

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973  
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 2/2016

**Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli

*Direttore responsabile*

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

**Comitato scientifico**

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

**Redazione**

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

## SOMMARIO 2/2016

### **saggi**

- Riccardo Chieppa, *“Prassi” interpretative di norme nel diritto pubblico (con riguardo alle “prassi” nei rapporti relativi a soggetti od oggetti costituzionalmente rilevanti e alle nomine)* 163
- Guido Greco, *Giudizio sull’atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema* 203
- Chiara Cacciavillani, *La cosa giudicata* 255
- Sebastiano Licciardello, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo* 279

### **osservatorio**

- Fabio Giglioni, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà* 305

### **attualità**

- Giacomo Biasutti, *Nuove procedure obblative nel Codice dell’Ambiente: tra amministrazione attiva ed accertamento giudiziale* 337

### **recensioni**

- Paolo Veronesi, R. Perrone, *Buon costume e valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana, Napoli 2015* 361
- Elisabetta Frontoni, E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale, Milano 2016* 369



Riccardo Chieppa

“PRASSI” INTERPRETATIVE  
DI NORME NEL DIRITTO PUBBLICO  
(CON RIGUARDO ALLE “PRASSI” NEI RAPPORTI RELATIVI A SOGGETTI  
OD OGGETTI COSTITUZIONALMENTE RILEVANTI E ALLE NOMINE)

SOMMARIO: 1. Prassi, convenzioni e consuetudini, distinzioni e precisazioni preliminari e limiti dell'indagine, esclusioni. – 2. Varie tipologie di prassi. – 3. Valore interpretativo delle prassi nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. Prassi mediante atti amministrativi generali: direttive circolari. – 5. Comportamenti reiteratamente conformi e consuetudine. – 6. Prassi con interpretazione costituzionalmente orientata (o adeguatrice). – 7. Particolari aspetti nell'esercizio di poteri di nomina a cariche pubbliche, tra prassi costituzionalmente rilevanti e vincoli e garanzie poste da leggi e da principi costituzionali; eventuali scostamenti.

1. *Prassi, convenzioni e consuetudini, distinzioni e precisazioni preliminari e limiti dell'indagine, esclusioni*

Preliminarmente è opportuno precisare che l'indagine riguarda esclusivamente le prassi interpretative – attuative di norme di diritto pubblico, cioè di atti e comportamenti di pubblica autorità, nelle proprie funzioni autoritative – compresi quelli di c.d. di alta amministrazione e/o politici in senso tecnico (come tali ampiamente discrezionali, ferma tuttavia la sindacabilità in base a vincoli posti da norme di legge<sup>1</sup>) – quando

<sup>1</sup> V. Corte cost. sent. n. 81/2012, in *Giur. cost.*, 2012, 1148, con osservazioni di R. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzioni rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti alla discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*, ivi, 1159, e di F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, ivi, 1163 e in *Rivista AIC*; M.G. RODOMONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *Riv. Federalismi*, 2012 e *Consulta on line*; R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum Quaderni cost. e Consulta on line*; F. BLANDO, *«Atto politico» e «Stato di diritto» nella sentenza n. 81 del 2012 della Corte costituzionale*,

questi atti e comportamenti coinvolgano rapporti relativi a soggetti ed oggetti costituzionalmente rilevanti.

I profili esaminati riguardano, di conseguenza, le prassi dei predetti organi *attuativi-interpretative di norme* – in quanto l'attività è soggetta a specifica regolazione normativa – principalmente poste a tutela della correttezza dell'esercizio delle funzioni o con oggetti e finalità di garanzia costituzionalmente rilevanti.

Di qui un primo chiarimento, che una eventuale prassi non conforme o in contrasto rispetto alle norme regolanti l'attività, in via di principio, non può far venire meno l'illegittimità o la non conformità alla legge dell'atto o del comportamento – e, a maggior ragione, se il contrasto è con disposizioni della Costituzione e dei relativi principi<sup>2</sup> –: anzi una suddetta prassi è suscettibile solo di creare responsabilità, nei diversi possibili titoli (civili, amministrativi, contabili e penali), a carico del soggetto, che la pone in essere.

Tutto ciò non esclude che, in taluni casi particolari, si possa ingenerare un affidamento a favore di chi ha confidato nella prassi, fino a quel momento seguita, con la conseguenza di poter invocare, volta per volta e a seconda delle condizioni soggettive che legittimino l'affidamento stesso, l'errore scusabile<sup>3</sup>, a salvaguardia da decadenze o da riflessi negativi e preclusioni, specie di ordine procedurale.

In realtà, nel campo del diritto l'impiego del termine *prassi*, talora in modo volutamente ambiguo, viene contestato o non condiviso, specie nel suo generico utilizzo<sup>4</sup>; tuttavia il termine prassi può avere nel campo

ivi; M. BELLETTI, "Torniamo allo Statuto" ... Regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie, ivi.

<sup>2</sup> Esclude in via tassativa che un puntuale "significato di precetto costituzionale" possa "essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera *prassi interpretativa*, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa" (fattispecie relativa all'art. 29 Cost. e a questione delle unioni omosessuali, Corte cost. sent. n. 138 del 2010).

<sup>3</sup> V. par. 3 e nota 15.

<sup>4</sup> Particolare rilievo è stato dato (G.U. RESCIGNO, *Consuetudine costituzionale*, in *Diritto on line*, 2015, [www.treccani.it/enciclopedia/consuetudine-costituzionale](http://www.treccani.it/enciclopedia/consuetudine-costituzionale) (*Diritto*), all'uso della espressione *prassi* nel linguaggio degli operatori giuridici, come parola molto comoda che viene usata quando l'operatore vuole dire che una "regolarità" è rinvenibile entro l'attività di strutture organizzative di diritto pubblico, senza impegnarsi a chiarire la natura di tale regolarità; sempre secondo G.U. RESCIGNO, a dette regolarità può essere data una diversa valenza giuridica, come irrilevanza, quale manifestazione di libertà o di totale discrezionalità fino alla creazione di vera e propria norma giuridica, con gradi in-

pubblicistico un *significato minimo* ed è quello di un comportamento re-

termi dipendenti dal contesto, in cui si colloca la “regolarità”; in modo molto efficace viene indicata l’ipotesi nel campo del diritto amministrativo in cui l’autorità emetta un atto amministrativo, che non segue una prassi degli stessi casi precedentemente trattati con eguale tipo di atto, con conseguente possibilità di verifica di esistenza di vizio di eccesso di potere.

Tuttavia l’anzidetto fatto “prassi” e la relativa difformità, raffrontando gli atti attuativi della stessa norma, in questo caso, assumono, secondo giurisprudenza costante, rilevanza giuridica, potendo costituire sintomo di specifico vizio di legittimità nel campo dell’attività discrezionale. in mancanza di adeguate giustificazioni (motivazione) del diverso comportamento (per mutamenti di disciplina, delle situazioni di fatto o di interesse pubblico sopravvenuto ecc.).

A conferma della variegata estensione del termine *prassi*, del resto tutt’altro che infrequente nel linguaggio giurisprudenziale, v. A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino 2010, 367, che adopera l’espressione *c.d. convenzioni (o prassi)*, come *non fonti* del diritto, quale comportamento “convenzionale”, citando la prassi costituzionale delle consultazioni con le forze politiche presenti in Parlamento, da esperirsi prima dell’assegnazione dell’incarico di formare il Governo; la prassi di nominare, all’interno della compagine governativa, uno i più Vicepresidenti del Consiglio o Ministri senza portafoglio (ora si possono aggiungere i Viceministri): la prassi del Governo di porre la questione di fiducia alla approvazione assembleare di un progetto di legge presentato dal Governo stesso; ovvero *comportamenti, qualificati dalla dottrina come convenzionali*, che non si prestano a generare corrispondenti consuetudini, perché eventi irripetibili o squisitamente politici, indicando ad es., il c.d. Patto di Salerno del 1944, per una tregua istituzionale tra Corona e i sei partiti antifascisti; gli impedimenti temporanei del Capo dello Stato con particolari applicazioni in riferimento al Presidente Gronchi (1956), Segni (1964), Saragat (1967); la *c.d. convenzione ad escludendum* per una esclusione del Partito comunista da coalizioni di governo; viene sottolineato che, nella realtà concreta, è opinabile stabilire la esatta qualificazione. Per le *convenzioni c consuetudini v. infra*, nota 5.

V. anche M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2007; L. PALADIN, *Le Fonti del diritto*, Bologna 1996, 386, che, sia pure a proposito del significato dell’*usus*” nei processi di formazione della consuetudine, accenna che “la ripetizione del comportamento, costante o meno che sia, non va riferita alle condotte storicamente poste in essere da ognuno di coloro che concorrono a formare la consuetudine. Quelli che contano sono i modelli di comportamento *che qualificano la prassi*”. Di qui si può argomentare che con il porre in essere *modelli di attuazione*, si può porre in essere una *semplice prassi*, che pure può avere rilevanza giuridica indipendentemente dal formarsi di una consuetudine costituzionale; A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna 2008; A. BARBERA, *Presentazione delle finalità e dei risultati della ricerca*, secondo cui l’espressione *prassi* nel campo del diritto costituzionale comporta profili assai complessi, per l’influenza originariamente del diritto parlamentare (caratterizzato da un *mix* di precedenti e di regole ispirate al principio del *nemine contra-dicente* e quindi con vasta elasticità, e successivamente della Corte costituzionale, che avrebbe stroncato prassi fino a quel momento consolidate, in altri casi le ha reinterpretate, in altri ancora ha individuato “vere e proprie consuetudini costituzionali”, facendo assumere alla prassi le sembianze di una manifestazione di regole già consolidate (ad es., la figura dei ministri senza portafoglio), sia del dispiegamento di un in semplice

golare di organo o ufficio pubblico con atti di rilevanza giuridica, con valore di reale esperienza e, nella maggiore parte dei casi, di precedente (come esperienza fattuale di interpretazione e insieme di attuazione, che ha alcune conseguenze giuridiche).

Il richiamo a prassi è utilizzato in centinaia di testi normativi, nel diritto e direttive dell'Unione europea, nella giurisprudenza, compresa quella della Corte costituzionale, nella dottrina, anche se in modo non uniforme, a seconda dell'attività cui si riferisce.

Tuttavia, ai fini della presente ricerca, nei limiti sopra indicati, la distinzione tra prassi, rispetto ad altre forme di ripetizione di comportamenti nel tempo, può porsi, in termini sintetici ed empirici – anche se con confini in parte labili e non generalmente accettati – nella circostanza che consuetudini e convenzioni costituzionali operano sul piano della produzione di diritto e, in più, le convenzioni stesse, nella maggior parte dei casi, agiscono producendo regole integrative di norme costituzionali esistenti, per colmare gli spazi liberi, sulla base di un accordo tra *più* organi di livello costituzionale, con effetti fino a che non mutino i presupposti di fatto che le hanno determinate<sup>5</sup>.

galateo istituzionale (ad es., la rotazione fra Camera e Senato per il conferimento della fiducia iniziale), sia dell'esplicitazione di ripetute violazioni di regole costituzionali (ad es., i rapporti sindacali instauratisi al di fuori della previsione dell'art. 39 Cost.), pur non utilizzandola alla stregua di un parametro di legittimità costituzionale, nella sua giurisprudenza ha più volte fatto richiamo alla prassi (E.C. RAFFIOTTA e M. TIMIANI, *Cronache dal Convegno, La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Facoltà di Giurisprudenza, 14-15 giugno 2007).

Sul punto specifico del richiamo a prassi nella terminologia della Corte cost. v. *infra*, par. 2 e 5 (e in nota 24).

Per le prassi del Presidente della Repubblica v. M. TEBALDI, *Poteri e prassi del Presidente della Repubblica nel sistema politico italiano. Interpretazioni dell'esperienza maggioritaria, Diritto e questioni pubbliche*, Palermo 2012, 416, con indicazioni di una serie di prassi, con varie tipologie.

V. anche su una certa differenziazione, nel campo del diritto costituzionale, dalla consuetudine, della così detta consuetudine *interpretativa* ed anzi “in realtà forma impropria della consuetudine come fonte del diritto”, e sui precedenti come interpretazione di un principio, A. FERRACCIU, *La Consuetudine costituzionale, III, Aspetti diversi – efficacia e sanzioni*, Torino 1921, 8 ss., disponibile anche in *Fonti storiche di diritto costituzionale in rete*, [www.robertobin.it/Fonti\\_storiche.htm](http://www.robertobin.it/Fonti_storiche.htm).

<sup>5</sup> V. A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino 2014, 54 s., su consuetudine, convenzione e prassi, su *prassi* nella formazione del governo, 34 ss.; v. pure P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it), par. 2 e 4, 2014, e in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale, Atti del XXIX Convegno annuale AIC, Catanzaro 16-18 ottobre 2014*, Napoli 2015,

Invece le *prassi* operano, prevalentemente, sul differente piano della

75, in particolare, sul significato di prassi, 49 ss., come attinente fondamentalmente alle modalità di esercizio dei pubblici poteri, 52; M. MIDIRI, *Prassi e consuetudine nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2007, 583, con ampia casistica e in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione*, in *Scritti per Giovanni Grottanelli De' Santi*, Milano 2007, 469 e in particolare 474 ss., 478 per la casistica e 480 su prassi aberrante e prassi attuativa; *La Corte costituzionale e la prassi*, *Diritto pubblico*, 1999, 239; A. SAITTA, *Prassi, consuetudini costituzionali e gli organi di governo nella realtà costituzionale un dibattito tra costituzionalisti*, in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, *Atti del XXIX Convegno AIC*, cit. 219, e in *Riv. AIC*, n. 4, 2014, 7 novembre 2014; M. D'AMICO, *Prassi e consuetudini nella giurisprudenza costituzionale*, in *Prassi*, cit., 235; R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Prassi*, cit., 21 ss. (la sez. II, *I fatti, le norme e la responsabilità dell'interprete*, che qui interessa, è pubblicata in un prima versione in *Scritti in onore di G. Zagrebelsky*, e, in versione definitiva, in [www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/.../bin1.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/.../bin1.pdf)), di particolare interesse sono le puntuali affermazioni (par. 9): “prassi e comportamenti consolidati” possono essere assunti come “concretizzazioni” di un determinato principio, come tali non indifferenti al tessuto prescrittivo: non perché assumano lo *status* di fonte consuetudinaria, ma perché si pongono come un’interpretazione-applicazione del principio costituzionale («a practice-based “gloss”»); in quanto tale, benché non sia obbligatorio rispettarla e preservarla, non può neppure essere ignorata se ciò rischia di “sbilanciare” il sistema... Allora a che serve parlare ancora di consuetudini costituzionali? Resto fermamente convinto che si tratti di un artificio retorico con cui l’interprete cerca di “oggettivizzare” il frutto del proprio lavoro”. “La costituzione vivente – la Costituzione interpretata tenendo «nella giusta considerazione» i fatti – è uno strumento indispensabile alla conoscenza del diritto costituzionale e anche all’interpretazione della stessa carta nel contesto della sua applicazione attuale. Purché poi non si trasferisca ciò che accade nella realtà sul piano del dover essere, trasformandolo in ciò che deve accadere.”. V. anche R. BIN, *La Costituzione fra testo e applicazione*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli 2012, 109, sulla regola del caso e sul diritto come applicazione.

