*.

⁴ Rischio paventato da R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 341 ss., p. 347, in tema di responsabilità dell'amministrazione, con due discipline differenti, «l'una governata dalla Cassazione, l'altra dal Consiglio di Stato».

L'attuale epoca si contraddistingue per inediti e complessi tipi di pluralismo giurisdizionale, che portano a contrapporre giudici nazionali a corti sovranazionali.

Tuttavia, si reputa preferibile prendere le mosse dalla prima, tradizionale, tipologia di pluralismo giurisdizionale da noi conosciuta, quella che spezza in due il nostro modello di giustizia amministrativa devolvendo le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione vuoi al giudice amministrativo vuoi al giudice ordinario.

2. *Gli incerti equilibri nel riparto della giurisdizione.*

Storicamente a una previa giurisdizione ordinaria a carattere generale (1865) è stata affiancata una giurisdizione amministrativa parimenti generale (1889)⁵.

Sia pure a seguito di un vivace dibattito in seno all'Assemblea Costituente⁶, il quadro pluralista è stato confermato dalla Costituzione. Quest'ultima ha suggellato il dualismo delle giurisdizioni e il relativo criterio di riparto, dal momento che, come è noto, l'art. 103, comma 1, Cost. stabilisce che il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, «in particolari materie indicate dalla legge», anche dei diritti soggettivi⁷.

La Costituzione, nel ribadire il pregresso sistema dualista, infonde però in esso uno spirito nuovo, superando qualsiasi dubbio in ordine alla sub-valenza degli interessi legittimi e dei giudici che ne conoscono. Diritto soggettivo e interesse legittimo sono pari ordinati nella mente del Costituente (art. 24, comma 1), la giurisdizione è equamente divisa tra giu-

⁵ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, pp. 47 ss.

⁶ Ricostruito da ultimo da G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, pp. 889 ss.

⁷ Sul ruolo centrale dell'art. 103 Cost. nel definire l'ambito delle giurisdizioni cfr. R. VILLATA, *Appunti per un dialogo costruttivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, pp. 221 ss., pp. 225-227.

dici amministrativi e giudici ordinari e all'interno dei due ordini di giudici nessuno ha prevalenza o tendenziale capacità generale, né posizione marginale o funzioni sostanzialmente eccezionali⁸.

Quanto al rapporto con il principio di separazione dei poteri dello Stato, il dualismo giurisdizionale, da un lato, è stato reputato in contrasto con la versione tradizionale del principio, perché una parte della giurisdizione sfugge ai tribunali ordinari, dall'altro lato, è stato però ritenuto rispondente a una concezione nuova di separazione dei poteri, in base alla quale le autorità giurisdizionali devono essere specializzate e indipendenti, anche al fine di potersi limitare a vicenda⁹.

Del resto, già un secolo fa Cammeo metteva in guardia dalle «aberrazioni» del principio di divisione dei poteri, da non intendere con un ossequio «feticistico»: se infatti, procedendo per deduzione dalle premesse della teoria della divisione dei poteri, «è più corretto concludere per l'unità della giurisdizione, che per la specialità dei tribunali amministrativi», nondimeno, «allo spirito, fondamentalmente esatto, di quella teoria risponde sufficientemente una giurisdizione speciale, in modo netto distinta dall'amministrazione attiva e dotata di tale indipendenza, che le permetta esercitare un controllo efficace, sia o no poi questa giurisdizione coincidente con quella ordinaria»¹⁰.

Ma le questioni sollevate dal dualismo degli ordini giurisdizionali non sono poche. La prima criticità deriva dal criterio che ripartisce la giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

In tutti i sistemi si pone la questione dell'individuazione di un criterio di riparto della giurisdizione per le controversie che contrappongono il cittadino alla pubblica amministrazione. Infatti, anche nei modelli monistici le liti amministrative non sono tutte concentrate presso un solo giudice, ordinario o speciale che sia. Dal momento che nei modelli monistici

⁸ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 3 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 33 ss.

⁹ M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 9, p. 23.

¹⁰ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Vallardi, Milano, s.d., pp. 58-60, p. 322.

il giudice che costituisce il maggiore polo di attrazione per le liti pubblicistiche convive comunque con altri giudici, pure tali modelli devono fare i conti con il pluralismo giurisdizionale.

Gli studi di diritto comparato insegnano disincanto e sdrammatizzazione, nel senso che qualsiasi criterio di ripartizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario presenta alcune spinosità¹¹.

Nondimeno il nostro specifico meccanismo di riparto basato sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio risulta particolarmente problematico. Alla prova dei fatti esso si è dimostrato di così difficile funzionamento da mettere a repentaglio l'efficienza complessiva del sistema, con un cittadino che fatica ad individuare con immediatezza a quale giudice rivolgere la sua richiesta di giustizia.

Beninteso, con ciò non si vuole affatto mettere in discussione «il permanente valore, euristico e di sistema, da attribuirsi alla situazione soggettiva qualificata interesse legittimo dal nostro diritto pubblico», che oltretutto, sia pure con diverse denominazioni, non è sconosciuta in altri ordinamenti¹².

Piuttosto si vuole sottolineare il fatto che la qualificazione di una situazione giuridica soggettiva come interesse legittimo oppure come diritto soggettivo è operata non dal legislatore, bensì dalla giurisprudenza. O, meglio, gli interessi legittimi e i diritti soggettivi nei confronti dell'amministrazione, pur affondando le loro radici nel diritto sostanziale, prendono forma precisa nel processo.

Nel riconoscere una situazione giuridica soggettiva il giudice utilizza le disposizioni normative repute rilevanti e da lui interpretate, ma, al tempo stesso, ricorre a schemi teorici di carattere generale¹³.

Del resto, manca una tipizzazione legislativa delle situazioni soggettive spettanti ai singoli nei confronti dell'amministrazione e conseguentemen-

¹¹ G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Cedam, Padova, 2010.

¹² R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 41 ss., p. 42.

¹³ B. TONOLETTI, *Commento all'art. 7 c.p.a., Sezione II*, in *Commentario breve al processo amministrativo*, a cura di G. Falcon, F. Cortese, B. Marchetti, Cedam, Padova, 2021, pp. 67 ss.

te la loro identificazione avviene necessariamente caso per caso, «senza l'ausilio di quelle definizioni e di quelle clausole generali che conferiscono alle situazioni soggettive di diritto civile la loro caratteristica evidenza *a priori*»¹⁴.

Il più importante schema concettuale utilizzato dal giudice è quello secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo richiede la sussistenza del potere amministrativo. Nella giurisdizione generale di legittimità con «la formula *carenza-esercizio illegittimo del potere* ... si intende dire ... che se la controversia verte sulla mancanza, in capo all'organo che emanò l'atto, del potere di cui l'atto medesimo è espressione, essa pertiene ai tribunali civili; se invece il soggetto si lamenta che un potere, pur esistente, è stato esercitato in modo difforme dal paradigma normativo, deve rivolgersi sempre al Consiglio di Stato» e al Tribunale amministrativo regionale¹⁵.

Tale criterio stato affermato dapprima dalle Sezioni Unite della Cassazione, che a partire dal 1949 hanno introdotto il criterio della carenza o del cattivo uso del potere per ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo¹⁶, è stato ribadito successivamente dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 204/2004 e 191/2006¹⁷ e ora sancito anche normativamente dall'art. 7 del codice di rito, che pertanto dal punto di vista lessicale si discosta sotto questo profilo dal dettato costituzionale incarnato dall'art. 103¹⁸.

¹⁴B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 20, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 121 ss., spec. p. 122.

¹⁵R. VILLATA, *Note in tema di discriminazione di competenze giurisdizionali e carenza in concreto del potere*, in *Temi*, 1971, pp. 1 ss., ora anche in *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 205 ss., p. 207.

¹⁶Cass., Sez. Un., 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, 1, c. 926 e anche in *Giur. it.*, 1950, 1, p. 170, e *ivi*, p. 518, con nota di C. VITTA, *Competenza giudiziaria su diniego di potere discrezionale in atti amministrativi*.

¹⁷Sulla sentenza della Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204 si vedano le osservazioni di R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, cit., p. 43.

¹⁸Recita infatti l'art. 7, comma 1, c.p.a., che «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le *controversie*, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, *concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comporta-

Icasticamente il Consiglio di Stato è solito affermare che la «condizione primaria richiesta» per la sussistenza della giurisdizione amministrativa è che «l'oggetto della controversia abbia un collegamento, sia pure indiretto o mediato, con l'esercizio del potere»¹⁹.

Solo che l'individuazione delle condizioni di esistenza del potere amministrativo è un'operazione interpretativa che presenta elevati margini di opinabilità²⁰ e genera incertezze giurisprudenziali, anche all'insegna dell'imprevedibilità²¹.

Inoltre, la sussistenza del potere amministrativo è richiesta sempre e in ogni caso, anche quando il giudice esercita la giurisdizione speciale esclusiva. Evenienza quest'ultima che traghetta direttamente verso la seconda criticità del pluralismo giurisdizionale declinato in termini di dualismo.

Questa criticità non è di tipo strutturale come la prima, bensì emerge a seguito di un fenomeno contingente, e cioè del progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva. Dagli anni '90 del secolo scorso fino ai giorni nostri il legislatore ha rimesso in discussione l'impianto costituzionale che configura il giudice ordinario come il giudice naturale dei diritti soggettivi vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

Vero è che la Corte costituzionale ha cercato di porre un argine al potere discrezionale del legislatore nel ripartire concretamente le funzioni giurisdizionali tra giudice amministrativo e giudice ordinario, precisando che l'art. 103 Cost. non ha conferito al legislatore ordinario «una assoluta ed incondizionata discrezionalità» nell'attribuzione al giudice amministrativo

menti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni» (corsivo aggiunto).

¹⁹ Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2017, n. 382.

²⁰ B. TONOLETTI, *Commento*, cit.

²¹ Quale esempio di questa imprevedibilità si pensi al fatto che, mentre il giudice amministrativo ha negato la propria giurisdizione nel caso di impugnazione di alcuni provvedimenti di graduazione degli sfratti da parte di un'associazione di categoria, ritenendo che tali atti incidano sul diritto del proprietario locatore e abbiano carattere meramente strumentale rispetto al processo esecutivo (Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2015, n. 1629), le Sezioni Unite hanno reputato sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, inquadrando gli atti in questione tra quelli «volti al fine pubblico di prevenzione e controllo del territorio ... espressione di attività pubblicistica provvedimentoale» (Cass., Sez. Un., 17 luglio 2017, n. 17620).

di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, essendo sempre necessario «considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte»²².

Nondimeno il monito autorevole non ha evitato un'anomala esplosione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, plasticamente resa evidente dal lunghissimo elenco delle relative materie contenuto all'art. 133 c.p.a. (dalla lett. a) alla lettera z-sexies)²³.

Nell'ottica del pluralismo giurisdizionale l'espansione della giurisdizione esclusiva da parte del legislatore ha prodotto varie conseguenze: il superamento del carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva, la rottura dell'equilibrio dualistico e la conseguente prevalenza del giudice amministrativo anche nella cognizione di diritti che fronteggiano l'agire della pubblica amministrazione. Tra l'altro, la giurisdizione esclusiva è arrivata a riguardare controversie concernenti anche soli diritti soggettivi, talvolta addirittura soli diritti soggettivi costituzionalmente tutelati, come avviene nel caso del contenzioso elettorale²⁴.

Di qui l'ambivalenza, da un lato, di richiedere che le controversie relative a diritti partecipino della medesima natura di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità e sottendano l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, dall'altro, di prevedere contestualmente che la cognizione del giudice amministrativo possa estendersi su liti relative unicamente a diritti soggettivi.

Così l'attuale assetto della giurisdizione esclusiva amplifica ulteriormente le incertezze nel riparto della giurisdizione²⁵. Effetto paradossale per una giurisdizione, come quella esclusiva, nata proprio con l'intento semplificatore di risolvere alla radice questioni di giurisdizione, concentrando eccezionalmente davanti a un solo giudice la tutela giurisdizionale

²² Corte cost., sentenza n. 204/2004, cit.

²³ Se si vuole, M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., pp. 141 ss.

²⁴ F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, pp. 847 ss.

²⁵ G. GRECO, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 884 ss.; A. MOLLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'"araba fenice" del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 2, pp. 148 ss.

di diritti soggettivi e interessi legittimi nel caso di intreccio inestricabile tra le due situazioni giuridiche²⁶.

La sottrazione di una buona parte dei diritti soggettivi al sindacato del giudice ordinario, con conseguente perdita della garanzia offerta dal giudizio in Cassazione, ha suscitato una duplice reazione: a livello dottrinale, una parte della dottrina, specie processual-civilistica, ha ritenuto che, in considerazione del fatto che il giudice amministrativo sia oggi «un giudice che si occupa abbondantemente di diritti», «la specialità della giurisdizione amministrativa ... non abbia più ragion d'essere e sarebbe più opportuno devolvere le controversie su cui essa oggi si pronuncia, a sezioni specializzate del giudice ordinario, cioè del giudice che per definizione è il giudice generale dei diritti»²⁷; a livello giurisprudenziale, la Cassazione ha tentato di recuperare maggiori margini di intervento, secondo un meccanismo – che si va ad illustrare – idoneo ad impattare direttamente sull'impianto pluralistico delle giurisdizioni, sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale.

3. *Gli incerti equilibri nei confini della giurisdizione.*

Nel pluralismo giurisdizionale declinato come dualismo tra giudice amministrativo e giudice ordinario è la Cassazione, e quindi il giudice ordinario, ad essere l'arbitro dei confini della giurisdizione stessa. Soluzione niente affatto scontata, se si pensa che in un sistema di giustizia amministrativa sotto molti aspetti simile all'italiano, e cioè in quello francese, non è ammesso alcun ricorso, neppure da parte della Corte di cassazione, contro le decisioni del *Conseil d'État*²⁸.

²⁶ V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, pp. 4 ss.

²⁷ A. PROTO PISANI, *Sono davvero da approvare senza riserve le recenti trasformazioni della giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 2017, pp. 250 ss.; ID., *La giustizia amministrativa fra storia ed evoluzione anche recente. Dal giudice speciale alle sezioni specializzate?*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 141 ss., p. 157. Ma in tema si vedano anche le repliche di R. VILLATA, *Appunti per un dialogo costruttivo*, cit., pp. 221 ss.

²⁸ A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, 11, pp. 3415 ss.

La nostra Costituzione disegna e, al tempo stesso, circoscrive le funzioni delle Sezioni Unite della Cassazione (ma pure in questo caso, come nella già ricordata conferma del previgente sistema dualista, a seguito di un vivace dibattito in Assemblea costituente²⁹): come è noto, le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono impugnabili in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111, comma 8, ora ribadito dall'art. 110 c.p.a. e dall'art. 207 del codice del processo contabile), mentre, in via generale, tutte le sentenze pronunciate da qualsiasi giudice ordinario o speciale sono sottoposte al sindacato della Cassazione anche per violazione di legge (art. 111, comma 7)³⁰.

Ciò significa che la Cassazione, da un lato, è titolare del potere di assicurare il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, dall'altro, non vanta il potere di sovrapporsi al giudice amministrativo nell'interpretare le leggi applicate da quest'ultimo e quindi non assolve nei confronti di tale giudice la funzione di nomofilachia avente lo «scopo di mantenere nell'attività dei magistrati giurisdicenti la osservanza della legge»³¹.

Nel nostro sistema pluralistico non esiste in capo ad alcun giudice un monopolio assoluto della funzione nomofilattica³², visto che per la giurisdizione amministrativa organo nomofilattico è l'Adunanza plenaria, come risulta chiaramente dall'art. 99 c.p.a.³³.

Quindi, alla luce del dato costituzionale, l'ambito delle questioni di giurisdizione non comprende al suo interno le questioni relative a violazioni di legge dipendenti da erronea o falsa applicazione di norme giuridiche. In altri termini, la Cassazione conosce solo di questioni attinenti

²⁹ G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi.it*, 2020, 34, pp. 237 ss.

³⁰ R. VILLATA, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 632 ss.

³¹ P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, Bocca, Milano, 1920, ora anche in *Opere giuridiche*, vol. VI, Morano, Napoli, 1976, p. 65.

³² M. LUCIANI, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, 2018, 5, pp. 100 ss., p. 101.

³³ S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

all'esistenza della funzione giurisdizionale e non di quelle relative al suo esercizio.

Ma il diritto vivente ha movimentato il panorama, similmente a quanto si è già visto accadere con riferimento ai criteri di riparto della giurisdizione. Infatti, la Cassazione ha progressivamente esteso il difetto di giurisdizione al di là dei suoi confini propri.

Il primo germe di quest'orientamento si ritrova in una decisione degli inizi del secolo emanata dalle Sezioni Unite della Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione prima dell'avvento del codice. In essa si è sostenuto che il rifiuto da parte del giudice amministrativo di esaminare una domanda di risarcimento del danno causato da un provvedimento illegittimo in mancanza della previa impugnativa del provvedimento lesivo costituisce un rifiuto di esercizio della giurisdizione, impedendo il pieno accesso alla relativa tutela³⁴.

Inizialmente l'orientamento della Cassazione viene a basarsi sull'esigenza di riconoscere una propria funzione di nomofilachia nel caso d'interpretazione di norme relative a diritti soggettivi, a tutela dei principi di uguaglianza e di certezza del diritto, e include all'interno delle norme sulla giurisdizione non solo le norme che individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quelle che «danno un contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca»³⁵.

La presa di posizione costituisce una reazione all'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ben oltre i confini eccezionali tracciati dalla Costituzione, con conseguente perdita della garanzia

³⁴ «Il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma [...] si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene»; così Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659; su tale decisione cfr. R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., pp. 385 ss.

³⁵ Così Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, sulla quale cfr. R. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 236 ss.

derivante dal giudizio di Cassazione per i diritti soggettivi sottratti alla cognizione del giudice ordinario, ed è una sorta di rimedio al rischio, tutt'altro che potenziale, che, in assenza di una funzione nomofilattica della Cassazione, gli orientamenti del giudice amministrativo nell'interpretare norme di diritto privato siano divergenti rispetto a quelli del giudice ordinario³⁶.

Tuttavia, tali pronunce della Cassazione si pongono in contrasto diretto con precise norme costituzionali, travestendo da questioni di giurisdizione problematiche che non ne hanno la sostanza. Il problema della pregiudizialità amministrativa, potenzialmente criticabile quanto a conclusioni accolte all'epoca dal Consiglio di Stato e in effetti superate dall'attuale assetto codicistico (art. 30), non riguarda una questione di riparto e di limiti esterni alla giurisdizione, attenendo invece all'interpretazione di norme sostanziali sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi e quindi all'individuazione dei presupposti della tutela giurisdizionale liberamente e autonomamente interpretabili da ciascun giudice³⁷.

Successivamente l'orientamento della Cassazione favorevole a un'interpretazione estesa dell'art. 111, comma 8, Cost. (orientamento comunque non monoliticamente accolto³⁸), si emancipa dall'impianto originario facente leva sulla tutela dei diritti soggettivi.

Via via l'espansione del sindacato delle Sezioni Unite s'innesta su una diversa dinamica, relativa alla dimensione sovranazionale del pluralismo giurisdizionale: il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato viene ad includere le scelte ermeneutiche del giudice amministrativo che si traducono in un'interpretazione delle norme europee in contrasto con quelle

³⁶ Su questo rischio da ultimo si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, nonché l'ordinanza di rimessione del Cons. reg. sic., 15 dicembre 2020, n. 1136.

³⁷ Così R. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi*, cit., pp. 421-422. In senso analogo A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, pp. 1111 ss.; in senso analogo G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, *ivi*, 2013, 2, pp. 367 ss.

³⁸ Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2015, n. 476; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

fornite dalla Corte di giustizia, tali da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo³⁹.

Viene così abbracciata una nozione funzionale di giurisdizione dal perimetro potenzialmente enorme, comprensivo di tutti i casi di reputato stravolgimento radicale delle norme processuali⁴⁰.

È evidente che un'accezione così ampia del sindacato in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, la quale delinea quasi un terzo grado di giudizio amministrativo, risulta in contrasto con l'impianto pluralistico dato dalla Costituzione alla giurisdizione e stravolge radicalmente l'equilibrio del sistema dualistico⁴¹.

Anzi, come è stato efficacemente osservato, dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato «si trae l'impressione ... di essere al cospetto di un tentativo di ridipingere il quadro della giustizia amministrativa, nel senso di sostituire al sistema dualistico, consacrato in inequivocabili articoli della Costituzione, un altro tutt'affatto differente, vale a dire quello riassumibile con la formula *giurisdizione unica*»⁴².

Tant'è che la Consulta è dovuta intervenire a precisare come il ricorso in Cassazione per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione non comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando*, in quanto «non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale»: unico motivo per proporre ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è il difetto di giurisdizione e non lo sono invece altre

³⁹ Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, su cui R. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, pp. 826 ss.; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

⁴⁰ C. CUDIA, *Appunti per un dibattito su Cassazione e Pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 1, pp. 127 ss.; favorevoli a questo orientamento si mostrano P. PATRITO, *I "motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2016; A. CARRATTA-G. COSTANTINO-G. RUFFINI, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 2018, 5, pp. 71 ss.

⁴¹ R. VILLATA, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 632 ss.

⁴² R. VILLATA, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 Cost.)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 324 ss.

ipotesi eccentriche, come «lo stravolgimento, a volte definito radicale, delle norme di riferimento»⁴³.

Ma, dopo un'apparente raggiunta armonia tra i diversi plessi giurisdizionali⁴⁴, le Sezioni Unite, con una nota e assai commentata ordinanza, hanno coinvolto nella diatriba anche la Corte di giustizia. Ad essa è stato chiesto di pronunciarsi in via pregiudiziale, tra l'altro, sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea della mancata utilizzabilità del ricorso in Cassazione per sindacare sentenze del Consiglio di Stato che abbiano erroneamente interpretato il diritto europeo, oppure che abbiano omesso di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel decidere di controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione europea⁴⁵.

In altri termini, la Corte di giustizia è ora chiamata a stabilire se il Consiglio di Stato, nell'applicare una disciplina in senso difforme dalle indicazioni della Corte stessa e nel non rimettere gli atti a quest'ultima, commetta una violazione di legge, non sindacabile dalla Cassazione, oppure uno sconfinamento dai poteri attribuitigli dalla legge, censurabile in quanto motivo inerente alla giurisdizione.

La presa di posizione della Cassazione tocca tutti i punti dell'odierno e complesso pluralismo giurisdizionale: dal livello delle fonti del diritto al giudice chiamato a garantirne il rispetto, dai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea agli equilibri o squilibri tra plessi giurisdizionali interni.

Di qui una serie di domande (tutte retoriche). L'adesione all'Unione europea ha trasformato lo Stato italiano in uno Stato federale⁴⁶? La Corte di giustizia ha il potere di valutare la compatibilità della Costituzione, così come interpretata dalla Consulta, con il diritto europeo⁴⁷? La Corte di giu-

⁴³ Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Giur. cost.*, 2018, p. 122, con nota di G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi.*

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13243.

⁴⁵ Cass., Sez. Un., n. 19598/2020, cit.

⁴⁶ P. BIAVATI, *Il rilievo della questione pregiudiziale europea fra processo e giurisdizione (nota a Cass., S.U., 30 ottobre 2020, n. 24107)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021.

⁴⁷ B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 21.

stizia ha istituzionalmente un ruolo di arbitro tra la Corte costituzionale e la Cassazione fornendo l'interpretazione vincolante delle disposizioni costituzionali⁴⁸? Spetta alla Cassazione modificare la portata delle norme sulla giurisdizione⁴⁹? La Cassazione è giudice di ultima istanza del diritto UE in luogo del Consiglio di Stato nell'ambito di giurisdizione riservato a quest'ultimo⁵⁰? Ogni questione di rito è trasformabile in questione di giurisdizione⁵¹? Il singolo giudice è privo del potere di valutare in autonomia se ricorra o meno un'ipotesi di dubbio interpretativo sulla portata delle norme del diritto dell'Unione europea, diversamente da quanto si ritiene per la rimessione alla Consulta delle questioni di legittimità costituzionale⁵²?

La risposta a tutte queste domande è necessariamente negativa ed evidenzia l'utilizzo indebito e strumentale di istituti processuali ad altri fini concepiti: da un lato, la nozione di questione di giurisdizione viene dilata al punto da essere «grimaldello atto a scardinare il sistema dualistico» a Costituzione invariata⁵³; dall'altro, la tecnica del rinvio alle Corti europee diviene una «valvola di sfogo» per rimettere in discussione orientamenti non condivisi delle giurisdizioni superiori⁵⁴.

Non va però dimenticato che sullo sfondo si gioca un'altra partita, relativa all'individuazione della natura delle situazioni giuridiche soggettive vantate dal privato di fronte all'amministrazione⁵⁵.

⁴⁸ M. CLARICH, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme: nota all'ordinanza delle S.U. della Corte di Cassazione 18 settembre 2020, n. 19598*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ G. TROPEA, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in www.giustiziainsieme.it, 2020, p. 7.

⁵⁰ M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 5, pp. 675 ss.

⁵¹ M. SANTISE, *L'eccesso di potere giurisdizionale delle sezioni unite*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 10.

⁵² M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Il processo*, 2020, pp. 885 ss., p. 942.

⁵³ R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "Cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, pp. 106 ss.

⁵⁴ A. TRAVI, *I motivi*, cit.; S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 3, pp. 985 ss.

⁵⁵ F. FRANCIARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirina-*

Infatti, il *casus belli* attiene alle condizioni di ammissibilità del ricorso in materia di contratti pubblici, essendo controverso se sia meritevole d'accesso alla tutela giurisdizionale l'interesse strumentale al corretto esercizio del potere nello svolgimento di una procedura d'appalto. Così alla Corte di giustizia è stato anche rivolto il quesito pregiudiziale inteso a stabilire se un'impresa esclusa, a suo dire illegittimamente, dalla procedura d'aggiudicazione di un contratto pubblico, in ragione della valutazione non positiva della sua offerta tecnica, abbia titolo a contestare la gara sotto ogni profilo, sul presupposto che sia sufficiente la mera eventualità del rinnovo della gara stessa a radicare l'interesse a censurare l'aggiudicazione.

Qualche breve riflessione conclusiva su questo profilo s'impone.

4. *Situazioni giuridiche soggettive e pubblica amministrazione.*

Come in un cerchio perfetto l'assetto pluralistico della giurisdizione si chiude nel punto dove era partito, relativo alle situazioni giuridiche soggettive e alla loro problematica individuazione. In concreto l'interesse legittimo è riconosciuto caso per caso dalla giurisprudenza attraverso la concessione dell'azione giurisdizionale in ragione, non solo di una non sempre agevole qualificazione e/o differenziazione normativa, ma anche di schemi logici che influiscono *ex ante*⁵⁶.

Il territorio degli interessi legittimi confina, da una parte, con il territorio degli interessi di fatto e, dall'altra, con quello degli interessi protetti come diritti soggettivi. Si tratta di un territorio «destinato ad ampliarsi e a restringersi continuamente a seconda che interessi di fatto acquistino protezione, interessi protetti la perdano, interessi protetti come interessi legittimi vengano protetti come diritti soggettivi e viceversa»⁵⁷.

A questa continua linea di trapasso tra situazioni giuridiche sostanziali si affianca un'altra continua linea di trapasso, tra sostanza e processo.

Secondo la teoria generale del processo l'azione è il diritto a una pro-

le e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione), in www.giustiziainsieme.it, 2020.

⁵⁶ B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., p. 125.

⁵⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 131.

nuncia sul merito, autonomo rispetto situazione giuridica sostanziale che si fa valere con essa, pur essendo strumentale rispetto a quest'ultima⁵⁸.

Per lungo tempo si è dibattuto se l'azione fosse da concepire anche come diritto a un provvedimento favorevole, tesi sostenuta da coloro che configuravano l'azione in senso concreto, affermando che non avrebbe avuto senso chiedere la tutela di una situazione giuridica soggettiva inesistente e quindi non avrebbe avuto senso astrarre l'azione dall'esistenza della situazione sostanziale che ne costituisce la materia e la ragione d'essere⁵⁹.

Ma a questa tesi è stato ribattuto che l'esistenza dell'azione prescinde dall'esistenza dell'interesse sostanziale, visto che di quest'ultima si può avere certezza solo alla fine del processo. Di conseguenza, l'azione è diritto a un provvedimento sul merito, che si presenta favorevole solo nell'aspirazione di chi propone l'azione stessa⁶⁰.

Più precisamente, l'azione è un diritto processuale parzialmente astratto, in quanto risulta agganciata al diritto sostanziale: l'esistenza dell'azione è condizionata dal fatto che la situazione sostanziale sia affermata nella domanda e affermata come esistente, come necessitante di tutela e come spettante a colui che propone la domanda⁶¹.

Mentre il dibattito su caratteri e natura dell'azione è stato fervido nel processo civile, non altrettanto può dirsi con riferimento al processo amministrativo. In quest'ultimo si sconta la già sottolineata difficoltà concreta di inquadramento della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, aggravata dalla circostanza che l'interesse legittimo ha tardato ad affermarsi come situazione di natura sostanziale, protetta in via diretta e specifica. Così la teoria dell'azione ha avuto una storia particolare nel giudizio amministrativo, perché in esso dapprima fu configurato un ri-

⁵⁸ R. ORESTANO, voce *Azione in generale (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 785 ss.

⁵⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Jovene, Napoli, 1935, pp. 20 ss.; P. CALAMADREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1941, pp. 130-131.

⁶⁰ A. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Fratelli Bocca, Torino, 1906, pp. 31 ss.; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 47 ss.

⁶¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, XXI ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. 64 ss.

medio esperibile contro i provvedimenti amministrativi illegittimi e solo successivamente venne costruita una situazione giuridica soggettiva ad esso correlata, con un meccanismo d'inversione logica⁶².