Tra i casi di *consuetudini costituzionali* sono stati indicati: le modalità, di esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica e del presidente del Consiglio in ordine alla formazione del governo (A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, cit.); la esclusione dall’elettorato attivo, per le elezioni del giudice costituzionale da parte del Consiglio di Stato, dei magistrati, Pres. e consiglieri di Stato in posizione fuori ruolo, su base di consuetudine costituzionale, con richiamo al Cons. Stato 14 novembre 2002, n. 7279 Cons. st., 2003, 2533, confermativa di Tar Lazio n. 6285 del 2002, in *Foro amm. Tar*, 2002, 3569 (C. VOLPE, *Fuori ruolo, elettorato attivo e Corte costituzionale: il Consiglio di Stato individua una consuetudine «di rilievo costituzionale»*, in *Foro amm. C.d.S.* 2004, 414 ss.); tuttavia, va osservato che l’esclusione discende da una interpretazione di sistema delle relative disposizioni su elettorato attivo e passivo. V. anche, per un esame dettagliato delle consuetudini costituzionali; M. PIAZZA, *Consuetudine e diritto costituzionale scritto. Dalla teoria generale all’ordinamento italiano*, Roma 2009, 223 ss.

Tra le ipotesi di *convenzioni costituzionali*, secondo T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 2011, 45, possono essere indicate: il procedimento di nomina del Governo da parte del Pres. della Rep., almeno in un primo tempo; l’attuazione dell’art. 86 Cost. in caso di impedimento temporaneo del Pres. della Rep., o meglio come precedente quale convenzione *in fieri*. V. anche, *retro*, in nota 5, A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit.

mera interpretazione ed attuazione<sup>6</sup> di norme già esistenti, attraverso un comportamento, ripetuto mediante emissione di atti puntuali, nella maggior parte dei casi, inseriti in un procedimento finalizzato ad una determinazione consultiva o provvedimento; possono anche completare una norma nella pratica attuazione.

La prassi, attraverso la osservazione dell'atto, che viene posto in essere o prodotto in modo ripetuto o regolare, realizza e, attraverso la esperienza del precedente, fa emergere una *concreta e regolare* modalità di attuazione.

Da rilevare che nessuna rilevanza può essere data ad una prassi, quando sia, in qualsiasi modo, contestata o rifiutata di concreta esecuzione, così come in ogni caso di ripetizione di comportamento, ed anzi questa contestazione viene a bloccare alla radice il sorgere della stessa prassi<sup>7</sup>.

Non può escludersi che una prassi possa trasformarsi ed assumere il valore di consuetudine costituzionale, quando la regolarità del comportamento si stabilizzi, assumendo anche le caratteristiche proprie di carattere soggettivo e di vera e piena doverosità giuridica.

In altri termini consuetudini e convenzioni costituzionali possono riempire un vuoto o completare regole costituzionali (mai contro Costi-

<sup>6</sup> Sul rapporto tra momento interpretativo e attuativo e sull'applicazione come interpretazione v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, 312, 318; sull'interpretazione ufficiale comprendente tutte le attività svolte da soggetti o organi della p.a., come attività di applicazione e quindi di interpretazione, *ivi*, 258.

La *prassi ad opera della amministrazione* può caratterizzarsi in un prevalente *fare* e così *dire*, in modo da risultare come esperienza suscettibile di essere seguita ("punto di riferimento per gli organi pubblici e tutti gli interpreti", *ivi*, 266), in modo da distinguerla da altre forme di "*interpretazione ufficiale*", espressione adoperata da F. MODUGNO, *ivi*, 256 ss. V., anche G. VERDE, *Quali materiali giuridici dobbiamo utilizzare per lo studio della forma di governo?*, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo 2012, in particolare par. 5, *Il posto della prassi*, 478, con una ipostazione della *prassi* sul piano della attuazione costituzionale, come interpretazione della Costituzione e perfettamente assimilabile ad una delle tesi dottrinali, quale prassi-interpretazione.

<sup>7</sup> V. ad esempio il caso, nel 2002 (sul punto relativo alla nomina del Pres. della Corte dei conti. *Cronaca del Consiglio di Stato*, a cura di R. CHIEPPA e M. BRANCA, in *Giur. cost.*, 2016, fasc. 1), di scostamento da prassi relativa al parere-proposta per la nomina di magistrato al vertice della Corte dei conti, con esplicita contestazione della innovativa procedura da parte del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti, chiamato ad esprimere parere ai sensi della legge; la validità della contestazione fu del resto confermata da successivo ritorno, in occasione della nomina seguente, alla procedura (del tutto simile) per la nomina del Pres. del Cons. di Stato, costituente prassi preesistente, rispondente del resto ad una interpretazione adeguatrice a Costituzione.

tuzione, salvo i casi di crisi o rottura degli ordinamenti), agendo sul piano normativo, creando norme; inoltre le consuetudini costituzionali possono costituire “stabili principi generali dell’ordinamento”<sup>8</sup>.

Le prassi danno luogo a precedenti interpretativi<sup>9</sup>, con un comportamento, in genere ripetuto, di carattere attuativo e produttivo sempre di

<sup>8</sup> Sull’ulteriore valore delle consuetudini costituzionali “costitutivo degli stabili principi dell’ordinamento” v. C. ESPOSITO, *La Consuetudine costituzionale*, in *Scritti in onore di Emilio Betti*, Milano 1962, 1, par. 9, e in *Diritto costituzionale vivente, Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. NOCILLA, 333; *Consuetudine (dir. Cost.)*, *Enc. dir.*, Milano 1961, 473; sulla consuetudine nella crisi degli ordinamenti, *ivi*, 463. V. anche G. TREVES, *Convenzioni costituzionali*, in *Enc. Dir.*, Milano 1962; G. ZAGREBELSKY, *Convezioni costituzionali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1988.

<sup>9</sup> La prassi, come precedente interpretativo, costituisce elemento da utilizzare in sede di interpretazione di disposizioni poco chiare o ambigue o suscettibili di pluralità di interpretazioni, specie quando la *prassi* risulti conforme ad una interpretazione costituzionalmente orientata, ed altre interpretazioni, pur astrattamente ipotizzabili, suscitino dubbi sulla conformità a Costituzione della disposizione così interpretata: in tal caso la prassi costituisce conferma della possibilità di interpretazione conforme a Costituzione e conseguente obbligo di preferirla per qualsiasi soggetto che debba applicare la norma stessa.

Da rilevare che, secondo N. BOBBIO, *Consuetudine (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1961, IX, 428, il “*precedente*”, per quanto riguarda “gli organi legislativi supremi come il Parlamento” può derivare anche da un solo atto innovativo per dare vita ad una norma costituzionale non scritta, diversa da consuetudine costituzionale, mancando la ripetizione; di qui l’utilizzo del termine “*precedente*” dovrebbe essere il più corretto; lo stesso BOBBIO, *ivi*, 432, accenna, che l’espressione *prassi*, viene da taluni adoperata per definire l’*uso giuridico* (in campo privatistico), come prassi relativa a fatti di rilevanza giuridica, richiamando M. LONGO, *Introduzione allo studio degli usi giuridici in campo privatistico*, *Temi*, 1949, 526. Quanto al valore del “*precedente*” C. ESPOSITO, *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, cit., 458, esclude che al ripetersi dei precedenti possa essere attribuita, nello svolgimento di attività costituzionale libera, natura e forza di consuetudine vincolante; nello stesso tempo, di fronte a lacune costituzionali, “le susseguentisi identiche decisioni dei casi identici possono perdere ed in genere perdono i caratteri della puntualità e della singolarità e da semplici precedenti acquisiscono, spesso, conforme alle implicite intenzioni di chi le abbia poste in essere, ... carattere di generale eliminazione della lacuna o di consuetudinaria integrazione dell’ordinamento avente validità e normatività fino all’abrogazione in via di legge o di desuetudine”, *ivi*, 471.

Sul valore del precedente nel campo del diritto costituzionale, ed anche di uno solo, v. G.U. RESCIGNO, *Consuetudine costituzionale*, cit., punto 4, in fine, e 5.

V. anche, sul piano meramente storico nel diritto romano, ma utile per la generale rilevanza della condotta comportamentale e del fatto in campo costituzionale, il ruolo costitutivo degli *exempla* (precedenti) come condotta tipica, con funzione eminentemente costitutiva, nel senso che assurge a parametro di costituzionalità, nella duplice veste di elemento generatore di sistema e di criterio di valutazione all’interno del sistema: valutazione della ritualità di soluzioni e decisioni (conformità a modelli di azioni tipicizzate) P. CERAMI, *Prassi e convenzioni costituzionali nel sistema della Libera Res Publica Romana*, *Annali* 2002, par.3 e 4, e in [www.unipa.it/~dipstdir/pub/cerami/annaliXLVII.htm](http://www.unipa.it/~dipstdir/pub/cerami/annaliXLVII.htm).

atti giuridici, con effetto interno o anche esterno all'organo che le pone in essere.

Tuttavia si creano oneri di adeguata e ragionevole giustificazione (esternazione dei motivi dell'atto), in caso di mutazione o di abbandono o di rovesciamento di *prassi*, tali da essere suscettibili di conseguenze sulla legittimità-logicità-correttezza-imparzialità del potere esercitato mediante un atto difforme, soprattutto se in presenza di vincoli e garanzie poste dalle norme esistenti o da obiettivi o indirizzi desumibili dai principi costituzionali, suscettibili di orientare gli atti e comportamenti, quale sia l'ampiezza della discrezionalità.

La difformità da *prassi*, priva di adeguata giustificazione, può essere assunta come elemento sintomatico di eccesso di potere nei suoi diversi profili logici-giuridici.

Anzi l'esistenza di anzidetti vincoli e garanzie legislative comporta un puntuale confine della stessa discrezionalità (ancorché con profili e aspetti politici e di governo) e la conseguente possibilità di tutela, nelle varie forme ammissibili, secondo la natura dei rapporti e posizioni giuridiche coinvolte (di competenze o di garanzia in base a Costituzione, di diritto soggettivo o di interesse legittimo), anche – è utile ripetere – di fronte ad una causale politica o all'esercizio di un potere politico della attività<sup>10</sup>.

## 2. *Varie tipologie di prassi*

Si parla, in genere, di *prassi* al plurale, poiché possono esistere una serie di tipi di *prassi*<sup>11</sup>, con caratteristiche particolari ed effetti differenti, a seconda dell'ambito e materia in cui si svolgono, nonché dei soggetti da o tra cui promanano, – pur con talune incertezze e contraddizioni sull'ambito di applicazione della terminologia – ma sempre come elemento comune, conforme alla etimologia, di fare dal corrispondente termine greco, azione, procedura fattuale, pratica abituale e costante. Tutte hanno una particolare conseguenza in caso di scostamento e rovesciamenti non giustificati.

<sup>10</sup> V., per alcuni riferimenti, Corte cost. n. 81 del 2912, *Giur. cost.*, 2012, 148, con osservazione di RI. CHIEPPA, *Una inammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzioni rivestita da una opportuna motivazione sugli stretti limiti della discrezionalità politica non soggetta ad alcun sindacato giurisdizionale*: v. retro nota 1, per ampi richiami, e *infra*, par. 7.

Vi è una *prassi amministrativa* che si realizza con comportamento tenuto dall’amministrazione in modo ripetuto e costante nello svolgimento di una attività costituente esercizio di pubblici poteri, generalmente procedurale o di scelta interpretativa nella attuare norme esistenti, suscettibile non di innovare la stessa normativa, ma di consolidare o indirizzare (come esperienza utilizzabile) una regola di metodo interpretativo o di comportamento fattuale.

Con la conseguenza giuridica che il discostamento, nell’ambito di attività discrezionale. in mancanza di dichiarata giustificazione (con consapevolezza e motivazione adeguata), provoca un vizio logico influente sulla legittimità dell’atto disforme, per incoerenza, disparità di trattamento, difetto di motivazione<sup>12</sup>.

Il rilievo dato dalla giurisprudenza amministrativa, individuando il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento in caso di inosservanza (non giustificata) della prassi, è stato visto come contributo a rendere più evidente e più incisivo il processo di adeguamento del diritto al fatto, come forza della natura delle cose: questo è stato ritenuto essenziale alla capacità di iniziativa di uffici, che esprimono funzioni ed attività pubbliche, attraverso valutazioni non solo di possibilità giuridiche di una decisione o di una attività, ma anche di utilità generale, di opportunità, di convenienza ed esigenze pratiche, nonché di doveri imposti e altriamenti difficili da adempiere, così come delineato da F. PIGA<sup>13</sup>.

Del resto il complesso dell’anzidetto vizio costituisce infrazione dei doveri di coerenza, ragionevolezza e logicità, eguaglianza non discriminatoria propri di ogni attività di pubblica amministrazione, che deve svolgersi “in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità<sup>14</sup> dell’amministrazione”, conformemente all’art. 97, secondo comma, Cost.

<sup>11</sup> Un esempio può essere tratto dall’uso del termine *prassi* da parte della Corte costituzionale nelle sue decisioni, non solo nella motivazione in diritto, ma anche in quanto riportano le tesi difensive: v. al riguardo la casistica in par. 3 e in nota 24.

<sup>12</sup> V. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, cit., 266: v. anche G. ABBAMONTE, *Prassi e diritto nella materia amministrativa*, in L. BOVE (a cura di), *Prassi e diritto, valore e ruolo della consuetudine*, Napoli 2008, sulla differenza tra prassi amministrativa e usi, sugli effetti del limite alla tipicità degli atti amministrativi, sul ruolo di colmare le lacune della produzione giuridica da parte degli amministratori, con una rilettura del vizio di eccesso di potere anche sulla prassi.

<sup>13</sup> F. PIGA, *Prassi amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano 1985, XXXIV, 843 ss.

<sup>14</sup> L’imparzialità è espressamente riconosciuta come norma generale della pubblica amministrazione, che non deve tendere a favorire, pur nella cura dell’interesse pubblico, alcun sottoposto nei confronti dell’altro, così C. ESPOSITO, *Eguaglianza e legalità nell’art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova 1954, 42, che precisa, in

In altri termini la *prassi amministrativa* genera una regola deontologica di interpretazione e di un conseguente comportamento nel procedere ad ulteriori atti formali (in fattispecie simili), quale regola per il buon andamento di ogni attività, ed assume rilievo, in ipotesi di scostamento non giustificato, come indice di vizio di legittimità (come sopra delineato) dell'atto provvedimento o consultivo, che se ne discosti ingiustificatamente nel campo di attività amministrativa, anche solo in parte, discrezionale.

Si parla anche di *buona prassi* (o anche migliore pratica o migliore prassi, o di buona pratica, dalla terminologia inglese *best practice*) in modo estensivo, quale modo di procedere abituale; come pratica costante in una data attività: prassi medica, tecnica, lavorativa, di organizzazione, con valenza anche di indice di prudenza e dovere di precauzione ad evitare rischi di colposa inefficienza. Dette buone prassi sono da seguire per una corretta esecuzione dell'attività stessa, immune da responsabilità, e quindi con possibili colpevolezze in caso di mancanze non giustificabili.

*Buona prassi* può assumere anche il significato di risultanza delle esperienze, procedure e azioni più significative, che hanno permesso di ottenere i migliori risultati in relazione a determinate situazioni e procedure ripetibili ed obiettivi da conseguire, evitando problemi o complicazioni o difetti di qualità o di economicità, anche nell'ambito di direzione aziendale.

La *buona prassi*, talora, può avere specifici effetti giuridici particolari, anche sanzionabili in caso di inosservanza, come ad es. quando viene richiamata in disposizioni sulla sicurezza del lavoro e sulle modalità di esecuzione di determinati lavori: queste regole di correttezza di condotta sono suscettibili di continue evoluzioni, con il progresso tecnico o organizzativo delle attività cui si riferiscono, e, anche se individuate in circolari, prescrizioni amministrative o in indicazioni o specificazione di organi pubblici, sono suscettibili di contestazione in caso di controversie giurisdizionali.

Anche la pubblica amministrazione nel procedere in attività di gestioni economiche o produttive deve tener conto delle buone prassi, a se-

detta norma (imparzialità della p.a.) trova condanna la manifesta ingiustizia e non nella proclamazione della eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge. Ed ancora, sempre secondo C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali del cittadino*, ivi, 257, si ricollega a detto principio di imparzialità l'obbligo di trasparenza e di accessibilità (salvo specifici divieti per un pubblico interesse).

conda dello specifico settore, con eventuale responsabilità in caso di colpevoli scostamenti.

### 3. *Valore interpretativo delle prassi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

La giurisprudenza della Corte costituzionale fa riferimento a *prassi* in numerosi casi. aventi profili ed effetti diversi, ma accomunati, in genere, da presa in considerazione, sul piano interpretativo, della concreta applicazione-attuazione di norme per concorrere a identificare un diritto vivente, o per fare emergere il contrasto o meno delle norme stesse (come attuate) con la Costituzione, confermato nella applicazione in concreto, profili tutti condizionati dalle censure proposte o dal tipo di sindacato esercitato dalla Corte (giudizi di legittimità costituzionale in via principale o incidentale, ovvero conflitti di attribuzione). infatti plurimi sino i riferimenti a differenti profili di prassi:

- *prassi innovativa del procedimento legislativo*, in base alla 1 disp. trans. Cost., relativa al non ulteriore esercizio da parte del Capo dello Stato del potere di “sanzionare”, limitandosi alla sola promulgazione; prassi ispirata a fedele osservanza della Cost. (sent. 133/1973, per l’ordinamento provvisorio in base a d. lgs. 22 gennaio 1948 n. 66);

- *prassi della Corte costituzionale* (risalente) in sede di conflitti di attribuzione. nel senso dalla ammissibilità di conflitto tra Stato e Regione deducibile violazione di disposizioni di attuazione di Statuti speciali, quale *vindicatio potestatis* di competenza garantita in via mediata da norma costituzionale (sent. 110/1977 in conflitto di attribuzioni tra enti);

- *prassi della Corte costituzionale* (di lungo periodo), insieme ad obiettiva incertezza normativa, di non rilevare l’inammissibilità di ricorso derivante dal tardivo deposito di atto di ratifica da parte del Consiglio della iniziativa della Giunta di promuovere in via di urgenza, con induzione del ricorrente in errore scusabile: fattispecie relativa a giudizio di l.c. in via principale promosso da Provincia autonoma (sentt. 203, 202, 178, 142/2012)<sup>15</sup>;

<sup>15</sup> V. sent. 178, 183, 202 e 203 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 2950, con osservazione, complessiva, di RI. CHIEPPA, *A proposito della riscoperta dell’errore scusabile per effetto di cambiamenti giurisprudenziali in materia processuale*; da rilevare che la Corte è successivamente pervenuta, con un cambiamento della giurisprudenza sul deposito della delibera di costituirsi in giudizio e procura speciale, per una Regione convenuta in un giudizio di

- *prassi interpretativa-applicativa*, che conferma una interpretazione-applicazione di norme – in un concetto ampio di diritto vivente – per determinarne l'applicabilità al caso sollevato o il contrasto o meno con Costituzione (sul piano di effettiva attuazione-realizzazione);

- *prassi confermativa di una interpretazione costituzionalmente orientata* (o adeguatrice) di una norma, con ulteriore riferimento a necessità di interpretazione, nello stesso modo costituzionalmente orientato, in un caso di coinvolgimento di altro organo, mediante l'affermazione del principio di accordo, che non implica vincolo di risultato, ma di metodo, richiedendo fasi dialogiche, quanto meno articolate nello schema proposta-risposta, replica-controreplica (sentt. 19/2015; 179/1992);

- *prassi interpretativa*, formatasi sotto l'impero dell'art. 8 dello Statuto albertino e confermata dall'art. 87 Cost., escludente che il potere di grazia possa essere limitato soltanto alla concessione o al diniego di provvedimento di clemenza, potendo avere possibilità di adattamenti intermedi, adeguati ai casi particolari, favorendo l'emenda del reo, come ad esempio con il risarcimento del danno o il versamento di somma alla Cassa ammende (sent. 134/1976, in giudizio di l.c. incidentale);

- *prassi applicativa* di disposizione di Regolamento della Camera, relativa alla mancata indicazione di termine per la pronuncia sulla richiesta di autorizzazione a procedere, consentita dalla dizione del Regolamento (sent. 148/1975, in giudizio di l.c. incidentale);

- *prassi amministrativa*, relativa allo sconto sui prodotti farmaceutici acquistati da enti mutualistici e alla determinazione dei prezzi dei medicinali con provvedimenti impugnabili avanti al giudice amministrativo (sent. 144/1977);

- relativa alla corresponsione dell'indennità di accompagnamento per i ricoverati gratuitamente in istituto, in caso di allontanamento eguale o superiore a un mese, a conferma della non irrazionalità e non contrarietà con la garanzia di assistenza sociale (sent. 183/1991, non fondatezza, nei sensi di cui in motivazione, di q. di l.c. dell'art. 1, l.11 febbraio 1980, n. 18, in giudizio incidentale);

- relativa all'*orario degli uffici statali e degli enti pubblici di Roma capitale*, in forza della quale si farebbe applicazione dell'*abrogato* d. Capo del Governo 17 novembre 1939, in quanto si tratterebbe di disuguaglianza di mero fatto, che, solo per effetto di un salto logico, potrebbe ve-

l.c. in via principale, nel senso che non sia condizione di ammissibilità della costituzione in giudizio, sent. 32 del 2016.

nire ricondotta alla disposizione sottoposta a giudizio (sent. 22/1982, con dichiarazione di inammissibilità della q. di l.c. dell’art. 1, secondo comma, l. 10 novembre 1970 n. 869, relativa al personale dei Monopoli di Stato, in giudizio di q. di l.c. incidentale);

- *consacrata anche in circolari ministeriali*, relativa alla esclusione di consenso dell’autorità giudiziaria per allontanamento a carattere temporaneo da sede di dirigenti di nuclei di polizia giudiziaria, con auspicio di formazione di nuclei in modo da assicurare l’efficienza e la supplenza (sent. 122/1971, con non fondatezza della q. di l.c. incidentale);

- *prassi, insieme a comune interpretazione dottrinaria* (sent. 11/1970, relativa alla non applicabilità, al caso di specie, della disposizione denunciata, in q. di l.c. incidentale).

- *prassi, insieme alla giurisprudenza ordinaria*, per confermare l’elusione sostanziale di obbligo previsto dall’art. 13, secondo comma Cost., con conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale in parte *de qua* (art. 253 cod. pen. nella parte in cui non fa obbligo al giudice di motivare la sussistenza di sufficienti indizi di colpevolezza nell’emettere il mandato di cattura, sent. 64/1970 in giudizio di l.c. incidentale);

- *prassi interpretativa con consolidato orientamento giurisprudenziale*, con conseguente *affidamento* in ordine a assoggettamento a prescrizione decennale, di fronte ad innovazioni retroattive; fattispecie relativa a accessori e ratei di pensioni, già riconosciute, con modifica di prescrizione applicabile a giudizi pendenti (sent. 69/2014; cfr. anche 525/2000 relativa a disposizione interpretativa innovativa di *prassi* ed effetti dell’affidamento; 111/1998);

- *prassi confermativa* di interpretazione dell’ambito di applicabilità di aumento di pensione di lavoro autonomo (sent. 152/1993, con venire meno di censura di disparità di trattamento);

- *prassi di uffici giurisdizionali* (grandi preture), relativa a potere del dirigente di creare sezioni per la istruzione dei processi (art. 33 e 34 Ordinamento giudiziario, sent. 80/1970);

- *prassi di ogni giurisdizione*, secondo cui il presidente nomina il relatore, che provvede ad esporre i fatti e le questioni della controversia e a redigere la motivazione della decisione, salvo eccezioni come astensione, incompatibilità ecc. (ord. 504/1990, in materia di contenzioso tributario, con manifesta infondatezza della q. di l.c. dell’art. 19, primo comma, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 616);

- *prassi applicativa di disposizione* anteriore a Costituzione, relativa a conferimento di poteri delegati a Ministro, in mancanza di espressa attri-

buzione di forza di legge: quale requisito formale previsto all'epoca dall'art. 3, n. 1, l. 31 gennaio 1926 n. 100, a parte il contenuto di norme di sicurezza di indole tecnica: fattispecie di inammissibilità relativa all'art. 94, lett., b, D.M. 31 luglio 1934, in base a r.d.l. 2 novembre 1933, n. 1471 (sent. 172/ 1963, in giudizio di l. c. incidentale);

- *prassi negativa, di non esercizio* in passato della giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti del Presidente dei gruppi consiliari delle Regioni, con valore *confermativo di interpretazione* dell'applicabilità solo per il futuro di disposizione sopravvenuta, che, con un nuovo sistema di controllo, attribuisca il potere di verifica della regolarità dei rendiconti dei gruppi consiliari alle sezioni regionali di controllo della stessa Corte dei Conti, con la finalità di porre rimedio a un vuoto di attribuzioni in materia della magistratura contabile, concordante con sentenza della Corte dei Conti successiva al ricorso (sent. 107/2025 in conflitto di attribuzione tra enti).

Come casi particolari e a sé stanti di indicazione di *prassi* possono essere indicati:

- in ordine alla *non* contrarietà a Costituzione di una *prassi della Camera* relativa a un *potere di coordinamento* da parte della Presidenza, dopo l'approvazione di una legge in Assemblea o in Commissione in sede legislativa, e nel senso della non fondatezza della q. di l.c. relativa al procedimento di formazione della legge: ferma la spettanza alla Corte cost. di accertare, caso per caso, se la formulazione del testo legislativo coordinato si sia mantenuto nei limiti nei quali il coordinamento è stato autorizzato (*secondo prassi*), in modo da esprimere la effettiva volontà della Camera e sia idoneo a concorrere con l'identica volontà dell'altra Camera a produrre la legge (sent. 9/1959, in giudizio di l. c. incidentale<sup>16</sup>, sent. 292/1984)<sup>17</sup>.

- in ordine alla *prassi* – seguita fin dalla entrata in vigore della carta costituzionale – di demandare al *Capo dello Stato* la firma di provvedimenti attinenti all'esercizio di potestà amministrativa, mediate particolari

<sup>16</sup> Con osservazione di P. BARILE, *Il crollo di un antico feticcio (gli interna corporis) in una storica (ma insoddisfacente) sentenza*, in *Giur. cost.*, 1959, 240.

<sup>17</sup> Sulla prassi delle Camere e le sent. 8/1958 e 292/1984 v. P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* e altro *loco cit.*, par. 4.1, 56 ss., con cenni anche alla sent. 1/1966 in tema di prassi non consolidata nella copertura delle spese in base all'art. 81 Cost., 59 ss.

disposizioni di legge ordinaria in casi di speciale rilievo, (oltre gli atti di normazione generale espressamente indicati dall’art. 87, quinto comma, Cost.): la fattispecie si riferiva alla firma di provvedimenti, aventi riflessi di carattere politico in relazione al controllo da parte del Parlamento, e determinanti gli enti pubblici sottoposti al controllo della Corte dei Conti (sent. 35/1962, su conflitto di attribuzione).

- in ordine all’ampiezza del *potere di coordinamento in delega legislativa* sul processo amministrativo, con possibilità di innovare una *costante prassi collegata* ad un precedente assetto *praeter legem* e fondata sul presupposto della natura amministrativa del rimedio, traslato, con la nuova disciplina, tra quelli giudiziali: fattispecie relativa a ricorso straordinario al Pres. della Repubblica, con passaggio da regime di concorrenza a quello dell’alternatività rispetto alla giurisdizione ordinaria, ad eliminare inammissibili sovrapposizioni di rimedi giurisdizionali (sent. 73/2014 in giudizio di l.c. incidentale).

#### 4. *Prassi mediante atti amministrativi generali: direttive circolari*

La giurisprudenza amministrativa ha, da tempo, svolto una particolare attenzione al valore delle circolari ministeriali volte a disciplinare il procedimento per la formazione di provvedimenti amministrativi, riconoscendone efficacia non meramente interna, bensì anche esterna, potendo la loro violazione essere assunta come vizio dell’atto amministrativo adottato<sup>18</sup>, naturalmente nel campo della attività discrezionale.

Nel contempo – sempre con riguardo a circolare prescrivente un comportamento da tenere per il rilascio di autorizzazione per generi di monopolio – ha affermato che, per poter disattendere queste prescrizioni dettate in via generale, l’amministrazione è tenuta ad offrire, volta per volta, adeguata motivazione di motivi di pubblico interesse che ne consigliano la deroga nel singolo caso<sup>19</sup>. Mentre, nei casi di attività non discrezionale, queste circolari possono avere valore meramente chiarificatore o dettare agli uffici istruzioni non vincolanti al di fuori dei destinatari, e devono essere conformi a norme esistenti<sup>20</sup>.

Sulla base della stessa giurisprudenza l’Amministrazione può dettare

<sup>18</sup> Cons. Stato, IV, 13 maggio 1980 n. 531, *Cons. st.*, 1980, 662.

<sup>19</sup> Cons. Stato, III, 27 giugno 1978 n. 767/66.

<sup>20</sup> Cons. Stato, III, 23 aprile 1975, n. 295, *ivi*, 1976, 436.

una nuova circolare modificatrice, quando mutino le circostanze di fatto e di diritto che ne avevano determinato l'emanazione.

Quanto alla impugnabilità delle circolari interpretative dell'Agenzia delle Entrate la Cassazione (SS.UU., sent. 2 novembre 2007 n. 23031) ha negato la giurisdizione del giudice amministrativo ragionando prevalentemente sulla riserva di legge in materia di imposizione tributaria: tuttavia deve riconoscersi che la impugnabilità può dipendere dal contenuto, caso per caso, della circolare, se riguarda o meno l'imposizione tributaria in senso stretto o anche profili meramente procedurali o organizzatori di attività amministrative e vi sia lesione di una situazione giuridicamente protetta<sup>21</sup>.

##### 5. *Comportamenti reiteratamente conformi e consuetudine*

La Corte cost. nelle sue decisioni ha fatto varie volte riferimento a possibilità di *consuetudine* nel campo del diritto pubblico<sup>22</sup>, anche se talvolta ha congiuntamente usato l'espressione prassi e consuetudine costituzionale nella medesima sentenza, sia pure riferite ad aspetti solo minimamente coincidenti. Così nella sent. 129/1981, dopo avere puntual-

<sup>21</sup> cfr. TAR, Lazio, Roma, sent. 30 agosto 2012 n. 7395.

<sup>22</sup> V. ad es. sent. 129/1981; 7/1996 e 140/2008. Sul valore della consuetudine costituzionale v. par. 1 e nota 2; P. CARNEVALE, *A Corte... così fan tutti?*, cit.; v. anche, sull'autodichia e regolamenti parlamentari, con "richiamo alla costante tradizione interpretativa non importa ritenere che la norma trovi la sua fonte in una *consuetudine costituzionale*", di cui difetterebbero i requisiti; sent. 344 del 1987, in *Giur. cost.*, 1987, 2637 e *Regioni*, 1988, 231, con nota di M. LUCIANI, *Una sentenza sui parchi regionali e l'autonomia regionale*, in materia di determinazione di confini del Parco nazionale del Gran Paradiso, con accenno (p. 6 Diritto) a "limiti cui soggiace, nell'ambito del diritto pubblico, la possibilità di riconoscere alla *consuetudine contra legem* prevalenza sulle norme scritte"; sent. 98 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, 238; G. SILVESTRI, *Ricorso straordinario al capo dello stato, garanzie dei cittadini e autonomia regionale: una compatibilità difficile*, ivi, 1987, I, 1018; E. N., *Ricorso straordinario e atti regionali*, in *Riv. amm.*, 1987, III, 394; C.E. GALLO, *Il ricorso straordinario al pres. rep. tra presente e futuro*, in *Foro it.*, 1987, I, 67; R. IANNOTTA, n. red., *Foro amm.*, 1987, I, 874; A. TRAVI, *Ricorso straordinario e autonomia regionale*, in *Regioni*, 1987, 510, relativa a estensione del ricorso straordinario contro atti amministrativi regionali, con richiamo a tesi dell'Avvocatura dello Stato secondo cui, era già "pacificamente ammessa sulla base della normativa e, secondo alcuni, della *consuetudine costituzionale* precedente"; sent. 154/1985 (pres. e red. Elia), in *Giur. cost.*, 1985, 1078, con nota red., e A. CERVATI, *Postilla a Il controllo di costituzionalità sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte costituzionale*, ivi, 1445, 1473.

mente rilevato che “la disciplina dettata dalle norme costituzionali scritte, quanto al regime organizzativo e funzionale degli apparati serventi gli organi costituzionali, non è affatto compiuta e dettagliata”, ha puntualizzato che “ad integrazione di esse ed in corrispondenza alle peculiari posizioni degli organi medesimi, si sono dunque affermati principi non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali. Tale, in particolar modo, è stato ed è il caso dei rapporti fra gli organi costituzionali in esame e la Corte dei conti quale giudice sull’attività gestoria degli agenti contabili dell’amministrazione dello Stato”.