Attualmente, anche se la tutela piena ed effettiva della situazione giuridica soggettiva è divenuto il fulcro sistematico dell'intera disciplina, grazie anche al c.p.a. (artt. 1 ss.), nondimeno l'ipoteca della nozione dell'azione in senso concreto condiziona ancora il processo amministrativo, a differenza di quanto si è notato accadere nel processo civile. Si tende a riconoscere ingresso nel giudizio amministrativo non a colui che afferma di essere titolare di una situazione giuridica soggettiva, bensì a colui che è effettivamente titolare di tale situazione, rischiando di confondere il piano sostanziale con il piano processuale e le questioni di merito con le questioni di rito⁶³.

Dal momento che la situazione giuridica fatta valere nei riguardi dell'amministrazione «ha una consistenza indeterminata, non appartenendo a catalogazioni legislative specifiche ... la conseguenza è che processo amministrativo e diritto sostanziale risultano solo relativamente autonomi tra loro», con la sede processuale che svolge una funzione di autentica individuazione degli interessi sostanziali meritevoli di tutela⁶⁴.

Quindi, sono poco chiari i confini non solo tra interesse legittimo, diritto soggettivo e interesse di fatto, ma anche tra interesse legittimo, legittimazione a ricorrere e interesse a ricorrere.

In questo contesto si inserisce la questione concreta relativa al se la domanda di partecipazione alla gara sia sufficiente a fondare la legittimazione processuale e se l'utilità strumentale connessa alla rinnovazione della gara sia parimenti sufficiente a fondare l'interesse al ricorso. In altri termini, non è chiaro se sia riconosciuta la titolarità di un interesse legittimo unicamente nel caso in cui il bene della vita risulterà spettante al relativo titolare, configurando così l'interesse legittimo come pretesa all'emissione o non emissione di un determinato provvedimento (azione in senso con-

⁶² M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 65.

⁶³ M. CLARICH, *Manuale*, cit., pp. 161 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIV ed., Giappichelli, Torino, 2021, pp. 200 ss.

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 2 agosto 2019, n. 20820.

creto), oppure sia dato allargare il perimetro dell'interesse del cittadino all'esercizio legittimo del potere amministrativo.

Non è questa la sede per operare i tanti *distinguo* che la questione richiederebbe⁶⁵. Invece preme qui evidenziare come l'approdo attuale di una vivace e travagliata giurisprudenza del Consiglio di Stato sul punto è la tendenza ad appiattare l'interesse legittimo sul diritto soggettivo legandolo sempre e in ogni caso alla garanzia di un'utilità finale⁶⁶, mentre di diverso avviso sono la Corte di giustizia⁶⁷ e la Cassazione⁶⁸, che reputano meritevoli di tutela anche gli interessi c.d. strumentali, dando rilevanza alla possibilità, anche remota, che la riedizione del potere produca un vantaggio per il ricorrente e mostrando così che l'interesse legittimo non consista necessariamente nella protezione di un interesse finale⁶⁹.

Emerge qui con nettezza come la pluralità degli ordinamenti giuridici, nazionali e sovranazionali, e la pluralità delle giurisdizioni, ordinaria e amministrativa, comportino un carico d'incertezza su un punto fondamentale del sistema, e cioè sul modo di intendere le situazioni legittimanti la tutela giurisdizionale.

Forse allora è proprio la storia delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione che attende di essere (ri)scritta. Ciò al fine di offrire risposte certe, coerenti e prevedibili a tutti coloro che domandano giustizia.

⁶⁵ In merito alle quali si rinvia a R. VILLATA, voce *Interesse ad agire*, II) *Diritto processuale amministrativo*; ID., voce *Presupposti processuali*, III) *Diritto processuale amministrativo*; ID., voce *Legittimazione processuale*, II) *Diritto processuale amministrativo*, tutti ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., pp. 585 ss.

⁶⁶ F. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁷ A far data da Corte giust., 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*, per giungere a Corte giust., Sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi s.r.l. c. Comune di Auletta*.

⁶⁸ Ben espressa dall'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19598/2020, cit.

⁶⁹ Ricostruita da ultimo da D. CAPOTORTO, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, pp. 665 ss.

DAL DOGMA DELL'IRRISARCIBILITÀ DELL'INTERESSE LEGITTIMO AL RISARCIMENTO, NEI PUBBLICI APPALTI, ANCHE PER FATTO LECITO? *

Giovanni Sala

SOMMARIO: 1. La faticosa ricerca della riconduzione delle norme a sistema e i continui mutamenti legislativi. – 2. Termini per la stipulazione del contratto di appalto e doverosità della stipula anche in pendenza di un ricorso giurisdizionale nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. – 3. La speciale azione risarcitoria per impossibilità della stipula del contratto proponibile, *ex art. 112, comma 3, c.p.a.*, in unico grado nel giudizio di ottemperanza. – 4. L'azione risarcitoria, *ex art. 112, comma 3, c.p.a.*, in caso di riforma in appello della sentenza di primo grado in esecuzione della quale è stato stipulato ed eseguito il contratto: inidoneità, secondo la giurisprudenza, della sentenza di primo grado a interrompere il nesso causale se il comportamento dell'amministrazione non ha rispettato il criterio della normale prudenza *ex art. 96 c.p.c.* – 5. La necessità di rimediazione dopo la precisazione del legislatore che la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto, non può essere giustificazione per la mancata stipula del contratto. – 6. L'esecuzione della sentenza instabile, dopo il d.l. di semplificazione dei contratti pubblici: la scriminante dell'adempimento del dovere *ex art. 51 c.p.*

1. *La faticosa ricerca della riconduzione delle norme a sistema e i continui mutamenti legislativi.*

Sostenevano i critici del giuspositivismo che una virgola, mal posta nel testo da un legislatore distratto, poteva rendere inutile un'intera biblioteca.

Vero è che, al di là delle distrazioni del legislatore, i concetti ricostrut-

* Riflessione sull'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità dell'esecuzione in forma specifica del giudicato a cinquant'anni dalla pubblicazione della monografia su *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato* di Riccardo Villata.

tivi degli istituti debbono comunque essere sempre soggetti a revisione nell'inarrestabile flusso della produzione legislativa, particolarmente vorticoso nelle purtroppo ricorrenti fasi emergenziali.

Gli esempi potrebbero essere molti. L'occasione di ricordare i cinquant'anni della pubblicazione della monografia di Riccardo Villata su *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*¹ induce a sceglierne uno offerto dal possibile impatto della recente normativa di "semplificazione in materia di contratti pubblici", posta dal d.l. n. 76/2020, sulla configurazione della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione quando risulti, per essere stata l'opera già completata, non più possibile l'esecuzione del giudicato che ha riconosciuto, in appello, all'affidatario all'esito della gara soccombente al T.a.r. nel ricorso proposto da un concorrente, il diritto alla stipula del contratto.

La monografia di Riccardo Villata è stata la conclusione delle riflessioni sull'esecuzione delle decisioni amministrative nel precedente sistema di giustizia amministrativa ed è dunque anche il riferimento per cogliere il senso e significato dei mutamenti.

2. Termini per la stipulazione del contratto di appalto e doverosità della stipula anche in pendenza di un ricorso giurisdizionale nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto.

La legislazione dei contratti pubblici ha posto alle stazioni appaltanti termini sempre più rigorosi per la conclusione, divenuta definitiva l'aggiudicazione, del contratto.

Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione e, di norma, deve esserlo nei sessanta giorni successivi all'aggiudicazione.

Con il d.l. 1 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il legislatore ha ritenuto di precisare, interpolando il testo del comma 8 dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, che «la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motiva-

¹R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1971.

ta con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto» e non è «giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto». Viene dalla novella riconosciuta alle stazioni appaltanti la facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

La previsione per legge della possibilità per le amministrazioni di stipulare polizze assicurative di responsabilità civile per i danni derivanti dalla scelta di concludere, proseguire o sospendere il contratto, si spiega con la previsione dell'art. 124 c.p.a. che condiziona l'accoglimento della domanda di aggiudicazione del contratto già stipulato alla dichiarazione della sua inefficacia. Questa non è sempre automatica conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma, al di fuori dei casi delle gravi violazioni indicate dall'art. 121, può o meno essere disposta dal giudice tenendo conto dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro (art. 122 c.p.a.). Se non ritiene di dichiarare l'inefficacia del contratto, il giudice dispone il risarcimento del danno per equivalente, «subito² e pro-

² La giurisprudenza ha definito quale sia il danno risarcibile chiarendo che, in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, il risarcimento del danno per lucro cessante è quantificabile nell'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curriculare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale in conseguenza della mancata esecuzione dell'opera, della fornitura o del servizio); non è fondata la pretesa al risarcimento del danno nella misura forfettaria del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché un tale criterio è, anche, storicamente estraneo a problematiche risarcitorie, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* che il danno corrisponda al 10% dell'importo del contratto).

Il mancato utile spetta nella misura integrale solo se l'aspirante appaltatore dimostra di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa, dovendo, in mancanza di prova contraria, presumersi che l'impresa abbia riutilizzato, con l'ordinaria diligenza per non concorrere all'aggravamento del danno, mezzi e manodopera per altri lavori.

vato³». Da qui la soluzione, suggerita dal legislatore, della polizza assicurativa. Invero, già pagata l'opera a chi l'ha eseguita, il risarcimento dei danni al concorrente illegittimamente pretermesso può certo costituire danno per l'erario e quindi, per il pubblico funzionario, fattispecie di responsabilità erariale evocata, a monito, nel testo legislativo.

3. *La speciale azione risarcitoria per impossibilità della stipula del contratto proponibile, ex art. 112, comma 3, c.p.a., in unico grado nel giudizio di ottemperanza.*

La giurisprudenza ha definito i contorni di questa fattispecie di responsabilità civile caratterizzata da una specialità soprattutto dovuta al più penetrante condizionamento del diritto interno, nella materia degli appalti pubblici, da parte dell'ordinamento comunitario.

Anche per il c.d. danno curriculare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito, quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante.

³La giurisprudenza ritiene che, secondo le regole poste dagli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., sia onere del danneggiato offrire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di aver sofferto, dovendo nell'azione di responsabilità per danni trovare applicazione il principio dispositivo con pienezza, non temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento. Deve dunque l'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, non essendo consentito supplire con la richiesta di consulenza tecnica. La valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità, – o di estrema difficoltà – della prova sull'ammontare del danno che può essere desunta anche da presunzioni, potendo il giudice trarre il suo libero convincimento da elementi indiziari, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, non potendo invece attribuirsi valore probatorio ad presunzioni fondate su dati meramente ipotetici; prevalente pare oggi l'orientamento che esclude l'utilizzo del modello della condanna generica "per criteri" previsto dall'art. 34, comma 4, c.p.a., non potendo supplire alla mancata prova e ancor meno alla mancata allegazione delle specifiche circostanze attestanti il pregiudizio lamentato nella richiesta di risarcimento per equivalente del danno da mancata aggiudicazione, Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2021, n. 920, *contra* Sez. III, 22 luglio 2020, n. 4685 che ritiene anche per il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione praticabile la «tecnica, propria del danno da illegittimità provvedimentoale, della c.d. condanna sui criteri prevista dall'art. 34, comma 4, c.p.a.».

In effetti, come ha osservato la Cassazione nella sentenza n. 500/1999⁴ che aperto la nuova frontiera delle azioni risarcitorie nei confronti delle pubbliche amministrazioni per lesione degli interessi legittimi, era stato l'art. 13 della legge n. 142/1990, di recepimento della direttiva 89/665/CEE, a dare, quando ancora il dogma della non risarcibilità degli interessi legittimi nel nostro ordinamento pareva incrollabile, un riconoscimento normativo al risarcimento per lesione, in violazione del diritto comunitario degli appalti, di situazioni soggettive che il nostro ordinamento qualificava di interesse legittimo. La Cassazione aveva colto in questa "ipotesi di risarcibilità di interessi legittimi" una "tendenza" cui riconoscere "forza espansiva ultrasettoriale", per conformare l'ordinamento interno a quello comunitario.

La definizione dei caratteri della responsabilità risarcitoria in materia di appalti, proprio per la influenza del diritto comunitario, si è poi sviluppata in maniera non sempre coincidente con i tipici connotati della responsabilità civile, a cominciare dalla irrilevanza dell'elemento soggettivo della colpa. È stata infatti costruita dalla giurisprudenza, «secondo le previsioni contenute nelle direttive europee», come responsabilità oggettiva, modello ritenuto più «coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio»⁵.

⁴ Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500.

⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429; afferma l'Adunanza plenaria che «secondo la giurisprudenza comunitaria, in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione», sentenza 12 maggio 2017, n. 2. A riprova della specialità di tale fattispecie di responsabilità, la medesima giurisprudenza ribadisce che, non potendo «le direttive europee (e i principi ivi contenuti) ... avere un'applicazione vincolante al di fuori dei casi (la materia degli appalti pubblici) ivi contemplati», al di fuori di essi è non solo «del tutto legittimo, all'interno dei singoli Stati membri, prevedere un sistema della responsabilità dei pubblici poteri (e di quello amministrativo in particolare) fondato sul principio dell'elemento soggettivo (dolo o colpa, in questo caso la colpa dell'apparato amministrativo), quale nesso

L'azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del contratto ha pure la peculiarità di poter, ai sensi del comma 3 dell'art. 112 c.p.a., nel testo sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera cc), numero 1), del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, essere proposta in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, anche in assenza di violazione o elusione del giudicato.

La norma, ha rilevato l'Adunanza plenaria⁶, introduce così un'azione speciale rispetto alla regola generale. Infatti, se dal giudicato amministrativo nasce *ex lege* un'obbligazione il cui oggetto (la prestazione) consiste proprio nel concedere "in natura" (cioè in forma specifica) il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza, applicandosi i principi del codice civile la stazione appaltante potrebbe ritenersi libera dall'obbligazione provando che l'inadempimento è stato determinato da una impossibilità della prestazione derivante da causa a essa non imputabile. La previsione dell'art. 112, che converte sempre in risarcimento per equivalente monetario l'impossibilità di eseguire la prestazione in natura, costituisce deroga ai principi del codice civile che invece prevedono l'obbligazione si estingua quando per causa non imputabile al debitore la prestazione sia diventata impossibile (art. 1256) e il debitore non sia tenuto al risarcimento del danno se prova che l'inadempimento nell'esatta esecuzione della prestazione dovuta è stato determinato da impossibilità derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218).

In caso di sopravvenuta impossibilità di esecuzione del giudicato che ha accertato il diritto all'aggiudicazione ed esecuzione del contratto la stazione appaltante non può invocare l'impossibilità derivante dalla sopravvenuta nelle more del giudizio esecuzione dell'opera. Il diritto riconosciuto all'esito del giudizio alla parte vittoriosa di stipulare il contratto, se l'esecuzione in forma specifica è divenuta impossibile, si converte, an-

strutturale che consente di "legare" il fatto al suo autore sotto il profilo causale, secondo i criteri generali della responsabilità aquiliana», ma anzi doveroso, rispondendo a «un interesse costituzionalmente garantito e meritevole di tutela, il principio della valorizzazione dell'imputabilità soggettiva del fatto al suo autore, anche ai fini dell'effettività del giudizio di disvalore (in termini di riprovevolezza e di rimproverabilità) che l'ordinamento esprime verso determinate condotte», Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 2429/2019, cit.

⁶ Ad. Plen., sentenza n. 2/2017, cit.

che in fase di esecuzione del giudicato, nell'obbligazione, di natura "risarcitoria", di corrispondere per equivalente monetario il bene riconosciuto dal giudicato spettante.

4. *L'azione risarcitoria, ex art. 112, comma 3, c.p.a., in caso di riforma in appello della sentenza di primo grado in esecuzione della quale è stato stipulato ed eseguito il contratto: inidoneità, secondo la giurisprudenza, della sentenza di primo grado a interrompere il nesso causale se il comportamento dell'amministrazione non ha rispettato il criterio della normale prudenza ex art. 96 c.p.c.*

Il caso statisticamente più frequente, sul quale è stato costruito il modello, è quello del ricorso al T.a.r. del secondo classificato in una gara d'appalto – per contestare che l'aggiudicatario non era in possesso dei requisiti di ammissione o comunque che l'offerta da lui presentata doveva essere collocata al primo posto della graduatoria – accolto con sentenza definitiva quando ormai l'opera è già ultima.

Come ricordato, ex art. 124 c.p.a., il giudice, non potendo dichiarare l'inefficacia del contratto già eseguito, riconosce il diritto al risarcimento per equivalente monetario del danno "subito" e "provato".

Ma l'applicazione dell'art. 112 c.p.a. può porsi anche nella fattispecie, per così dire opposta: quella cioè in cui l'originario aggiudicatario della gara veda l'aggiudicazione annullata dal T.a.r. su ricorso di altro concorrente, che l'amministrazione stipuli il contratto con quest'ultimo e che, quando il Consiglio di Stato riforma la sentenza di primo grado – statuendo, con la forza del giudicato, che era legittima l'aggiudicazione e quindi che l'originario aggiudicatario, soccombente in primo grado ma vittorioso in appello, aveva diritto alla stipula del contratto e alla esecuzione dell'opera – i lavori siano già completati. È certamente questa fattispecie più rara ma che comunque è utile considerare quale *stress test* per verificare la tenuta dei concetti elaborati dalla giurisprudenza, soprattutto dopo l'espressa codificazione della regola che la pendenza di un ricorso non giustifica la sospensione della stipula o della esecuzione del contratto.

Lo *stress test* mette a prova innanzitutto la speciale disciplina dell'art. 112 c.p.a. con la regola generale degli effetti del giudicato.

Per il principio posto dal secondo comma dell'art. 336 c.p.c. «la riforma e la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata». La giurisprudenza non dubita che anche l'aggiudicazione disposta in esecuzione della sentenza di primo grado e il conseguente contratto, quali provvedimenti e atti dipendenti dalla sentenza, siano destinati ad essere automaticamente travolti per l'effetto espansivo esterno del giudicato, codificato appunto dall'art. 336 c.p.c. e applicabile, in quanto principio generale del processo, anche al processo amministrativo in virtù del rinvio operato dall'art. 39, comma 1, c.p.a.⁷; non osta all'applicazione del principio dell'effetto espansivo nemmeno la mancata impugnazione della nuova aggiudicazione disposta in esecuzione della sentenza di primo grado: il ricorso non diviene improcedibile dato che la nuova aggiudicazione è destinata ad essere caduca dalla sentenza di accoglimento dell'appello⁸.

Se l'assegnazione del contratto all'avente titolo all'esito del giudizio è resa impossibile per essere stato il lavoro, nelle more tra il primo e secondo grado, già ultimato, trova applicazione la disciplina del terzo comma dall'art. 112 c.p.a.: in un caso peraltro in cui l'esecutore del lavoro è stato individuato non da un atto della stazione appaltante ma da una sentenza, esecutiva anche se non definitiva.

L'Adunanza plenaria con la pronuncia n. 2/2017 ha posto alcune coordinate ricostruttive per la riconduzione anche di tali vicende all'ambito di applicazione della speciale disciplina della responsabilità posta dal terzo comma dell'art. 112. Ha rilevato, innanzitutto, che la norma ha una portata non soltanto processuale, prevedendo la possibilità dell'azione risarcitoria in sede di ottemperanza quando questa si svolge in un unico grado dinnanzi al Consiglio di Stato, ma anche sostanziale perché il legislatore ha qualificato espressamente il rimedio quale azione di risarcimento dei danni e non di semplice indennizzo anche nel caso in cui, pur non configurandosi alcun inadempimento, non sia possibile at-

⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2017, cit; Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3734, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 2, p. 652 con nota di A.M. CHIARELLO, *Applicabilità della regola dell'effetto espansivo esterno della sentenza nel processo amministrativo*; Cass. civ., Sez. I, ord. 23 febbraio 2018, n. 4456.

⁸ Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2357.

tuare il giudicato. Ricorda la Plenaria che è stato il decreto legislativo correttivo, n. 195/2011, ad aggiungere alla fattispecie del danno derivante dalla violazione o elusione del giudicato anche quella, ulteriore e distinta, del danno “connesso” all’impossibilità (o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato). Rileva la Plenaria che così il legislatore ha ricondotto entrambe le fattispecie a un’azione espressamente nel testo normativo qualificata di responsabilità, non diversamente da quella per violazione o elusione del giudicato, con la previsione del risarcimento del danno – e non di un semplice indennizzo – anche nel caso in cui, pur non configurandosi un inadempimento, non sia comunque possibile eseguire il giudicato. Essa si configura, dunque, come responsabilità che prescinde dalla colpevolezza dall’inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato, potendo essere esclusa solo «dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo, oltre che dell’antigiuridicità della condotta». È dunque un’ulteriore ipotesi di responsabilità oggettiva che non ammette prova liberatoria fondata sulla carenza dell’elemento soggettivo.

La considerazione delle peculiari connotazioni della responsabilità e l’attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo porta l’Aduanza plenaria a escludere la proponibilità nei confronti del privato, che ha beneficiato dell’esecuzione della sentenza di primo grado, di un’azione di responsabilità connotata da profili di specialità “proprio con riguardo al fondamentale rilievo dell’elemento soggettivo”.

La Plenaria vede nella disposizione del terzo comma l’introduzione, nell’ipotesi in cui sia impossibile l’esecuzione del giudicato, di un rimedio con connotazione tipicamente compensativa: una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente (già conosciuta, ricorda la motivazione, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella del 2011)⁹ che sostituisce l’ottemperanza in forma specifica, nei casi in cui questa non sia più possibile, con equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato.

Configurata come risarcitoria l’obbligazione *ex lege* di compensare in

⁹Una ricostruzione del risalente dibattito, nel precedente sistema di giustizia amministrativa, che comunque è ancora utile rileggere, in R. VILLATA, *op.cit.*, pp. 360 ss.

denaro la pretesa all'esecuzione del giudicato divenuta impossibile, l'azione di responsabilità richiede, rileva la Plenaria, comunque l'accertamento della sussistenza, se non dell'elemento soggettivo, degli altri elementi minimi ed essenziali ai fini della configurazione di un illecito: il rapporto di causalità e l'antigiuridicità della condotta «non assistita da una causa di giustificazione, la cui presenza precluderebbe l'insorgenza della responsabilità e, dunque, la nascita dell'obbligazione risarcitoria *ex lege*». Ma, e qui sta il punto per il quale la novella legislativa stimola un approfondimento della riflessione, la Plenaria ha ritenuto di escludere che l'esistenza di un provvedimento giurisdizionale esecutivo (come la sentenza di primo grado) possa valere a "coprire" l'operato della pubblica amministrazione, recidendo il nesso di causalità tra il comportamento dell'amministrazione e l'impossibilità di eseguire il giudicato.

Nella specifica vicenda¹⁰, la Plenaria ha ritenuto individuabili, infatti, negli "aspetti fattuali", dei "profili di imprudenza".

¹⁰ All'esito di una gara, ANAS aveva aggiudicato in via provvisoria lavori di manutenzione stradale a un'ATI ma poi, avendo verificato un'irregolarità contributiva della mandataria, ha revocato il provvedimento di aggiudicazione provvisoria aggiudicando in via definitiva l'appalto al consorzio secondo in graduatoria. L'ATI ha impugnato la revoca dell'aggiudicazione provvisoria al T.a.r. che ha accolto il ricorso annullando sia la revoca dell'aggiudicazione provvisoria che l'aggiudicazione definitiva a favore del consorzio controinteressato. Questo ha proposto appello con domanda di sospensione della sentenza. La IV Sezione del Consiglio di Stato ha respinto la domanda cautelare e, ravvisando un contrasto giurisprudenziale sulla possibilità di regolarizzazione del DURC negativo, ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria. La Plenaria ha accolto l'appello, confermando la legittimità della revoca dell'aggiudicazione nei confronti dell'ATI per la ravvisata irregolarità contributiva e la legittimità dell'aggiudicazione al consorzio che invece era stata annullata dal T.a.r. Con il ricorso in ottemperanza il consorzio, vittorioso in appello, ha chiesto fosse ordinato ad ANAS di provvedere ad aggiudicare definitivamente i lavori a suo favore e, in subordine in caso di impossibilità di esecuzione in forma specifica del giudicato, la condanna di ANAS e/o dell'ATI che aveva eseguito i lavori per effetto della sentenza del T.a.r., al risarcimento del danno. Nel giudizio di ottemperanza ANAS ha sostenuto che, quanto alla domanda di subentro, non era configurabile alcuna inottemperanza al giudicato in quanto quest'ultimo era intervenuto successivamente all'ultimazione dei lavori e, quanto alla domanda di risarcimento del danno, che non vi era responsabilità essendosi ANAS limitata a dare esecuzione alla sentenza del Tribunale amministrativo poi riformata da quella dell'Adunanza plenaria ma non sospesa in sede cautelare e quindi rimasta esecutiva fino all'ultimazione dei lavori.

L'ANAS, stazione appaltante, aveva dato esecuzione alla sentenza di primo grado quando ancora erano pendenti i termini per l'appello, il contratto era stato stipulato senza attendere non solo la decisione sull'istanza di sospensiva ma anche la camera di consiglio fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare e i lavori si erano svolti con quella che è parsa al Consiglio di Stato un'insolita sollecitudine, essendosi conclusi con tre mesi di anticipo sui 10 di durata previsti in contratto¹¹. Ha ritenuto la Plenaria che il comportamento delle parti non si fosse nel caso conformato a quel modello di "normale prudenza" cui fa riferimento l'art. 96, comma 2, c.p.c.

5. La necessità di rimeditazione dopo la precisazione del legislatore che la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto, non può essere giustificazione per la mancata stipula del contratto.

A prescindere dalla specifica vicenda di fatto, nella ricostruzione della nuova speciale fattispecie di responsabilità risarcitoria per equivalente in caso di impossibilità di esecuzione del giudicato, sembra, nel richiamo della Plenaria all'art. 96 c.p.c., di sentire riecheggiare l'antico insegnamento che nell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale instabile suggeriva, sia il giudice dell'ottemperanza che all'amministrazione, di «procedere con prudente apprezzamento» senza giungere a «delineare un assetto definitivo ed immutabile degli interessi in gioco, tale da neutralizzare o rendere inutile la successiva pronuncia giurisdizionale e la sopravvenienza di un giudicato, che, ribaltando la decisione dovesse vedere soccombente il ricorrente già vittorioso»: ciò al fine di evitare che «gli effetti pregiudizievoli di una sentenza errata e riformata in grado superiore vadano posti a carico della parte vittoriosa»¹².

¹¹ Maliziosamente, si potrebbe pensare, forse con la Plenaria, che la pendenza del processo amministrativo, cui viene a volte imputato il ritardo nell'esecuzione delle opere pubbliche, altre volte ha una funzione acceleratoria.

¹² Cass. civ., Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4456, pronunciata la relazione a vicenda di fatto, risalente a prima del 2000, nella quale un comune aveva dato esecuzione, con

Un orientamento che forse risentiva ancora della tendenza alla dequalificazione dell'efficacia vincolante della sentenza amministrativa, a maggior ragione se non definitiva, quale atto comunque gestibile da parte dell'amministrazione pubblica. Altrimenti il comportamento di ANAS, che sosteneva di aver assegnato i lavori e consentito il loro completamento quando la sentenza del T.a.r., non sospesa dal Consiglio di Stato, era esecutiva, non parrebbe di per sé manifestazione di "imprudenza".

Ma la costruzione della peculiare responsabilità introdotta dall'art. 112, comma 3, c.p.a., operata dalla giurisprudenza sulla scia della ricordata decisione della Plenaria va, almeno per il caso di sua proposizione da parte dell'originario aggiudicatario soccombente in primo grado ma vittorioso in appello, rimeditata dopo l'indicazione del legislatore che la pendenza di un ricorso, in primo o in secondo grado, in sé, non può essere «giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto».

Per precetto normativo è doverosa oggi infatti la stipula del contratto in esecuzione della sentenza di primo grado appellata ma non sospesa, come aveva, nel caso esaminato dalla Plenaria, fatto appunto ANAS.

Almeno dopo la novella del d.l. n. 76/2020 sembra, quindi, non poter più essere negato che l'attuazione della sentenza di primo grado, non sospesa dal giudice di appello, non è (più) un'imprudenza ma costituisce una causa di giustificazione che interrompe il nesso causale.

6. *L'esecuzione della sentenza instabile, dopo il d.l. di semplificazione dei contratti pubblici: la scriminante dell'adempimento del dovere, ex art. 51 c.p.*

La giurisprudenza, sulla traccia della Plenaria finora ha, in maniera abbastanza apodittica, ripetuto – nella casistica, invero non ampia, esaminata – doversi «escludere che l'esistenza di un provvedimento giurisdizionale esecutivo (come la sentenza di primo grado) possa valere a "coprire" l'operato della pubblica amministrazione, recidendo il nesso di causa-

la risoluzione del contratto stipulato con l'originario aggiudicatario e l'affidamento dell'esecuzione alla parte vittoriosa in primo grado, a una sentenza del T.a.r., poi riformata in appello, di annullamento dell'aggiudicazione.

lità tra il comportamento dell'amministrazione e l'impossibilità di eseguire il giudicato»¹³.

Ma dopo l'ultimo intervento del legislatore pare ora invece non possa più sostenersi, come affermato in motivazione dalla Plenaria nella vicenda oggetto di quel giudizio, che, rispetto al comportamento ritenuto anti-giuridico della stazione appaltante (che aveva dato esecuzione alla sentenza di primo grado), il comportamento dell'operatore vittorioso al Tar (che aveva stipulato il contratto e concluso rapidamente i lavori) e, soprattutto, la sentenza di primo grado (che aveva annullato l'originaria e legittima aggiudicazione) siano state «mere concause del danno lamentato», tali da non escludere, «in base al principio dell'equivalenza causale desumibile dagli articoli 40 e 41, commi 1 e 3 c.p., il rapporto di causalità».

Non c'è dubbio che, ragionando in termini di nesso di causalità, l'evento causativo del danno per l'impossibilità di esecuzione in forma specifica del giudicato, essendo l'opera nelle more del giudizio già compiuta, sia stata l'aggiudicazione del contratto al raggruppamento vittorioso in primo grado e che l'aggiudicazione sia, a sua volta, dipesa dalla sentenza di primo grado di annullamento dell'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario provvisorio disposta dall'amministrazione per una irregolarità contributiva (che il T.a.r. ha ritenuto non potesse essere legittimo motivo di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e invece il Consiglio di Stato, al contrario, ha considerato ragione di doverosa esclusione).

Come ricorda la Cassazione, «in tema di responsabilità civile, qualora l'evento dannoso si ricollegli a più azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41, c.p., in virtù del quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti da azioni o omissioni del soggetto cui è imputato colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a tutte, tranne che si accerti l'esclusiva efficienza causale di una di esse»¹⁴.

Ma se il danno è provocato dall'esecuzione di una sentenza esecutiva, la

¹³ Cons. Stato, Sez. V, sentenza 26 maggio 2020, n. 3342.

¹⁴ Cass. civ., Sez. III, sentenza 28 luglio 2017, n. 18753.

scriminante dell'adempimento del dovere giuridico deve ritenersi interruttiva del nesso causale in presenza di un comportamento imposto per legge.

Almeno dopo l'entrata in vigore della nuova normativa di semplificazione dei contratti pubblici, la stipula del contratto con l'avente titolo in esecuzione della sentenza di primo grado, appellata ma non sospesa, deve considerarsi adempimento di un dovere giuridico che, ai sensi dell'art. 51 c.p., opera come scriminante anche dell'illecito civile¹⁵.

Di conseguenza, come ritenuto dalla giurisprudenza in altre fattispecie¹⁶, il pregiudizio derivante dalla esecuzione di una sentenza, esecutiva anche se non definitiva, non può costituire danno ingiusto «perché prodotto da una condotta lecita e “giustificata”, ossia imposta dall'ordinamento del quale occorre presumere la coerenza precettiva (che verrebbe meno qualora si colorasse di antigiusdizionalità l'osservanza di un *dictum* giurisprudenziale)»¹⁷.

In questa prospettiva, l'esecuzione di una sentenza instabile, ma non sospesa dal giudice di appello nelle more di quel giudizio, può recare un pregiudizio alla parte controinteressata, ma questo non può costituire danno risarcibile, imputabile, secondo il modello della responsabilità civile, all'amministrazione che abbia esattamente ottemperato all'ordine del giudice: quello derivante da «un esito difforme di un giudizio in primo e in secondo grado» non può infatti considerarsi danno ingiusto, ma «costo che l'ordinamento accetta al fine di assicurare il pieno dispiegarsi del diritto alla difesa attraverso i due gradi di giudizio»¹⁸. Invero, come ribadito dalla Cassazione anche nella ricordata sentenza n. 500/1999, il danno

¹⁵ Cass. civ., Sez. III, sentenza 8 aprile 2003, n. 5505.

¹⁶ Di recente per l'esclusione dell'antigiuridicità della condotta, e quindi della responsabilità, di un comune che, dopo una sentenza del T.a.r., appellata ma non sospesa, di annullamento per gravi vizi della concessione edilizia aveva emanato l'ordinanza di demolizione dell'edificio, avendo l'ente «*agito nell'adempimento del dovere di conformarsi alle pronunce dell'autorità giurisdizionale e nell'esercizio doveroso delle proprie funzioni di repressione degli abusi edilizi*», T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II, 13 ottobre 2020, n. 10414.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1381; come ha rilevato in una recente pronuncia il T.a.r. Veneto, Sez. I, sentenza 7 agosto 2020, n. 794, se la stazione appaltante ha agito in adempimento del dovere di dare attuazione alla sentenza esecutiva di primo grado, non è configurabile «*danno ingiusto*», che presuppone un comportamento non solo *contra jus* ma, anche «*non iure, ovvero non giustificato dall'ordinamento*».

¹⁸ Cons. giust. amm., sentenza 15 ottobre 2012, n. 929.

ingiusto presuppone un comportamento non solo *contra ius*, cioè lesivo di una situazione soggettiva protetta, ma altresì «*non iure*, cioè non “altrimenti giustificato” dall’ordinamento giuridico». Non può invero sussistere danno e responsabilità risarcitoria per un fatto *iure*.

Il risultato cui è giunta la Plenaria nell’applicazione delle disposizioni del terzo comma dell’art. 112 c.p.a. e del secondo comma 336 c.p.c., nel caso in cui l’esecuzione del giudicato sia reso impossibile dal fatto che nelle more del giudizio di appello il contratto è già stato eseguito, va dunque ripensato.

Anche se il legislatore ha contemplato come “azione di risarcimento dei danni” il ristoro spettante alla parte vittoria che vede, nelle more del giudizio, divenuta impossibile l’esecuzione in forma specifica del giudicato, non può sussistere una responsabilità non solo senza colpa ma anche senza illecito, per un comportamento giuridicamente doveroso e dunque *iure*, in quanto giustificato dall’ordinamento.

Nemmeno il legislatore può qualificare come responsabilità risarcitoria il rimedio che ritenga di predisporre per ristorare un cittadino pregiudicato dall’esercizio di un’attività lecita.

Vero e che in materia, pragmaticamente, il legislatore ha anche previsto la possibilità per le amministrazioni di stipulare contratti di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

In via generale peraltro il riequilibrio economico delle situazioni soggettive incise da fatto lecito posto in essere nell’interesse pubblico, quale è oggi legislativamente definito quello alla sollecita esecuzione del contratto di pubblico appalto, trovano riequilibrio con il riconoscimento non di risarcimenti ma di indennizzi. Del resto un’obbligazione oltre che da contratto o fatto illecito può ben derivare da «altro fatto idoneo a produrla secondo l’ordinamento giuridico (cfr. art. 1173 c.c.)»¹⁹.

Nel caso la costruzione giurisprudenziale del modello è stata condizionata, né poteva essere altrimenti, della lettera della disposizione normativa, del *nomen iuris* di azione di responsabilità utilizzato dal legislatore. Ma il modello ha il limite che nemmeno il legislatore può configurare una responsabilità non solo senza colpa ma pure senza illecito.

¹⁹ Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 2019, n. 1573.

A rimedio del pregiudizio derivante dall'impossibilità di esecuzione del giudicato per fatto non imputabile all'amministrazione potrebbe pensarsi, soprattutto per i contratti sopra la soglia comunitaria, a un modello di carattere indennitario.

Pur se, come si diceva all'inizio, non c'è carenza di produzione legislativa, dovrebbe il legislatore indicare su chi debba gravare il «costo che l'ordinamento accetta al fine di assicurare il pieno dispiegarsi del diritto alla difesa attraverso i due gradi di giudizio»: costo ineliminabile in quanto connesso alla possibilità di interpretazioni diverse di disposizioni normative complesse, di non sempre felice formulazione e in continuo mutamento.

Si tratta di stabilire se a indennizzare la parte vittoriosa quando il giudicato sulla spettanza del contratto non è più eseguibile debba esser chiamato chi ha agito in giudizio proponendo il ricorso in primo grado per ottenere l'aggiudicazione poi annullata in appello e con l'esecuzione del contratto ha tratto il beneficio²⁰, o la stazione appaltante che ha gestito il procedimento o lo Stato cui tocca rispondere della giurisdizione.

Ricordava Villata²¹, e proprio con riferimento alla responsabilità derivante dalla mancata esecuzione del giudicato, che la *ratio* della responsabilità va individuata nello scopo di ripartire i danni intercorrenti nella vita di relazione secondo i criteri che risultano più opportuni alla luce delle esigenze di giustizia.

E questo dovrebbe essere compito, in primo luogo, del legislatore.

²⁰ L'Adunanza plenaria non ha escluso che l'amministrazione, chiamata a risarcire il danno ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., possa vantare un'azione nei confronti del beneficiario che ha tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo travolto dal giudicato indicando come possibili vie da esplorare quelle dell'azione di regresso collegata a un'obbligazione risarcitoria di natura solidale o dell'azione di ingiustificato arricchimento per il disequilibrio causale derivante dal collegamento tra le posizioni sostanziali in gioco, non indagate dalla Plenaria perché comunque esulanti dalla giurisdizione amministrativa.

²¹ R. VILLATA, *op. cit.*, p. 366.

RIPARTO DI GIURISDIZIONE E CONCORRENZA
FRA I “MODELLI” DI RESPONSABILITÀ CIVILE
NELLE RELAZIONI TIPICHE DEL
DIRITTO AMMINISTRATIVO

Aldo Travi

SOMMARIO: 1. L'utilità di un confronto fra i “modelli” di responsabilità civile nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo. – 2. I tre “modelli” fondamentali che si confrontano oggi nel nostro ordinamento. – 3. Il “modello” attuale della responsabilità civile per lesione di interessi legittimi e i suoi limiti. – 4. Il confronto con il “modello” della responsabilità per lesione dell'affidamento, sul piano delle ragioni giuridiche e di quelle sostanziali.

1. *L'utilità di un confronto fra i “modelli” di responsabilità civile nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo.*

È ormai da tempo condivisa la constatazione che la disciplina della responsabilità civile realizzi nell'ordinamento una pluralità di obiettivi diversi¹ e la circostanza che l'attenzione si concentri in successione verso l'uno o l'altro di questi obiettivi favorisce l'emersione di elementi nuovi ed accresce l'attualità dell'istituto². Per chi consideri questi sviluppi “dal-

¹ Queste considerazioni emergono con chiarezza nella dottrina civilistica degli ultimi decenni: si vedano, per tutti, C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Jovene, Napoli, 1985, e C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Giuffrè, Milano, 2006, ma v. già, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, II ed., Giuffrè, Milano, 1993, pp. 155 ss.

² Come si coglie in particolare dall'emersione di nuove categorie di “danno”, o, forse meglio, di nuovi “diritti” che assumono concretezza proprio nella prospettiva del danno e della responsabilità. Cfr. F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr.*

l'esterno", in una prospettiva diversa da quella propria del civilista, appare evidente come la riconduzione della responsabilità civile ad alcuni principi propriamente generali non impedisca in alcun modo l'introduzione di profili e specificità ulteriori; nello stesso tempo proprio i fattori di mutazione rendono più forte l'esigenza di una riflessione che raccolga i vari indirizzi e proponga soluzioni coerenti, sia sul piano sistematico che in termini pratici. La dialettica di fondo che si riscontra oggi nell'esperienza giuridica, divisa fra il riconoscimento di una "liquidità" che sfugge ad agevoli classificazioni e l'aspirazione ad una ragionevolezza che trova nella coerenza delle regole un parametro irrinunciabile, coinvolge a tutto campo il dibattito sulla responsabilità civile, nonostante la centralità e l'importanza oggettiva che contraddistinguono la sua disciplina.

Queste ragioni d'interesse trovano spunti ancora ulteriori rispetto al tema della responsabilità civile nelle relazioni con la pubblica amministrazione. Il tema infatti riconduce subito ad una dialettica ulteriore, quella che distingue il diritto comune dal diritto speciale³, e che la responsabilità civile dell'amministrazione possa prestarsi anche a un diritto speciale è considerazione che si impone con evidenza non appena si guardi ad esperienze straniere⁴, o non appena si rifletta senza preconcetti

e impr., 1985, pp. 1 ss., e M. LIBERTINI, *Nuove frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1987, pp. 85 ss.; per un primo bilancio, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., soprattutto cap. II, "Ingiustizia del danno ed evoluzione dell'ordinamento".

³ Così già C. VACHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Hoepli, Milano, 1892. Vacchelli concludeva sostenendo che una conciliazione fra la concezione dello Stato e il principio di responsabilità poteva realizzarsi soltanto riconoscendo «la speciale indole della responsabilità civile della pubblica amministrazione» (*ivi*, soprattutto pp. 197 ss.).

⁴ Esemplare, in proposito, è l'esperienza francese. Per il profilo richiamato nel testo, che attiene al rapporto fra responsabilità delle istituzioni pubbliche e responsabilità dei soggetti privati, fondamentali R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, La Mémoire du droit, Parigi, 1954, con prefazione di M. Waline, e, sul versante civilistico, G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, La Mémoire du droit, Parigi, 1951 con prefazione di A. Amiaud. Per l'estensione del modello della responsabilità "pubblica" anche all'ambito legislativo, cfr. C. BROYELLE, *La Responsabilité de l'Etat du fait des lois*, L.G.D.J., Parigi, 2003 (che peraltro tende a sottolineare una certa convergenza dei due indirizzi sul piano delle soluzioni pratiche). Per un quadro dell'assetto più recente cfr. H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, L.G.D.J., Parigi, 2017; la stessa Autrice ha curato sul tema della responsabilità dell'am-

su soluzioni proposte nel passato anche nella nostra scienza giuridica⁵. La tensione fra i due poli (quello rappresentato dal diritto comune e quello rappresentato dalla specialità) è palpabile non solo quando si analizzano i mutamenti epocali maturati in questo ambito nell'ultimo quarto di secolo, ma anche quando si valutano gli interventi puntuali della giurisprudenza più recente, sia per quanto essa dice espressamente, sia per quanto essa non dice ma appare ugualmente percepibile. La singolarità di molte soluzioni induce infatti a rilevare l'importanza di elementi che sfuggono ad una riconduzione rigorosa del fatto alla norma e che nello stesso tempo non sono assolutamente contingenti o episodici, ma rispecchiano una convinzione salda che trova piena cittadinanza nella giurisprudenza⁶.

La riflessione sugli orientamenti della giurisprudenza in questo contesto appare importante. I tempi per un dialogo fra dottrina e giurisprudenza possono risultare anche molto lunghi: la stessa possibilità di un risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi è maturata a conclusione di contributi della dottrina continui, insistenti e ragionati, che hanno considerato sia la ragione sistematica che quella pratica e che hanno faticato per decenni ad essere recepiti, ma che in definitiva si so-

ministrato un'ampia raccolta di contributi in una prospettiva comparata, ma attenta soprattutto all'esperienza francese, sulla *Revue française d'administration publique*, 147, 2013.

Per una rivisitazione critica della concezione comune che assegna un rilievo fondante, per la costruzione del diritto amministrativo francese, proprio all'assetto della responsabilità dell'amministrazione, cfr. G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif ... Études d'histoire du droit public*, La Mémoire du droit, Parigi, 2015, pp. 42 ss.

⁵ Si consideri, in particolare, la posizione espressa da G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Vallardi, Milano, 1912: Salemi proponeva di assegnare una portata generale al modello indennitario.

L'attenzione su questa posizione è stata opportunamente richiamata da G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 192 ss. Il contributo di Salemi è inquadrato da G. Corso negli sviluppi del dibattito all'inizio del secolo sulla responsabilità civile dell'amministrazione, cui intervennero, fra gli altri, V.E. Orlando, S. Romano, F. Cammeo.

⁶ È la formula del "diritto vivente", così difficile da accettare sul piano sistematico e istituzionale, così ampiamente accolta sul piano pratico.

no imposti, demolendo gli assiomi di una giurisprudenza quasi monolitica e fortemente autoreferenziale. D'altra parte, come è testimoniato dai confronti che si svolgono abitualmente fra giurisprudenze con matrici diverse (oggi, soprattutto, con le Corti europee), gli argomenti che resistono di più sono in genere quelli oggettivamente migliori, che rispondono cioè ad una ragione effettiva, mentre le logiche autoreferenziali sono in genere perdenti. Si deve anzi auspicare che nei prossimi anni il "dialogo fra le Corti", tanto enfatizzato nel dibattito recente, non sacrifichi la ricerca della ragione migliore e non comporti l'introduzione di uno standard uniformato ad una ideologia comune degli organi giudiziari.

Emergono d'altra parte varie ragioni che inducono ad assumere, come sede privilegiata per riflettere sulla relazione fra amministrazione e cittadino, proprio il tema della responsabilità civile dell'amministrazione. In passato, prima delle riforme crispine, nel contesto di un dibattito vivace sulla responsabilità civile in generale, uno dei più acuti giuristi italiani insegnando diritto amministrativo aveva collocato al centro proprio la responsabilità civile dell'amministrazione, fin quasi ad assegnarle, in una logica complessiva, il ruolo di strumento fondamentale per garantire la legittimità dell'azione amministrativa⁷. Alla responsabilità venivano assegnati spazi che successivamente, per oltre un secolo, sono stati riferiti sistematicamente al sindacato di legittimità sugli atti. Nell'ultimo ventennio, probabilmente, il quadro si è ancora modificato, perché in teoria i due ordini di rimedi dovrebbero operare congiuntamente, con un effetto di sommatoria, anche se prima la teoria della c.d. pregiudizialità amministrativa, poi l'introduzione di termini di decadenza per l'azione risarcitoria nel caso di lesione di interessi legittimi hanno indubbiamente perseguito un disegno di gerarchia e di subordinazione.

Proprio questa prospettiva più ampia, che indirizza l'attenzione allo spazio concretamente assegnato alla responsabilità civile dell'amministrazione nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo, sollecita a consi-

⁷ Mi riferisco a L. MORTARA, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione* (Università di Pisa, anno acc. 1886-1887), pubblicato recentemente a cura di G. D'ANGELO (al quale si deve anche il saggio introduttivo, *Lodovico Mortara e il diritto amministrativo prima delle riforme crispine*), Jovene, Napoli, 2013. Cfr. soprattutto pp. 37 ss., pp. 57 ss., pp. 143 ss.

derare l'assetto attuale degli istituti della responsabilità rispetto a tali relazioni. Il punto di partenza non può che essere l'assetto rappresentato nella giurisprudenza, in considerazione del rilievo che esso riveste anche nella conformazione della condotta della stessa amministrazione e, almeno indirettamente, dei cittadini. Rispetto a questo assetto sono state proposte varie considerazioni critiche di indubbio rilievo⁸: in questa sede, però, prenderò in considerazione solo alcuni profili di ordine diverso, più elementari, che attengono alla individuazione dei modelli principali e alla loro coerenza complessiva in una prospettiva generale. Una riflessione del genere mi sembra comunque utile alla luce della circostanza che il quadro appare tuttora frammentario per la pluralità delle giurisdizioni e per la vigenza di discipline fra loro non armonizzate: per questa ragione, invece di esaminare la coerenza interna dei modelli principali, considererò piuttosto la loro compatibilità reciproca. D'altra parte nell'analisi giuridica spesso la pluralità di modelli sfocia concretamente in un dubbio di compatibilità e soprattutto nel diritto amministrativo nello sviluppo di un singolo istituto si assiste di frequente alla prevalenza non di logiche di complementarità con gli altri, ma di logiche "assolute", che testimoniano un'attenzione frammentata e disorganica. Questo carattere emerge in vari settori del diritto amministrativo: è evidente per esempio rispetto alle vicende di alcuni istituti contemplati nella legislazione sui contratti pubblici⁹, con esiti che comportano problemi non indifferenti ogni qual volta si

⁸ Cfr., per esempio, F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2009, a proposito dell'adattamento dei principi civilistici operato dalla giurisprudenza amministrativa sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi.

⁹ In particolare, in questa legislazione la disciplina dei requisiti di ordine generale, le regole del subappalto, l'assetto dei poteri della stazione appaltante dopo la sottoscrizione del contratto hanno evidenziato spesso profili di interferenza con altre discipline. Si pensi, per i requisiti di ordine generale, alle interferenze con la legislazione antimafia, o con quella del d.lgs. n. 231/2001, ecc.: l'elaborazione originaria delle disposizioni e soprattutto le loro modifiche successive hanno seguito essenzialmente ragioni interne ad esse, e non una prospettiva più ampia, spesso con esiti insoddisfacenti. Esiti del genere determinano conseguenze rilevanti anche sul piano sociale, nell'incoerenza fra gli obiettivi perseguiti dal legislatore italiano nella disciplina sui subappalti e i principi accolti nell'ordinamento comunitario sull'autonomia organizzativa dell'impresa appaltatrice.

produca un'interferenza con altri istituti o (come è ancora più frequente) si istituisca un confronto con essi in una logica di ragionevolezza o si debba misurare la loro compatibilità col diritto comunitario. Certamente anche lo sviluppo di certi istituti in una logica "assoluta", che sembra dedicare scarsa attenzione agli istituti concorrenti, alcune volte rispecchia, nonostante tutto, ragioni di confronto, espresse dalla convinzione che gli altri istituti abbiano esaurito le loro potenzialità o non siano comunque idonei ad assicurare in modo appropriato certi obiettivi. Anche in questo caso, perciò, da un raffronto fra i diversi modelli possono emergere implicazioni ulteriori che introducono nuovi argomenti di riflessione in una prospettiva più generale.

La responsabilità civile dell'amministrazione si presta ad indagini del genere. La circostanza, anzi, che si tratti di una disciplina indubbiamente "di sistema", nodale per la ricostruzione delle relazioni effettive fra amministrazione e cittadini, avvalora ulteriormente le indagini in questa prospettiva.

2. I tre "modelli" fondamentali che si confrontano oggi nel nostro ordinamento.

In questi anni si confrontano nel nostro ordinamento tre modelli principali di responsabilità civile, nelle relazioni tipiche dell'amministrazione con i cittadini. Il primo modello corrisponde alla responsabilità civile per lesione di interessi legittimi: si tratta di un modello oggi demandato alla giurisdizione amministrativa. Il secondo modello corrisponde alla responsabilità civile per lesione dell'affidamento precostituito direttamente dalla legge o da atti specifici dell'amministrazione: si tratta di un modello ancora controverso, ma sostenuto con vigore dalla Cassazione e da essa riservato alla giurisdizione civile. Il terzo modello corrisponde alla responsabilità civile della persona che abbia agito come agente dell'amministrazione: anch'esso identifica un modello specifico ed è materia demandata alla giurisdizione civile¹⁰.

¹⁰ L'inderogabilità della giurisdizione civile per le azioni di responsabilità promosse da terzi nei confronti di dipendenti o amministratori pubblici è stata affermata con ri-

I tre modelli sono stati elaborati sulla base di ragioni specifiche e avrebbero dovuto occupare spazi diversi. Il terzo modello si distingue dagli altri due per evidenti ragioni di ordine soggettivo: in discussione è la responsabilità di una persona fisica, e non dell'amministrazione. Il secondo modello si distingue dal primo per avere un'incidenza su una posizione giuridica di affidamento, che secondo la Cassazione non risulterebbe neppure assimilabile ad un interesse legittimo. Da un punto di vista giuridico, pertanto, ciascuno dei tre modelli presenterebbe caratteristiche proprie e realizzerebbe esigenze tipiche: corrisponderebbe a ragioni esclusive.

Ciò non impedisce però che, proprio alla luce dei loro caratteri, alcuni modelli possano coesistere fra loro nel caso concreto. L'affermazione, di per sé del tutto condivisibile, che la responsabilità civile del dipendente pubblico prevista dall'art. 23 t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, non poteva essere circoscritta alla "violazione dei diritti dei terzi", ma dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999 doveva estendersi anche alla lesione di interessi legittimi¹¹, ha comportato una più ampia sovrapposizione pratica del primo e del terzo modello. Per ragioni diverse, legate all'incertezza sui confini del secondo modello, si sono determinati orientamenti concorrenti sulla configurabilità del primo o del secondo modello nei singoli casi. Certo è che l'affermazione, forse troppo netta, che il nostro ordinamento non ammetterebbe una modifica della giurisdizione per motivi di connessione¹² ha favorito non solo la distanza fra questi modelli, ma an-

gore dalla Cassazione. Cfr. Cass., Sez. Un., 9 marzo 2020, n. 6690; Cass., Sez. Un., 15 novembre 2016, n. 23228; Cass., Sez. Un., 3 ottobre 2016, n. 19677, in *Foro it.*, 1, 2016, p. 3422; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2015, n. 738; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, pp. 1007 ss., con note di S. Malinconico e di M. Allena.

¹¹ Così Cass., Sez. Un., 9 marzo 2020, n. 6690, cit.; Cass., Sez. Un., 31 luglio 2015, n. 16276, in *Danno e resp.*, 2015, p. 1109, con nota di F. GIGLIOTTI, *Lesione di interesse legittimo e responsabilità diretta del pubblico dipendente*.

¹² L'esclusione della possibilità di uno spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione è stata ribadita dalle Sezioni Unite rispetto alla domanda risarcitoria proposta congiuntamente nei confronti dell'amministrazione e nei confronti del funzionario, chiamati a rispondere in solido del danno cagionato per lesione di interessi legittimi. Cfr. Cass., Sez. Un., 3 ottobre 2016, n. 19667; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2015, n. 738; Cass., Sez. Un., 5 marzo 2008, n. 5914; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, e Cass., Sez. Un., 2 marzo 2006, n. 459. Nello stesso senso, per la giurisprudenza

che il loro sviluppo secondo logiche separate. In alcuni casi i punti di approdo di questo sviluppo oggi appaiono veramente distanti dagli assunti di partenza.

Se si cerca di valutare quale spazio di tutela risarcitoria sia riconosciuto al cittadino, che subisca un “danno ingiusto” dall’esercizio del potere amministrativo, e perciò si considerino i tre modelli congiuntamente, emergono con evidenza alcuni elementi di rilievo. Innanzi tutto lo spazio pratico di ciascun modello finisce con l’essere condizionato da quello degli altri due. L’attenzione esasperata per un equilibrio esclusivamente all’interno di un modello ha finito spesso col determinare una perdita di coerenza complessiva e ha comportato squilibri sistemici nei rapporti fra i tre modelli. In altri termini, la definizione dell’assetto di un istituto ha introdotto profili non marginali di concorrenza con gli altri.

Si consideri la responsabilità civile del dipendente pubblico nei confronti dei terzi. Le disposizioni (veramente mal scritte) del testo unico del 1957¹³, avevano indotto spesso a ritenere che la disciplina della responsabilità civile del dipendente pubblico (e dei soggetti ad essi assimilati) fosse quasi solo un omaggio formale all’art. 28 Cost. e avesse il significato più di un’affermazione di principio, che di una soluzione pratica destinata ad essere esperita normalmente: questa conclusione sembrava rispecchiare un carattere specifico della responsabilità civile del dipendente pubblico, tant’è vero che era stata sottolineata anche dalla dottrina¹⁴. La stes-

za amministrativa, Cons. Stato, Sez. III, 24 aprile 2020, n. 2650 (ma in senso difforme Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2005, n. 4153). Più in generale, nel senso che la connessione non possa essere invocata rispetto a controversie devolute a giurisdizioni diverse, cfr. per la giurisprudenza amministrativa Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro it.*, 2014, III, p. 518.

In realtà in alcuni ambiti uno spostamento della giurisdizione per motivi di connessione è praticato nei fatti dalla giurisprudenza. Ne è esempio l’affermazione della Cassazione secondo cui le vertenze sulle concessioni di beni e servizi, nelle quali si discuta congiuntamente del titolo concessorio e dei canoni o rispettivi che ne derivano, sarebbero devolute al giudice amministrativo, e non dovrebbero invece essere “frazionate” (come oggi richiederebbe l’art. 133, lett. b) e c), c.p.a.): cfr. Cass., Sez. Un., 27 maggio 2009, n. 12252.

¹³ Cfr. in particolare l’art. 23 t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, rubricato “Danno ingiusto”, che si incentra in realtà su profili inerenti alla condotta dell’agente.

¹⁴ Cfr. P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, vol. I, II ed., Giuffrè, Milano, 1973, p. 438;

sa esclusione di una responsabilità per colpa lieve e, di conseguenza, la necessità per il creditore di dimostrare gli estremi della colpa grave valevano a indirizzare il privato piuttosto verso una tutela risarcitoria nei confronti dell'ente pubblico. Oggi invece una pretesa risarcitoria per lesione di interessi legittimi che venga fatta valere nei confronti dell'amministrazione risulta sottoposta a una disciplina speciale che spesso ne rende problematica l'esperibilità sul piano pratico: si pensi all'assoggettamento a un termine di decadenza per l'azione e la subordinazione a condizioni specifiche¹⁵. In questo modo l'azione civile nei confronti nell'agente dell'amministrazione finisce col rappresentare, in molti casi, l'unica soluzione concretamente esperibile, o comunque la soluzione preferenziale¹⁶, per il privato che abbia subito il danno¹⁷. Rispetto all'"economia" dei due modelli di responsabilità, si verifica, in definitiva, un capovolgimento dei termini di confronto.

Una volta chiarito che l'agente risponde anche per la lesione di interessi legittimi, la responsabilità dell'agente si delinea come una figura "a geometria variabile" che finisce col rispecchiare (fatte salve soltanto le diffe-

cfr. anche E. CASSETTA, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del Costituente*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 290.

¹⁵ Cfr. gli artt. 30, comma 3, e 124, comma 2, c.p.a., sui quali si tornerà più avanti.

¹⁶ Non mi sembra che a questa conclusione si possa obiettare efficacemente che alcune regole, come quella sancita dall'art. 124, comma 2, c.p.c., varrebbero anche per la responsabilità civile del dipendente pubblico, perché riguarderebbero la definizione del "danno" passibile di risarcimento. La stessa circostanza che la giurisdizione, per l'azione risarcitoria nei confronti del dipendente, sia devoluta al giudice civile e che la giurisprudenza civile sull'art. 1227 c.c. abbia maturato soluzioni diverse, induce a ritenere che le pronunce sulla responsabilità del dipendente possano adottare logiche differenti da quelle espresse oggi dalla giurisprudenza amministrativa.

¹⁷ A questo risultato ha contribuito anche l'estensione ormai generalizzata delle coperture assicurative per dipendenti e amministratori pubblici, che per molti di essi ha superato i limiti pratici rappresentati dalla solvibilità personale. Questo aspetto meriterebbe a sua volta riflessioni più ampie, non solo perché la garanzia assicurativa comporta una traslazione dei costi che colpisce le ragioni economiche della responsabilità, ma anche per l'incidenza più profonda della disciplina assicurativa sull'assetto giuridico della responsabilità (cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, pp. 158 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 353 ss.).

renze concernenti l'elemento soggettivo) la stessa portata che viene riconosciuta alla responsabilità civile dell'amministrazione. Non è però sottoposta alla disciplina speciale elaborata per la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi. In questo modo, a ben vedere, anche la responsabilità dell'agente potrà diventare in futuro una chiave di volta per una revisione complessivo della responsabilità, se non altro perché è evidente che la tematica della responsabilità nelle relazioni con l'amministrazione non può più essere affrontata prescindendo dalla rilevanza centrale della posizione dell'agente.