La Corte continua rilevando l’inesistenza di dubbi sotto lo Statuto albertino sulla esenzione dalla giurisdizione contabile dei tesorieri della real casa e delle due Camere, e l’antica *prassi*” esplicitamente richiamata nei decreti oggetti di contestazione, è stata interrotta con l’ordinamento costituzionale repubblicano, e conclude per l’affermazione “non sarebbe fondato sostenere che si tratti di una *prassi* irrilevante dal punto di vista del diritto costituzionale. L’esenzione dei loro agenti contabili dai giudizi di conto rappresenta, viceversa, il diretto riflesso della spiccata autonomia di cui tuttora dispongono i tre organi costituzionali ricorrenti. Tale autonomia si esprime anzitutto sul piano normativo, nel senso che agli organi in questione compete la produzione di apposite norme giuridiche, disciplinanti l’assetto ed il funzionamento dei loro apparati serventi; ma non si esaurisce nella normazione, bensì comprende – coerentemente – il momento applicativo delle norme stesse, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l’osservanza”.

La stessa Corte, invece, in tempo più recente, è sembrata propendere verso una configurazione più sfumata (e molto discutibile per il caso in cui si è verificato) con utilizzazione indifferenziata della espressione *prassi*, certamente più debole, in quanto di per sé sul piano della interpretazione-attuazione e al di fuori di una creazione normativa.

Significativa di tale atteggiamento è la discussa sentenza della Corte n. 200 del 2006<sup>23</sup>, che partendo dalla considerazione della grazia quale

<sup>23</sup> V. soprattutto L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, in *Studi in onore di N. Lipari*, vol. I, e in *Consulta online e archivio.rivistaaic.it/dottrina/organizzazione/elia.html*, con ampia critica alla sent. 200/2006, con due puntuali interrogativi, che pongono in risalto le incongruenze della decisione della Corte cost. nel: “non riconoscere che i rapporti tra Capo dello Stato e Governo sono basati su alcune consuetudini (ad es. sulla nomina dei giudici costituzionali e dei senatori a vita effettuata con decreti

“prerogativa personale dei sovrani assoluti, mantenendo tale carattere anche dopo l’avvento della monarchia costituzionale, si è soffermata sulla “*prassi statutaria*”, sulla “funzione propria del potere di grazia, anche alla luce della “*prassi*” sviluppatesi, nel periodo repubblicano, nelle relazioni tra capo dello Stato e Ministro Guardasigilli”, sulla ripetuta evoluzione dell’istituto e della sua funzione, pervenendo a due conclusioni. La prima di una continua “evoluzione dell’istituto..., restituito – correggendo la *prassi*, per certi versi *distorsiva*, sviluppatesi nel corso dei primi decenni di applicazione della disposizione costituzionale di cui all’art. 87, undicesimo comma, Cost. – alla sua funzione di eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria”.

La seconda di restringere, asserendo l’esistenza di “un limite naturale”, la partecipazione del Ministro a livello di raccolta elementi e istruttoria, oltre l’assunzione di responsabilità politica e giuridica come controfirmante, pervenendo all’accoglimento del ricorso in quanto “Il Ministro della Giustizia ha omesso di dar corso alla procedura per la concessione della grazia”; in realtà forzando l’interpretazione sia dei costanti comportamenti contrari consuetudinari e bilaterali – costituenti molto di più di una semplice *prassi* (a cui aveva degradato la consuetudine costituzionale fino allora esistente) sia dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia in tema di grazia.

In questo atteggiamento della Corte, mentre più frequente, nel complesso, è stato fatto un richiamo estensivo a *prassi* con una serie di specificazioni anche funzionali (come dal significativo elenco in nota<sup>24</sup>), invece

senza proposta, ma con controfirma e fino a ieri sulla consuetudine, per cui il potere di grazia era esercitato con atto fondato sul consenso condiviso del Presidente e del Guardasigilli? Mentre i rapporti tra Governo e Parlamento si svolgono in notevole misura con il ricorso alla questione di fiducia, ignota alla Costituzione e fondata su una consuetudine interpretativa consolidatasi a partire dalla seconda legislatura repubblicana e ora recepita da una fonte subcostituzionale quali sono i regolamenti parlamentari?).

<sup>24</sup> Nelle sentenze ed ordinanze della Corte ricorre un richiamo a *prassi*, in una serie di specificazioni ed aggettivazioni, così nelle indicazioni che seguono. come esempi più significativi:

*amministrative* sent. 769/1988; sent. 75/1991 (illegittima, sanatoria); sent. 44/1992; sent. 461/1994 (anomala); sent. 83/1996 (non preclusiva di diversa interpretazione del giudice, essendo al di fuori della forma di regolamenti esecutivi, o circolari o singoli provvedimenti); sent. 321/1997; ord. 188/1998; sent. 150/2008; ord. 448/2007; sent. 136/2011 (nomina a Eurojust);

*applicative* sent. 318/1993; 431/1997; 1/2002, 102/2003; 383/2005 (intese forti); 207/2006; sent. 348/2007; sent. 318/2009;

si è andato diradando, se non addirittura scomparendo (ciò, anche solo in minima parte, per effetto della prospettazione delle questioni sollevate) il ricorso al concetto di consuetudine costituzionale, così come per un fenomeno parzialmente analogo anche per le convenzioni costituzionali<sup>25</sup>.

#### 6. Prassi con interpretazione costituzionalmente orientata (o adeguatrice)

La Corte costituzionale ha, secondo una ormai costante giurisprudenza, affermato la sussistenza di una regola per cui, tra i possibili significati di una disposizione, va scelto quello che non si ponga in contrasto con la Costituzione e i relativi principi costituzionali<sup>26</sup>: da ciò ha tratto

*attuative* sent. 65/2006; sent. 133/2007;  
*conflitti tra poteri*, ordinamento statuario risoluzione attraverso prassi, consuetudini convenzioni; attuali peculiarità, evoluzione prassi e giurisprudenza (sent. 116/2003);  
 consuetudinaria sent. 29/2003  
*contraria a Cost.*, sent. 29/1995;  
*Corte cost.*, (prassi della) ord. 389/1996; sent. 142/2012 (affidamento); 178/2012; sent. 202, 203/2012;  
*costituzionale* sent. 455/2002 (diritto vivente, prerogative Pres. Rep., potere di esternazione); sent. 154/2004; sent. 87/2012; sent. 1/2013 (esclusione di esistenza);  
*decreto nomina magistrato (del)* sent. 379/1992 (concerto C.S.M. Ministro)  
*giudiziarie* sent. 137/1995, sent. 155/2014; sent. 235/2015;  
*giunta elezioni* sent. 277/2011 (nuova, prassi consolidatrice di diritto vivente)  
*in genere* sent. 136/1998; sent. 105/2007; sent. 342/2010; ord. 4/2011;  
*interpretativa* sent. 232/2006 (confermata con legge);  
*legislativa* sent. 1/1966 (v. nota 16 in tema di copertura delle spese e art. 81 Cost.); sent. 161/1996; sent. 360/1996 (reiterazione di d. l.);  
*legittimazione conflitti tra poteri* sent. 52/2016 (Pres. C. d. M., Corte Cassazione);  
*operativa* ord. 52/2015; sent. 4/1004 (contrastante);  
*organizzative* sent. 274/1997; sent. 65/2007 (regolamento delle Camere);  
*parlamentare* sent. 364 e 379/2003; 390 /2007; 68/2010;  
*promulgazione parziale(della)* sent. 84/1994;  
*scorrette* sent. 174/2006.

<sup>25</sup> V. P. CARNEVALE, *Una desaparecida a Palazzo della Consulta: la convenzione costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2015, in particolare p. 11, che accenna ad “un certo disagio che la Corte sembra incontrare dinanzi alla figura della *convenzione costituzionale*. Disagio che sembrerebbe aggiungersi ... alla difficoltà ambientale legata alla condizione di instabilità e conflittualità del contesto politico, indicato come causa prima delle incertezze che circondano l’identificazione dei singoli fenomeni convenzionali e, insieme, la loro distinzione da fatti normativi consuetudinari”.

<sup>26</sup> F. MODUGNO, *Scritti sulla interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 67 ss., 77, privilegiando il valore superiore della Costituzione, ivi, 79, 89, 258; M. RUOTOLO, *Oltre*

conferma della esattezza di una interpretazione conforme a questa regola (v. sent. 153/1993, con una dichiarazione di non fondatezza nei sensi di cui in motivazione; v. anche 356/1996; 3/1956); potendosi così enucleare il principio dell'obbligo per l'interprete di cercare una interpretazione costituzionalmente orientata (o adeguatrice), e della pregiudizialità di tale verifica per la sollevabilità in via incidentale di q. di l.c.<sup>27</sup>.

In realtà la Costituzione è destinata ad operare sia come criterio fondamentale di interpretazione normativa ("canone di conformità", "ermeneutico prevalente"), sia come fonte di integrazione della legge e del di-

*i confini della interpretazione costituzionale conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo, in Scritti in onore di Antonio D'Atena, Milano 2015, IV, 283 s; Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale, in Studi in onore dei Alessandro Pace, Napoli 2012, 2449.*

<sup>27</sup> V. F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 2405; M.R. MORELLI, *Doverosità della previa verifica di una possibile "interpretazione adeguatrice" ai fini della ammissibilità dell'incidente di costituzionalità e diverso regime del giudizio in via principale*, in *Giust. civ.*, 1992, 1; E. CATELANI, *La controversa attuazione e applicazione della Costituzione nella prospettiva di riforme costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013; A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Relazione conclusiva al Seminario Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici, Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009, Milano 2010 e in *www.cortecostituzionale.it*, par. 1 e 12; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; *La Costituzione sottintesa*, Relazione al Seminario Corte Costituzionale, cit., in particolare par. 11 ss.; per alcune critiche sotto il profilo dei rischi di permanere di pratiche applicazioni A. ANZON, *Intervento, La problematica convivenza della dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione con la dottrina del diritto vivente*, in Seminario Corte costituzionale, cit.; A. BONOMI, *Dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in sito AIC, osservatorio, ottobre 2013; M. D'AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, (Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008), Torino 2009; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Studi in memoria di G.G. Floridia*, Napoli 2009, 418, e in *www.federalismi.it*; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di G.G. Floridia*, cit., che puntualmente, per l'*origine della interpretazione conforme*, si richiama a G. AZZARITI, *Discorso del Presidente nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1957, 886, e in particolare 884 ss.; G. PISTORIO, *I "limiti" all'interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, in <http://www.rivistaaic.it>, 2011, 2, 11 maggio 2011 con critiche all'abuso di interpretazione giudiziaria, par. 4; A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta on line*, [www.giurcost.org/studi/longo3.pdf](http://www.giurcost.org/studi/longo3.pdf).

ritto<sup>28</sup>, oltre a poter costituire norme di diretta applicazione anche nella affermazione di principi<sup>29</sup>.

Qualora una prassi corrisponda ad una interpretazione-attuazione costituzionalmente orientata, questa prassi ha anche valore di conferma della praticabilità di detta interpretazione, con la conseguenza che qualsiasi interprete<sup>30</sup> è tenuto a seguirla, a meno che non esista altra scelta interpretativa, che, in modo alternativo, sia compatibile con la disposizione o il principio costituzionale, che ha condotto alla “adeguazione”. Ovviamente deve trattarsi di prassi conforme a leggi e Costituzione, altrimenti verrebbero a mancare le basi logiche e giuridiche di una interpretazione orientata.

Ed anzi sul piano logico-giuridico e del dovere di trasparenza e, quindi, di enunciare le ragioni di una scelta, qualsiasi organo, che si discosti da detta prassi costituzionalmente orientata, resta tenuto a indicare le ragioni giustificative della diversa soluzione adottata, in modo da fornire una adeguata motivazione<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> M. RUOTOLO, *Interpretare nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, 25 ss. V. anche per qualche riferimento, Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto contemporaneo cosmopolitico*, Milano 2007; M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vivente e diritto vivente*, Napoli 2011; A. GUSMAI, *Ermeneutica e interpretazione costituzionale nell'effettività del diritto*, Secondo seminario annuale del “Gruppo di Pisa”, Univ. Roma Tre, 20 settembre 2013, [www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Gusmai-RomaTre.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/09/Gusmai-RomaTre.pdf), par. 1; L. IANNUCILLI, *L'interpretazione secundum constitutionem tra corte costituzionale e giudici comuni*, pubblicazione Corte costituzionale servizio studi, 2009, [www.cortecostituzionale.it/.../Interpretazione\\_quaderno\\_stu.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/.../Interpretazione_quaderno_stu.pdf).

<sup>29</sup> V. R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione delle leggi*, relazione al Convegno *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, AIC, Roma 27 e 28 ottobre 2006, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) e Napoli 2010, 201.

<sup>30</sup> L'interprete appartenente a struttura qualificata per esperienza o necessaria competenza giuridica amministrativa sempre; il singolo individuo o una struttura privatistica medio-piccola ha una facoltà, potendo contare più facilmente sulle conseguenze di un affidamento ad una interpretazione corrente.

<sup>31</sup> Possono essere invocate, con adeguata giustificazione, ad es. modifiche costituzionali o di normativa interposta utilizzate come parametri di riferimento, o una erroneità di individuazione dei principi e norme costituzionali applicabili, o, comunque, l'illegittimità della prassi precedente, ovvero sopravvenute modifiche normative che permettono una diversa interpretazione della norma conformemente a Costituzione, essendo state realizzate, per altra via, le finalità e i principi posti a base della precedente interpretazione, che aveva indotto ad una attuazione con una prassi sostanzialmente superata.

In ordine alla possibilità di interpretazione orientata (o adeguatrice) e ad una *prassi* invocata a conferma, significativa è la sentenza della Corte cost. 16 maggio 1990, n. 242<sup>32</sup>, in occasione di una questione di l.c. sollevata in via incidentale dal Tar Lazio con ord. 7 giugno 1989<sup>33</sup>, e relativa al disposto degli art. 7 r.d. n. 1214 del 1934 e 4 d.l. n. 589 del 1948, che “*riserva la nomina del procuratore generale proprio al Governo, nei cui confronti è proclamata la garanzia dell’indipendenza*”, per violazione degli artt. 100, terzo comma, 108, secondo comma, (per contrasto con la tutela costituzionale dell’indipendenza della Corte dei conti e dei suoi componenti): Il TAR Lazio aveva sollevato anche la questione in riferimento all’art. 3 Cost. (irragionevole disparità di trattamento rispetto alle altre magistrature speciali, per le quali “*sono state realizzate negli ultimi anni forme di autogoverno con riconoscimento, tra l’altro, agli organi interni di poteri determinanti anche ai fini delle assegnazioni e dei mutamenti di funzioni*”).