L'elaborazione da parte della Cassazione della responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento del privato ha determinato, fino ad oggi, conseguenze di non minore rilievo. Non vi è dubbio che nell'esame di questa giurisprudenza civile emerga una concezione dell'affidamento e della sua tutela che risulta ben diversa da quella della giurisprudenza amministrativa: basti pensare a certe affermazioni ancora ricorrenti nella giurisprudenza amministrativa secondo cui all'illegittimità di un provvedimento non potrebbe corrispondere, per definizione, alcun affidamento del cittadino che da quel provvedimento abbia acquisito una posizione di vantaggio¹⁸, o alla tesi, ampiamente diffusa

¹⁸In questo senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *Foro it.*, 2018, III, p. 5; Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2016, n. 3975. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2014, n. 5346, che richiama il principio secondo cui l'ignoranza della legge non scusa e la regola secondo cui non può richiedere il risarcimento del danno chi abbia contribuito con la propria condotta al verificarsi del danno. In senso contrario cfr. però Cons. Stato, Sez. IV, 20 dicembre 2017, n. 5980; di recente la questione è stata rimessa all'Adunanza plenaria da Cons. Stato, Sez. II, ord. 9 marzo 2021, n. 2013, e ord. 6 aprile 2021, n. 2753.

Invece la responsabilità civile dell'amministrazione per danno all'affidamento è stata elaborata dalla Cassazione proprio sul caso dell'annullamento del provvedimento illegittimo vantaggioso per il cittadino. In questo senso Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, nn. 6594-6595-6596 (le prime due in tema di annullamento di concessione edilizia, la terza in tema di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico); per la giurisprudenza successiva, Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1654; Cass., Sez. Un., 2 agosto 2017, n. 19170; Cass., Sez. Un., 22 maggio 2017 (in tema di annullamento di una concessione di derivazione); Cass., Sez. Un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 1, p. 1044, con nota di M. Sinisi e in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 547, con nota di C.E. Gallo (si noti che la prima pronuncia – Cass., Sez. Un., 23

nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'affidamento richiederebbe di essere valutato dall'amministrazione sul piano della motivazione di un proprio atto e solo eccezionalmente in termini di una tutela indennitaria o comunque "di risultato"¹⁹. Al di là, però, di queste divergenze sostanziali, in molti casi la distinzione fra la lesione dell'affidamento (come rappresentata dalla Cassazione) e la lesione di un interesse legittimo risulta fin troppo sottile: si pensi al danno da ritardo, che la giurisprudenza amministrativa ha ricondotto alla lesione di un interesse legittimo al pari delle altre patologie nell'esercizio del potere, ma che sta diventando anche il campo di azioni risarcitorie per lesione dell'affidamento, perché la previsione che un provvedimento debba essere adottato entro un certo termine viene considerata come titolo per un affidamento²⁰. Non si tratta qui di un confronto fra "etichette", ma neppure semplicemente di una questione di riparto di giurisdizione. Valgono, a maggior ragione, le considerazioni già espresse a proposito della tutela risarcitoria nei confronti del dipendente pubblico. La giurisprudenza civile sul risarcimento del danno è molto meno "deferente" nei confronti dell'amministrazione di quella amministrativa e questa circostanza, unitamente alle disposizioni penalizzanti del codice del processo amministrativo, fa la differenza. Là dove si profila una concorrenza fra i due modelli di tutela, il risultato è impietoso.

Il raffronto fra questi modelli conduce pertanto a ritenere, innanzi tutto, come non realizzato, o non pienamente realizzato, l'obiettivo perseguito dal legislatore già nella legge n. 205/2000 e sancito poi, con soluzioni peraltro molto discusse, nel codice del 2010: si tratta dell'obiettivo di ricondurre al giudice amministrativo la tutela risarcitoria nelle relazioni tipicamente amministrative. Il modello perseguito dal legislatore nel

marzo 2011, n. 6594 – concerneva una causa nella quale la domanda di risarcimento dei danni era stata proposta congiuntamente contro il funzionario e contro l'amministrazione).

¹⁹ In proposito rinvio a quanto esposto in *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di C. Castonovo*, vol. I, Jovene, Napoli, 2018, pp. 33 ss. Cfr. anche A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

²⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236.

2000 sarebbe stato elogiato pochi anni dopo dalla Corte costituzionale, come esempio di concentrazione in un unico plesso delle diverse modalità di tutela per lesione di interessi legittimi²¹, e questa era sembrata una ragione sufficiente a sostegno di una nuova estensione della giurisdizione amministrativa. In realtà, alla luce delle posizioni complessive maturate nella giurisprudenza, l'obiettivo di assegnare al giudice amministrativo una giurisdizione generale sulle pretese risarcitorie per vicende riconducibili a situazioni di potere dell'amministrazione, travalicando anche i limiti tradizionali della giurisdizione esclusiva²², non appare conseguito pienamente. Ha prodotto anzi, come si è accennato, una serie di risultati non voluti.

Questa situazione induce a riflettere a tutto campo sulle cause che l'hanno determinata.

3. Il “modello” attuale della responsabilità civile per lesione di interessi legittimi e i suoi limiti.

Una dinamica fondamentale, in questo contesto, è rappresentata dalla ricostruzione operata nella giurisprudenza amministrativa del diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.

Centrali, in proposito, sono due ordini di previsioni: la prima è rappresentata dalla introduzione di un termine di decadenza per l'azione risarcitoria, la seconda è rappresentata dai criteri per la liquidazione del danno.

La previsione di un termine di decadenza è stata giustificata da esigenze di certezza nei rapporti giuridici e da ragioni correlate alla gestione di risorse pubbliche²³. Si tratta, in entrambi i casi, di argomenti non fortis-

²¹ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, pp. 799 ss., con note di R. Villata e di V. Cerulli Irelli.

²² Non si può dimenticare, infatti, che in base all'art. 7 c.p.a. la giurisdizione amministrativa sul diritto al risarcimento dei danni per lesione di interesse legittimo ha carattere generale e non è riferita a “particolari materie”.

²³ Cfr. Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, p. 1069, con nota di A. Marra.

simi. Una volta superata la teoria della c.d. pregiudizialità amministrativa, l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici non coinvolge più la stabilità dell'atto amministrativo, perché tutela risarcitoria e tutela annullatoria hanno acquisito una autonomia di principio: di conseguenza si tratta di una certezza "ordinaria", quale può valere rispetto a qualsiasi rapporto obbligatorio. La stessa conclusione vale per l'argomento che invoca la necessità di considerare le esigenze specifiche per la gestione delle risorse pubbliche. Non si riesce a capire per quale ragione considerazioni del genere possano valere per la tutela risarcitoria degli interessi legittimi, ma siano irrilevanti più in generale per il risarcimento dei danni cagionati dall'amministrazione²⁴. Con ciò non si intende negare che i margini da riconoscere alle scelte legislative possano anche giustificare in linea teorica soluzioni del genere. Rimane forte, però, il dubbio che in realtà si tratti non di disposizioni dettate a tutela di un interesse generale, ma di disposizioni di favore per il soggetto pubblico di un rapporto obbligatorio (il rapporto che attiene al diritto al risarcimento).

In concreto l'applicazione del termine di decadenza solleva a sua volta vari problemi. Il termine di decadenza è ancorato dal codice al provvedimento amministrativo o, in alternativa, al passaggio in giudicato della sentenza di annullamento; nel caso di silenzio dell'amministrazione, dalla formazione del silenzio stesso. Resta da capire, però, se in questo modo siano esaurite tutte le situazioni di danno. Si pensi alla giurisprudenza civile che, affrontando il tema della prescrizione per il diritto al risarcimento del danno, ha sostenuto che anche in caso di un "illecito istantaneo" la tutela risarcitoria presuppone sempre un danno che sia "oggettivamente percepibile"²⁵: il provvedimento amministrativo, in molti casi, non identifica

²⁴ Si pensi, appunto, al risarcimento dei danni per lesione di diritti soggettivi.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. lav., 16 aprile 2018, n. 9318; Cass., Sez. III, 22 settembre 2017, n. 22059. Più in generale, la giurisprudenza civile, sulla decorrenza del termine di prescrizione per l'azione risarcitoria, distingue fra il caso in cui l'evento successivo corrisponda ad un "aggravamento" di un danno già precedentemente percepibile ed il caso in cui invece il danno si manifesti solo in un momento successivo (e cioè diventi «oggettivamente percepibile e riconoscibile» solo in un secondo tempo). In questo secondo caso la prescrizione decorre solo dal momento in cui si manifesta il danno: cfr., per la responsabilità extracontrattuale, Cass., Sez. lav., 11 settembre 2007, n. 19022, e 21 febbraio 2004, n. 3498.; per la responsabilità contrattuale, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 580.

un danno con questa caratteristica, ma ne è semplicemente una causa. Soprattutto nel caso di interessi c.d. pretensivi, a me pare che la distanza anche temporale fra il provvedimento negativo illegittimo e il danno possa presentarsi ed essere significativa. Si pensi al rigetto illegittimo di una domanda di permesso di costruire in presenza di un progetto del tutto conforme alla disciplina urbanistica, se al rigetto faccia seguito la modifica dello strumento urbanistico in termini incompatibili con l'utilizzo edificatorio dell'area. Il danno determinato dal diniego illegittimo diventa "percepibile" solo in un secondo tempo, ossia dopo la modifica dello strumento urbanistico²⁶. Non è ragionevole che, in casi del genere, la decadenza possa maturare prima che il danno sia effettivamente "percepibile". E se deve escludersi il riferimento, per la decadenza, al provvedimento amministrativo, si può ritenere anche che, in casi del genere, la stessa disposizione che prevede un termine di decadenza sia inapplicabile²⁷.

La disciplina del codice del 2010 avvalorata una visione semplificata, o "semplicistica", della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, che privilegia la figura del danno evidenziato da un singolo atto o da un singolo "silenzio", ma che perde di vista le fattispecie

²⁶ Anzi, a ben vedere, diventa "attuale" proprio in seguito a tale modifica, che determina l'impossibilità dell'edificazione sull'area. Nel senso che la sopravvenienza di un provvedimento ostativo non escluda il nesso di causalità fra il diniego illegittimo (o il "silenzio") e il danno, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.

In alcune pronunce la Cassazione è pervenuta a conclusioni che probabilmente non sono del tutto coerenti con l'indirizzo più generale richiamato nella nota precedente. Cfr. Cass., Sez. I, 25 novembre 2003, n. 17940, a proposito del danno cagionato ad un concessionario del servizio di riscossione di tributi dal provvedimento che lo cancellava illegittimamente dall'albo dei concessionari. La Cassazione ha identificato come fatto produttivo del danno l'impossibilità, per quel soggetto, di partecipare alle gare per l'affidamento del servizio di riscossione ed ha affermato che, in caso di pluralità di gare che si siano succedute nel tempo, gli eventi dannosi dovevano considerarsi plurimi e, pertanto, il termine iniziale per la prescrizione del diritto al risarcimento del danno doveva essere computato in ragione di ciascuna esclusione.

²⁷ Forse si potrà obiettare a queste considerazioni che, nell'esempio proposto, la circostanza che il Comune possa sempre modificare lo strumento urbanistico vale ad escludere il nesso di causalità necessaria fra la condotta illegittima (identificata nel provvedimento di diniego) e il danno prospettato. Questa obiezione, per le ragioni che illustrerò più avanti nel testo, sembra però risolversi in una petizione di principio.

più complesse e, più in generale, la dimensione della “relazione” complessiva fra amministrazione e cittadino. Questa rappresentazione “puntiforme” del danno ad interessi legittimi consente indubbiamente una semplificazione del “modello”, ma finisce anche con l’evidenziare una lacuna sostanziale in cui si è poi innestata la Cassazione²⁸.

Per alcuni aspetti risulta ancora più singolare la disciplina, introdotta nel codice del 2010, sui criteri per la liquidazione del danno. Questa disciplina si caratterizza, formalmente, per l’ossequio alla disciplina civilistica e, in particolare, al principio sancito dall’art. 1227, comma 2, c.c., che nell’art. 124 c.p.a. viene espressamente richiamato. In questo modo il codice cercava di superare l’obiezione che una disciplina sostanziale del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi non fosse neppure oggetto della delega legislativa. Il significato effettivo di queste previsioni non può, però, sfuggire. Il codice ha considerato solo un profilo del risarcimento del danno, rappresentato dalla esclusione dei danni che «si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti» (art. 30, comma 3), ovvero, nel contenzioso sui contratti pubblici, dalla rilevanza della «condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo», non abbia chiesto l’aggiudicazione del contratto o il subentro nell’esecuzione del contratto stesso (art. 124, comma 2). L’unico profilo considerato è dunque a beneficio dell’amministrazione debitrice. Inoltre queste previsioni intervengono in modo netto, ricollegandosi (in un caso implicitamente, nell’altro caso anche espressamente) all’art. 1227 c.c., ma introducendo soluzioni (rappresentate dalla necessità dell’azione giudiziale, ecc.) che la giurisprudenza civile dubitava potessero essere rappresentate in tale articolo²⁹.

²⁸ Questa lacuna, come si vedrà, sarà infatti colta dalla Cassazione, nell’elaborazione del “secondo modello” di responsabilità.

²⁹ Cfr., nel senso che l’onere di diligenza a carico del creditore ai sensi dell’art. 1227, comma 2, c.c., non possa tradursi nell’onere di instaurare un giudizio, Cass., Sez. III, 27 giugno 2007, n. 14853; Cass., Sez. lav., 21 agosto 2004, n. 16530. Anche in questo senso R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 866, descrive la soluzione accolta dal codice del processo amministrativo come «quello che resta un mediocre compromesso».

In generale, prima del codice del 2010, I. PAGNI, *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno: il nuovo volto dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela*

Non può dunque stupire che, recependo la prospettiva del codice, il giudice amministrativo abbia proceduto ad enunciare una serie di corollari diretti a specificare l'“ordinaria diligenza” del creditore, misurata soprattutto nella condotta processuale, orientandoli in una logica di contenimento del risarcimento. Si pensi, in particolare, al requisito dell'esperimento della tutela cautelare, che spesso risulta enunciato ormai in termini formali, alla stregua di un criterio normativo³⁰. In realtà anche una misura cautelare non è in grado, in moltissimi casi, di salvaguardare l'integrità dell'interesse del privato e comunque anche nelle relazioni economiche le prerogative che sono riconducibili al conseguimento di una misura cautelare non sono equivalenti a quelle realizzate da un provvedimento positivo. Ciò si riscontra con evidenza rispetto ai provvedimenti necessari per realizzare un'attività produttiva: il c.d. merito creditizio definito in presenza di una misura cautelare favorevole risulta minimo e un finanziamento è concretamente possibile solo in presenza di un provvedimento favorevole. In tutti questi casi l'attribuzione di un rilievo discriminante all'istanza cautelare finisce con l'avere quasi il sapore di una beffa, perché in definitiva l'inadempienza di fondo è di ordine istituzionale e dovrebbe gravare perciò sul sistema e non sulla parte creditrice: è legato alla difficoltà che, per l'insufficienza delle risorse, spesso incontra il giudice amministrativo a pronunciarsi sollecitamente sul merito del ricorso.

demolitoria, in *Dir. pubbl.*, 2008, pp. 779 ss. Dopo l'entrata in vigore del codice, il tema è stato oggetto di ampia argomentazione in Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, che ha richiamato l'art. 1227 c.c. cercando però di applicare i canoni di tale articolo, senza indulgere all'argomento della specialità.

³⁰Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2021, n. 962 (che invoca in proposito anche canoni di buona fede e di solidarietà); in termini netti, Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2018, n. 1828; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968 (che sulla base di questo argomento esclude il diritto al risarcimento dei danni determinati da un silenzio su una richiesta di permesso di costruire, nel caso in cui il Comune abbia poi modificato lo strumento urbanistico rendendo inedificabile l'area; la sentenza rileva inoltre che la pronuncia sul silenzio o l'annullamento del diniego illegittimo avrebbero potuto incidere sulla discrezionalità del Comune nella formazione del nuovo strumento urbanistico).

Fra le non frequenti pronunce che hanno accolto un indirizzo più flessibile e argomentato, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6078.

La giurisprudenza amministrativa segue un itinerario segnato dal codice del 2010 e finisce così col subordinare la misura del risarcimento a condizioni particolari, tendenzialmente esorbitanti rispetto all'art. 1227, comma 2, c.c. In questo quadro, il privato viene gravato, come aveva rilevato in epoca non sospetta un'autorevole dottrina, da un onere di diligenza "straordinaria"³¹, che supera i livelli di diligenza richiesti al creditore dalla giurisprudenza civile³².

Il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi si incanala così secondo un indirizzo particolare, diverso dal diritto comune. Di ciò mi sembra espressione anche una recente pronuncia dell'Adunanza plenaria, alla quale era stata demandata la definizione di alcuni dubbi di fondo rispetto alla disciplina della responsabilità amministrativa³³. Le ragioni di perplessità non derivano tanto dall'inquadramento sistematico della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, che è tema di notevole rilievo, ma indubbiamente controverso³⁴. Meritevoli di attenzione critica sono piuttosto altre affermazioni, come quella relativa alla regola del giudizio enunciata dall'Adunanza plenaria: «a carico del privato è posto un onere di ordinaria diligenza – come tale valutabile dal giudice – di attivarsi con ogni strumento procedimentale o processuale utile a salvaguardare il bene della vita correlato al suo interesse legittimo, in modo da delimitare in termini quantitativi, anche con ri-

³¹ Cfr. F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 7, p. 988.

³² Ulteriori considerazioni dello stesso segno potrebbero essere prospettate alla luce dell'indirizzo recente che ha accolto una nozione più ampia di "scusabilità dell'errore", ai fini della esclusione del requisito della colpa per la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2021, n. 3441, cit., che fra l'altro assegna rilievo, ai fini dell'applicazione dell'art. 1227, comma 2, c.c., alla circostanza che l'operatore non si fosse avvalso, per la sollecita realizzazione dell'impianto produttivo inibita dall'amministrazione, di una misura cautelare concessa dal giudice amministrativo.

³³ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Foro it.*, 2021, III, p.394, con nota di A. PALMIERI e di R. PARDOLESI, *La responsabilità civile della P.A.: così è se vi pare*.

³⁴ Su questo aspetto si era concentrata, forse troppo ottimisticamente, l'ordinanza di rimessione: Cons. giust. amm. sic., 15 dicembre 2020, n. 1136, in *Foro it.*, 2021, 3, p. 71, con osservazioni di A. Palmieri.

guardo a ciò, il perimetro del danno risarcibile». In questo modo la prospettiva del risarcimento del danno giustifica l'insorgere di oneri specifici a carico del privato che, per esempio, lamenti il ritardo dell'amministrazione nel rilasciare il provvedimento richiesto: questi oneri comprendono, nel procedimento amministrativo, la necessità di richiedere interventi sostitutivi nel caso di ritardo, e nel giudizio amministrativo, oltre al ricorso a misure cautelari (ove concretamente prospettabili³⁵), la necessità di esperire tempestivamente l'azione sul silenzio e poi il giudizio di ottemperanza. La circostanza che a ben vedere tutti questi oneri corrispondano a doveri inadempiti dell'amministrazione, sanciti dalla legge, possa in secondo piano: la responsabilità dell'amministrazione acquista una concretezza pratica solo se il privato abbia esperito tutte le incombenze previste per gli strumenti di tutela. Si realizza così un capovolgimento pratico di valori: ai fini del risarcimento del danno, la norma secondaria (che definisce i rimedi per il privato) diventa essa stessa una norma primaria sull'assetto della responsabilità.

Corollario di questa concezione è anche la svalutazione di alcune regole, come quella che imputa al debitore in mora anche i rischi legati a sopravvenienze. L'impossibilità di accedere ad un'agevolazione economica per il ritardo dell'amministrazione nel rilascio dell'autorizzazione viene ricondotta alla perdita di chances, senza indagare sulla spettanza dell'agevolazione: l'Adunanza plenaria non manca però di precisare che per definizione non può comportare una rifusione integrale del pregiudizio nei termini del lucro cessante. La distanza rispetto al diritto comune è sensibile: l'Adunanza plenaria l'accetta ed anzi la riconduce a ragioni più generali che sono espressamente enunciate nella sentenza. L'amministrazione non può essere «assimilata al "debitore" obbligato per contratto ad "adempiere" in modo esatto nei confronti del privato»; si dimenticherebbe altrimenti che l'amministrazione è in una «posizione di supremazia necessaria a perseguire i fini determinati dalla legge».

³⁵ Non si dimentichi, però, che la "concreta prospettabilità" di una misura cautelare è stata sensibilmente dilatata da alcune pronunce che hanno respinto la domanda di risarcimento del danno proposta dal privato. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968, che considera a questi fini "non implausibili" misure cautelari che impongano all'amministrazione di rilasciare un permesso di costruire, in un giudizio sul "silenzio".

Questo argomento non giustifica soltanto il rifiuto della proposta di applicare i principi sulla responsabilità contrattuale (o da contatto sociale) per risolvere le contraddizioni emerse per altri profili nella ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi (si pensi alla responsabilità per l'esclusione illegittima dall'aggiudicazione di un appalto). Introduce una frattura più profonda rispetto al sistema ordinario della responsabilità civile, perché recupera un quadro più limitato di responsabilità nell'attività specifica dell'amministrazione.

4. Il confronto con il “modello” della responsabilità per lesione dell'affidamento, sul piano delle ragioni giuridiche e di quelle sostanziali.

La Corte di cassazione, dal canto suo, nel confermare che l'ambito della responsabilità civile dell'amministrazione per lesione dell'affidamento si estende a situazioni ulteriori rispetto all'annullamento del provvedimento favorevole, ha ribadito di recente che l'azione amministrativa deve attenersi a canoni di correttezza e di buona fede e che la violazione di tali canoni determina una responsabilità di carattere contrattuale (per lesione dell'affidamento), configurabile anche nel caso in cui nessun provvedimento venga adottato³⁶. La responsabilità civile per lesione dell'affidamento si verifica anche se l'amministrazione omette o ritarda, non solo nel caso di annullamento di un provvedimento favorevole. Nello stesso tempo il richiamo a principi di correttezza e di buona fede, assunti come principi generali, non riducibili soltanto all'ambito delle obbligazioni contrattuali, fonda nelle Sezioni Unite la proclamazione di un'amministrazione “paritaria”. La figura dell'amministrazione “paritaria”, in questo contesto, non comporta un superamento del potere amministrativo: lo assoggetta però a valori più profondi, condivisi col diritto comune.

³⁶ Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che tale responsabilità fosse riconducibile all'art. 1173 c.c., come “responsabilità da contatto sociale”. In precedenza, nello stesso senso, Cass., Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit. Le pronunce più recenti della Cassazione superano, fra l'altro, l'orientamento precedente, che aveva invocato l'ambigua figura di un diritto soggettivo all'integrità patrimoniale (cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1654, cit.).

Il contrasto fra i principi enunciati dall'Adunanza plenaria e quelli enunciati dalle Sezioni Unite appare dunque netto. È certamente netto, se l'attenzione si concentra su alcuni argomenti generali invocati dai due giudici a fondamento delle rispettive conclusioni. Da una parte la legge viene valorizzata come ragione di doveri per l'amministrazione, che vengono sempre qualificati da canoni di correttezza e di buona fede; la legge non è dunque ragione sufficiente per un diritto speciale a tutto campo, perché la specialità del diritto amministrativo è attenuata dalla subordinazione ad alcuni valori comuni. Dall'altro lato, invece, riemerge il rilievo assegnato ad una supremazia dell'amministrazione³⁷ ed essa trova un riscontro nell'individuazione di oneri gravosi per il privato-creditore: viene infatti dato rilievo decisivo all'adempimento da parte sua di tutti i rimedi previsti dall'ordinamento per il caso di inosservanza dei propri doveri da parte dell'amministrazione.

Le due prospettive pertanto non combaciano e non possono essere lette come espressione di punti di vista complementari. Nelle enunciazioni più solenni della Cassazione e del Consiglio di Stato, in discussione finisce col risultare il carattere stesso della relazione fra amministrazione e cittadino, rispetto all'esercizio dell'azione amministrativa. Tuttavia, anche una volta depurate dalle proclamazioni solenni, sono espresse visioni realmente distanti dell'azione amministrativa. La contrapposizione infatti non è tale soltanto sul piano delle proclamazioni di principio: è sostanziale, perché identifica modalità differenti della relazione fra amministrazione e cittadino e comporta divergenze importanti quando si prospetti una violazione e, di conseguenza, una responsabilità civile.

A queste considerazioni si può forse obiettare che un confronto in tali termini, però, può risultare oggettivamente scivoloso: l'esperienza insegna che alcune proclamazioni solenni contenute nelle decisioni giurisdizionali hanno spesso un valore aleatorio e rappresentano più un espediente retorico, per "giustificare" una soluzione, che una ragione di fondo per quella soluzione stessa. L'attenzione deve perciò considerare soprattutto le conclusioni raggiunte dai due giudici. Anche in questo modo, però, le divergenze rimangono e sono sostanziali.

Il confronto in proposito può svolgersi su due piani diversi³⁸.

³⁷ Si ritorna, dunque, alle origini: cfr. nota 3.

³⁸ Questa distinzione è colta puntualmente negli interventi di R. VILLATA, *Spigolatu-*

Il primo piano conduce ad una verifica critica dei fondamenti puntuali di ciascuna posizione. In particolare, quanto al profilo concernente la giurisdizione, si fatica a capire per quale ragione le Sezioni Unite nei casi rappresentati come ipotesi di responsabilità per lesione dell'affidamento escludano la giurisdizione amministrativa e neghino la configurabilità di un danno ad interessi legittimi. Nelle pronunce della Cassazione, come si è accennato, emerge una visione della giurisdizione amministrativa sulla responsabilità civile per lesione di interessi legittimi che segue una logica "atomistica", "puntiforme", e un canone accentuato di specialità. La giurisdizione amministrativa sul risarcimento dei danni costituirebbe un complemento delle azioni di annullamento o sul silenzio ed è ricondotta a vicende provvedimentali singolari o a un "silenzio" formalizzato. Inoltre dovrebbe essere ricostruita secondo un canone di specialità, con la conseguenza che in ogni altro caso la tutela risarcitoria del privato dovrebbe essere ricondotta alla giurisdizione civile, perché il diritto al risarcimento dei danni è pur sempre un diritto soggettivo³⁹. Si può dunque discutere a lungo su questa posizione, sia per quanto essa stessa dispone, sia per quanto essa appare tributaria di ragioni eccentriche (in proposito è stato richiamato il peso assegnato alla "prospettazione"⁴⁰), sia per quanto essa rispecchia ("in negativo") nella ricostruzione dell'interesse legittimo e nella sua contrapposizione ad una situazione giuridica di affidamento.

A mio parere la figura dell'affidamento è tuttora sacrificata dalla giuri-

re "stravaganti", cit., pp. 864 ss., e Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, pp. 1515 ss.

³⁹ «C'è non poca ironia in questa vicenda», osserva R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti"*, cit., p. 865. Infatti la posizione della Cassazione trova riscontro nella circostanza che la devoluzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi non è stata sorretta dall'introduzione formale di una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva, perché è prevalsa la tesi (ampiamente rappresentata nella giurisprudenza e nella dottrina) secondo cui «non si usciva dalla tutela dell'interesse legittimo originario».

⁴⁰ Nel senso che in questa giurisprudenza riemergerebbe il c.d. criterio della prospettazione: cfr. P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 4, pp. 1181 ss. A me pare, invece, che più che di accoglimento della tesi del "petitum" o della c.d. prospettazione (la Cassazione non giustifica in questi termini le sue conclusioni) si debba riscontrare una contraddizione rispetto al canone del "petitum sostanziale".

sprudenza amministrativa⁴¹ e spesso il giudice amministrativo, forse ancora una volta per ragioni di protezione degli interessi patrimoniali dell'amministrazione, non è riuscito a cogliere gli spunti più avanzati introdotti, neppure in epoca recentissima, dalla dottrina civilistica proprio in tema di responsabilità⁴². Non mi sembra, però, che questa critica consenta di invocare l'affidamento, come bene protetto ai fini di una tutela risarcitoria, in ipotesi in cui sia configurabile già la lesione di un interesse legittimo. Tutto si ridurrebbe al più in un problema di "etichette", che è altra cosa rispetto alla sostanza del diritto e che in ogni caso non dovrebbe mai avere peso sul riparto di giurisdizione. In proposito mi pare del tutto ragionevole (e non incoerente con una nozione tradizionale di interesse legittimo) ritenere che la lesione dell'interesse legittimo sia configurabile non solo quando l'amministrazione⁴³ sottragga o neghi illegittimamente al cittadino un bene della vita, ma anche quando lo salvaguardi o lo attribuisca al cittadino in modo inappropriato, ossia con un provvedimento illegittimo, e tale provvedimento venga perciò annullato. L'illegittimità del provvedimento espone anche in questo caso il cittadino a un danno e la circostanza che esso si produca solo in un secondo tempo non toglie nulla alla circostanza che esso trovi fondamento nella violazione commessa dall'amministrazione.

Il radicamento del modello della Cassazione di una responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento sollecita, però, anche considerazioni che si situano un piano differente. Quando si discute di modelli di responsabilità civile fra loro concorrenti, il confronto non può esaurirsi sul piano sistematico, verificando il rigore nel ragionamento e nei punti di partenza, e non può riguardare soltanto il ruolo riservato all'affidamento o la coerenza con le regole del riparto: assumono rilevanza anche le conclusioni pratiche, che attengono allo spazio di tutela che

⁴¹ Rinvio a quanto già esposto all'inizio e, per alcuni riferimenti bibliografici, alla nota 19.

⁴² Mi riferisco soprattutto al pensiero di L. MENGONI, a partire da *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, pp. 156 ss.: cfr. ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 2, pp. 361 ss. (oggi in *Scritti*, vol. II, *Obbligazioni e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 53 ss. e pp. 267 ss.).

⁴³ Ovviamente, in una situazione di "potere".

viene rispettivamente prefigurato⁴⁴. Come è dimostrato anche dagli sviluppi recenti, l'istituto della responsabilità civile introduce un'esigenza profonda di giustizia sostanziale⁴⁵ che è indubbiamente pre-giuridica, ma che nello stesso tempo ha orientato profondamente l'indagine giuridica, indirizzandone l'attenzione e le soluzioni. In questo senso la concorrenza che si riscontra fattualmente fra i due modelli in esame (quello elaborato dalla giurisprudenza amministrativa sulla scia del codice del 2010, e quello elaborato dalla Cassazione in tema di responsabilità per lesione dell'affidamento del cittadino) induce a considerarli nella prospettiva di un confronto più stretto sul piano pratico. In questa prospettiva assume rilievo anche lo "spazio di tutela" che in base all'uno e all'altro modello sia riconosciuto al cittadino pregiudicato illegittimamente dall'amministrazione.

Con ciò non si intende negare debolezza teorica degli assunti da cui muove la Cassazione per affermare il suo modello di responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento. Nello stesso tempo, però, la riflessione sul modello elaborato dalla Cassazione non può esaurirsi con la critica per la sua scarsa aderenza a canoni più generali. Si deve dare atto che questo modello finisce col coprire uno spazio pratico oggi rimasto "vuoto" ed assicura una tutela risarcitoria "civile" in un contesto, oggi prevalente nel "modello" delineato dalla giurisprudenza amministrativa, che finisce con l'essere caratterizzato dall'accettazione o dalla riemersione di soluzioni privilegiate per l'amministrazione.

⁴⁴ In proposito risultano sempre attuali le riflessioni di M. Cafagno, formulate già prima della sentenza delle Sezioni Unite del 1999. Cfr. M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi – Fini pubblici e reazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 1996, e più di recente *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 3, pp. 719 ss.

⁴⁵ E, in definitiva, di realizzazione pratica del principio di eguaglianza.

L'OGGETTO DEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI SANZIONATORI DELLA BANCA D'ITALIA E DELLA CONSOB

Wladimiro Troise Mangoni

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. L'oggetto del giudizio nel pensiero di Riccardo Villata. – 3. L'oggetto del giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob nella giurisprudenza della Corte di cassazione. – 4. Considerazioni critiche sull'orientamento interpretativo della Corte di cassazione. – 5. Una proposta ricostruttiva alternativa.

1. *Considerazioni preliminari.*

La giurisdizione sull'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori emanati dalla Banca d'Italia e dalla Consob è attribuita al giudice ordinario, per effetto di due note sentenze della Corte costituzionale¹.

Il sistema di tutela processuale avverso le sanzioni irrogate dalle autori-

¹ Ci si riferisce alle sentenze Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, per quanto riguarda i provvedimenti sanzionatori della Consob; e Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94, con riferimento alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. Tra i commenti alle predette sentenze, si ricorda M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni*, in *Giur. comm.*, 2012, 2, p. 1166; A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, p. 687; A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, 2, p. 254; E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Riv. reg. mercati*, 2020, p. 280; e, infine, se si vuole, W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia: riflessioni in tema di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, p. 33.

tà amministrative indipendenti risulta dunque bipartito: da un lato, la cognizione relativa agli atti sanzionatori irrogati dalla Banca d'Italia e dalla Consob è affidata al giudice ordinario; dall'altro, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riguardo alle sanzioni delle altre autorità.

In questo scritto si tenterà di inquadrare l'oggetto del giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob.

Un simile tentativo muoverà dalle premesse sistematiche che hanno condotto la Consulta alle decisioni sul riparto di giurisdizione poco sopra richiamate e si svilupperà attraverso l'esame della ricognizione operata dal giudice ordinario e, in particolare, dalla Corte di cassazione sull'ambito oggettivo del proprio sindacato.

Saranno infine svolti dei rilievi conclusivi, nei quali emergeranno talune notazioni critiche sull'assetto processuale determinatosi in materia.

Prima di procedere nella direzione appena delineata, sembra opportuno ripercorrere in modo (inevitabilmente) sintetico la lezione del Maestro che in questa sede si onora in tema di oggetto del giudizio amministrativo. E ciò, non solo per completezza di indagine, ma anche per le conseguenze che da quella lezione si trarranno nelle considerazioni conclusive di questo scritto.

2. *L'oggetto del giudizio nel pensiero di Riccardo Villata.*

Nella monografia celebrata in questi Scritti il tema relativo all'oggetto del giudizio amministrativo è affrontato con attenzione e rigore nel terzo capitolo².

Non è questa la sede per ripercorrere nella sua interezza il percorso argomentativo seguito da Villata³.

² R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 405 ss.

³ Chi scrive si limita a invitare quei pochi che ancora non l'avessero fatto a leggere l'opera in discussione. Il livello difficilmente eguagliabile dei contenuti è il frutto di un metodo di ricerca scientifico, nel quale l'assoluta padronanza dei fondamenti del sistema processuale consente all'Autore di non essere mai assertivo, ma di pervenire alle tesi proposte

L'Autore indica l'indagine sulla corretta determinazione dell'oggetto del giudizio come funzionale e imprescindibile ai fini della definizione dell'ambito oggettivo del giudicato⁴.

Dopo aver ricostruito l'insegnamento della dottrina tedesca in materia, Villata propone una definizione che, secondo il rigoroso metodo scientifico che Gli è proprio, costituisce un'ipotesi di lavoro, della quale verificare la tenuta: oggetto del processo è la «affermazione di un diritto soggettivo, di un rapporto di diritto sostanziale»⁵.

Nel superare le critiche a una siffatta impostazione, che avrebbero voluto individuare nel diritto stesso (e non nella sua affermazione) l'oggetto del giudizio, l'Autore rileva come quest'ultimo consista nella verifica circa l'affermazione dell'attore che vanta un diritto. Un simile elemento è necessariamente presente nel giudizio; al contrario, accedendo alla tesi del diritto soggettivo come oggetto del giudizio, si dovrebbe accettare la conseguenza di un giudizio privo di oggetto, ove la sentenza respinga la domanda, accertando così l'inesistenza della posizione giuridica vantata.

Il passaggio successivo del ragionamento riguarda la qualificazione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva di natura sostanziale⁶; una posizione giuridica di vantaggio dipendente da un potere e garantita dalle norme che impongono al titolare di quel potere di osservare il quadro normativo che lo disciplina⁷.

attraverso la consequenzialità della dimostrazione costruita su di un profondo ragionamento giuridico; e ciò, senza mai trascurare le impostazioni divergenti, ma confrontandosi con esse in un dialogo costruttivo e sempre fecondo di spunti di riflessione.

⁴ Nell'aderire a una simile impostazione, Villata era in buona compagnia; tra gli autori richiamati, è sufficiente citare A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 3; e A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 49.

⁵ R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 439.

⁶ Anche in questo caso si limita il rinvio agli autori citati. Per tutti, A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Morano Editore, Napoli, 1963, p. 40; e A. AMORTH, *Diritti soggettivi ed interessi legittimi in materia di licenze edilizie*, in *Atti del secondo convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie*, Italedi, Roma, 1957, p. 52.

⁷ Sembra essere questo l'esito del percorso giuridico seguito. Cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., pp. 489 ss.

Individuato in primo luogo l'oggetto del giudizio in via generale e pervenuto poi alla qualificazione in senso sostanziale dell'interesse legittimo, Villata dispone degli elementi per affrontare il tema dell'oggetto del giudizio amministrativo⁸.

Un primo rilievo riguarda l'impraticabilità della via che conduce a considerare (secondo uno stretto parallelismo con il processo civile) oggetto del giudizio amministrativo l'affermazione della titolarità di un interesse legittimo. E ciò, non perché quest'ultimo non abbia la dignità di posizione soggettiva di natura sostanziale, ma in ragione del fatto che esso assume una connotazione di vantaggio nella sua relazione con le norme che disciplinano il potere della pubblica amministrazione.

L'indagine muove allora verso l'illegittimità del provvedimento emanato in esito all'esercizio del potere: se il vantaggio protetto dall'ordinamento perviene al titolare dell'interesse legittimo solo come risultante dell'osservanza delle norme che disciplinano il potere, l'affermazione della lesione della predetta posizione giuridica conduce a un giudizio che verta sull'illegittimità del provvedimento⁹.

Se, dunque, al centro del processo amministrativo si pone il provvedimento impugnato, ciò non significa che quest'ultimo si identifichi con l'oggetto del giudizio; e nemmeno a ciò assurge l'illegittimità del provvedimento stesso.

Riprendendo gli esiti dell'approfondimento di carattere generale precedentemente svolto, Villata applica anche al processo amministrativo il concetto di affermazione.

L'illegittimità del provvedimento non può essere considerata oggetto

⁸ Si veda R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., pp. 493 ss.

⁹ Secondo il consueto metodo, Villata si confronta con le teorie sull'oggetto del giudizio amministrativo precedentemente sostenute, delineando accuratamente gli argomenti che ne consentono il superamento. In questa sede non si può che fare un sintetico rinvio alla tesi di E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 113 s., sull'identificazione dell'oggetto del giudizio amministrativo con il diritto potestativo all'annullamento dell'atto impugnato; e a quella che individua l'oggetto del giudizio amministrativo nel rapporto giuridico tra privati e pubblica amministrazione sul quale il provvedimento abbia inciso (in questo senso, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., *passim*).

del giudizio, in primo luogo, perché riconducibile alla sfera giuridica sostanziale e, quindi, necessitante di un profilo formale per essere acquisita come centro del processo; in secondo luogo, poiché essa al momento dell'instaurazione del giudizio costituisce meramente un'ipotesi da verificare attraverso la celebrazione del processo.

È, dunque, l'affermazione di una fattispecie di diritto sostanziale – l'illegittimità del provvedimento impugnato – ad assurgere a oggetto del giudizio: ove il giudice valuti come fondata la domanda del ricorrente, sulla base delle sue allegazioni, annulla il provvedimento. Pertanto, «il presupposto di diritto materiale, la cui affermazione costituisce l'oggetto del giudizio, è l'illegittimità del provvedimento»¹⁰.

Una simile conclusione viene poi difesa da Villata rispetto all'autorevole critica avanzata da Piras, circa il rischio che la collocazione dell'illegittimità del provvedimento al centro del giudizio amministrativo conduca alla connotazione di quest'ultimo come volto alla tutela di un interesse puramente obiettivo.

Solidamente convinto sulla natura del processo amministrativo come sede per la tutela di situazioni giuridiche soggettive, Villata dimostra in modo decisamente convincente come la tutela dell'interesse legittimo in un siffatto giudizio passi necessariamente per l'annullamento dell'atto emanato in contrasto con le norme che disciplinano l'esercizio del potere¹¹.

¹⁰ Così, espressamente, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 517.

¹¹ Il discorso, che nella sua rigorosa consequenzialità di passaggi argomentativi sembra la dimostrazione di un teorema matematico, merita di essere riletto nella sua interezza: «L'interesse legittimo è una situazione sostanziale non altrimenti salvaguardata che dall'osservanza delle norme che disciplinano l'esercizio di un potere; ma allora l'annullamento di un atto, emanato in dispregio di tali norme, è il mezzo necessario per tutelare gli interessi legittimi; quindi il porre al centro del processo, come suo oggetto, il provvedimento, significa indirizzare il processo medesimo alla tutela dell'interesse del ricorrente; il giudizio amministrativo, come giudizio sull'atto, è contemporaneamente anche giudizio di tutela di posizioni giuridiche soggettive: definire come oggetto del processo l'affermazione dell'illegittimità dell'atto non è perciò in contrasto con la circostanza che si qualifica la giurisdizione amministrativa come "di diritto soggettivo" (per usare la terminologia tradizionale), giacché l'annullamento dell'atto è il mezzo per soddisfare l'interesse legittimo, cioè quella posizione di vantaggio garantita solo dal corretto esercizio del potere di cui l'atto impugnato è espressione». Così, testualmente, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 525.

Posto che in un processo di parti ispirato al principio dispositivo, quale è quello amministrativo, il giudice conosce della legittimità del provvedimento impugnato solo nei limiti dei vizi denunciati, il discorso sull'oggetto del giudizio viene completato includendo in esso i motivi dedotti dal ricorrente. Ne discende la seguente definizione: «oggetto del giudizio amministrativo è l'affermazione dell'illegittimità del provvedimento impugnato in relazione ai motivi dedotti»¹².

Il tema relativo all'oggetto del processo amministrativo viene ripreso da Villata poco più di dieci anni dopo in un saggio in onore del suo Maestro¹³.

L'Autore si confronta nuovamente con la questione che, in via di prima approssimazione, è riassumibile come segue: se il processo amministrativo abbia come oggetto il provvedimento impugnato o il rapporto tra pubblica amministrazione e ricorrente. Si tratta in sostanza di comprendere se il giudizio amministrativo sia volto a verificare la legittimità dell'esercizio del potere concretizzatosi nell'atto, sebbene con gli effetti conformativi che la sentenza dispiega sulla futura esplicazione del potere, o se esso sia in grado di definire esaustivamente il complesso fascio di relazioni giuridiche tra pubblica amministrazione e privato in una determinata fattispecie.

Villata, con il consueto metodo non assertivo, ma di analisi sulla base del diritto positivo degli argomenti non condivisi, critica l'impostazione che rinviene l'oggetto del giudizio amministrativo nel rapporto in ragione della lettera dell'art. 113 Cost.¹⁴. Il fatto che l'ultimo comma dell'articolo appena richiamato consenta di attribuire anche a giudici diversi da quello amministrativo il potere di annullare i provvedimenti non determina in via necessitata che la tutela degli interessi legittimi sia più ampia dell'annullamento degli atti che li ledono¹⁵.

¹² Così, espressamente, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 542.

¹³ Si tratta di R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1982, p. 707, ora in R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 561 (le citazioni si riferiscono a quest'ultima pubblicazione).

¹⁴ La tesi più diffusamente citata è quella di G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la determinazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 295 ss.

¹⁵ In questo senso, R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto*, cit., pp. 566 ss.

La corretta lettura delle norme costituzionali porta allora Villata a rinvenire il fine della tesi criticata nella volontà di perseguire una tutela (ritenuta) più soddisfacente per gli interessi legittimi¹⁶; in tal modo scolorendosi la distinzione concettuale tra oggetto del giudizio e scopo della giurisdizione.

Nodo centrale da affrontare è allora quello della nozione di interesse legittimo; in particolare di quello di natura pretensiva. I sostenitori della tesi della giurisdizione sul rapporto cercano di superare il limite intrinseco di tale ultima posizione soggettiva, che consiste nel non garantire il risultato della piena soddisfazione dell'interesse materiale sottostante attraverso il nuovo esercizio del potere a seguito dell'annullamento del provvedimento impugnato¹⁷.

Un'ulteriore impostazione, apprezzata nella sua coerenza argomentativa ma non condivisa da Villata, pone al centro della ricostruzione della nozione di interesse legittimo la disciplina sostanziale dell'esercizio del potere, che garantirebbe al destinatario del provvedimento la pretesa all'emissione o alla non emissione dello stesso; ciò che consentirebbe di accostare l'interesse legittimo a un diritto di credito che viene soddisfatto attraverso l'azione di un altro soggetto¹⁸.

La questione centrale affrontata da Villata riguarda la connotazione dell'interesse legittimo: la pretesa al bene sottostante non è garantita e soddisfacibile direttamente dal dettato normativo applicabile, ma solo attraverso l'intermediazione dell'esercizio del potere.

Pure l'accostamento dell'interesse legittimo al diritto di credito non convince: se è vero che quest'ultimo necessita di un comportamento del debitore per soddisfare la pretesa del creditore, un simile comportamento

¹⁶ Su tale ultimo profilo, le critiche riguardano prevalentemente l'impostazione di V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Utet, Torino, 1979, pp. 79 ss.; ID., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 1, pp. 851 ss.

¹⁷ Come è noto, Villata aderisce alla ricostruzione appena richiamata di interesse legittimo, facendo propri i rilievi in tal senso di E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 199 ss.

¹⁸ Il riferimento è a G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1979, *passim*.

non assume la connotazione dell'esercizio del potere. Appare, in sostanza, arduo connotare in termini di pretesa ad acquisire un determinato bene assimilabile al diritto di credito la posizione soggettiva del privato che aspiri a ottenere quel bene attraverso l'emanazione di un provvedimento autoritativo.

Le conseguenze sotto il profilo processuale risultano necessitate: è difficile ipotizzare un vero e proprio giudizio sul rapporto laddove oggetto dello stesso sia la legittimità dell'esercizio del potere attraverso il quale può essere soddisfatto l'interesse sostanziale del privato¹⁹.

Il discorso non muta, ove si ponga l'attenzione sui profili vincolati dell'esercizio del potere; emergono situazioni nelle quali l'esito dell'esplorazione del potere che sia esercitato legittimamente appare necessitato; con ciò che ne consegue in termini di accertamento giudiziale. Convincente appare, in proposito, il rilievo critico di Villata: quello che si pretende essere accertamento del rapporto in realtà costituisce definizione dei presupposti vincolati per l'emanazione del provvedimento satisfattivo dell'interesse del privato; ne consegue che, in simili situazioni, è sufficiente avere chiari l'ambito di cognizione del giudice, che (sebbene esteso) atiene pur sempre alla legittimità dell'esercizio del potere, e gli effetti preclusivi dispiegati dalla sentenza²⁰.

Nelle considerazioni conclusive Villata sottolinea come la sua posizione critica rispetto alla qualificazione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto non lo porta a disconoscere le esigenze di maggiore tutela che il predetto processo deve assicurare; tuttavia, tali esigenze non devono essere soddisfatte attraverso una qualificazione non rigorosa dell'oggetto del giudizio, ma riconoscendo al giudice un sempre più penetrante sindacato sull'esercizio del potere²¹.

Villata non muta negli anni la propria opinione sull'oggetto del giudizio amministrativo. Le riflessioni più recenti in materia sono contenute nell'*Addendum* scritto a commento del saggio qui esaminato da ultimo²².

¹⁹ In questo senso, R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto*, cit., pp. 573 ss.

²⁰ Cfr. R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto*, cit., pp. 575 s.

²¹ Cfr. ancora R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto*, cit., p. 577.

²² Ci si riferisce a R. VILLATA, *Addendum a Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 578. Occorre, tuttavia, ri-

Rispetto a nuovi tentativi dottrinali di porre al centro del processo amministrativo il rapporto tra pubblica amministrazione e privato, con l'attribuzione al provvedimento o al silenzio dell'autorità del mero ruolo di fatto lesivo di un diritto di credito al bene della vita preteso, il Maestro pone il fondato dubbio circa la coerenza di una simile impostazione con le previsioni del codice del processo amministrativo.

In via più generale, Villata si chiede (in forma retorica) se il tentativo ricostruttivo criticato, più che volgere verso la pienezza della tutela processuale, non miri a trasferire dall'amministrazione al giudice la decisione circa la corretta composizione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie.

In ultima analisi, Villata conferma la propria posizione anche in relazione alla tesi di chi sostiene, con coerenza nello sviluppo argomentativo, che il sindacato del giudice amministrativo riguarda la «spettanza della pretesa sostanziale fatta valere»²³. Il discorso ruota sempre intorno alla pretesa sostanziale del privato: essa viene soddisfatta solo attraverso il legittimo esercizio del potere. Le conseguenze che se ne devono trarre, circa l'oggetto del giudizio, non devono prescindere dalla constatazione che «il giudice amministrativo pur sempre si misura con una determinazione dell'Amministrazione alla luce delle censure dell'interessato»²⁴.

cordare che l'Autore affronta il tema dell'oggetto del giudizio in diversi ulteriori scritti volti a commentare le novità legislative in tema di processo amministrativo contenute nella legge 21 luglio 2000, n. 205, prima, e nel codice del processo amministrativo, poi. Si rinvia, in proposito, a R. VILLATA, *La prima riforma*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 3; ID., *Tre anni dopo la prima riforma*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice*, cit., p. 9, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 15; ID., *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice*, cit., p. 41, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 63; ID., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 857, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 115; ID., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1513, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 127; ID., *Addendum alla Sezione I sul nuovo processo amministrativo*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 133.

²³ Ci si riferisce ad A. POLICE, *Il cumulo di domande nei "riti speciali" e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 4, p. 1211, spec. p. 1235.

²⁴ Così, R. VILLATA, *Addendum*, cit., p. 584.

3. *L'oggetto del giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob nella giurisprudenza della Corte di cassazione.*

Si è più sopra anticipato che da diversi anni la giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob è attribuita al giudice ordinario. In particolare, la competenza relativa al giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori delle predette autorità è attribuita alla Corte d'appello; il decreto che decide il giudizio è impugnabile dinanzi alla Corte di cassazione per motivi di legittimità.

Ai fini della ricostruzione dell'oggetto di tali giudizi, è utile ripercorrere l'indirizzo interpretativo seguito proprio dalla Suprema Corte, per comprenderne il fondamento giuridico e tentare poi di svolgere taluni rilievi critici.

Appare decisamente consolidato l'orientamento della Corte di cassazione che individua quale oggetto del giudizio di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob il rapporto giuridico attinente al credito vantato dall'autorità nei confronti del soggetto sanzionato, con la valutazione dei presupposti di fatto e di diritto dell'illecito accertato.

Le più recenti sentenze della Suprema Corte espresse in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob riprendono testualmente un passaggio centrale di una pronuncia delle Sezioni Unite, intervenuta in tema di circolazione stradale. In essa si afferma che il giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa «investe il rapporto e non l'atto, e quindi sussiste la giurisdizione piena del giudice, che potrà (e dovrà) valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa e in ipotesi non esaminate o non motivatamente respinte, se riproposte nei motivi di opposizione e decidere su di esse con pienezza di poteri sia che le stesse investano questioni di diritto o di fatto»²⁵.

²⁵ Così, espressamente, Cass. civ., Sez. Un., 28 gennaio 2010, n. 1786. Come anticipato nel testo, la Corte di cassazione ha ripreso diverse volte il passaggio appena citato. In materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, si rinvia a Cass. civ., Sez. II, 14 giugno 2013, n. 15019; Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 2014, n. 17799; Cass. civ., Sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141; Cass. civ., Sez. II, 29 ottobre 2018, n. 27365; Cass. civ., Sez.

In questa prospettiva, la Suprema Corte, nel disconoscere che il giudizio investa l'atto sanzionatorio, considera irrilevanti i vizi che riguardano l'esercizio del potere sanzionatorio; e così, non assumono alcuna portata invalidante, da un lato, le violazioni della disciplina del procedimento sanzionatorio e, dall'altro, i vizi di natura sostanziale del provvedimento amministrativo.

Sotto il primo profilo, si pensi, a titolo esemplificativo, alle garanzie relative al contraddittorio procedimentale: è ricorrente l'affermazione secondo la quale eventuali violazioni del principio del contraddittorio in sede procedimentale non sono censurabili, dal momento che il diritto di difesa è recuperabile nel successivo giudizio di impugnazione; in esso il soggetto sanzionato può svolgere dinanzi a un giudice dotato di cognizione piena le difese che gli siano state precluse in sede amministrativa.

Emerge una visione unica e "bifasica" del procedimento sanzionatorio, in cui il giudizio di opposizione costituisce la fisiologica prosecuzione del procedimento amministrativo volto all'irrogazione della sanzione²⁶. E, dunque, l'emanazione dell'atto sanzionatorio costituisce un mero snodo procedimentale, che apre la via al sindacato sul rapporto affidato al giudice ordinario.

Per quanto riguarda il secondo profilo – l'irrelevanza dei vizi attinenti al quadro normativo sostanziale del provvedimento – sono frequenti, ad esempio, le sentenze che non considerano la violazione dell'obbligo di motivazione come sufficiente per condurre all'annullamento dell'atto sanzionatorio²⁷.

II, 17 febbraio 2020, n. 3845; e Cass. civ., Sez. II, 18 agosto 2020, n. 17211. Con riguardo alle sanzioni emanate dalla Consob, cfr. Cass. civ., Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31635; Cass. civ., Sez. II, 10 luglio 2020, n. 14710; Cass. civ., Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1602; Cass. civ., Sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2638.

²⁶ Parla espressamente della «natura bifasica del procedimento» Cass. civ., Sez. II, n. 3845/2020, cit. Nella sentenza appena citata la Suprema Corte afferma che «il rispetto del diritto di difesa dell'incolpato va apprezzato in relazione all'intero procedimento, articolato nella fase amministrativa partecipata, finalizzata alla formazione della volontà sanzionatoria, e nel successivo giudizio di opposizione che si svolge dinanzi a un giudice terzo, dotato di giurisdizione piena sul rapporto».

²⁷ Anche sotto questo profilo la sentenza alla quale aderisce la successiva giuri-

Dalla sintetica disamina della giurisprudenza emerge una concezione del giudizio di impugnazione dell'atto sanzionatorio che solo apparentemente è tale: esso è in realtà concepito dal giudice ordinario come incentrato sul rapporto obbligatorio venuto in essere a seguito dell'illecito integrato dal soggetto sanzionato.

A seguito del comportamento illecito, sorge immediatamente un diritto di credito in capo all'autorità nei confronti del soggetto sanzionando e l'atto sanzionatorio costituisce la mera esplicitazione della pretesa creditoria. Nell'irrogare le sanzioni, l'autorità «non esercita un potere amministrativo in senso proprio e con effetti costitutivi, ma adempie semplicemente al dovere istituzionale, cui la medesima soggiace in ragione della sua peculiare essenza, di provvedere alla riscossione di un credito già sorto per effetto della riscontrata violazione»²⁸.

Poche righe più sopra, tuttavia, la sentenza appena citata non manca di confermare la decisione della Corte d'appello, nella parte in cui essa afferma la natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, dalla quale si desume la generale irrilevanza dei vizi concernenti il procedimento disciplinato dall'art. 195 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.).

Secondo questa prospettiva interpretativa, dunque, l'esercizio della funzione sanzionatoria, da un lato, non costituisce esercizio di potere amministrativo, ma mera ricognizione di un credito sorto in ragione del verificarsi dell'illecito e, dall'altro, si concretizza in un provvedimento che, per la sua natura vincolata, non è censurabile sulla base del consueto catalogo di vizi, la cui presenza rende di regola illegittimo il provvedimento amministrativo.

sprudenza è la già citata Cass. civ., Sez. Un., n. 1786/2010, nella quale si afferma espressamente «il principio secondo cui i vizi motivazionali dell'ordinanza ingiunzione, non comportano la nullità del provvedimento, e quindi l'insussistenza del diritto di credito derivante dalla violazione commessa». In questo senso, Cass. civ., Sez. II, 14 giugno 2013, n. 15019; Cass. civ., Sez. I, 7 agosto 2014, n. 17799; Cass. civ., Sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141; Cass. civ., Sez. II, 29 ottobre 2018, n. 27365; Cass. civ., Sez. II, 6 dicembre 2018, n. 31635; Cass. civ., Sez. II, 17 febbraio 2020, n. 3845; Cass. civ., Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1602; Cass. civ., Sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2638.

²⁸ Così, da ultimo, Cass. civ., Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 1602.

4. *Considerazioni critiche sull'orientamento interpretativo della Corte di cassazione.*

La sintetica ricostruzione appena svolta ci consegna un giudizio di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori irrogati dalla Banca d'Italia e dalla Consob che, da un lato, è affidato (sulla base delle più sopra richiamate sentenze della Corte costituzionale) alla giurisdizione del giudice ordinario e, dall'altro, incontra i limiti di cognizione che il medesimo giudice ha individuato con l'avvallo della Corte di cassazione.

Un simile assetto ha sollecitato taluni commenti critici in dottrina.

Diversi gli argomenti addotti contro l'attribuzione della giurisdizione sulle sanzioni in esame al giudice ordinario. Se ne fa un sintetico cenno, esclusivamente perché funzionale al discorso che si intende condurre.

In primo luogo, la Consulta, nell'affermare l'eccesso di delega posto in essere dal codice del processo amministrativo, non ha riconosciuto un'adeguata rilevanza al principio di concentrazione delle tutele²⁹, che avrebbe imposto di affidare alla medesima giurisdizione – quella del giudice amministrativo – il sindacato sull'attività di vigilanza e su quella sanzionatoria, in ragione della stretta correlazione e consequenzialità della seconda rispetto alla prima³⁰.

In via più generale, le critiche verso l'attribuzione della giurisdizione in parola al giudice ordinario attengono alla perdita di coerenza del sistema di giustizia, che ha visto nei decenni consolidarsi il ruolo del giudice amministrativo come giudice del mercato (in relazione ai provvedi-

²⁹ Pur qualificato dall'art. 44, della legge delega n. 69/2009 come principio e fine da perseguire con il decreto legislativo.

³⁰ Sul punto, si veda M. RAMAJOLI, *Le forme di giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 141, spec. p. 188; M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative della Consob*, cit., p. 1172; A. POLICE, in A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, cit., p. 689; A. SCOGNAMIGLIO, *La giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori della Consob*, cit., pp. 257 ss.; A. POZZI, *Giurisdizione esclusiva (in materia creditizia e dei mercati finanziari) o giurisdizione escludente dei TAR?*, in *www.giustamm.it*, p. 4; sia consentito, inoltre, il rinvio a W. TROISE MANGONI, *Le sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia*, cit., pp. 38 ss.

menti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato) e dei mercati regolati (con riguardo agli atti delle diverse autorità di regolazione)³¹.