Contestualmente il Tar Lazio, decidendo alcuni motivi di ricorso, aveva aderito alla tesi della *lata discrezionalità* della nomina, superando il motivo relativo al carattere vincolante della designazione, sostenuto dai ricorrente in base a una *prassi*, che si asseriva sempre seguita in passato, “divenuta, ormai, vera e propria consuetudine”; con ciò aveva attribuito “al Governo il potere di nomina” “assolutamente discrezionale, escludendo ogni forma di partecipazione della Corte al procedimento di nomina”, che, “non può ritenersi modificato dalla prassi ..., perché altrimenti si finirebbe col dare efficacia a una consuetudine *contra legem*”.

<sup>32</sup> La sent. 242/1990 è pubblicata in *Giur. cost.*, 1990, 1495 e in *Foro amm.*, 1990, 1121 con osservazione di R. IANNOTTA.

<sup>33</sup> La q. di l.c. era stata sollevata on base a motivi così riassunti nella sent. 242/1990: “a) violazione di legge per mancata conformazione alla designazione vincolante espressa dal Consiglio di presidenza della Corte dei conti, la quale escludeva ogni potere discrezionale del Governo. Il carattere vincolante della designazione è sostenuto dai ricorrenti in base a una *prassi*, che si asserisce sempre seguita in passato, “divenuta, ormai, vera e propria *consuetudine*”; b) eccesso di potere sotto specie di difetto assoluto di motivazione sul punto della preferenza accordata a un nominativo diverso da quello indicato dalla Corte. Il carattere quanto meno obbligatorio del parere della Corte, e il conseguente obbligo di motivazione in caso di decisione difforme, sono affermati argomentando dai principi generali e, in particolare, dall’art. 13 della legge n. 1345 del 1961; c) in via subordinata, carenza o, rispettivamente, eccesso di potere in conseguenza dell’illegittimità costituzionale delle norme che disciplinano la nomina del procuratore generale, in quanto attribuiscono il relativo potere al Governo anziché al Consiglio di presidenza della Corte dei conti, o almeno in quanto attribuiscono al Governo un potere assolutamente discrezionale escludendo ogni forma di partecipazione della Corte al procedimento di nomina”.

In realtà, per una esatta valutazione del caso, occorre tenere conto del testo normativo allora vigente.

A questo ultimo riguardo perfino la difesa del Presidente del Consiglio aveva sottolineato che la questione era stata sollevata relativamente ad una nomina anteriore alla legge 13 aprile 1988, n. 117, che aveva, in parte, accolto l’invito formulato nella sentenza n. 230 del 1987 a una piena conformazione della disciplina delle nomine e delle promozioni presso la Corte dei conti alle direttive costituzionali.

La Corte, sulla base della contestuale definizione parziale del ricorso operata incautamente dal TAR, riteneva la questione inammissibile per difetto di pregiudizialità, in quanto il giudice *a quo* – *come sopra accennato* – di fronte a tre motivi propostigli aveva contestualmente dichiarato infondato sia il motivo relativo alla attribuzione al Governo del potere esclusivo di nomina, scegliendo l’interpretazione di riconoscere al Governo una “lata discrezionalità”, sia quello del difetto di motivazione relativo ad una scelta difforme dal parere obbligatorio del Consiglio di Presidenza della Corte. In tal modo, secondo la Corte, il TAR “*si è precluso la possibilità di rimetterla in discussione sollevando la questione di costituzionalità della legge che tale potere conferisce*”, con la conseguenza che “*la pregiudizialità della questione risulta tardiva perché la legge è già stata applicata*”.

Ma vi è di più, in quanto la Corte cost. si spinge ad affermare testualmente – indicando la via alternativa per rendere ammissibile la questione, mostrando quasi un rammarico per non essere stata posta in grado, per fatto dello stesso giudice *a quo*, di affrontare la questione nel merito – che “*il Tribunale avrebbe dovuto sospendere il giudizio in merito al motivo sub b) e sollevare senz’altro la questione di legittimità costituzionale dell’art. 7 del r.d. n. 1214 del 1934 (e dell’art. 4 del d.lgs. n. 589 del 1948) nella parte in cui non prevede il parere obbligatorio della Corte*”. *Invero, una volta respinto il motivo di ricorso sub a), il motivo sub c) si restringe alla censura di eccesso di potere per difetto di motivazione, riformulata, anziché sulla base dell’interpretazione “adeguatrice” dell’art. 7 proposta sub b), in ragione dell’illegittimità costituzionale della norma, se interpretata nel senso dell’attribuzione al Governo di un potere di nomina assolutamente discrezionale*”.

7. *Particolari aspetti nell'esercizio di poteri di nomine a cariche pubbliche, tra prassi costituzionalmente rilevanti e vincoli e garanzie poste da leggi e da principi costituzionali; eventuali scostamenti*

Uno dei campi di maggiore delicatezza, per taluni aspetti coinvolgenti organi e rapporti costituzionalmente rilevanti, è quello delle nomine a cariche pubbliche (di carattere non esclusivamente politico), per le quali l'ordinamento ha previsto, in taluni casi, particolari vincoli, procedure di compartecipazione e pareri di altri organi, con prevalenti funzioni di garanzia, come tali considerati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>34</sup>.

Sono profili scarsamente suscettibili di una normazione completa di dettaglio, in relazione alla particolare discrezionalità (non assoluta) propria della scelta nelle nomine, tuttavia il legislatore, in una serie di casi, è intervenuto appositamente per porre limiti e vincoli alla stessa discrezionalità – per rafforzare la funzione di garanzia nelle scelte e/o un potere di verifica<sup>35</sup> – quindi, destinati a valere come altrettanti parametri di un eventuale giudizio sulla correttezza e legalità di queste scelte, anche quando queste sono affidate, pur in compartecipazione consultiva o in determinazione definitiva, *ad organi costituzionali, o di governo o di rilevanza costituzionale*.

In tali casi agli “*spazi riservati alla scelta politica*” vengono determinati “*confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo*”, come è stato affermato dalla Corte cost. (sent. n. 81 del 2012<sup>36</sup>), che ha posto in rilievo che “*quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio al fondamentale principio dello Stato di diritto*”.

Pertanto gli anzidetti atti di scelta restano, in presenza di detti vin-

<sup>34</sup> In ogni caso la previsione con legge di tali vincoli, procedure e pareri obbligatori, anche se non espressamente vincolanti, pone un limite alla stessa discrezionalità politica, dovendo la politica osservarli in uno stato di diritto (Corte cost. sent. n. 81 del 2012, cit., nota 1), nel generale interesse pubblico, che ha indotto a fissarli legislativamente.

<sup>35</sup> Prevalente è la funzione di controllo (preventivo) parlamentare sull'attività di governo nei casi in cui la proposta di nomina governativa sia assoggettata a parere di Commissione parlamentare, così M.T. LOSASSO, *Nuove tendenze in materia di esame parlamentare di atti del Governo*, in *bpr.camera.it/bpr/allegati/show/9616\_1377*, 6; in ordine alle previsioni di Pareri delle Commissioni parlamentari sulle nomine v. note 42 (anche in base alla Riforma costituzionale in corso), 41, 45, 48, 49, 51, 53.

<sup>36</sup> *Giur. cost.*, 2012, 1148, con osservazioni di R. CHIEPPA e di F. BILANCIA, cit., v. nota 1 e i relativi richiami.

coli, soggetti alla sindacabilità di un giudice “*nelle sedi appropriate*”. Queste “*sedi appropriate*”, genericamente richiamate dalla suindicata sentenza della Corte cost., possono essere identificate in giudizi di conflitti di attribuzione, quando l’atto o il comportamento, in violazione degli anzidetti vincoli, produca una menomazione delle sfere di competenza costituzionalmente garantita a poteri dello Stato di fronte ad altro potere, ovvero in controversia tra Stato e Regioni relative alla sfera delle rispettive attribuzioni costituzionali.

Al di fuori di dette ipotesi di tutela, la “*sede appropriata*” deve essere ricercata nella giurisdizione ordinaria o amministrativa, a seconda che la lesione riguardi diritti soggettivi o interessi legittimi, salve i casi di giurisdizione esclusiva. Ciò non esclude che un rilievo in ordine alla sussistenza di requisito fissato per legge per la nomina – e quindi per un legittimo esercizio delle relative funzioni – possa essere sollevato, nel caso di nominato soggetto ad autorizzazione ad assumere l’incarico o al collocamento fuori ruolo, dall’organo cui è affidata tale determinazione<sup>37</sup>.

Tra i vari vincoli alle scelte, differenziati dall’obiettivo da raggiungere e dalle esigenze garantistiche che li hanno determinati<sup>38</sup>, possono essere previsti la predeterminazione di requisiti attitudinali<sup>39</sup> (compresa una

<sup>37</sup> Ad esempio vi potrebbe essere un rilievo, connesso alla legittimità di una nomina, per dubbi sulla sussistenza di requisiti, in occasione di autorizzazione ad accettare l’incarico e di collocamento in posizione di fuori ruolo, per coloro che sono soggetti a specifiche regole, in relazione a qualifica professionale, requisito previsto dalla legge per la nomina, come in alcuni casi relativi ad appartenenti a magistrature.

<sup>38</sup> Ad es. a garantire l’imparzialità, o la migliore scelta attitudinale, o come strumento di attuazione di principi costituzionali (quali l’indipendenza del giudice nominato, la parità di fronte a differenze di sesso, la tutela di minoranze, ecc.).

<sup>39</sup> V. ad esempio, nell’ambito di nomine di componenti di Autorità indipendenti: *requisiti attitudinali della scelta* tra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore: AEEGSI (legge n. 481/1995, art. 2.8); AGCOM, (in base al rinvio operato dall’art. 1 comma 5 della legge n. 249/1997 all’applicazione dell’art. 2, comma 8 della legge n. 481/1995); tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di comprovata professionalità e competenza nei settori in cui opera l’Autorità: ART Autorità Regolazione Trasporti. d.l. n. 201/2011, art. 37, norma istitutiva che richiama la legge n. 481/1995); tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all’amministrazione, con comprovate competenze in Italia e all’estero, sia nel settore pubblico che in quello privato, di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione, di management e misurazione della performance, nonché di gestione e valutazione del personale: ANAC; tra persone che assicurano indipendenza e che sono esperti di riconosciuta competenza delle materie del diritto o dell’informatica, garantendo la presenza di entrambe le qualificazioni: Autorità Privacy (Garante per la protezione dei dati personali):

precedente esperienza), l'ambito di soggetti qualificati tra cui può essere esercitata la scelta, quote di designazione o di presenza<sup>40</sup>, la compartecipazione di altro organo sempre a prevalenti fini di garanzia o di trasparenza procedimentale<sup>41</sup>.

*requisiti negativi*: non possono essere scelti tra persone che rivestono incarichi pubblici elettivi o cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano rivestito tali incarichi e cariche nei tre anni precedenti la nomina e, in ogni caso, non devono avere interessi di qualsiasi natura in conflitto con le funzioni dell'Autorità: ANAC; divieto (a pena di decadenza) di nuova nomina come componenti di una autorità indipendente per cinque anni (art. 22.1 d.l. 90/2014), AGCM, CONSOB, AGCOM, ANAC, AEE, Gar. Sciopero Serv. Pubbl., Garante dati personali (c.d., Privacy), (art. 22.1 d.l. 90/2014).

Da rilevare che i vari vincoli (requisiti e garanzie procedimentali) per le nomine delle Autorità indipendenti sono strumentali alle esigenze di indipendenza delle varie Autorità, v. E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*. Quaderno / Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, 2000, 129, secondo cui la ragione che giustifica la presenza di questi "cani da guardia" è l'indipendenza dal potere politico, ma anche dal potere economico. Indipendenza che non vuol dire "separatezza", perché le Autorità non sono separate dal contesto politico-amministrativo. Sui pareri di Commissioni parlamentari v. nota 35 e note che seguono.

<sup>40</sup> Ad es. *equilibrio di genere o pari opportunità*. ART, ANAC.

<sup>41</sup> *Garanzie procedimentali* relativi a nomine delle Autorità indipendenti: parere vincolante a maggioranza qualificata (2/3) Commissioni parlamentari competenti AEEGSI (Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico legge n. 481/1995, art. 2.7); AGCOM (art. 1.3, legge n. 249/1997);

parere favorevole (2/3) Commissioni parlamentari competenti. ART (Autorità di regolazione dei trasporti, d.l. n. 201/2011, art. 37, norma istitutiva che richiama la legge n. 481/1995); ANAC (d.l. n. 90/2014 convertito in l. n. 114/2014);

parere obbligatorio, ma non vincolante: CONSOB (art. 6, della legge n. 14/1978).

In via generale vi è un obbligo di previo parere delle Commissioni parlamentari per le nomine, proposte o designazioni di presidenti e vicepresidenti di istituti e di enti pubblici, anche economici, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Consiglio dei Ministri e di singoli Ministri, stabilito dall'art. 1, l. 24 gennaio 1978, n. 14. (Norme per il controllo parlamentare sulle nomine negli enti pubblici), che, peraltro fissa, nell'art. 4, anche l'obbligo di esternare, nella richiesta di parere, talune ulteriori garanzie procedimentali di trasparenza nelle scelte e requisiti di carattere generale, che si aggiungono generalmente a quelli fissati dai singoli ordinamenti degli enti pubblici cui si riferiscono, in proposito v. nota 37 e 43.

Sulla legge n. 14 del 1978 v. F. LANCHESTER (a cura di), *Regolamenti parlamentari e forma di governo: gli ultimi quarant'anni*, Milano 2013, 113 e nota 40, nel senso che ha contribuito a definire il ruolo centrale del Parlamento nell'assetto dei poteri dello Stato, ponendo delle limitazioni ai poteri del Governo nelle nomine degli enti pubblici, con richiamo a S. TRAVERSA, *Le "novelle" alla riforma del Regolamento della Camera dei Deputati del 1971*, in *Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi*, Milano 1989, 479 ss.; S. LABRIOLA, *Il controllo parlamentare sulle nomine governative negli enti pubblici*, in *Pol. e dir.*, 1980, 543; L. SPAVENTA, *Il controllo parlamentare sulle nomine, esperienze e risultati*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1981, 549; v. anche A. BARDUSCO, *La nomina dei componenti*

Infatti questi vincoli possono dipendere dalla caratteristica propria delle attività, da svolgere dal nominando, ed essere meramente procedurali nel metodo di scelta, come la previsione di parere (ad es. di Commissioni parlamentari<sup>42</sup>) o di designazione o di concerto, talora ricollegate

*dell'autorità. Il parere favorevole della maggioranza qualificata delle Commissioni parlamentari. La deliberazione del Consiglio dei Ministri. Il decreto del Presidente della Repubblica. Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 275; N. LUPO, *Nomina delle authorities sui servizi pubblici e parere delle commissioni parlamentari*, in *Gazz. Giur. Giuffrè Italia Oggi*, 1996, 5; M. GANINO, *Il controllo parlamentare sulle nomine negli enti pubblici. Prime note sulla legge n. 14 del 24 gennaio 1978*, in *Il Politico*, 1978, 526; D. SANTORO, *Il ruolo delle commissioni parlamentari nell'ambito delle procedure di nomina degli organi di vertice di enti pubblici e autorità amministrative indipendenti*, in [bpr.camera.it/bpr/allegati/sbou/23371\\_11](http://bpr.camera.it/bpr/allegati/sbou/23371_11), sulle origini della l. n. 14 del 1978 ed il progressivo rafforzamento del controllo parlamentare, con l'abbandono della precedente mancanza di limiti e vincoli per Governo, che generava potenzialità di scelte non basate da capacità e competenze dei nominati; sulle diversità dei sistemi di investitura nelle Autorità indipendenti; sul passaggio dei Presidenti delle Camere come espressione di maggioranza; sui difetti e manchevolezze governative negli elementi da indicare nelle richieste di parere, relativamente alle capacità professionali del nominando, con riferimento ai fini ed indirizzi di gestione; infine sulla eccessività dell'ambito delle richieste di parere.