Appare, dunque, decisamente poco coerente un ordinamento processuale che ripartisca la giurisdizione in materia di provvedimenti sanzionatori di autorità di regolazione sostanzialmente connotati dalle medesime caratteristiche giuridiche tra due giudici diversi.

Quello appena sottolineato è un profilo che non determina una semplice disarmonia di sistema e merita un breve approfondimento.

Ciò che emerge chiaramente dall'analisi della giurisprudenza del giudice amministrativo è un'impostazione del sindacato sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti che interviene sull'esercizio del potere, nel suo svolgersi procedimentale³² e nella sua essenza sostanziale³³.

Non è questa la sede per approfondire i limiti (ma, forse, è preferibile parlare di ampiezza) del sindacato del giudice amministrativo con riguardo ai provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, nel confronto con quelli che si è imposto il giudice ordinario. Ci si limita a pochi sintetici rilievi.

Una prima impressione che si trae dalle considerazioni che precedono attiene alla sussistenza di un indiscutibile – e giuridicamente non giustificabile – deficit di tutela in capo al soggetto nei cui confronti sia irrogata una sanzione da parte della Banca d'Italia e della Consob rispetto a quello sanzionato da altre autorità indipendenti.

Sotto il profilo sostanziale, il provvedimento sanzionatorio irrogato

³¹ Si rinvia, tra gli altri, agli interessanti rilievi di M. CLARICH, *La giurisdizione esclusiva e la regolamentazione dell'economia*, in *Foro. amm.*, TAR, 2003, p. 3133; ID., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 188.

³² Si vedano, in proposito, a titolo esemplificativo, le recenti sentenze del Consiglio di Stato, che confermano l'annullamento di provvedimenti sanzionatori di autorità indipendenti, a causa della violazione del termine per la conclusione del procedimento: Cons. Stato, Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7153, in materia di sanzioni Agcom; Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584; confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2021, nn. 2308 e 2309, in tema di sanzioni Arera.

³³ Per un recente caso di annullamento di un provvedimento sanzionatorio dell'Agcom, per violazione del principio di proporzionalità e per l'assenza di un'adeguata motivazione circa la gravità della sanzione irrogata, si veda T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III, 2 dicembre 2020, n. 12883.

dalle due autorità in esame non viene sindacato sulla base dei classici parametri di legittimità. Ciò che non consente di rilevare una serie di deviazioni rispetto alla corretta esplicazione del potere, sulle quali – come si è visto – si esercita la cognizione del giudice amministrativo, con riguardo alle sanzioni irrogate dalle altre autorità³⁴.

Dal punto di vista procedimentale, si è più sopra ricordato come siano considerati irrilevanti eventuali vizi del procedimento di applicazione della sanzione, dal momento che l'eventuale deficit di garanzie procedurali è recuperabile nella conseguente e fisiologica fase dell'impugnazione processuale³⁵.

Presupposto logico-giuridico di questa visione è la considerazione dell'indistinzione tra l'annullamento di una sanzione irrogata e la mancata

³⁴ Si è osservato in precedenza (nt. 27) come la giurisprudenza della Corte di cassazione consideri irrilevante la violazione dell'obbligo di motivare i provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob. Per taluni rilievi critici su questo orientamento giurisprudenziale sia consentito il rinvio a W. TROISE MANGONI, *Sull'irrelevanza dei vizi relativi alla motivazione nel giudizio di impugnazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 5049.

³⁵ In posizione condivisibilmente critica su questa impostazione giurisprudenziale, M. CLARICH, *Sanzioni delle Autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. econ.*, suppl. al n. 2, 2020, p. 40. L'Autore si interroga sulle conseguenze che la giurisprudenza civile trae dalla ricostruzione del giudizio sulle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob, per risponderci icasticamente che «semplicemente, tutte le garanzie procedurali, nella fase antecedente, non hanno nessuna rilevanza. L'atto amministrativo che irroga la sanzione è semplicemente l'occasione affinché il giudice possa esaminare a fondo, e completamente libero da ogni condizionamento, il rapporto sanzionatorio» (p. 44). Si rinvia altresì a M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio e tutela giurisdizionale in tema di sanzioni delle Autorità indipendenti nel settore finanziario*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 100. Anche E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob: un'anomalia del sistema italiano*, in *Riv. regol. mercati*, 2020, p. 280, dopo aver compiuto un'interessante disamina del giudizio d'impugnazione degli atti sanzionatori della Banca d'Italia e della Consob, si mostra critica nei confronti dell'impostazione del giudice ordinario. Secondo l'Autrice, la conseguenza della premessa di fondo secondo cui il predetto giudizio investe il rapporto, con una cognizione piena da parte del giudice, che legittimerebbe l'attenuazione dell'osservanza delle regole del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio, fa emergere «il rischio che le garanzie di difesa non vengano soddisfatte né prima né dopo» (p. 294).

irrogazione della stessa. Anche tale ultimo profilo non può essere sviluppato in questa sede, non senza aver ricordato tuttavia come, in settori come quelli regolati e vigilati dalla Banca d'Italia e dalla Consob, lo stigma reputazionale derivante dall'irrogazione di una sanzione può produrre effetti gravi e talvolta irreversibili per la sfera soggettiva del sanzionato, incidendo su diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione³⁶. Ciò che impone di considerare come profondamente diversa la situazione di chi, con l'ausilio di tutte le garanzie procedurali previste dal nostro ordinamento, riesca a evitare l'irrogazione della sanzione rispetto a quella di chi ne ottenga l'annullamento in sede giurisdizionale³⁷.

I diversi profili critici emersi dalla breve disamina della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob conducono, dunque, ad auspicare un intervento legislativo che attribuisca nuovamente la giurisdizione sui predetti provvedimenti al giudice amministrativo³⁸.

5. *Una proposta ricostruttiva alternativa.*

In attesa dell'auspicato intervento legislativo, in ossequio alle premesse iniziali, i rilievi conclusivi di questo scritto volgeranno verso il tentativo

³⁶ In tal senso, F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Dir. pen. cont.*, p. 7. L'Autore, riferendosi alle sanzioni interdittive (quali, ad esempio, l'incapacità ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate) e agli effetti inabilitativi da esse derivanti (si pensi alla perdita dei requisiti di onorabilità), condivisibilmente osserva che «esse hanno una portata afflittiva spiccatamente marcata, incidendo direttamente sulla libertà personale del soggetto» e, in particolare, su quella a svolgere l'attività lavorativa, estrinsecazione di un diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 4 Cost.

³⁷ Condivisibili, sul punto, i rilievi di E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., pp. 294 ss.

³⁸ Propendono per il ritorno della giurisdizione dinanzi al giudice amministrativo A. POLICE, in A. POLICE-A. DAIDONE, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob*, cit., p. 692; ed E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., pp. 308 ss.

di inquadrare l'oggetto del giudizio in discussione secondo una prospettiva interpretativa diversa da quella indicata dalla Corte di cassazione. E ciò, prescindendo da considerazioni attinenti all'effettività della tutela, alla coerenza sistematica del nostro ordinamento processuale o, più in generale, alla politica del diritto. In sostanza, il fine verso il quale si tende non è quello di rinvenire aprioristicamente una tutela più soddisfacente per la sfera soggettiva del privato; ciò che condurrebbe a confondere lo scopo della giurisdizione con l'oggetto della stessa.

Il predetto tentativo deve essere condotto evitando tesi preconcepite e cristallizzatesi nella tradizione interpretativa giurisprudenziale di cui si è dato conto e deve necessariamente muovere dal dato di diritto positivo sostanziale e processuale.

Occorre allora, in primo luogo, sottoporre a vaglio critico la qualificazione effettuata dalla Corte di cassazione del giudizio in esame come avente ad oggetto un rapporto obbligatorio sorto a seguito dell'integrazione dell'illecito.

Una simile lettura non sembra ricostruire in modo rigoroso e analitico i diversi passaggi giuridici che conducono all'irrogazione della sanzione e successivamente all'impugnazione della stessa.

L'integrazione di un comportamento potenzialmente qualificabile come illecito non è in grado *ex se* di far sorgere in capo all'agente alcun tipo di obbligo, né in capo all'autorità deputata a vigilare su quel settore della vita economica alcun diritto di credito.

La concretizzazione di quel comportamento produce l'effetto di sollecitare le attività di indagine dell'autorità competente (c.d. fase pre-istruttoria), a seguito delle quali può intervenire un atto di contestazione nei confronti dell'agente circa la commissione di un illecito. Un simile atto determina l'avvio di un vero e proprio procedimento amministrativo, nel quale si esplica la funzione sanzionatoria dell'autorità; la disciplina del predetto procedimento si rinviene in un composito quadro normativo costituito da previsioni legislative, attuate e integrate da disposizioni regolamentari emanate dalle autorità in esame.

Pur senza percorrere in rassegna l'intero insieme normativo disciplinante lo svolgersi della funzione sanzionatoria della Banca d'Italia e della Consob, ci si limita a ricordare come l'art. 195 t.u.f. preveda che i soggetti nei confronti dei quali siano stati contestati degli addebiti da parte delle pre-

dette autorità «possono, entro trenta giorni dalla contestazione, presentare deduzioni e chiedere un'audizione personale in sede istruttoria, cui possono partecipare anche con l'assistenza di un avvocato» (comma 1) e, ancora, che «il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie» (comma 2). In modo analogo, l'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (legge sul risparmio) prevede che i procedimenti sanzionatori condotti (tra le altre autorità) dalla Banca d'Italia e dalla Consob «sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione».

Le previsioni legislative di carattere generale, e purtroppo chiarissime nel vincolare le autorità al rispetto di parametri consolidati circa le modalità di esplicazione del potere amministrativo, rinvergono una disciplina di dettaglio delle diverse fasi procedurali nei regolamenti emanati dalle autorità medesime³⁹.

Solo in esito a un procedimento così disciplinato la Banca d'Italia e la Consob sono legittimate a emanare un provvedimento sanzionatorio in grado di produrre effetti non solo di natura pecuniaria, ma anche interdittiva.

In proposito, le disposizioni legislative poco sopra richiamate prevedono espressamente che «le sanzioni amministrative previste nel presente titolo sono applicate dalla Banca d'Italia o dalla Consob, secondo le rispettive competenze, con provvedimento motivato (...)» (art. 195 t.u.f.) e, ancora, che i provvedimenti sanzionatori delle predette autorità «devono essere motivati. La motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria» (art. 24, comma 2, legge n. 262/2005).

Sotto il profilo processuale, il citato art. 195 t.u.f. prevede che «avver-

³⁹ Per quanto riguarda la Banca d'Italia, si vedano le Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa, Provvedimento del 18 dicembre 2012 e successive modifiche; con riferimento alla Consob, si rinvia al Regolamento sul procedimento sanzionatorio della Consob, adottato con delibera 19 dicembre 2013, n. 18750 e successivamente modificato con delibera 24 febbraio 2016, n. 19521.

so il provvedimento che applica la sanzione è ammesso ricorso alla corte d'appello (...)» (comma 4) e, ancora, che «con la sentenza la corte d'appello può rigettare l'opposizione (...) o accoglierla, annullando in tutto o in parte il provvedimento o riducendo l'ammontare o la durata della sanzione» (comma 7-*bis*).

Ebbene, in considerazione della sintetica ricostruzione appena effettuata della funzione sanzionatoria in discussione, emergono taluni dati difficilmente confutabili.

In primo luogo, un rapporto giuridico obbligatorio tra autorità e soggetto sanzionato non sorge a seguito del comportamento di quest'ultimo, ma in ragione dell'effetto costitutivo prodotto dal provvedimento; con riguardo alle sanzioni interdittive, un simile rapporto giuridico non è neanche configurabile, determinandosi il mero effetto restrittivo di natura personale della sfera giuridica del destinatario.

Ne discende, in secondo luogo, che le conseguenze giuridiche pregiudizievoli nei confronti del privato derivano dal contenuto precettivo del provvedimento sanzionatorio, il quale (a sua volta) costituisce l'esito della dialettica tra amministrazione e privato sviluppatasi nell'ambito dell'iter procedimentale.

Quest'ultimo profilo merita una sottolineatura. Il quadro di diritto positivo sintetizzato poco sopra ci consegna una funzione sanzionatoria che si esplica secondo i canoni classici dell'esercizio del potere autoritativo: esso, attraverso lo svolgersi delle diverse fasi procedurali normativamente disciplinate, si concretizza in un provvedimento imperativo a sua volta retto dai parametri normativi di carattere generale che regolano qualsiasi provvedimento amministrativo⁴⁰.

Così inquadrata la materia, appare forse pleonastico indugiare sulla natura discrezionale o vincolata di un simile provvedimento. Pur accedendo alla tesi sostenuta dalla Consulta e dalla Corte di cassazione circa il carattere vincolato dei provvedimenti in discussione⁴¹, non muta la que-

⁴⁰ L'assenza di margini di dubbio sulla collocazione delle sanzioni amministrative tra gli atti di natura provvedimentoale consente di citare, per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 177 ss.

⁴¹ In posizione critica rispetto a questa impostazione, tuttavia, tra gli altri, F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali*

stione relativa alla necessaria intermediazione di un provvedimento amministrativo per la produzione degli effetti pregiudizievoli nei confronti del destinatario della sanzione.

A fronte dell'emanazione di un provvedimento siffatto, il rimedio processuale che l'ordinamento consente di proporre al soggetto sanzionato per tutelare la propria sfera giuridica è, come si è visto, un vero e proprio giudizio di impugnazione.

Si dispone, a questo punto, degli elementi utili per tentare di definire l'oggetto del giudizio in esame.

Le previsioni normative richiamate non lasciano emergere alcun elemento di diritto positivo dal quale inferire la sussistenza di un preteso rapporto giuridico come oggetto del giudizio; quest'ultimo verte sull'impugnazione di un provvedimento amministrativo. L'attribuzione della giurisdizione in tale materia al giudice ordinario, sulla base di un criticabile orientamento della Corte costituzionale, non muta la questione.

Se, allora, ci troviamo dinanzi a un giudizio di impugnazione di un provvedimento amministrativo, la cui illegittimità conduce al suo annullamento, riecheggia l'insegnamento dal quale si è partiti e al quale si aderisce (non assertivamente, ma) sulla base della convincente confutazione delle obiezioni a esso mosse, sintetizzata più sopra: oggetto del giudizio di impugnazione di un provvedimento amministrativo è l'affermazione della sua illegittimità in relazione alle censure dedotte.

Posto che, come si è visto, l'oggetto del giudizio impugnatorio si definisce anche in relazione ai motivi di impugnazione, occorre verificare quali siano le censure proponibili; una simile verifica si fonda sull'analisi del diritto sostanziale che, nel disciplinare il potere dell'amministrazione, attribuisce e conferma la posizione giuridica fatta valere dal privato.

Una simile posizione si sostanzia nell'interesse del privato a non vedere pregiudicata la propria sfera giuridica, sia sotto il profilo dell'integrità patrimoniale, sia sotto quello del diritto allo svolgimento di un'attività professionale, a causa dell'esercizio della funzione sanzionatoria. Il soddisfacimento di tale interesse non è assicurato in via diretta dall'ordinamen-

preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 79 ss.; ed E. BINDI, *Il giudizio di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, cit., pp. 299 s.

to: ciò che il privato può pretendere è che il potere sanzionatorio sia esercitato in modo legittimo; e cioè, nel rispetto dell'intero quadro normativo applicabile.

Il discorso condotto in precedenza consente un agevole riferimento alle norme applicabili.

Sotto un primo profilo, le autorità qui in esame sono tenute a rispettare tutte le previsioni volte a disciplinare l'esplicazione del potere nel suo svolgersi procedimentale; si tratta delle norme legislative e regolamentari che si pongono in funzione di garanzia, affinché il privato possa difendersi compiutamente dalle contestazioni mossegli.

In secondo luogo, dal punto di vista sostanziale, Banca d'Italia e Consob devono applicare correttamente le disposizioni speciali di diritto finanziario attinenti alla verifica circa l'integrazione o meno dell'illecito.

Infine, ancora sotto il profilo del diritto sostanziale, le autorità devono osservare i principi e le regole che informano, in via generale, l'esercizio dell'attività amministrativa di carattere autoritativo.

Individuato così lo statuto normativo al quale devono attenersi Banca d'Italia e Consob, ne discende, in via strettamente consequenziale, che la violazione di qualsiasi previsione del predetto statuto può costituire motivo di impugnazione del provvedimento sanzionatorio, contribuendo a definire, attraverso l'affermazione che ne viene fatta dal soggetto interessato, l'oggetto del giudizio di impugnazione.

La ricostruzione appena prospettata, alternativa rispetto a quella sostenuta dalla Suprema Corte, sembra preferibile perché (a parere di chi scrive) maggiormente aderente al dato di diritto positivo applicabile. La più ampia tutela della sfera giuridica del privato che ne consegue non rappresenta, dunque, il risultato di una scelta personale o di mere asserzioni orientate secondo un'idea preconcepita; essa costituisce l'esito necessitato di quello che sembra essere il corretto inquadramento del rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale nella materia indagata.

IL SIGNIFICATO DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER UN POSITIVISTA TEMPERATO

Sara Valaguzza

SOMMARIO: 1. Coordinate di partenza. – 2. L'oggetto del giudizio amministrativo. – 3. Effettività della tutela *versus* legalità procedurale. – 4. Il significato della giurisdizione amministrativa. – 5. Il metodo del positivista temperato.

1. *Coordinate di partenza*¹.

La giustizia amministrativa, nella sua configurazione secondo Costituzione, è deputata alla protezione degli interessi legittimi a fronte di un uso scorretto del potere pubblico². Il processo amministrativo, viste le previsioni di legge che ne hanno determinato le funzioni, rappresenta quell'ambito privilegiato di esercizio della giurisdizione in cui l'atto e-

¹ Per chi ha ascoltato le sue lezioni da studente, temuto le sue reazioni da tesista, cercato di comprendere i suoi suggerimenti da dottorando e continua ancora a raccogliere le sue sempre schiette correzioni, queste pagine si intridono di aneddoti personali, che al lettore verranno risparmiati, e che, però, certamente colorano i contenuti esposti, esperienza viva del dialogo con il Maestro. Poiché ingaggiare con lui un discorso sul processo di persona è piuttosto arduo, essendo impossibile avvicinarne cultura, finezza del pensiero e conoscenza dei dettagli, queste pagine sono una occasione imperdibile di confronto per cui la gratitudine a Margherita Ramajoli, che le ha concepite, è molta e doverosa.

² Per cominciare, specialmente in relazione allo sviluppo delle due giurisdizioni, cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 118 ss.; sui diversi connotati dei due plessi giurisdizionali, E. GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei Tribunali*, in *Arc. dir. pubbl.*, 1937, pp. 250 ss.

spressione d'imperio può essere eliminato dal mondo del giuridicamente rilevante³.

L'intreccio della giustizia amministrativa con i fenomeni di manifestazione di autorità pubblica è dunque coesistente al suo oggetto. Perciò ove la maniera in cui l'autorità agisce venga a modificarsi, muta anche la tipologia delle questioni sottoposte all'esame della giurisdizione amministrativa.

L'evoluzione nel tempo del sistema processuale amministrativo è la conseguenza della necessità di garantire al ricorrente una adeguata tutela nei confronti dell'amministrazione, quali che siano le sue espressioni, ed è il riflesso della trasformazione dell'*agere* pubblico, progressivamente più complesso e articolato nelle sue forme rappresentative⁴, oltre che dell'impatto delle regole e delle decisioni di derivazione sovranazionale. Invero, l'incremento dell'azione consensuale dell'amministrazione e la diffusione di paradigmi differenti da quelli della discrezionalità in senso classico non mutano la circostanza che ci pare si possa considerare assodata e cioè che se il rapporto con la legge fosse uguale per l'amministrazione pubblica e per i soggetti privati, se tutta l'attività amministrativa fosse un dover essere, «verrebbe meno la ragione prima dell'istituzione di apparati burocratici»⁵ e,

³ Il potere di annullamento riconosciuto al giudice amministrativo differenziava nettamente questa giurisdizione da quella ordinaria, definita nell'Allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248, che doveva limitarsi a disapplicare l'atto amministrativo che risultasse illegittimo. Sulla funzione garantista del processo amministrativo non vi sono stati dubbi in dottrina: scriveva Capaccioli: «il processo amministrativo è un processo garantista, per tutelare i cittadini»: E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Giuffrè, Milano, 1979, 1, p. 23.

⁴ Indicativo, a tale proposito, il percorso interpretativo che sta impegnando il Consiglio di Stato nel definire dei parametri comuni per configurare il sindacato giurisdizionale avverso le procedure “robotizzate” che applicano regole algoritmiche per determinare il contenuto delle decisioni dell'amministrazione, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, con commenti di E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, pp. 271 ss. e di R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, pp. 773 ss.

⁵ M. CLARICH, *Clausole generali e discrezionalità*, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Edizioni ETS, Pisa, 2021, p. 13.

per quanto ci riguarda, verrebbe meno anche la motivazione che ha supportato la esistenza di una giurisdizione speciale per gli atti dell'amministrazione.

È chiaro che la progressiva complessità delle forme e dei modi dell'azione pubblica ha ricadute sul processo concepito per permettere l'annullamento e quindi la revisione degli atti dell'amministrazione, che ospita anche scenari differenti da quelli per così dire tradizionali. Mutando le manifestazioni di volontà dell'amministrazione e i meccanismi della sua azione, mutano di conseguenza anche le esigenze e i contenuti del sindacato giurisdizionale concepito per offrire un controllo speciale nei confronti di soggetti deputati alla realizzazione dell'interesse pubblico, la cui specialità rispetto all'ordinamento è assunta a fondamento e giustificazione dell'intera giurisdizione amministrativa⁶.

Alcune delle attuali questioni che maggiormente sollecitano la giustizia amministrativa nascono, però, da situazioni del tutto particolari che attengono alla ipertrofia normativa che riguarda settori come la contrattualistica pubblica e che nulla hanno a che vedere con le problematiche

⁶ Il punto è colto e discusso, ad esempio, da A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, pp. 585 ss., secondo cui: «Esiste, pertanto, un legame speciale della giustizia amministrativa con la post-modernità e con quella complessità che della post-modernità costituisce forse il tratto più saliente. Una situazione del genere non può, d'altra parte meravigliare, se si pensa che la giustizia amministrativa costituisce un capitolo importante del diritto amministrativo, e che questo è, esso stesso, un luogo, istituzionale e culturale, di cambiamenti, contraddizioni e trasformazioni, che ha progressivamente registrato la presenza di meccanismi idonei a modificare quello che era considerato un diritto nazionale per eccellenza in uno strumentario universale e globale. (...) Un diritto fondato sul primato della legge, sulla specialità rispetto al diritto privato, sul riconoscimento all'amministrazione di un potere esorbitante, su di un rapporto speciale con lo Stato, sulla presenza di un giudice, speciale come il diritto chiamato ad applicare, è divenuto, nel tempo, un diritto che ha visto mutare il ruolo del principio di legalità, un diritto che ha abbandonato il procedimento autoritativo per privilegiare modelli consensuali, che ha progressivamente sostituito il rapporto con lo Stato con quello con la Costituzione e con i principi europei; un diritto, come afferma Paolo Grossi, post-moderno, proprio perché si affida ai principi ed è capace di assicurare e rendere effettivi i diritti dei cittadini descritti nelle Carte costituzionali. (...) Non può pertanto sorprendere se anche la giustizia amministrativa si sia, conformemente alla propria storia ed alla propria tradizione, trovata a partecipare a questo processo di cambiamento», pp. 586-587.

del sindacato giurisdizionale avverso gli atti autoritativi della pubblica amministrazione che, come si è detto, continua a rappresentare il campo maggiormente capace di giustificare l'esigenza di un giudice speciale per l'amministrazione.

Di tale particolarità è opportuno tenere presente per evitare il peso di generalizzazioni che diventino regola per l'intero archetipo processuale, quando invece sono frutto e conseguenza di percorsi settoriali.

La natura proteiforme del diritto amministrativo⁷ ha comportato uno sviluppo proteiforme anche della giustizia amministrativa, di cui si è evidenziato un legame speciale con la post-modernità⁸.

Questo inevitabile accadimento ha però messo a rischio l'assunto di partenza, ossia che la giurisdizione amministrativa sia diretta alla tutela degli interessi legittimi al cospetto di un'azione illegittima dell'amministrazione, spingendo fino a far sospettare che la centralità dell'azione di annullamento sarebbe frutto di una concezione oramai superata. Invece, come vedremo nelle pagine che seguono ripercorrendo gli scritti di Riccardo Villata, il disegno costituzionale e il ruolo istituzionale dei giudici amministrativi è tutt'altro che superato ed anzi è saldamente ancorato alla sua consequenzialità con il rapporto tra perseguimento dell'interesse pubblico e protezione delle situazioni soggettive, che richiede una necessaria intermediazione dell'amministrazione.

Per introdurre la questione nei suoi termini essenziali, e al fine di delineare le coordinate degli argomenti che poi verranno esaminati più analiticamente, basti per ora riprendere il pensiero del Maestro. Per illustrare le ragioni che lo portano a considerare il "giudizio sul rapporto" al più come un esercizio descrittivo degli ambiti di una congrua estensione della cognizione del giudice amministrativo, ma non come un qualcosa di differente dal giudizio di annullamento e certo non come assimilabile alla pronuncia sull'attribuzione del bene della vita che compete al giudice ordinario, egli ricorda che, per esempio, nel caso di impugnazione di un

⁷ Come definita da L. TORCHIA, *Il diritto amministrativo, i suoi oggetti, la sua scienza*, in S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 7 ss.

⁸ In questi termini, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, cit.

provvedimento ablatorio «sarebbe assolutamente incongruo pensare ad un processo sul rapporto: il giudice non deve certo stabilire se il bene spetta al privato o all'amministrazione, nel modo in cui stabilisce se esso è di proprietà di Tizio o di Caio in lite; l'amministrazione infatti ha la potestà di disporne e la sentenza non può attribuirlo al privato contro siffatta potestà; invece ha e necessariamente ha, il compito di verificare che il potere venga esercitato *secundum legem*»⁹.

Ovviamente, se la presenza del potere impedisce di ricostruire il giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto e altresì di dequotare l'azione di annullamento come se non garantisse adeguata tutela, ciò non significa disconoscere le esigenze di maggiore e diversa tutela che il processo (e prima ancora il procedimento entro al quale il potere si forma) amministrativo deve assicurare.

Così, la possibilità di esperire azioni differenti dall'azione di annullamento¹⁰, l'ampliarsi della tutela cautelare e l'estendersi dei campi della

⁹ R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1982, p. 707, ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 561 ss., spec. p. 577, dialogando con G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1979, considerato da Riccardo Villata lo studio più completo in tema fino ai giorni nostri. Favorevoli alla configurabilità di un "giudizio sul rapporto amministrativo" anche A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. PELLEGRINO-A. STERPA, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice del potere?*, Carocci, Roma, 2014, pp. 39 ss.; anche S. AMOROSINO, *I giudici amministrativi e le attività economiche*, in *An. giur. econ.*, 2018, pp. 449 ss., spec. p. 451, dove però precisa che i giudici amministrativi sono restii a stigmatizzare i comportamenti, perché "vedono" solo l'atto.

¹⁰ Che però Villata non reputa particolarmente significativa, come scrive in R. VILLATA, *Ancora spigolature sul nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, pp. 1513 ss., ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., pp. 127 ss. Al fondo, anche se si affermasse un'azione atipica, le domande sarebbero sempre le medesime: annullamento, accertamento e condanna, da esercitarsi nei limiti fissati dalle norme processuali. In argomento, con letture parzialmente differenti, N. DI MODUGNO, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, pp. 791 ss.; A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, pp. 428 ss. Ritiene necessario superare il modello impugnatorio A. POLICE, tra l'altro in *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in

giurisdizione esclusiva sono solo alcune delle modifiche commentate come mutamenti positivi del modo di essere dell'attuale sistema di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione.

Lo sviluppo dell'ordinamento, inteso come insieme delle norme che conformano la vita dei consociati, ha portato nuovi bisogni sull'altare della giustizia amministrativa e così ha provocato, tra l'altro, quelle modifiche nelle strutture della tutela processuale a cui si è appena accennato.

In effetti, negli ultimi decenni, il contenzioso amministrativo è stato particolarmente sollecitato, da un lato, per l'aumentare di regole, principi e livelli di governo capaci di condizionare i paradigmi dell'attività amministrativa in molti ambiti, che hanno incrementato il numero di controversie soggette a questa giurisdizione e, dall'altro, per via della proliferazione di forme di regolazione che incidono sui diritti individuali, economici e sociali, che accresce la potenziale contestabilità delle decisioni di interesse pubblico.

Nel dialogo tra diritto sostanziale e processo che inevitabilmente è stato innescato, i giudici amministrativi hanno grandemente contribuito anche allo sviluppo del diritto amministrativo, rendendolo luogo di garanzie oltre che di efficienza e buona amministrazione¹¹. E non solo in Italia.

G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2014, spec. p. 83.

¹¹ Contributo ampiamente analizzato dagli studiosi del diritto amministrativo, che hanno anche identificato un duplice ruolo dei giudici, come arbitri e come *rule makers*; come osserva S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, pp. 341 ss., che evidenzia il valore di tale duplice ruolo che «rappresenta un bisogno degli ordinamenti contemporanei, quello di decidere dopo aver dibattuto con gli interessati e di spiegare dopo aver deciso», p. 343. Non solo la giurisdizione, ma anche la codificazione, nata per reazione all'eccessivo particolarismo delle decisioni giudiziarie, ha contribuito all'evolversi del diritto amministrativo e alla sua sistematizzazione, come ci ricorda, in un saggio di particolare interesse anche per comprendere il significato attuale del rapporto tra legge e amministrazione, M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, pp. 347 ss.: «La codificazione nasce (anche) come una critica alle degenerazioni della giurisprudenza, troppo appiattita sulle peculiarità del caso concreto e tendente a variare le regole di decisione a seconda del soggetto presente in giudizio», p. 349.

Tutto ciò, per un “positivista temperato”¹², come Riccardo Villata definisce sé stesso, si osserva a partire dalla funzione costituzionale della giustizia amministrativa, ricostruendo gli istituti del processo attraverso una ermeneutica formale che non scordi di essere coerente con le peculiarità del procedimento e del potere amministrativo.

Nei paragrafi che seguono, riprendendo in parte le coordinate generali qui esposte, ci soffermeremo più precisamente su alcuni profili specifici, selezionati con l’obiettivo di ricostruire quello che è il modello di teoria processuale che gli scritti di giustizia amministrativa di Riccardo Villata costruiscono.

2. *L’oggetto del giudizio amministrativo.*

Se l’interesse legittimo possa o meno essere considerato oggetto del processo amministrativo è stato discusso ampiamente negli studi più importanti dedicati alla giustizia amministrativa, con teorie tra di loro differenti e parimenti significative¹³.

Da ultimo, le tesi di Villata¹⁴ si confrontano principalmente sull’alternativa del se il processo amministrativo abbia come oggetto il provvedimento impugnato oppure il rapporto tra pubblica amministrazione e ricorrente, alternativa che egli ricostruisce in senso funzionale, differenziando tra due opposte visioni del processo, una preordinata all’eliminazione dell’atto¹⁵ e l’altra volta a fornire una disciplina esaustiva delle posizioni giuridiche convergenti in una determinata fattispecie¹⁶.

¹² R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., *Prefazione*.

¹³ In senso affermativo Ranelletti, Borsi, Zanobini, Vitta, Bodda, Resta, Forti.

¹⁴ Riepilogate in R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull’oggetto del processo amministrativo*, cit., pp. 561 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 59 ss.

¹⁵ In questa direzione F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1978, p. 76; R. LASCHENA, *La rinnovazione dell’atto amministrativo annullato e la sua impugnazione avanti al Consiglio di Stato*, in *Studi Papaldo*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 433; C. CALABRÒ, *Pronuncia completa e soddisfattoria del giudice amministrativo*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, cit., p. 117.

¹⁶ La tesi del giudizio sul rapporto era già contenuta, sia pure in maniera del tutto

In questo percorso, lo Studioso si concentra nel dimostrare il perché l'oggetto del processo amministrativo non può essere alcuna pretesa, né processuale né sostanziale, né il rapporto tra amministrazione e titolare dell'interesse legittimo¹⁷.

Secondo taluno¹⁸, l'atto è solo la veste formale del problema (e dunque non può essere l'oggetto del giudizio), cioè il fatto produttivo della lesione, ma l'oggetto del giudizio è la situazione soggettiva, come si deduce dal fatto che l'art. 103 Cost., centrato sulle situazioni soggettive, è separato dall'art. 113 Cost. che riguarda il potere di annullamento.

Contro tale ricostruzione Villata obietta che l'art. 113 Cost. non impone di tenere separato l'annullamento degli atti amministrativi e la tutela degli interessi legittimi e non obbliga a fornire a questi ultimi una tutela maggiore di quella caducatoria. Semmai, la necessità di ampliare – oltre all'annullamento dell'atto illegittimo – la tutela degli interessi legittimi sarebbe una scelta di opportunità, per meglio garantire le posizioni giuridiche al cospetto del potere pubblico. Ma ciò presupporrebbe di aver dimostrato che il processo amministrativo, concentrato sulla questione di legittimità-illegittimità del provvedimento impugnato, sia istituzionalmente inidoneo a garantire protezione agli interessi legittimi. E così però non è, dato che «è vero che il mero annullamento dell'atto elimina la lesione dell'interesse ma non basta ancora a soddisfarlo, perché a tal fine occorre la ripresa dell'azione amministrativa, e ciò senza garanzia di risultato, ma la mancanza di garanzia di risultato è precisamente l'aspetto specifico e differenziale (della tutela) dell'interesse legittimo rispetto (alla tutela del) diritto soggettivo»¹⁹.

peculiare, nel lavoro di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1962, ed è poi stata sviluppata, nei medesimi anni, da P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Giuffrè, Milano, 1970; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1979; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 1, pp. 851 ss.

¹⁷ Riassuntivamente, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., *passim*.

¹⁸ G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la determinazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi Papaldo*, cit., pp. 301 ss.

¹⁹ Così, citando per inciso anche Capaccioli, R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, cit., p. 569.

In sostanza, per spostare dall'atto il baricentro del processo amministrativo, bisognerebbe ridisegnare l'interesse legittimo, trasformandolo da una *aspettativa qualificata* ad una determinata condotta dell'amministrazione – così come è in effetti – ad una *pretesa* dotata del potere e delle facoltà del diritto soggettivo.

Riccardo Villata, però, ricorda che il concetto di pretesa, che taluno utilizza per intendere l'oggetto del processo amministrativo come un diritto ad una determinata prestazione da parte dell'amministrazione (come se l'interesse legittimo fosse una sotto-specie del diritto di credito), richiede di aver ben compreso gli scritti di Piras e precisa che «riconoscere le pari dignità di diritto soggettivo ed interesse legittimo non significa disconoscere la diversità dei rispettivi modi di protezione (...); un giudizio che termini con una sentenza che attribuisca, in ogni caso, al ricorrente il “bene della vita” richiesto, qualora la pretesa sia fondata, ha ben poco da spartire con il dovere del ricorrente medesimo di individuare vizi di legittimità del provvedimento lesivo accompagnato dal vincolo per il giudice di esaminare i soli motivi dedotti, in attuazione del resto di una regola di portata generale»²⁰.

Per Villata, l'oggetto del processo amministrativo è l'atto, non l'interesse legittimo, che invece è l'antecedente logico dell'azione²¹.

²⁰ R. VILLATA, *Dieci anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 41 ss., ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., pp. 105-108.

²¹ Sul tema, pagine particolarmente dense in R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, cit. L'argomento è stato a lungo discusso in fondamentali studi dedicati alla giustizia amministrativa, che hanno preso direzioni tra loro differenti. Così, per Guicciardi, la formula per la quale si voleva che l'interesse legittimo fosse oggetto del processo amministrativo risultava pericolosa, perché poteva condurre a falsare i caratteri e la nozione del processo amministrativo come se quest'ultimo (che nella teoria di Guicciardi si connotava per essere un processo di impronta oggettiva) si occupasse di interessi individuali, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1943, spec. p. 57; secondo Nigro, invece, l'interesse legittimo non poteva essere l'oggetto del giudizio, essendolo il diritto alla invalidazione di un atto amministrativo esercitato con la richiesta al giudice di provvedere, M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 18-19; ancora in una differente prospettiva, Giannini riteneva, sposando una impostazione soggettiva della giurisdizione amministrativa, che oggetto del processo fosse la situa-

E, infatti, seguendo l'insegnamento del Maestro e quindi studiando il concetto di pretesa – o *anspruch* nelle teorizzazioni tedesche di riferimento – emerge che la distinzione tra *anspruch* processuale a *anspruch* sostanziale²² è utilizzata dalla dottrina tedesca quando si interroga sulla relazione sussistente tra il diritto in forza del quale si agisce (*oggetto sostanziale*) – che si è soliti identificare con il *diritto di azione* (che è un diritto rivolto al giudice, esercitabile solo all'interno del processo) – e ciò che appartiene alla sfera del diritto materiale e quindi precede, concettualmente, l'avvio della vicenda processuale. Nell'*anspruch* processuale si realizza massimamente l'astrazione tra diritto processuale e situazione sostanziale, tanto che non è ammesso che il giudicato produca accertamenti che valgano anche sui fatti.

Tutto ciò non ha molto a che spartire con la teoria dell'azione di adempimento né con quelle che intenderebbero trasformare l'interesse legittimo in diritto di credito da far valere contro l'amministrazione e accertabile dal giudice. L'interesse legittimo non è un diritto di credito dato che «diversamente dal diritto soggettivo, che consta di poteri atti a soddisfare pienamente, sia pure talvolta con la necessaria cooperazione altrui, l'interesse del titolare, per l'interesse legittimo non si ha soddisfazione piena e sicura dell'interesse al bene della vita che ne costituisce l'elemento sostanziale»²³.

Anche l'esame degli scritti di Piras, ripercorsi per dialogare con il pensiero processuale di Villata, non porta a conclusioni diverse²⁴. Piras, in-

zione soggettiva del privato, comunque la si volesse denominare, M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa. Appunti delle lezioni*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1959, pp. 181 ss.

²² Ripresa successivamente in Italia. Per una esposizione del tema: A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 60 ss. e, più di recente, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 26 ss.

²³ R. VILLATA, *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 118.

²⁴ Al centro della sua teoria del processo, Piras collocava la «*pretesa processuale*» del ricorrente, identificata con l'affermazione di una determinata esigenza di tutela ritenuta fondata da un soggetto, cui corrispondeva il dovere del giudice di esaminare la domanda, non necessariamente nel merito. Nello svolgere la propria ricostruzione degli istituti pro-

fatti, rifiutava qualsiasi costruzione dell'azione che, sotto l'influenza chiovendiana, la qualificasse come un diritto (anche nella formula del diritto potestativo): l'azione era un mero fatto, generatore di un altro fatto, ossia l'oggetto del giudizio. Tale conclusione era conseguente alla descrizione delle norme processuali come meramente strumentali al diritto sostanziale, ma da quest'ultimo autonome.

C'è, nella rielaborazione del Piras, soltanto una pretesa *sostanziale* vera e propria che entra nel processo, ma non è quella del ricorrente che, infatti, abbiamo appena definito processuale, bensì quella dell'amministrazione²⁵, che coincide con il provvedimento contro cui il ricorrente fa valere, in via d'azione (e, dunque, esercitando la propria pretesa processuale), le proprie doglianze. La pretesa (di legittimità dell'atto impugnato) dell'amministrazione, secondo Piras, non è un fatto processuale, ma appartiene al diritto sostanziale: il provvedimento è l'atto (che vive nella sfera del diritto sostanziale) con cui l'amministrazione ha definito l'assetto dell'interesse pubblico concreto. In quest'ottica, l'esito della vicenda processuale avrebbe comunque conseguenze sul diritto sostanziale, consolidando (nel caso di rigetto del ricorso) o eliminando (nel caso di accoglimento del ricorso) la pretesa dell'amministrazione. È evidente, allora, che, nella teoria di Piras, l'interesse legittimo non poteva essere considerato l'oggetto del processo.

Spesso la dottrina dimentica di considerare, citando Piras, questo suo diverso punto di partenza: la pretesa processuale del privato (a differenza

cessuali, con lo scopo di dimostrare che il processo amministrativo possedeva la struttura di un processo di parti, Piras riferiva del concetto di pretesa *processuale* del ricorrente (distinguendola, come stiamo per vedere, dalla pretesa *sostanziale* della pubblica amministrazione, coincidente, quanto a contenuto, con l'atto impugnato), ritenendo che essa costituisse «il punto di collegamento» della realtà materiale con il processo: la pretesa processuale «costituisce appunto il tramite necessario attraverso cui la parte assume di rispecchiare la reale situazione di diritto e di fatto, il rapporto giuridico cioè o status controverso che deve formare oggetto della discussione processuale e della decisione che si domanda al giudice», A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., p. 82.

²⁵ Impostazione, quella di Piras, criticata dal Benvenuti, il quale dubita possa essere considerata corretta la costruzione basata sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo: cfr. F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1988, p. 454, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2006, V, pp. 3967 ss., spec. p. 3975.

di quella dell'amministrazione) non ha nulla di sostanziale, essendo piuttosto il riverbero del diritto (processuale) di agire in giudizio. Ecco perché non è corretto, concettualmente, derivare dalla teoria processuale di Piras, come taluno ha proposto, il moderno giudizio sul rapporto, concentrato sulla valorizzazione degli interessi del ricorrente ad ottenere un determinato risultato dell'azione amministrativa.

In questo senso, dunque, nella teorica di Piras, il rapporto giuridico tra il privato e l'amministrazione fa parte del giudizio, ma non nel senso che attualmente si associa al c.d. "giudizio sul rapporto", perché la pretesa di cui lo Studioso parla, identificando l'oggetto del giudizio, non è affatto l'*anspruch* sostanziale, bensì una pretesa esclusivamente processuale, cioè la domanda che viene formulata al giudice conformemente alle regole del processo, ai principi sull'azione e considerando i tipi di sentenze che il giudice può pronunciare.

Per il positivista temperato, a fronte di un'azione di annullamento, è dunque da escludere che l'interesse legittimo sia l'oggetto sostanziale del processo, in quanto non è accertando l'interesse legittimo che il giudice valuta la fondatezza della domanda²⁶; la tutela costitutiva è concentrata sulla contestazione e sull'eventuale eliminazione dell'atto viziato, secondo l'interesse effettivo dell'istante, mentre la situazione soggettiva che rappresenta, in base a norme di diritto sostanziale, la disciplina del rapporto tra privato e potere pubblico (interesse legittimo) non è identificabile (né tanto meno esauribile) con l'azione diretta all'eliminazione del provvedimento antiguridico²⁷, consistendo, più propriamente, nella possibilità di in-

²⁶ Salvo per il caso di azione di annullamento di provvedimenti negativi e negli angusti spazi in cui è ammessa l'azione di adempimento, secondo quanto previsto dall'art. 34, comma 3, c.p.a.

²⁷ Di converso, osservando le cose non all'interno del processo ma al di fuori di esso, come si è notato in dottrina, il diritto alla legittimità «non rispecchia appieno il *proprium* dell'interesse legittimo», F.G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, pp. 379 ss., spec. p. 399. Lo Studioso con ciò dialoga con le tesi di Scuola fiorentina (cfr. in particolare, sul tema A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2013; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere*

fluenzare, in fase procedimentale, le valutazioni (discrezionali) dell'amministrazione. Ecco perché, nell'azione di annullamento, non può dirsi che l'interesse legittimo sia oggetto dell'accertamento giurisdizionale.

Secondo Villata, l'interesse legittimo è interamente e pienamente soddisfatto grazie all'azione di annullamento, perché essa elimina il risultato di una azione amministrativa illegittima, permettendo, di conseguenza, di misurarsi nuovamente con l'esercizio del potere pubblico: «il giudice amministrativo dovrebbe essere fiero di disporre di un'azione costitutiva riconosciutagli in via generale, senza i limiti di cui all'art. 2908 c.c., piuttosto che enfatizzare il passaggio del suo processo "dall'atto al rapporto", formula che per un verso è entrata nel linguaggio comune senza la necessaria consapevolezza della problematica sottesa, e per altro verso conduce soltanto ad una pronuncia che accerta i profili vincolati del potere esercitato, vale a dire agli stessi risultati garantiti dalla sentenza di annullamento seguita dal giudizio di ottemperanza, sicché il punto di arrivo è ancora quello di partenza»²⁸.

Semplicemente, allora, il giudizio sul rapporto, utilizzato per sintetizzare il canto di vittoria di una impostazione del processo amministrativo che, di fatto, lo assimila al processo civile ritenendo che il giudice possa attribuire al ricorrente il bene della vita a cui aspira anche se esso dipende da un esercizio di potere pubblico, non è accettabile in quanto si muove in una direzione ulteriore e, in un certo senso, autonoma, rispetto alla esigenza di garantire al ricorrente che l'amministrazione agisca in soddisfacimento del suo interesse sostanziale²⁹: «la nozione di oggetto del pro-

alle regole del rapporto, Giuffrè, Milano, 2008, che, come noto, hanno articolato l'interesse legittimo come diritto soggettivo, talvolta qualificandolo come diritto di credito tal'altra come diritto alla legittimità).

²⁸ Cfr. diffusamente sul punto R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 285 ss., spec. pp. 291 ss., citazione p. 292. Quanto riportato vale anche in risposta critica alle teorie più recenti, tra cui F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 82 ss. In argomento anche L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, pp. 561 ss.

²⁹ R. VILLATA, *Commento introduttivo alla riforma della legge n. 205/2000*, premessa alla prima edizione di B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 6-7.

cesso ha un significato scientificamente (dogmaticamente, si sarebbe detto una volta) preciso, che va ben al di là della esigenza di garantire che la sentenza del giudice non si limiti ad annullare il provvedimento impugnato, lasciando all'Amministrazione la facoltà di rinnovarlo e di emanare una determinazione assai simile, se non identica, così frustrando le esigenze di tutela dei cittadini. Che per soddisfare siffatta indiscutibile esigenza si debba passare da un giudizio sull'atto a un giudizio sul rapporto appare, si consenta di rilevarlo, affermazione tanto soventemente quanto senza adeguata conoscenza delle categorie di teoria generale del processo ripetuta»³⁰. E, ancora, sebbene la retorica del giudizio sul rapporto possa essere seducente, essa è destinata a «frantumarsi nella concretezza delle vicende processuali»³¹ visto che, come inesorabilmente ci ricorda lo Studio, i) il principio della domanda inibisce al giudice di pronunciarsi su aspetti non dedotti dalla parte; ii) l'inesauribilità del potere implica l'impossibilità di attribuire stabilmente il bene della vita; iii) il giudizio sul rapporto di cui si parla nel processo amministrativo non ha nulla a che spartire con quello di cui si parla nei tribunali civili.

Dunque, si conclude che il processo amministrativo è il luogo in cui si esamina l'atto, e l'oggetto del processo non è l'interesse legittimo, che il giudice non può mai accertare perché il contemperamento degli interessi pubblici e privati spetta, sempre e comunque, a chi è titolare del potere amministrativo. L'oggetto del processo è invece il diritto all'eliminazione di un provvedimento antiggiuridico o il diritto a far dichiarare l'inerzia dell'amministrazione, o il diritto ad ottenere il risarcimento del danno consequenziale. Nulla di meno e nulla di più.

³⁰ R. VILLATA, *Commento introduttivo alla riforma della legge n. 205/2000*, cit., p. 6. In senso parzialmente analogo e parimenti critico verso le teorie che identificano l'oggetto del processo con il rapporto amministrativo P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, pp. 385 ss., che precisa anche che se si vuole che l'oggetto del processo sia il rapporto, allora deve decretarsi senza ambiguità la fine di ogni contestazione formale o procedurale «in quanto tali del tutto inammissibili al di fuori di una prova della fondatezza della pretesa nel merito», p. 423.

³¹ R. VILLATA, *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo*, cit., p. 121.

3. *Effettività della tutela versus legalità procedurale.*

Il principio di effettività della tutela è affermato, come noto, all'art. 1 c.p.a., rubricato appunto "effettività", secondo cui «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

Riccardo Villata osserva a riguardo che, nel campo dei commentatori del processo amministrativo, vi è una certa tendenza a chiamare in gioco il menzionato principio per fuggire dalla scienza dell'interpretazione e promuovere una disarticolazione delle strutture giuridiche alla ricerca della migliore soddisfazione del volere della parte ricorrente. Il crescente riferimento alla effettività della tutela giurisdizionale rischia così di scardinare il rapporto tra controllo giurisdizionale ed azione amministrativa, rendendo quest'ultima «elemento subalterno al potere giurisdizionale»³².

Riconoscere al principio di effettività della tutela il potere di infrangere la legalità procedurale, provocherebbe una indebita alterazione di livelli, tra piano sostanziale e rimediale; a ben vedere, invece, come ricorda altra attenta dottrina, è il primo a dover essere presupposto del secondo, non viceversa: «il rimedio dunque già presuppone, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto: esso non decide sull'*an* della protezione, ma solo sulle sue modalità di applicazione (ossia del *quomodo* di essa)»³³.

³² Come ha osservato G. ROMEO, *La cultura del narcisismo e l'assenza del limite nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, pp. 37 ss., spec. pp. 42-43; ID., *La narrativa della giustizia amministrativa tra autocompiacenza, insoddisfazione e mitologie, vecchie e nuove*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1219 ss., dove si riflette sulla necessità di individuare una precisa identità della giurisdizione amministrativa. Ricostruisce in termini moderati la nozione di giurisdizione I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, pp. 401 ss.: «Parlare di effettività della tutela oggi significa dunque essenzialmente alludere al diritto ad un rimedio effettivo: significa cioè valorizzare al massimo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva "tutto quello e proprio quello" che il diritto sostanziale riconosce». Cfr. anche R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

³³ I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, cit., p. 413: «Di certo, il processo deve dare al vincitore quanto gli spetta sul piano del diritto sostanziale, e non qualcosa di diverso, tantomeno qualcosa di più».

La ricostruzione dello Studioso, come sempre accade ai percorsi logici che egli avalla, è coerente con quanto affermato dal Giudice delle leggi, secondo cui il principio in questione è regola interna al sistema di tutela giurisdizionale. Ritiene la Corte costituzionale³⁴ che l'art. 24 Cost., come pure il successivo art. 113 Cost., formulando il principio dell'effettività del diritto di difesa, siano volti a presidiare l'adeguatezza degli strumenti processuali, approntati per la tutela in giudizio dei diritti e degli interessi legittimi, nel suo complesso, e che la violazione dei parametri costituzionali potrebbe eventualmente considerarsi sussistente solo nei casi di sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione³⁵ o di imposizione di oneri che compromettano, irrimediabilmente, la tutela stessa³⁶ e non anche ove la norma processuale (di cui si verifichi la coerenza con la Costituzione) «non elimini affatto la possibilità di usufruire della tutela giurisdizionale»³⁷.

In questa medesima ottica, il positivista temperato ritiene che il principio di effettività della tutela abbia effetti molto limitati sulle strutture in cui i processi si articolano, non potendo prevalere sulla legalità procedurale che potrà, al più, essere reinterpretata.

Secondo Riccardo Villata, ogni principio deve avere il suo contrario; ammettere il principio contrario dell'effettività significherebbe riconoscere che un sistema di norme di procedura possa non essere adatto a garantire la tutela di diritti o interessi legittimi. Ma, dato che quella tutela è misurata dalle regole di procedura, la cosa non potrebbe essere affermata convincentemente in termini giuridici. In altre parole, l'effettività è sempre propria delle norme di procedura per il fatto che esse disegnano le regole a cui attenersi per costruire l'azione avverso l'amministrazione. Queste norme possono essere coerenti con il sistema, valide o invalide, compatibili con la Costituzione o meno, possono essere criticate per il loro funzionamento, per la loro applicazione, ma non possono essere contrarie al principio di effettività, perché quelle norme stesse (a meno

³⁴ Cfr. in particolare Corte cost., 11 marzo 2015, n. 71. Analogamente Corte cost., 26 gennaio 2009, n. 5.

³⁵ Cfr. Corte cost., 18 giugno 2007, n. 237.

³⁶ Cfr. Corte cost., ord. 23 maggio 2005, n. 213.

³⁷ Cfr. Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85.

che non inibiscano in toto la possibilità di avere una tutela per i diritti soggettivi e gli interessi legittimi) sono la misura della capacità dell'ordinamento giuridico di fornire giustizia. Non si può sostenere che una norma non garantisce l'effettività della tutela e, per l'effetto, invocarne una interpretazione difforme, perché la tutela giurisdizionale è un sistema di regole predefinito e da esso si deduce il come e il quando della tutela di ciascuna situazione soggettiva.

Il primo compito dei giuristi, del resto, è quello di interpretare le norme, non di riformarle: fare come se non esistessero è molto più facile, ma non è corretto; la fedeltà al dato normativo e la consapevolezza del tenore della legalità procedurale sono, nella teorica di Villata, l'imprescindibile punto di partenza per qualsiasi opera ermeneutica.

4. *Il significato della giurisdizione amministrativa.*

In via preliminare, per comprendere la funzione della giurisdizione amministrativa, occorre contestualizzarla rispetto al ruolo dei giudici nelle nostre moderne democrazie, ruolo sul quale si incrociano le riflessioni di diversi studiosi.

Alcuni hanno esibito argomenti diretti a distinguere una funzione costituzionale e una istituzionale della giurisdizione, includendo nella prima il posizionamento della giurisdizione rispetto al potere legislativo ed esecutivo e, nella seconda, la capacità organizzativa delle istituzioni della giustizia³⁸. Da ciascuno dei due campi, costituzionale ed istituzionale, derivano limiti e vincoli alle decisioni giudiziarie: il ruolo costituzionale della giurisdizione ne controlla l'invasione verso chi è investito del potere legislativo ed amministrativo, la struttura organizzativa è il riflesso del fatto che al giudice competono questioni tecniche.

All'interno del dibattito europeo sulle funzioni della giurisdizione, vi è chi³⁹ ha ritenuto ormai assodato che i giudici contribuiscano al *policy-*

³⁸ J. JOWELL, *The role of judges in European democracies*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1, pp. 87 ss.

³⁹ M.P. CHITI, *The role of judges in European democracies*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1, pp. 93 ss.

making, pur senza che ciò possa realisticamente equivalere, almeno non ai nostri giorni, ad una dittatura dei giudici e senza che con ciò perda valore il “*legalism*”⁴⁰, che deve essere inteso come «*living experience on earth of the Empire Law, which works effectively*»⁴¹.

Dal punto di vista della collocazione istituzionale della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria, si alternano tesi volte ad individuare le peculiarità della prima rispetto alla seconda.

Taluno ha subito ritenuto di poter qualificare il giudice amministrativo come il giudice dell’interesse pubblico⁴², tesi che Villata, ripercorrendo con la cura del positivista le previsioni costituzionali che non assecondano l’abbinamento proposto, ha espressamente rifiutato, ritenendola non compatibile con l’attuale quadro ordinamentale «e dunque al più rispettabile obiettivo di una da numerose voci auspicata riforma costituzionale»⁴³.

Alcuni, tenendosi non lontani dalla tesi appena esposta, hanno valorizzato il fatto che la Costituzione avrebbe configurato il giudice amministrativo come giudice naturale del potere pubblico «vera garanzia costituzionale nei confronti del suo esercizio e dei suoi abusi»⁴⁴.

La funzione di garante del giudice amministrativo, per la protezione degli interessi legittimi, appare coerente a quanto statuito dall’art. 103 Cost., che lega gli organi di giustizia amministrativa appunto alla tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione.

⁴⁰ La traduzione italiana del termine impiegato dall’Autore è difficoltosa. È un concetto che si situa a metà tra il principio di legalità, il rispetto della legge e il principio di separazione dei poteri.

⁴¹ M.P. CHITI, *The role of judges in European democracies*, cit., p. 98.

⁴² In questi termini, S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodo di Gordio*, in *Cons. Stato*, 2004, 2, pp. 1650 ss., spec. p. 1652 e, in senso parzialmente differente, L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Giuffrè, Milano, pp. 119 ss.

⁴³ R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 3 ss.

⁴⁴ A. PAJNO, *La funzione di tutela costituzionale della judicial review*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1, pp. 73 ss., spec. p. 76.

In tale linea ideologica, l'attuale Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, ha definito la ragion d'essere della giurisdizione amministrativa identificandola come il "garante delle interazioni tra amministrazioni, cittadini e imprese", che «assicura il corretto rapporto tra pubblico e privato, tra comunità e singoli, tra autorità e libertà, confrontandosi, nel suo ruolo, con almeno tre dimensioni istituzionali: le legge, l'amministrazione e le altre giurisdizioni»⁴⁵.

Proseguendo nel rammentare le principali attribuzioni riferite alla giurisdizione amministrativa, esse sono state progressivamente estrapolate dalle peculiarità del contesto nel quale i T.a.r. e il Consiglio di Stato si sono trovati ad operare. E così si è individuato un nuovo paradigma che vede nel giudice amministrativo il giudice della libertà⁴⁶ e si è detto, da ultimo, che il giudice amministrativo è il giudice dell'emergenza⁴⁷.

Diversi studi si sono pure concentrati nell'analizzare come la giustizia amministrativa contribuisca al funzionamento corretto dei grandi servizi pubblici e della regolazione in materia economica⁴⁸.

Da qui, si è progressivamente persa di vista la funzione storica della giustizia amministrativa, come giurisdizione sugli atti del potere pubblico, per puntare lo sguardo verso il rapporto tra questa giurisdizione e l'economia, come se i connotati costituzionali, istituzionali ed organizzativi della giurisdizione del giudice amministrativo fossero mutati per via dei nuovi campi di esercizio del potere pubblico e, dunque, per via delle aggrivate materie di cui la giustizia amministrativa si è progressivamente venuta ad occupare.

Ripercorrere il pensiero di Riccardo Villata sull'argomento ci consente di evitare qualifiche che rischiano di essere slegate dai presupposti della

⁴⁵ F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2019*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 1, pp. 140 ss.

⁴⁶ L'impostazione è soprattutto e primariamente di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, ed. it., Giuffrè, Milano, 2007.

⁴⁷ F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁸ Come sottolinea A. PAJNO, *La funzione di tutela costituzionale della judicial review*, cit., pp. 82 ss.

logica giuridica, incappando nel pericolo di essere etichettate come mere considerazioni atecniche, invece che ricostruzioni del processualista.

Per un positivista temperato, la giustizia amministrativa è il complesso delle azioni che consentono il controllo del potere pubblico, esercitate di fronte ad un giudice speciale per come disciplinate dal codice del processo amministrativo; ai giudici non è richiesta alcuna opera creativa se non quella di adattare la legge al caso specifico. Si nega quindi la qualificazione dell'esercizio della funzione giurisdizionale come funzione *lato sensu* sociale e di servizio pubblico⁴⁹; ai giudici spetta l'interpretazione della legge, la sensibilità di chi esercita la giurisdizione aiuta la soluzione del caso concreto quando riesce a comprenderne le sfaccettature, all'interno del quadro esatto della legalità procedurale, non perché recepisca il sentimento della comunità.

Contro la tendenza ad intendere i giudici amministrativi come conduttori di esigenze sociali⁵⁰ – tendenza che distorce sia il principio della domanda sia quello di separazione tra giurisdizione e amministrazione – Vilalta ha in diversi scritti rimarcato che il processo amministrativo è un giudizio di parti e che il potere di decidere dove stia l'interesse pubblico appartiene sempre e comunque al titolare della funzione pubblica contestata.