V. anche R. DICKMANN, *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo: l'esperienza dell'Italia*, Milano 2008, 505 s., che accenna al problema della audizione dei nominandi, utilizzato da Commissioni parlamentari – peraltro solo per talune Autorità indipendenti di più recente istituzione in base ad espressa previsione di legge (v. sul punto D. SANTORO, *Il ruolo delle commissioni parlamentari, cit.*) – classificata, da una parte della dottrina, come “in sede politica”, espressione criticata da Dickmann. Tuttavia, se sul piano prettamente legalitario-classificatorio dell'attività l'osservazione è esatta, in realtà il termine “politico” o meglio il “criterio politico” si attaglia bene con riguardo al fenomeno unitario delle scelte e valutazioni complessive (Governo e parere parlamentare), che purtroppo, nella lunga prassi di anni, sono state in troppi casi orientate nelle scelte (anche se non dichiarate) da esclusivi criteri di “appartenenza” o “legami” politici (più o meno distribuiti o spartitori) e non da quelli previsti da leggi, quali requisiti attitudinali, con ciò distorcendo le finalità della legge n. 14 del 1978. Da ricordare le osservazioni di L. ELIA (*Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna 2009, 359 e 450), e le sue preoccupazioni nei confronti del “partito occupazione” con i pericoli “di una prevaricazione partitica nel sistema istituzionale”, essendo orientato per un ripensamento sulla valorizzazione dei criteri di legittimazione all'esercizio del potere, diverso da quello elettivo-politico, attingendo ad una legittimazione diversa per una serie di uffici e di enti, in modo da garantire indipendenza dei titolari ed efficienza.

<sup>42</sup> Per le nomine, designazioni o proposte del governo di Presidenti e Vicepresidenti di Istituti ed enti pubblici anche economici (e il loro rinnovo) è previsto (l. n. 14 del 1978) il previo obbligo di *parere* delle commissioni parlamentari, la cui richiesta “deve contenere la esposizione della procedura seguita per addivenire alla indicazione della candidatura, dei motivi che la giustificano secondo criteri di capacità professionale dei candidati e degli eventuali incarichi precedentemente svolti o in corso di svolgimento, in relazione ai fini ed agli indirizzi di gestione che si intendono perseguire nell'istituto o ente pubblico”; v. anche note 41, 48, 49, 53.

alla attuazione di principio costituzionale, come in caso di nomina governativa ad una carica che deve godere di autonomia ed indipendenza, che, per le giurisdizioni speciali, in modo particolare, sono espressamente ribadite “di fronte al Governo” (art. 100, terzo comma, in relazione al secondo comma dell’art. 108 Cost.).

In tali ultimi casi le disposizioni, che li prevedono, possono assumere valore di norme necessarie<sup>43</sup>, suscettibili di essere eliminate soltanto con

Da rilevare, che la previsione di parere di Commissioni parlamentari per le nomine effettuate dal Governo, sarà inserita in Costituzione, in caso di approvazione del referendum costituzionale sulla riforma in corso, pur con alcuni evidenti difetti ed imperfezioni nel testo dell’art. 1 (Gazz. Uff. 16 aprile 2016), con modifica dell’art. 55 Cost. secondo cui il Senato “*concorre ad esprimere pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge*”: il concorrere può svolgersi in vario modo, con una semplice partecipazione al parere mediante osservazioni o indicazioni, con il dare il parere che si aggiunge ad altro autonomo emesso da altro organo, senza però alcun strumento per superare divergenze, che dovranno essere risolte dal legislatore ordinario, che dovrà fare attenzione a non interferire sulle attribuzioni delle Camere e sulle competenze dei relativi Regolamenti. Infatti il contenuto della disposizione fa nascere l’incertezza sia in ordine all’organo che potrà essere chiamato a concorrere, sia al contenuto e valore ed ambito di questo concorso, che, peraltro è rimesso ad una determinazione del legislatore ordinario, che potrebbe anche estendere, limitare od escludere l’ampiezza dell’attuale ambito, riguardante i presidenti e vicepresidenti di istituti ed enti pubblici (legge n. 14 del 1978), oltre alcune previsioni speciali riguardanti le Autorità indipendenti. Nel testo di riforma nulla viene detto specificamente in ordine ad una partecipazione della Camera dei Deputati – anche se questa dovrebbe conservare i poteri di controllo e di indirizzo politico sul Governo, che, tuttavia, sono ben diversi dalla compartecipazione consultiva (preventiva) nelle nomine – potendo, in tal modo, il legislatore ordinario trovare difficoltà a prevedere un parere di Commissione parlamentare della Camera dei deputati in mancata di previsione costituzionale (di fronte invece alla disposizione relativa al Senato) ed anche limitare o escludere completamente la Camera dei deputati riguardo ai pareri sulle nomine di competenza governativa, con ciò realizzando un regresso di fronte a ragioni che indurrebbero ad una affermazione di verifica anche genetica nella composizioni di organi, che dovrebbero caratterizzarsi per definizione nella indipendenza (rispetto al Governo e a poteri economici o di categoria). Tuttavia una simile soluzione non può ritenersi come ipotesi del tutto peregrina, in quanto in passato, tra le proposte di superamento del bicameralismo perfetto, vi era stata anche quella di assegnare esclusivamente al Senato l’esercizio dell’attività di controllo sul Governo soprattutto per i c.d. atti di alta amministrazione, V. del resto, l’opinione di M. MANETTI in sede di audizione al Senato, Commissione affari costituzionali su D. n. 1429 e abb., 8 maggio 2014, secondo cui (punto 4. c, il controllo sul Governo) “La Camera dominata dal principio maggioritario non sarà in grado di svolgere un adeguato controllo sul governo. Il Senato, svincolato dall’impegno della fiducia, potrà e quindi dovrà svolgere tale controllo, in tutti i modi possibili, sia con riguardo all’attuazione delle leggi demandata al Governo, sia con riguardo alle nomine di proposta governativa, nell’interesse dei cittadini a verificare se gli impegni assunti dal Governo sono stati rispettati”.

<sup>43</sup> Il concetto di *leggi necessarie* è stato utilizzato dalla Corte Cost. in più occasioni, soprattutto ai fini di ammissibilità di referendum abrogativo: v. i casi di leggi «a conte-

la contemporanea previsione di garanzie pienamente adeguate e nel contempo restano soggette, in modo rigido, ad una interpretazione costituzionalmente orientata. In ambedue i casi, in caso di inosservanza, si verificherebbe una illegittimità costituzionale, suscettibile di essere rilevata in un qualsiasi giudizio in cui debba essere applicata, rispettivamente, la disposizione abrogativa o la norma interpretata e applicata contro Costituzione.

In questo contesto di varia ampiezza della discrezionalità nelle nomine correlata ai vincoli posti alle stesse<sup>44</sup>, si inseriscono i profili sia di valenza delle prassi interpretative-attuative delle disposizioni relative ai procedimenti e requisiti di varia natura, prescritti per le nomine, sia di resistenza agli scostamenti da queste prassi e comportamenti, sia ancora – pur se su un piano diverso – quelli di assunzione – in taluni casi particolari, per le modalità bilaterali del rapporto e la natura dei soggetti tra cui sorgono – di vere e proprie convenzioni costituzionali.

Quanto alla valenza delle prassi e agli ulteriori problemi specifici nel campo delle nomine – oltre al richiamo a quanto già indicato a proposito della prassi di rilevanza costituzionale (intesa come ripetuto precedente

nuto costituzionalmente vincolato», cui si sono affiancate, a far tempo dalla sentenza n. 27 del 1981, le «leggi costituzionalmente necessarie», «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»: in altri termini – e riprendendo quanto precisato nella sentenza n. 49 del 2000 – «leggi costituzionalmente necessarie», «in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento» (*La giustizia costituzionale nel 2005*, Relazione A. MARINI, Pres. della Corte cost., in *sito della Corte costituzionale*); ovvero la cui eliminazione priverebbe totalmente di efficacia un principio od un organo costituzionale (sent. 25/81) o di una tutela minima per situazioni costituzionalmente garantite (sent. 35/1997); o ancora leggi che garantiscono unicamente il nucleo costituzionale irrinunciabile di tutela di un principio costituzionale (sent. 42/2000). V. al riguardo S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19 aprile 2005; P. CARNEVALE, *Inabrogabilità di leggi «costituzionalmente obbligatorie» ed inammissibilità di referendum «puramente» abrogativi: ancora una «svolta» nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria*, in *Giur. cost.*, 1987, 308, osservazione a Corte cost. 3 febbraio 1987, n. 29; M. MEZZANOTTE, *La reviviscenza e i limiti finalistici del referendum abrogativo*, in *Consultaonline*, 4 maggio 2015; V. SATTA, S. GONARIO, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it/2007/07/23](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2007/07/23).

<sup>44</sup> V. nota 1 e par. 1, 5 e 6.

interpretativo-attuativo), in ordine sia agli obblighi di adeguata motivazione, in caso di scostamenti o modifiche della stessa prassi, sia alle indicazioni previste nel procedimento, nonché alle vie di tutela nelle “sedi appropriate” – sono opportune alcune ulteriori precisazioni:

- quando per la nomina vi sia una previsione di previo parere, consistente in una *Indicazione-proposta di altro organo*, il soggetto titolare del potere di nomina, qualora dissenta alla indicazione contenuta nel parere – ed anche in caso di richiesta di plurime indicazioni (c.d. rosa di nomi, peraltro di assai dubbia correttezza<sup>45</sup>, se unico è il posto di vertice da ricoprire) – resta sempre tenuto a motivarne le ragioni del dissenso in modo adeguato<sup>46</sup>. Tali ragioni possono provocare – secondo la loro natura e l’ampiezza della compartecipazione e la funzione di garanzia del procedimento – la necessità di un riesame e di un nuovo parere, che può anche essere conferma o modifica del precedente (purché egualmente con adeguata motivazione), in modo da considerare, in necessario conto, le ragioni di non convergente valutazione, sempre in uno spirito di leale collaborazione tra i due organi<sup>47</sup>;

- quando per la nomina vi sia una previsione di previo parere – anche se attribuito alle Commissioni parlamentari<sup>48</sup> – su una specifica *indica-*

<sup>45</sup> La richiesta del Governo di parere, formulata in modo da ottenere plurime indicazioni-designazioni per un unico posto di vertice da coprire, può assumere valore di indice di un proposito governativo di ampliare abusivamente (con rischio di eccesso di potere) la propria sfera di discrezionalità della scelta del nominando, in modo da avere a disposizione un maggiore ambito, in una semplice rosa di nomi predisposta da altri, per poi utilizzarla con una più ampia ed autonoma discrezionalità nella determinazione finale, in contrasto con la finalità della procedura di parere-proposta. Così si restringe, o quasi si elimina, la garanzia di valutazione-indicazione, offerta da un organo estraneo al Governo stesso; soprattutto quando si abbandoni una prassi consolidata per un lungo periodo di attuazione, costituzionalmente orientata, di una medesima norma ed in corrispondenti 10 casi precedenti: v. a proposito di recente nomina del Presidente del Consiglio di Stato, *Cronaca del Consiglio di Stato*, a cura di R. CHIEPPA e M. BRANCA, in *Giur. cost.*, 2016, fasc. 1.

<sup>46</sup> V. par. 1 e 2, e note 4, 31 e 33.

<sup>47</sup> V. richiami in nota 45 e 46.

<sup>48</sup> La Legge n. 14 del 1978 ha carattere generale per le nomine di Presidenti e Vice Presidenti di istituti ed enti pubblici, ed è stata mantenuta ferma dal rinvio alla “vigente disciplina in ordine all’acquisizione del parere delle competenti commissioni parlamentari”, genericamente operato dall’art. 3, secondo comma, l. 23 agosto 1988, n. 400; si aggiungono i casi, sopraindicati, relativi alle Autorità indipendenti e previsti da specifiche norme relative ad altri enti od organismi pubblici.

Nel complesso le ipotesi di necessario parere per le nomine, attribuito alle competenti Commissioni parlamentari, sono notevoli, assommando a qualche centinaio in ciascuna delle passate legislature, anche se notevolmente diminuiti nell’attuale, a seguito di

zione preliminare effettuata dall’organo cui è affidata la nomina, qualora, in seguito al parere, si voglia procedere ad una nomina di diverso nominativo, è necessaria la richiesta di un nuovo parere, in quanto la innovazione del soggetto da nominare non può essere assistita dalla precedente richiesta di parere su un differente designato e rimarrebbe, come tale, priva del parere specifico, anche se questo sia semplicemente obbligatorio e non vincolante.

Il principio è espressamente statuito dalla norma generale riguardante le nomine, proposte o designazioni da parte del Governo (Pres. Consiglio Ministri, Cons. dei Ministri, singoli Ministri) di presidenti e vicepresidenti di istituti e di enti pubblici, anche economici, per le quali è richiesto il parere parlamentare in base alla l. 24 gennaio 1978, n. 14. (*Norme per il controllo parlamentare sulle nomine degli enti pubblici*) nell’art. 6 [*Nomine diverse da quelle indicate nella richiesta di parere*]<sup>49</sup>.

Detto principio, per l’ampio valore sul piano di logica correttezza di rapporti e di leale collaborazione tra istituzioni, deve ritenersi di generale applicabilità in tutti i casi in cui sia richiesto un parere su nomina, quale sia la forza vincolante o meno e il contenuto dello stesso del parere.

soppressioni o accorpamenti di enti, come può facilmente essere rilevato da una consultazione dei siti Camera dei deputati, Senato e Presidenza del Consiglio dei Ministri, Camera dep., XVI legislatura, *Dossier di documentazione, L’attività di controllo parlamentare, monitoraggio di nomine governative*, con ampie indicazioni ed evoluzione del numero degli enti e relative nomine; *Documenti, Temi dell’attività parlamentare, Autorità indipendenti*, con indicazioni sulla indagine conoscitiva e sull’evoluzione normativa; *Lavori, Atti del governo sottoposti a parere*, XVII legislatura, *Temi dell’attività parlamentare, Indice numerico delle richieste di parere parlamentare su proposte di nomine*; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per i rapporti con il Parlamento, XVII legislatura, *al 8/4/2016, n. 41 proposte di nomina deliberate dal Consiglio dei Ministri e da sottoporre al parere delle Camere*, alle quali devono essere aggiunte le proposte di singoli Ministri con altre 37 richieste.

In ordine alla natura degli attuali pareri (in mancanza di previsione costituzionale) delle Commissioni parlamentari ai fini del sindacato giurisdizionale sugli atti di nomina, secondo la giurisprudenza amministrativa v. nota 56 ed in particolare Cons. Stato, IV, 23/11/2011 n. 5144 (ordinanza cautelare n. 01831/2011 reg. prov. cau.), secondo cui “i pareri delle Commissioni parlamentari non importano espressione diretta di autonomia politica, ma concernono comunque generici apprezzamenti di non contrarietà sull’azione della P.A. e, come tali, inserendosi nell’ambito e con le regole tipiche di un procedimento amministrativo, rivestono carattere sostanzialmente amministrativo”.

<sup>49</sup> Ambito esteso alle conferme dei predetti incarichi, con divieto di conferma “per più di due volte” (art. 6, l. n. 14 del 1978, applicabile anche, quanto al “secondo comma, ultimo periodo” agli enti nazionali vigilati dal Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali (art. 3, comma 1 bis. L. 27 febbraio 2009, n. 14, conv. del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207).