Del resto, la funzione attribuita ai giudici è prescritta all'art. 101 Cost. e non attiene affatto al riconoscimento o all'inveramento degli interessi pubblici, trattandosi della mera applicazione e all'interpretazione della legge⁵¹. Perciò, come si anticipava, il giudice amministrativo non può essere eletto (o auto-erigersi) a giudice dell'interesse pubblico.

⁴⁹ Terminologia questa ormai di uso comune, S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 797. Sull'evoluzione della giustizia amministrativa da potere a servizio per il cittadino, G.D. COMPORI, *Dalla giurisdizione amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. COMPORI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza). A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 7 ss.

⁵⁰ In questo sta, a nostro avviso, la «discrezionalità» del giudice. Significative sul progressivo mutare dei caratteri della giurisdizione amministrativa sono le (condivisibili) riflessioni, decisamente critiche, di G. ROMEO, *La cultura del narcisismo e l'assenza del "limite" nella giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 37 ss.

⁵¹ Per la verità chiarissime sul punto già le riflessioni (talvolta fraintese) di E. CA-

In sintonia con il pensiero appena esposto, altro autorevole Autore ha precisato, condivisibilmente, che la decisione giurisdizionale è frutto dell'esercizio di una funzione, non di un potere, e che «il magistrato è indipendente nella misura in cui, come ci ricorda l'art. 101, è soggetto solo alla legge e questo principio vale allo stesso modo per qualsiasi magistrato, civile, penale o amministrativo»⁵².

Proprio quando il magistrato, grazie alla sua interpretazione, attua la norma nel caso concreto pronunciando «un giudiziario ragionevolmente indipendente dagli estri, magari momentanei della maggioranza, può dare un grande contributo alla democrazia»⁵³.

Vero è che, nel campo del processo amministrativo, il bilanciamento tra normatività e cognitività, e quindi anche tra quanto previsto in astrat-

PACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., p. 9: «se c'è un soggetto che opera in posizione di supremazia legale (se c'è un "più forte" istituzionale, riconosciuto dall'ordinamento), come accade di necessità quando si tratta dell'organo esponenziale del gruppo sociale, che per natura deve far valere – al minimo – le esigenze di coesione del gruppo (di coesistenza dei singoli), la decisione sull'assetto dell'interesse pubblico, anche in rapporto ad altri interessi (individuali o comunque secondari), compete per definizione a tale soggetto (o organo). Onde una lite può insorgere non per demandare ad un terzo la decisione su ciò che spetta all'uno o all'altro dei contendenti, ma per verificare (anche da parte di un terzo) se il titolare del potere di supremazia abbia osservato le direttive di contenuto e le regole di condotta (di procedimento) prestabilite». La razionalità di questa posizione è travolta da quella parte delle riflessioni attuali che tendono a screditare la necessità di rispettare il principio di separazione dei poteri e quello di legalità nelle attribuzioni, in ragione di una tutela piena ed effettiva, che viene sempre più a contrastare, da un lato, con l'ossequio alle regole di procedura e, dall'altro, con i contenuti del diritto materiale (che spesso vengono rielaborati con interpretazioni adeguatrici o eccessivamente "soggettive" della normativa vigente).

⁵²A. TRAVI, *Riflessioni sulla deontologia del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 3, pp. 795 ss., spec. p. 796, che sottolinea come «la deontologia rispetto ad una funzione pubblica – a maggior ragione rispetto alla funzione pubblica per eccellenza che è la funzione giurisdizionale – definisca, sul piano soggettivo, le modalità di esercizio della funzione. Di conseguenza la deontologia del giudice rileva anche, a pieno titolo, nelle relazioni con tutti i diversi soggetti interessati all'esercizio della funzione».

⁵³M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 95, che tuttavia offre una prospettiva del giudice, dinamico e creativo, ben differente da quella proposta da Aldo Travi.

to e le specificità del caso concreto, è particolarmente critico perché il sindacato giurisdizionale ha a che fare con valutazioni di interesse pubblico, la cui rielaborazione ha portato all'adozione del provvedimento impugnato; così al giudice si prospetta una vicenda fattuale nella quale vi è già una prima delibazione (di normatività e cognitività) del soggetto giuridico a cui l'ordinamento ha attribuito la missione di soppesare l'interesse generale con quelli particolari⁵⁴.

Non è una scoperta il fatto che la presenza della discrezionalità, amministrativa e tecnica, il cui esercizio appartiene solo e soltanto alle amministrazioni pubbliche e che caratterizza da sempre, e oggi ancora, il diritto amministrativo⁵⁵, abbia comportato lo studio e la messa in atto di tecniche di controllo giurisdizionale del potere pubblico molto sofisticate, alla ricerca di un equilibrio tra ragioni del potere e tutela delle situazioni soggettive private.

L'operazione non semplice è (stata ed è ancora) complicata dal fatto che al diritto amministrativo è mancata l'esperienza codificatoria «con la sua pretesa di ordine, universalità, oggettività, razionalità e certezza del diritto»⁵⁶ e questo ha comportato che il giudice ha dovuto, da un parte, sopperire a tale carenza, impegnandosi egli stesso in una sorta di catalogazione di gerarchie di principi e di regole interpretative primarie (derivati dalla Costituzione) e ricavare canoni (anche globali) di buona amministrazione e, dall'altro, sviluppare il proprio sindacato partendo dal presupposto che il delegato ad interpretare clausole generali ed investito dell'attuazione dell'interesse generale, secondo un complesso procedimento di contemperamento di interessi privati e pubblici appartenenti a diversi soggetti, era ed è l'amministrazione.

⁵⁴ Sul rapporto tra normatività e cognitività riflette E. RESTA, *L'osservazione del diritto*, in M. BESSONE (a cura di), *Il diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 47 ss., spec. pp. 91 ss.

⁵⁵ Come rilevano M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., fin dalla loro introduzione. In coerenza con F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 371 ss., ora in F. LEDDA, *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 2002.

⁵⁶ M. RAMAJOLI, *Il particolare rapporto tra clausola generale e interpretazione nel diritto amministrativo*, in M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, cit., p. 47.

Il ruolo integrativo attribuito al potere pubblico (e poi anche alla giurisdizione amministrativa) e la sua capacità di porsi in continuità con la legge e con i canoni dell'azione amministrativa è frutto anche di uno scetticismo, condiviso nella comunità degli amministrativisti⁵⁷, verso il formante normativo nel suo complesso; data l'assoluta specialità del rapporto tra legge e amministrazione, quale che sia la norma applicabile al caso, quest'ultima non riuscirà a cogliere l'essenza del bisogno di interesse pubblico nel caso concreto.

Da qui, la necessità di attribuire il potere all'amministrazione e la verifica del corretto esercizio di tale potere al giudice amministrativo, che non applica i parametri delle controversie civili per determinare l'assetto dei torti e delle ragioni, ma si dota di strumenti coerenti, anzitutto, con l'assetto costituzionale e istituzionale specifico del caso.

Quanto detto, come Riccardo Villata non manca mai di evidenziare appena ne ha l'occasione, non può alterare la struttura del processo di parti che comunque connota il processo amministrativo. Perciò, anche l'esigenza di consentire al giudice amministrativo di avere diretto accesso al fatto, al fine di riesaminare il procedimento seguito dall'amministrazione, incontra un limite nel principio della domanda, perché deve essere il ricorrente ad avere contestato l'esattezza delle affermazioni in fatto della pubblica amministrazione⁵⁸.

In quest'ottica, la primaria funzione del processo amministrativo, considerata la posizione processuale della parte ricorrente, è il ripercorrere la correttezza di quel procedimento secondo quanto rappresentato nella domanda della parte. Infatti, il processo amministrativo, presentandosi come giudizio di impugnazione di un provvedimento adottato da un soggetto pubblico, si innesta su di una prima delibazione, "in punto di verità e giustizia"⁵⁹, effettuata dalla pubblica amministrazione nell'ambi-

⁵⁷ Come ricorda M. RAMAJOLI, *Il particolare rapporto tra clausola generale e interpretazione nel diritto amministrativo*, cit., p. 47.

⁵⁸ Per esempio, R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, pp. 195 ss.

⁵⁹ L'espressione è di F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (ragioni e struttura)*, cit., p. 3979.

to di un proprio procedimento (*extra ed ante processuale*), e riflessa nell'atto impugnato⁶⁰.

Secondo Riccardo Villata, il presupposto per comprendere il rapporto tra normatività e cognitività nel giudizio contro l'amministrazione sta nel diritto sostanziale: «se all'Amministrazione spetta in prima battuta operare il contemperamento fra interessi pubblici e privati, se gli interessi legittimi risultano conformati puntualmente nel procedimento amministrativo, il giudice non potrà definire l'assetto degli interessi indipendentemente dal sindacato sul procedimento né, quindi, attingere direttamente alla cognizione del fatto ed alla qualificazione giuridica di quella vicenda di interesse»⁶¹.

Lo scritto dal quale si è estrapolata la citazione appena riferita è del 1995; successivamente, come vedremo più avanti nelle pagine di questo lavoro, nell'esaminare l'attuale configurazione della giurisdizione amministrativa, si sono affermate forme di sindacato giurisdizionale avverso gli atti dell'amministrazione più intense, specialmente nell'ambito del contenzioso economico, in cui il giudice amministrativo svolge propri apprezzamenti di ragionevolezza non solo verificando la tenuta di quanto deciso dall'autorità, ma anche confrontandoli con percorsi suggeriti dalle parti del giudizio.

A ben vedere, però, il cambio di visuale che ha indotto a qualificare il giudice amministrativo come giudice dell'economia⁶² segue proprio un

⁶⁰ Tutto al fine di consentire l'esame giurisdizionale intorno all'oggetto (in senso stretto) del processo, ossia il diritto all'annullamento del provvedimento antiggiuridico impugnato, accertato alla luce delle condizioni in ragione delle quali detto annullamento può essere pronunciato, con particolare riferimento all'interesse sostanziale della parte, secondo quanto disposto dall'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990.

⁶¹ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit., p. 232.

⁶² Il cambio di visuale riguarda l'intensità del sindacato, ma non invece il fatto che il giudice amministrativo possa occuparsi di affari economici, come ha ricordato, tra gli altri, Fabio Merusi, rammentando che il giudice amministrativo è nato come giudice economico in materia di debito pubblico, F. MERUSI, *Il giudice amministrativo fra macro e micro economia*, in AA.VV., *I giudici e l'economia*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 51 ss. Anche S. AMOROSINO, *I giudici amministrativi e le attività economiche*, cit., pp. 449 ss.; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., pp. 39 ss.

mutamento del diritto sostanziale ed è avvenuto per via di una trasformazione che non è interna alla giurisdizione, ma che riguarda proprio le modalità dell'azione amministrativa e, ancora più precisamente, l'azione di coloro che la esercitano e agiscono in quanto pubblici poteri.

Oggi i giudici amministrativi giudicano, oltre che dei provvedimenti amministrativi, della legittimità dei regolamenti delle autorità indipendenti, degli atti adottati da soggetti assimilabili agli enti pubblici, come gli organismi di diritto pubblico, delle decisioni volte alla costituzione di società di diritto privato, delle determinazioni inerenti al valore di rimborso da attribuirsi ad un concessionario uscente di una rete pubblica del gas, della proporzionalità di requisiti di gara, della decisione algoritmica.

A riguardo si è fatto correttamente notare che l'introduzione di autorità indipendenti con funzione di regolazione ha comportato che il giudice amministrativo sia diventato il giudice di ogni forma di regolazione economica, formando così il grande contenzioso economico analizzato dagli studiosi del diritto amministrativo con scritti di estremo interesse⁶³.

Nel contesto attuale, «rapporti e conflitti un tempo mediati dal potere politico, vengono ora ridefiniti attraverso decisioni giuridiche e tecniche assunte a seguito di procedure complesse, sicché il processo, in quanto sede elettiva ultima dell'esplosione e della risoluzione di tali conflitti, diventa un protagonista della vicenda economica»⁶⁴.

Insomma, come si è anticipato nelle coordinate introduttive, i mutamenti del potere sono stati anche mutamenti della giurisdizione. Nel momento in cui le attività economiche sono soggette a regolazioni pubbliche di diverso genere, tali nuove modalità di esercizio del potere pubblico devono poter essere sindacate, e il sindacato, ove si tratti di tutelare interessi legittimi al cospetto del potere pubblico, compete, per Costituzione, al giudice amministrativo⁶⁵.

Anche la presenza di quelli che vengono definiti come ordinamenti

⁶³ G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 6, pp. 677 ss.

⁶⁴ A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., p. 47.

⁶⁵ A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 101 ss.

settoriali all'interno del sistema produttivo⁶⁶, come per esempio il mercato dei contratti pubblici, in cui sono istituite autorità di regolazione con il compito di introdurre regole e assistere alla loro corretta applicazione, grava il sindacato del giudice amministrativo, che concorre, per l'effetto delle pronunce in materia, a definire i contorni e la disciplina del singolo sottoinsieme dell'economia considerato.

Per inciso, come si è rilevato, però, anche il rapporto tra giudice amministrativo ed economia pare entrato in crisi, giacché, come ha notato Alessandro Pajno⁶⁷ da un punto di osservazione certamente privilegiato, «risulta palese che nel rapporto fra giustizia amministrativa ed economia, la prima viene talvolta percepita come antagonista rispetto all'altra. Giustizia amministrativa ed economia, pur legate da un rapporto strutturale, rischiano di non intendersi più proprio perché i due mondi rischiano di non comunicare, di parlare linguaggi diversi»⁶⁸. Da un lato si vorrebbe una giustizia a-economica, cioè insensibile alla ponderazione degli effetti delle decisioni, in applicazione piana delle norme di legge; dall'altro, si invoca un giudizio capace di apprezzare e ponderare le peculiarità del caso. Nel contenzioso economico vi è, in sostanza, una innegabile contorsione logica e un bisogno di compromesso tra sindacabilità degli atti espressione di potere pubblico sotto il profilo della loro legittimità e esigenze di celerità e di continuità nell'erogazione di servizi e prestazioni di interesse pubblico.

Senza poter troppo indugiare in queste pagine su di un argomento che ci porterebbe lontano dalle riflessioni di Riccardo Villata, ci sia consentito aggiungere qualche parola su quel particolare tipo di contenzioso economico che tanto ha inciso sulle spinte innovative che hanno interessato il giudizio amministrativo: si tratta del contenzioso in materia di appalti pubblici.

In questa materia, vi è una ulteriore particolarità propria delle norme di diritto sostanziale che il giudice si trova ad applicare. Non è un miste-

⁶⁶ F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2021, pp. 11 ss.

⁶⁷ A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., p. 41.

⁶⁸ A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., p. 41.

ro che il sistema della regolamentazione in materia di contratti pubblici sia ipertrofico, farraginoso, inutilmente complicato, pieno di ambiguità e potenziali fraintendimenti, con pretese di esaustività che invece aprono la strada a vuoti di disciplina.

Quando ciò accade, la mancanza di regole chiare e stabili determina la progressiva introduzione di una “vera e propria regola giurisprudenziale”⁶⁹, volta ad integrare l’ordinamento fornendo una maggiore certezza alle regole ed arginando l’incompletezza del quadro normativo. In altri termini, la peculiarità della regolazione del mercato dei contratti pubblici comporta che sia utile un marcato contributo giurisprudenziale, alla ricerca di una maggiore chiarezza e stabilità delle regole del settore.

È tuttavia scorretto derivare dalle esigenze e previsioni specifiche per il settore dei contratti pubblici dispositivi di mutazione genetica del processo amministrativo, perché, semmai, se il contenzioso appalti perdesse, anzitutto sul piano sostanziale, i connotati propri del processo amministrativo in senso tradizionale, e cioè la presenza di interessi legittimi e la necessità di una loro tutela al cospetto del potere pubblico, dovrebbe essere tale tipo di lite ad uscire dalla giustizia amministrativa, piuttosto che mutarla in toto.

Tirando le somme di quanto sinora esposto, seguendo l’impostazione di Riccardo Villata, si deve precisare, allora, che la conformazione del giudizio amministrativo come giudice dell’economia non è un *prius*, ma un *posterius* rispetto a ciò che accade al diritto sostanziale. In altri termini, non è una conseguenza di scelte del diritto processuale, di teoriche del processo, ma è un accadimento di fatto, oggetto dell’analisi giuridica che descrive i fenomeni della realtà materiale.

A ben vedere, nel contenzioso economico non sono, in generale, le sentenze del giudice amministrativo a conformare i mercati; sono, in particolare, le pronunce di annullamento a dispiegare effetti di carattere para-regolamentare, ma in negativo, cioè richiedendo un nuovo intervento del titolare della funzione, e mai sostituendosi ad esso.

Questa sottolineatura guida verso un argomento finale, che consiste

⁶⁹ F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2019*, cit., p. 142, allargando dunque l’effetto conformativo esterno della sentenza, che ne espande la funzione extraprocessuale.

nella perdurante o meno attualità della giustizia amministrativa e del legame tra sistema processuale attuale e tradizionale.

A tale riguardo, Riccardo Villata affronta con puntualità le obiezioni di chi vorrebbe ritenere non più utile la giurisdizione amministrativa, in un “dialogo costruttivo”, ingaggiato con Andrea Proto Pisani⁷⁰.

Il confronto ruota attorno al significato degli artt. 103 e 113 Cost., che, secondo il processualcivilista, non riserverebbero al giudice amministrativo nemmeno le controversie con la pubblica amministrazione in materia di interessi legittimi ma consentirebbero di attribuire blocchi di materie al giudice civile. Dunque, una legge ordinaria potrebbe ben affidare al giudice ordinario la giurisdizione per decidere le controversie che coinvolgono l'esercizio di potere pubblico, attribuendogli necessariamente anche il potere di annullare i provvedimenti amministrativi illegittimi.

Un tale modo di inquadrare le cose è ritenuto secondo Villata dissonante rispetto al dato testuale delle norme costituzionali, così come colto dal Giudice delle leggi nella sua “impoliticità” – come l'ha definita lo Studioso⁷¹ – e senza dunque esprimere alcuna preferenza per questo o quel plesso di giurisdizione. La tesi di Proto Pisani si palesa, secondo Villata, contraria all'intenzione dei costituenti, oltre che in contrasto con la pressoché unanime dottrina⁷² e perfino con il diritto vivente, dato che la Corte costituzionale, a partire dalla nota sentenza n. 204/2004⁷³ e da ultimo con la sentenza n. 6/2018, ha ribadito che il giudice amministrativo è il giudice naturale delle controversie relative agli interessi legittimi nelle controversie con la pubblica autorità.

⁷⁰ R. VILLATA, *Appunti per un dialogo costruttivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, pp. 221 ss. Più in generale, sulle tesi del Maestro in argomento, ID., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit.

⁷¹ In R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit., p. 3.

⁷² Significativo il richiamo adesivo, negli scritti di Villata, L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 222 ss.; P. DE LISE, *I nuovi confini della giurisdizione esclusiva*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, cit., pp. 95 ss.

⁷³ Sulla quale Villata non ha mancato di esprimersi in diverse occasioni, inclusa la sua raccolta degli scritti di giustizia amministrativa, R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit., pp. 1 ss.

La critica dello Studioso non avrebbe mai potuto assestarsi su affermazioni generali e, infatti, si articola in appunti specifici di non condivisione: ricorda Riccardo Villata che la norma sulla giurisdizione, ossia l'art. 103 Cost., deve essere tenuta distinta da quella sui poteri del giudice e che dunque il discorso non può essere svolto correttamente deducendo dal combinato disposto degli artt. 103 e 113 un principio contrario a quello invece scritto testualmente nella prima delle norme appena menzionate. È inequivocabile, di fatti, e non fraintendibile, quanto previsto al comma 1 dell'art. 103 Cost.: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolare materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

Così, secondo Villata, è il quadro costituzionale ad indicare la funzione del giudice amministrativo, ancorandola al contenzioso contro l'amministrazione: «il rigoroso rispetto del testo della Costituzione rappresenta una garanzia preziosa la cui messa in discussione è operazione non scevra di pericoli; senza dire che – purtroppo – la c.d. interpretazione evolutiva è non di rado semplicemente la comoda scorciatoia per disattendere il contenuto precettivo di disposizioni normative, tanto più critica laddove siffatte disposizioni siano di rango costituzionale, esplicite nel ricondurre le giurisdizioni alla natura delle situazioni soggettive tutelate»⁷⁴.

L'art. 113, invece, norma sui poteri del giudice, si riferisce alla possibilità che contro gli atti dell'amministrazione sia ammessa tutela giurisdizionale davanti al giudice ordinario e amministrativo e che sia la legge a determinare quali organi possano incidere sugli atti pubblici, eliminandoli dal mondo del diritto. Perciò, la norma citata per seconda non concerne l'ambito della giurisdizione, ma le modalità del suo esercizio.

La ricostruzione di Villata mette in evidenza, poi, che se la motivazione per una riforma del processo che attribuisca anche al giudice ordinario il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione fosse motivata sul presupposto di una maggiore garanzia di indipendenza ed imparzialità di questo giudice, si asseconderebbe una prospettiva un poco fuori luogo, dato che certamente il giudice amministrativo, come dimostra la

⁷⁴ R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, cit., p. 12.

sua storia e come si può facilmente apprezzare nella lettura delle sue decisioni e nella pratica dei suoi tribunali, non è certo mai stato il giudice al servizio del potere esecutivo che immagina Andrea Proto Pisani. Di contro, non vi sono argomenti che provino una maggiore imparzialità del giudice ordinario.

Nella tesi di Villata si individua, dunque, una funzione precisa per la giurisdizione amministrativa, che consiste nell'attuazione della Costituzione e nel garantire la tutela nei confronti della pubblica amministrazione ai titolari di interessi legittimi e diritti soggettivi. Nel collegamento tra giurisdizione amministrativa e potere autoritativo si ravvisa la ragione profonda di un giudice diverso da quello ordinario⁷⁵.

In quest'ottica, Villata ha occasione di tornare a sottolineare che anche il riconoscimento in Costituzione dell'interesse legittimo ha un preciso e intenso significato, interloquendo così con gli scritti dell'amico e stimato collega Nino Paolantonio⁷⁶. Dialogando con Paolantonio, Villata conferma l'impianto tradizionale del sistema di giustizia amministrativa «fondato sull'esistenza dell'interesse legittimo quale situazione soggettiva per la cui tutela venne introdotto un giudice diverso da quello ordinario»⁷⁷, al punto che ove non vi sia l'interesse legittimo – situazione soggettiva pre-esistente alla istituzione della giurisdizione amministrativa e tracciata nei lavori preparatori sulla legge abolitiva del contenzioso amministrativo – non è dato attribuire la controversia al giudice amministrativo.

⁷⁵ Con Villata anche F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *www.giustamm.it*; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Serv. pubbl. e appl.*, 2004, pp. 799 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.l. 31 marzo 1998, n. 80 dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 2004*, in *Foro it.*, 2004, 1, pp. 2598 ss.

⁷⁶ Paolantonio approda ad un risultato simile a quello cui giunge Villata, ritenendo ancora attuale la figura dell'interesse legittimo, che però propone di intendere non come autonoma figura sostanziale, ma come «relazionato al potere (o diritto) di azione, ed in quanto tale giuridicamente protetto», distaccandosi dunque dalle teorie di Villata là dove viene messa in ombra la natura sostanziale dell'interesse legittimo, cfr. N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1, p. 21.

⁷⁷ R. VILLATA, *Appunti per un dialogo costruttivo*, cit., p. 224.

Nel difendere la razionalità giuridica della presenza della giustizia amministrativa, l'Autore si confronta apertamente, per l'ennesima volta e come se questa fosse la sua più importante missione come Studioso del processo, con chi vorrebbe «recitare il *de profundis* a proposito dell'interesse legittimo»⁷⁸, rilevando che l'interesse legittimo, lungi dall'essere una curiosità tutta italiana, è una figura che identifica delle situazioni soggettive certamente e ovunque peculiari, nei sistemi di *civil law* come in quelli di *common law*; ed allora il tutto «si riduce ad un problema di vocabolario: chiamiamo pure diritto soggettivo le situazioni protette dall'ordinamento secondo la specifica tecnica richiesta dalla presenza di un potere autoritativo in ordine al bene della vita; ma non si utilizzi poi tale, di per sé innocua, scelta per concludere che la situazione soggettiva (...) è un diritto di credito»⁷⁹.

Non a caso, la presenza, se non di un giudice speciale, quantomeno di un rito speciale per il rapporto tra cittadino e potere pubblico, è una costante nei Paesi europei ed è la conseguenza di regole speciali che riguardano la menzionata relazione⁸⁰. Se, per ipotesi, non vi fossero regole differenziate per enti pubblici e privati non vi sarebbe ragione alcuna per identificare giudici speciali o riti speciali: la diversità tra diritto pubblico e diritto privato, e tra soggetti pubblici e soggetti privati è infatti la giustificazione anche della presenza di regole processuali che identificano un'area "diversa".

Ricostruire le coordinate del pensiero di Riccardo Villata, ci permette di guardare alla funzione del giudice amministrativo con la consapevolezza di come alcune ricostruzioni della recente dottrina siano facilmente criticabili recuperando i parametri normativi, anzitutto costituzionali, che definiscono le situazioni soggettive invocabili nei confronti dell'amministrazione e il riparto di giurisdizione.

Abbiamo appurato che il giudice amministrativo è il giudice del po-

⁷⁸ R. VILLATA, *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo*, cit., pp. 115 ss., spec. p. 117.

⁷⁹ R. VILLATA, *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo*, cit., p. 118.

⁸⁰ D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 2 ss.

tere pubblico, che ne giustifica la presenza e ne condiziona i caratteri del sindacato; che la magistratura amministrativa è l'unica magistratura capace di annullare gli atti esercizio di autorità; che il giudizio amministrativo è ancora il luogo deputato alla verifica del rispetto dei limiti dell'azione dei soggetti pubblici ed è volto a fornire tutela per lo scorretto uso del potere pubblico, a partire dall'azione di annullamento, azione interamente soddisfattiva per l'interesse legittimo, stante il suo contenuto per come deriva dal diritto sostanziale, dove vengono delineati i connotati del rapporto tra potere amministrativo e situazioni soggettive private.

5. *Il metodo del positivista temperato.*

Il positivista temperato non scrive mai prima di leggere, si dedica ad un'analisi dettagliata degli aspetti noti e meno noti, forma il suo pensiero dopo averlo confrontato con chi ha già elaborato il suo, non trascura di sottoporre le proprie considerazioni a prove di resistenza, ha cura di affrontare obiezioni e non generalizza mai.

Interessante la ricostruzione che lo Studioso offre dell'approccio di Amorth alla giustizia⁸¹, perché è da esso che si ricava il metodo di studio a cui Villata dichiara di aderire auspicando che possa divenire il metodo di ogni cultore delle scienze giuridiche. Il metodo tradizionale, in cui l'avvio di ogni ragionamento giuridico si trova nel diritto positivo, come punto di partenza dell'analisi, guida i lavori di Villata, in assoluta continuità, di impostazione e risultati, con il piglio del suo Maestro.

L'attenzione al diritto positivo, si badi, comporta una precisa attività ermeneutica, che porta a cogliere dalle norme tutto ciò che esse consentono, in coerenza con il sistema entro al quale si collocano.

La punta di ironia nel qualificarsi "positivista" sì, ma "temperato", è la conseguenza di una progressiva disaffezione per il dato normativo, che pecca di incoerenze e irragionevolezza che lo Studioso non può certo non cogliere, nella sua impostazione analitica e sistematica assieme.

⁸¹ R. VILLATA, *Antonio Amorth e la giustizia amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2021, 1, pp. 101 ss.

E così, è costretto a temperare il suo desiderio di farsi guidare solo dal diritto positivo, che talvolta osa criticare, come osa criticare pure alcuni orientamenti disarmanti della giurisprudenza amministrativa, che pare aver perso, essa stessa, la fedeltà al modello costituzionale e organizzativo che ne legittima l'azione e ne dovrebbe conservare l'attualità.

Per questo non sottace di condividere la sensazione dell'amico⁸², Giovanni Verde, confessando di sentirsi alieno «in presenza dell'impetuoso procedere di un approccio che esalta il prevalere dei valori e dei principi sulle norme, con il conseguente abbandono della fattispecie e del sillogismo, nonché l'invenzione del diritto ad opera dei giudici»⁸³.

Tutti gli scritti di Riccardo Villata hanno un'altra peculiarità metodologica: essi non mancano mai di confrontarsi con la giurisprudenza, che viene scandagliata nei dettagli, per coglierne, non senza taglio critico, orientamenti maggioritari e voci fuori dal coro.

Allo stesso modo, l'accuratezza nell'esaminare le opinioni altrui è la conseguenza della continua ricerca della completezza: «se non si sarà d'accordo con quanto sosterrete, almeno non vi si potrà accusare di incompletezza», dice spesso il Mastro ai suoi allievi. Completezza che nessuno dei suoi allievi avrà mai quanto il Maestro, la cui indefessa attività di studio e di ricerca ci sprona a migliorare, in una professione che, come Riccardo Villata non si stanca di ripetere, è dura e richiede costante dedizione e sacrificio; chi non abbia tempo o modo di dedicarsi con continuità di letture, analisi e scritture, senza paura di consumarsi, potrà bene dedicarsi ad altro.

⁸²Che nel suo discorso sulla funzione della giurisdizione amministrativa e sull'attualità dell'interesse legittimo, si riferisce a G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012; ID., *È ancora in vita l'art. 103, comma 1, Cost.?*, in *Foro it.*, 2008, 1, p. 435.

⁸³R. VILLATA, *Appunti per un dialogo costruttivo*, cit., p. 227.

Finito di stampare nel mese di novembre 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, *«Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.

21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.
28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninnati, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.

46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.
58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.

67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.
86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.

88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. AA.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.