- a maggior ragione le anzidette regole si impongono, in modo rigoroso, quando la compartecipazione (*parere, valutazione preventiva, designazione, proposta, concerto*) di altro organo nella nomina sia prevista per legge per ragioni di *garanzia*, in attuazione di principio costituzionale a presidio di *indipendenza* del nominando (o dell'istituto di destinazione), anche di fronte al potere cui è attribuita la nomina stessa<sup>50</sup>; ovvero quando la stessa compartecipazione sia *legislativamente* stabilita per esigenze (anche concorrenti) di una *specificata valutazione* – prevalente su ogni aspetto strettamente politico – di particolari requisiti tecnici-attitudinali (argomentando dal secondo comma dell'art. 57 Cost.), in difetto dei quali vi sarebbe un evidente rischio di compromettere il buon andamento e l'efficienza nelle funzioni da affidare allo stesso nominando;

- in caso di nomina governativa, per la quale sia richiesta la delibera del Consiglio dei Ministri si è instaurata una *prassi*, su intervento del Presidente della Camera, secondo cui è necessario requisito, per l'assegnazione alle Commissioni parlamentari competenti per il parere, il *previo esame in via preliminare del Consiglio dei ministri*, quale organo competente ad adottare in via definitiva l'atto stesso e ciò in coerenza con il rispetto delle competenze e delle responsabilità nell'ambito del Governo<sup>51</sup>.

- accogliendosi il principio che i vincoli posti dalla legge alle nomine, hanno effetto di porre limiti alla relativa discrezionalità e di costituire nel contempo “canoni di legalità” e parametri per un giudizio di legittimità delle scelte relative (Corte cost. sent. n. 81/2012<sup>52</sup>) si apre la possibilità – per rendere effettiva la tutela nelle “sedi appropriate” come indicato nelle surrichiamata sentenza – di un effettivo sindacato giurisdizionale sulle nomine effettuate da organi dello Stato e delle Regioni per quanto attiene – si noti in modo particolare – alla osservanza di specifici i vincoli, previsti dalle varie leggi.

Questi vincoli sono variamente determinati dalle leggi, ma hanno un comune denominatore riguardando, come già accennato, requisiti soggettivi di qualificazione e di esperienza e capacità professionale, nonché criteri di selezione, ovvero esclusioni come limiti negativi, o garanzie procedurali nelle scelte operate.

Tra le garanzie procedurali devono essere poste in primo piano

<sup>50</sup> V. richiamo in nota 45 sul caso della nomina del Pres. del Cons. di Stato.

<sup>51</sup> M.T. LOSASSO, *Nuove tendenze in materia di esame parlamentare di atti del Governo*, cit., 7: v. anche sulle prassi procedurali applicative dei regolamenti parlamentari in materia di pareri su nomine, *ivi*, 14.

<sup>52</sup> *Giur. cost.*, 2012, 1148, *cit.*, nota 1 con richiami.

quelle – previste in via generale per la procedura di richiesta di parere alle Competenti Commissioni parlamentari – attinenti alla trasparenza di metodo e di criteri di capacità professionale e di relative esperienze passate o in via di svolgimento: il tutto dovrebbe essere molto di più di un semplice *curriculum*, essendo prevista anche la finalizzazione agli indirizzi di gestione che si intendono perseguire ( con la scelta) nell’istituto o ente pubblico (art. l. n.14 del 1978).

Tuttavia in passato, nelle reali applicazioni e nelle concrete prassi esecutive, gli anzidetti vincoli non sempre sono stati considerati e attuati puntualmente, essendo state, talvolta, le proposte accompagnate da sole indicazioni di mera routine o in alcuni casi generiche o addirittura manchevoli, specie in ordine alla procedura seguita nella scelta o ai fini degli indirizzi di gestione; molto spesso l’attuazione è risultata limitata ad una semplice indicazione delle norme applicate. In tal modo si è persa una occasione, voluta dal legislatore, di una esternazione dei requisiti di qualificazione attitudinale, in modo da offrire una utile trasparenza nella scelta e una corrispondente possibilità di un effettiva verifica dei requisiti stessi anche alla luce dell’obbiettivo gestorio da conseguire nell’ente secondo indicazione del Governo<sup>53</sup>.

D’altro canto non sono mancati i casi in cui alcune prese di posizione di Commissione parlamentare hanno indotto il Governo a ritirare la proposta, o in cui alcuni profili di dubbio o scarsamente esposti nella proposta sono stati poi chiariti ed ampliati dal Governo ovvero, in casi limitati, in sede di *audizione* del nominando, strumento assai utile (anche per la trasparenza delle scelte e della relativa valutazione), ma introdotto, con una serie di difficoltà iniziali, solo entro i limiti di alcune espresse previsioni normative per Autorità di più recente istituzione. Quanto mai opportuna sarebbe la generalizzazione di tale meccanismo conoscitivo, come facoltà di audizione (di carattere istruttorio), in tutti i casi di previsione di pareri su nomine.

In realtà nell’ambito della attività discrezionale di nomine da parte di un organo pubblico, che sia per legge tenuto a specifici vincoli di criteri o a requisiti o a garanzie procedurali nella scelta, la trasparenza dell’iter e metodo per l’individuazione del nominando e delle giustificazioni della scelta attraverso le relative esternazioni, assume una finalità ben precisa di contribuire all’emergere delle effettive ragioni di talune scelte, come esigenza di far prevalere la realtà rispetto alla forma e allo schema giuri-

<sup>53</sup> V. D. SANTORO, *Il ruolo delle commissioni parlamentari*, cit.

dico di taluni atti. Trasparenza è fare apparire, ossia lasciare vedere, fare conoscere, come mezzo anche per fare partecipare, consentire la verifica e rendere la *res pubblica* come casa di vetro, in cui si possa vedere – per quanto qui interessa – come si raccolgono gli elementi necessari per determinare le scelte e quali sono le specifiche ragioni e le giustificazioni relative e gli interessi effettivamente in gioco<sup>54</sup>.

Se le giustificazioni e l'iter della scelta non appare completamente, troppo spesso avviene, non tanto per pigrizia, ma perché non può apparire, un quanto non degno di essere manifestato e non confessabile, essendo indice di difetto di imparzialità o di uso del potere per fini non pubblici generali, ne tantomeno esternabili.

In modo nettamente distinto e più complesso si pone il problema di un eventuale sindacato giurisdizionale, quando la nomina, nei limitati casi previsti<sup>55</sup>, provenga da atto dei Presidenti della Camera e del Senato,

<sup>54</sup> Cfr. RI. CHIEPPA, *Trasparenza come regola della pubblica amministrazione, Il diritto dell'economia*, Modena 1994, 613; *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.* 1996, 2500.

<sup>55</sup> V. ad es. di nomine adottate dai Presidenti della Camera e del Senato: decreto d'intesa, nell'ambito di un elenco di dieci soggetti indicati dalle Commissioni parlamentari competenti in materia di finanza pubblica a maggioranza dei due terzi dei rispettivi componenti, secondo modalità stabilite dai Regolamenti parlamentari, relativamente ai membri, compreso Presidente, dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio (UPB) (art. 16, legge n. 243/2012, legge rafforzata); determinazione adottata d'intesa, per il Presidente, e componenti AGCM (art. 10.2, legge n. 287/90).

Da rilevare che, nel caso dell'UPB, possono difficilmente riavvisarsi ipotesi di lesione di posizioni giuridicamente tutelate di soggetti privati in relazione alle funzioni svolte (dallo stesso UPB) di ausilio interno alle funzioni delle Camere (sulla natura, con esclusione di effetti verso l'esterno dell'UPB, v. RI. CHIEPPA, *L'art. 81 della Costituzione ed evoluzione delle funzioni della Corte dei Conti nella legislazione e nella giurisprudenza costituzionale*, in *La Corte dei conti fra controllo e giurisdizione: quale futuro in Europa?*, in *Atti convegno di studi in memoria di M. Vari*, Corte dei Conti, 1 luglio 2015, Roma 2015, 26).

Inoltre in ciascuno dei casi predetti sono rispettivamente richiesti dalla legge specifici requisiti attitudinali: tra persone di riconosciuta indipendenza e comprovata competenza ed esperienza in materia di economia e di finanza pubblica a livello nazionale e internazionale: Ufficio Parlamentare di Bilancio (UPB) (art. 16, legge n. 243/2012, legge rafforzata); tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo: Presidente AGCM; tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità: componenti AGCM (art. 10.2, legge n. 287/90).

Per una critica del sistema di nomina v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze 1997, 183, con dubbi sulla possibilità di affidamento

cioè da una autorità che soggettivamente dovrebbe essere normalmente al di fuori da istituzionali funzioni di pubblica amministrazione.

Eppure si tratta di atti di nomina non relativa ad organo costituzionale, né ausiliario o strumentale delle Camere stesse, e neppure di atti collegati direttamente ed immediatamente a Costituzione o a leggi costituzionali e alle funzioni in esse previste in quanto coinvolgenti attività di direzione suprema della cosa pubblica, né tantomeno di atti caratterizzati da assoluta libertà nei fini o da immunità da vincoli di legge in quanto “atti politici”<sup>56</sup>.

con legge ordinaria, a parte la conseguente esclusione da sindacato giurisdizionale anche in caso di rimozione, ove i detti provvedimenti siano ritenuti estranei alla attività di amministrazione. V. anche sul sistema di nomina A. AQUECI, *Autorità amministrative indipendenti e progetti di riforma*, Cap. II, 3, *Parziale indipendenza delle autorità dal governo*, Diritto&Diritti, dicembre 2003

<sup>56</sup> Significativa è la presa di posizione, da parte della giustizia amministrativa, sui limiti dell’ambito di “atto politico”, sia pure, in origine, in caso di nomina con d.P.R. previo parere delle Commissioni parlamentari, relativo a componente di Autorità di regolazione del settore postale, con l’affermazione che hanno «natura politica solo gli atti che sono riferibili a organi costituzionali dello Stato, collegati immediatamente e direttamente alla Costituzione e alle leggi costituzionali, nei quali si estrinsecano l’attività di direzione suprema della cosa pubblica e l’attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si esprime nel rispetto degli interessi del regime politico canonizzati nella Costituzione; detti atti non costituiscono attuazione dell’ordinamento, ma sono espressione di una funzione diversa, libera nei fini e per tal motivo sono sottratti al sindacato del giudice amministrativo (Tar Lazio, Roma, II ter, 28 maggio 2001, n. 5076). Una siffatta qualificazione viene tuttavia esclusa per gli atti di nomina alle cariche dirigenziali dell’Amministrazione dello Stato o alle alte cariche pubbliche, per i quali, sulla scorta di un’attenta e seria valutazione del possesso dei prescritti requisiti in capo al designando, la scelta cade sul soggetto ritenuto più adatto a ricoprire una certa carica, in vista del rispetto di obiettivi essenzialmente programmatici; la giurisprudenza colloca tali atti nel novero degli atti di alta amministrazione (Cons. Stato, VI, 10 agosto 1993, n. 566; id., IV, 22 maggio 1997, n. 553; id., 3 dicembre 1986, n. 824; id., 14 aprile 1981, n. 340)», così la sent. Tar Lazio, sez. 1, 5 marzo 2012, n. 2223, *www.aranagenzia.it* > Home > Marzo 2012 > Sentenze, e in *www.cosioglioregionale.piemonte.it*- notiziario giuridico legale, infoleg scheda n. 56. richiamata anche da R. GAROFOLI, *Lezioni di diritto amministrativo, Questioni, sentenze, approfondimenti*, vol. 2, Roma 2014; D. BOLOGNINO, *Il caso delle nomine dei membri del collegio dell’Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale. L’AGA fa chiarezza sulla natura e sindacabilità dell’atto di nomina*, Astrid Rassegna, 2012, 1; da F. BILANCIA, *Ancora sull’atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, 2012, 1168; e da M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, vol. I, 331, nota 92 con ampi richiami sull’atto politico.

Da rilevare che l’anzidetta sentenza del Tar Lazio era stata preceduta da un travagliato iter cautelare: infatti con ordinanza n. 3075/2011 del 31 agosto 2011, lo stesso Tar Lazio aveva respinto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati, motivando: «il procedimento di emanazione dell’atto di alta amministrazione relativo alla no-

Sono, invece, atti di nomina producenti i loro effetti all'esterno delle

mina del collegio dell'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale, disciplinato dall'art. 2 comma 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, come sostituito dall'art. 1 comma 2 del d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58, non stabilisce, ai fini delle proposte di designazione rimesse al Ministro dello sviluppo economico, acquisizione di "candidature" e connesse valutazioni di natura comparativa, limitandosi a fissare i requisiti soggettivi dei designati, e quindi connotando di amplissima discrezionalità tanto l'individuazione dei designati». I provvedimenti impugnati venivano, invece, sospesi, a seguito dell'appello cautelare spiegato dal ricorrente, con ordinanza del Cons. di Stato, IV, 23/11/2011 n. 5144 (ordinanza cautelare n. 01831/2011 reg. prov. cau.), secondo cui «i pareri delle Commissioni parlamentari non importano espressione diretta di autonomia politica, ma concernono comunque generici apprezzamenti di non contrarietà sull'azione della P.A. e, come tali, inserendosi nell'ambito e con le regole tipiche di un procedimento amministrativo, rivestono carattere sostanzialmente amministrativo».

Alla anzidetta sentenza del Tar Lazio, sez. 1, 5 marzo 2012, n. 2223, si è richiamata la successiva sent. dello stesso Tar Lazio, 1, 30 dicembre 2014 n. 13293, in occasione di ricorso proposto da Adusbef, Codacons e Federconsumatori ed altri, contro a nomina di due componenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per superare l'eccezione di difetto assoluto di giurisdizione sollevata dalla difesa erariale: il Tar, dopo avere riprodotto integralmente le precedenti argomentazioni ha precisato: «Il Collegio, quindi, in relazione alla determinazione impugnata, rileva che con tale atto si è manifestata una scelta – in base al verificato possesso dei requisiti di legge – di soggetti ritenuti più adatti a ricoprire quella carica in vista del rispetto degli obiettivi programmatici posti nella disciplina di settore e, di conseguenza, esso non si palesa come espressione di un'attività libera "nei fini", ma come una attività di "alta amministrazione", come tale sottoposta alla disciplina generale degli *atti amministrativi*, dato che non è la *configurazione "soggettiva"* di colui (o di coloro come nel caso di specie) che adotta(no) l'atto a rilevare per qualificare la natura del medesimo, ma la consistenza "oggettiva" e funzionale dell'atto stesso», dichiarando poi il ricorso inammissibile per difetto legittimazione dei ricorrenti.

In precedenza lo stesso Cons. di Stato in ordine alle nomine di componente dell'AG-COM aveva ritenuta la propria giurisdizione, sia pure ai fini cautelari: Cons. Stato, IV, 29/04/2011, ordinanza in sede di appello contro ordinanza cautelare Tar Lazio n. 179/2011, *infra*, con la seguente motivazione: «considerato che, nei limiti della sommaria cognizione cautelare, appare sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che le attribuzioni del Senato in merito alla nomina del componente dell'autorità indipendente provengono da una norma di legge ordinaria, e come tale estranea alle attribuzioni costituzionali del Senato, e che la funzione svolta è di carattere sostanzialmente *amministrativo*; considerato che, in disparte i profili di legittimazione della parte appellante e ricorrente in primo grado, non paiono emergere profili di fondatezza del ricorso, in merito al possesso dei requisiti necessari da parte del soggetto nominato dal Senato; considerato che la novità della questione impone la compensazione delle spese tra le parti».

L'ordinanza del Tar Lazio, impugnata avanti al Cons. di Stato, invece, era stata estremamente cauta nella affermazione della propria giurisdizione su nomine di componenti di Autorità indipendenti derivanti da partecipazione del Senato: v. la motivazione di rigetto di sospensiva Tar Lazio III ter 14/01/2011, ordinanza n. 179/2011 reg. ord. cau. relativa a ricorso per l'annullamento del dPR del 30/08/10 recante la nomina di componente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e della delibera del Senato della Repubblica avvenuta nella seduta n. 414 del 28/07/2010, «Considerato che sussistono

Camere e delle relative attività, e con valore di investitura di funzioni di vertice di un organismo (Autorità indipendente) destinato ad operare al di fuori delle attribuzioni delle Camere stesse e per un periodo tutt’altro che occasionale o esaurientesi in un immediato contesto.

L’affidamento da parte del legislatore ordinario della determinazione della nomina ai Presidenti delle Camere dovrebbe avere una prevalente funzione di garanzia meramente personale per l’autorevolezza e il prestigio della carica di Presidente, accompagnato da un elemento di imparzialità, per sottrarre la scelta da una diretta ingerenza governativa<sup>57</sup>.

Questo, di per sé, non esclude la possibilità che il potere di designazione-nomina possa essere qualificato, dal punto di vista obiettivo sostanziale – tenuto conto dei limiti all’ampiezza della discrezionalità in base ai vincoli – alla stessa stregua di tutte le più rilevanti nomine di vertice di istituto o organo pubblico, per i quali lo stesso legislatore abbia determinato analoghi vincoli di requisiti attitudinali.

Identica è la volontà del legislatore ordinario di prescrivere espressamente limiti alla discrezionalità (anche politica) e conseguenti parametri di valutazione anche dall’esterno. non escludendo, per ciò stesso, la possibilità di sindacato “nelle sedi appropriate”<sup>58</sup>.

dubbi sul sindacato del giudice amministrativo in ordine alla elezione di componente di Autorità indipendente ai sensi dell’art. 1, comma 3, legge 249/1997, promanando dal Senato della Repubblica nell’ambito delle proprie prerogative parlamentari; Ritenuto, peraltro, che il lamentato danno non ha consistenza di attualità e che, pertanto, non sussistono i presupposti per accogliere la chiesta misura cautelare».

<sup>57</sup> Anche se è venuta meno quella sorta di convenzione nella nomina dei Presidenti delle Camere con espressione alternata della maggioranza e dell’opposizione, esistente al momento della previsione normativa dell’affidamento ai Presidenti delle camere (M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994, 166, e *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari 2007, 166), con la conseguenza che non vi sarebbe più il significato iniziale dell’investitura originaria dei Presidenti delle Camere con esaltazione della politica nella sua forma più elevata, paragonabile a quella che scaturisce dalle decisioni di rango formalmente costituzionale; M. MANETTI, *Autorità indipendenti e parlamenti nazionali nell’Unione europea: alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, in *Nomos*, 2015, 1; *Le modalità di elezione e i poteri di nomina: la drammatica assenza di nuove regole per il ruolo dei Presidenti*, in *Il Filangieri. Quaderno*, 2013, 165.

Tutto ciò può rappresentare un rischio di coinvolgimento in responsabilità politica, tale pericolo è sottolineato da F. SORRENTINO, *Presidente della Repubblica e Presidenti delle Camere*, in M. LUCIANI e M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna 1997, 167 ss.; in senso contrario ad esclusione di assunzione di responsabilità politica S. LABRIOLA, *Le autorità indipendenti (note preliminari)*, in S. LABRIOLA S. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione del diritto pubblico italiano*, Milano 1999, 12 s.

<sup>58</sup> Per le diverse opinioni in materia v. C. NARDELLI, *Il potere di nomina delle Autorità*

Questo dovrebbe essere considerato in uno Stato di diritto e in una

*indipendenti dei Presidenti di Camera e Senato della Repubblica italiana: un modello ormai superato?*, in *Amministrazione in cammino*, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet”, 2007, <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>, 12 luglio 2007, con ampio esame sulle evoluzioni delle Autorità, sui sistemi di nomina e i relativi dubbi e contestazione in singoli casi, con accenni anche alle prassi; F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, *Forum-quadernicostituzionali.it*, in particolare par. 3 e 4, che si richiama al dibattito, esistente per le nomine di competenza dei Presidenti delle Camere, in ordine alla sindacabilità in sede giurisdizionale: in realtà esistono diversi orientamenti di chi la esclude invocando “la suggestione dell’atto politico”, ovvero la natura di atti costituzionali discrezionali vincolati nel fine (requisiti strumentali al perseguimento degli obiettivi), o di chi argomenta dalla natura di atti di alta amministrazione o ancora di chi configura tali atti come insuscettibili di situazioni soggettive rilevanti; e valutabili solo attraverso i mezzi e gli istituti nei quali si concreta il controllo politico sull’attività degli organi costituzionali, con il rischio di alterare il ruolo di organi parlamentari imparziali: o di coloro che “li intendono come atti formalmente parlamentari e sostanzialmente amministrativi, attrezzandoli così alle specifiche esigenze di tutela giurisdizionale”; v. G. D’AURIA, *Esiste un giudice per le nomine a componente delle autorità indipendenti?*, in *Foro italiano*, 2008, 1, p. 1347, nota a Tribunale di Roma 2 maggio 2007; M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti*, in *Rass. parlamentare*, 2007, 297, e in *associazioneidecostituzionalisti.it*, nel senso della natura costituzionale e dell’applicabilità del principio degli *interna corporis acta*, praticamente sottratti al controllo giurisdizionale quando si tratti di nomina congiunta da parte dei Presidenti delle Camere – in quanto sia non sindacabili, sia per la loro provenienza, sia per la mancanza di procedimentalizzazione, sia per la genericità dei requisiti previsti dalle leggi, che implicano una valutazione difficilmente sindacabile, ma, in definitiva, si manifesta molto critica verso questo assetto normativo – con richiamo anche alla ord. Cons. Stato, VI, 9 giugno 1998 di rigetto dell’appello contro l’ordinanza di reiezione della sospensiva, avente ad oggetto nomine anzidette, che non ha ritenuto inammissibile, ma semplicemente respinto l’appello proposto contro l’ordinanza di reiezione della sospensiva, nonché (in nota 15) a. due sentenze del Tar Lazio, Sez. I, 26 ottobre 2005 (data udienza, pubblicate il 6 dicembre 2005, v. *infra*), facenti, invece, espressamente salve le questioni attinenti alla sindacabilità di simili nomine; v. anche M. MANETTI, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in *Rass. Dir. Pubbl. europeo*, 2015, 351, sui sistemi delle nomine delle Autorità indipendenti e sui relativi mutamenti, con abbandono di modalità particolarmente garantistiche, nonché sul recupero della politica nelle designazioni, con una logica partigiana e politicizzazione in senso deterioro, comprese quelle affidate ai Presidenti delle camere e al Governo, 355 ss., accompagnate da limitata attenzione alla competenza professionale con richiamo a contenzioso avanti al Tar Lazio (ud. 26 ottobre) 6 dicembre 2005 n. 13160 e 13163; sul punto v. l’evoluzione giurisprudenziale in nota 56.

Esclude, senz’altro, la possibilità di sindacato giurisdizionale sulle nomine effettuate dai Presidenti delle Camere, M. CLARICH, *L’AGCOM come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust: l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza*, Torino 2010, 245.

V., anche alla luce della sopravvenuta sent. Corte cost. n. 81/2012, *Giur. cost.*, 2012, 1148, cit., le possibilità di utilizzare, in senso restrittivo – più consoni ai principi di tutela e garanzia, contro ogni forma di prevalente tendenza autoritaria accentratrice di potere,

democrazia caratterizzata da pluralità di centro di poteri e da possibilità per tutti di agire in giudizio, un ragionevole equilibrio tra il ruolo di Presidente delle Camere attribuito con legge ordinaria al di fuori delle funzioni proprie parlamentari, la trasparenza delle pubbliche attività e correlata tutela delle posizioni giuridicamente protette, tenendo presente che la eventuale tutela giurisdizionale nei casi suindicati non può interferire, in alcun modo, sul merito (residuale) delle scelte nelle nomine, ma deve restare circoscritto, in sede di contestazioni giurisdizionali alle violazioni degli specifici vincoli posti dal legislatore alla discrezionalità delle singole scelte.

Infine occorre porre in rilievo che un’eventuale soluzione che voglia escludere, in via di principio, ogni sindacato giurisdizionale su atti dei Presidenti delle Camere, anche se posti al di fuori dell’attività parlamentare e non riguardanti funzioni proprie del Presidente della Camera o della stessa Camera di appartenenza, difficilmente potrebbe, a sua volta, eliminare una possibilità di tutela giurisdizionale – certamente con maggiori dubbi per la certezza del diritto e la stabilità e la stessa autonomia dell’Autorità indipendente<sup>59</sup> – a che, in occasione di contestazione giurisdizionale di un atto, proveniente da organo, cui abbia partecipato il soggetto nominato in violazione di detti vincoli, possa essere dedotto, come

previsti in Costituzione – ai fini di individuazione degli atti politici, come tali sottratti a sindacato giurisdizionale amministrativo, la evoluzione dei criteri distintivi relativi alla natura dell’atto e alla caratteristica nell’area costituzionale (distinta da quella amministrativa) in quanto relativa a rapporti tra organi costituzionali o a sicurezza o prerogative ed interessi essenziali dello Stato, alla libertà nel fine dell’atto collegata a competenza costituzionale, a “attività di governo”, quale esercizio diretto ed immediato di disposizione formale della Costituzione con discrezionalità politica assoluta, alla interdipendenza tra atto politico e funzione di indirizzo politico, che può trarsi da E. CHELI, *Atto politico e funzione d’indirizzo politico*, Milano 1961, 7 ss, 22, 29, 36, 52, 87, 111, 180 s., 200.

Di conseguenza il potere di nomina di taluni componenti di attività indipendenti, affidato nell’originario intendimento del legislatore, alle persone che rivestono le cariche di Presidente delle Camere, per mera funzione di garanzia per rafforzare l’indipendenza (genetica) di fronte al Governo e alle “forze di maggioranza”, in quanto non collegato a funzioni proprie delle Camere stesse o a previsioni di attribuzioni contenute in Costituzione, non differisce nella natura a quello, affidato ad altri organi, di nomina di alte cariche pubbliche, in quanto soggetto a specifici vincoli nella scelta delle persone da nominare. Nelle limitate specie considerate si tratta di atto di preposizione alla gestione di vertice di organismi esercitanti funzioni amministrative e di regolazione, come tali sindacabili in sede giurisdizionale entro il confine dell’osservanza dei vincoli e limiti posti specificamente alle nomine da disposizioni di legge.

<sup>59</sup> L’autorità e in particolare il nominato potrebbe essere esposto ad indirette intimidazioni o remore, senza limiti di tempo per tutta la durata del mandato, in caso di discu-

strumento di chiusura della tutela giurisdizionale (in mancanza di preferibili rimedi di impugnazione diretta), anche il vizio di irregolare composizione dell'organo stesso<sup>60</sup>; di conseguenza risulterebbe sindacabile, in sede giurisdizionale, la legittimità della preposizione all'ufficio e dell'esercizio delle relative funzioni anche senza la caducazione con effetti generali dell'atto di nomina.

tibili o contestabili valutazioni sulla esistenza dei requisiti e/o garanzie procedurali per la nomina.

<sup>60</sup> Cfr. per un interessante riferimento in ordine al profilo della *sindacabilità incidentale*, se connesso all'impugnazione di eventuali provvedimenti lesivi emanati dall'autorità G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell'editoria e della*

GIUDIZIO SULL'ATTO, GIUDIZIO SUL RAPPORTO:  
UN AGGIORNAMENTO SUL TEMA\*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Interessi oppositivi e giudizio di annullamento. – 3. La problematica relativa al “dedotto” e al “deducibile”. – 4. Interessi pretensivi e giudizio di annullamento. – 5. Interessi pretensivi e giudizio di adempimento. – 6. Cenni conclusivi.

1. *Cenni introduttivi*

Si legge sovente in dottrina<sup>1</sup> e in giurisprudenza<sup>2</sup> che il nostro giudizio amministrativo di legittimità si sarebbe trasformato da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto<sup>3</sup>. Il che appare rassicurante dal punto di vista della satisfattorietà della tutela, ma merita almeno talune precisazioni e soprattutto un'attenta verifica.

\* Il saggio prende spunto dalla relazione presentata nelle “*Giornate di studio sulla giustizia amministrativa (profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa)*”, tenutesi a Siena, Certosa di Pontignano, il 13-14 maggio 2016.

<sup>1</sup> Cfr., ad esempio, A. ROMANO TASSONE, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in *Giustamm*, 2006, n. 6.

<sup>2</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3, punto 3.1, e Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, punto 6.4.1., entrambe però con la precisazione che ciò vale “*ove non si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate all'amministrazione*”.

Cfr. anche Cass., Sez. Un. 23 dicembre 2008, n. 30254; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 19 dicembre 2014, n. 6846 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 28 luglio 2014, n. 4339 (entrambe con la precisazione che si tratta di un giudizio sulla spettanza del bene della vita); T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428; Sicilia, Palermo, sez. II, 9 marzo 2009, n. 494; ecc.

<sup>3</sup> In senso solo apparentemente contrario M. CLARICH, in *Il Processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano 2011, sub. art. 29, 272, dato che nella prima versione del nuovo Codice era stata espunta l'azione di adempimento, ritenuta dall'Autore essenziale per superare la tradizionale impostazione del giudizio sull'atto.

Quanto alle precisazioni, occorre anzitutto chiarire cosa si intenda (e anche cosa la giurisprudenza intenda) per rapporto amministrativo<sup>4</sup>. Anche perché di esso sono state fornite nozioni eterogenee<sup>5</sup> e talvolta è stata utilizzata l'espressione "*giudizio sul rapporto*" solo per accreditare un approccio sostanzialistico della decisione<sup>6</sup>, ovvero per affermare l'estensione della cognizione al "fatto"<sup>7</sup>.

Per rapporto amministrativo intendiamo la relazione che si instaura tra l'Amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e il singolo cittadino, che, in quanto destinatario o possibile destinatario di tale esercizio<sup>8</sup>, possa vantare una situazione di interesse legittimo. Assumen-

<sup>4</sup> Tanto più se si considera che il concetto è stato autorevolmente criticato da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 240: «mette conto osservare che non sembra si possa parlare di "rapporto" in senso stretto e proprio per indicare la relazione fra l'amministrazione e il cittadino. Gli interrogativi al riguardo sono molti. Il "rapporto" fra quali elementi si instaurerebbe? fra il potere dell'amministrazione e l'"attesa" del cittadino? o fra il primo e i poteri strumentali del secondo? l'attuale diritto amministrativo sostanziale consente di stabilire fra interesse legittimo e potere dell'amministrazione una relazione giuridica del tipo diritto soggettivo-obbligo? Lo escluderei...».

<sup>5</sup> M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, in particolare, 216 e ss.; F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A.L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012.

Per una particolare applicazione di specie, cfr. di recente, Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2016, n.939. Cfr. anche T.A.R. Toscana, 5 febbraio 2014, n. 252, che parla di giudizio sul rapporto a proposito del giudizio in materia di accesso ai documenti.

<sup>6</sup> Cfr., ad esempio, T.A.R. Lombardia, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, che manifesta di voler superare il modello processuale ancorato al "giudizio sull'atto".

<sup>7</sup> Acquisizione, quest'ultima, non più in discussione. Cfr. Cons. Stato, Ad plen., 15 gennaio 2013, n.2, che ha così puntualizzato: "Poiché il cpa abilita all'utilizzo di mezzi di accertamento relativi alla esistenza dei presupposti della pretesa e non alle mere modalità di esercizio dell'azione amministrativa, consegue che sempre di più l'azione davanti al giudice amministrativo sia qualificabile come avente ad oggetto direttamente il fatto, senza doversi limitare all'esame tramite il prisma dell'atto...".

"Da ciò discende che l'accertamento definitivo del giudice relativo alla sussistenza di determinati presupposti relativi alla pretesa del ricorrente non potrà non essere vincolante nei confronti dell'azione amministrativa (di recente C.d.S., VI, 19 giugno 2012, n. 3569 ha affermato che l'ampiezza dell'accertamento sostanziale contenuto nella sentenza passata in giudicato condiziona gli spazi di applicabilità anche della normativa sopravvenuta): tale assetto appare, oltretutto, coerente con l'impostazione soggettiva dell'azione giudiziale amministrativa in precedenza richiamata e in linea con l'orientamento interpretativo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui l'amministrazione, in sede di esecuzione di una decisione esecutiva del giudice amministrativo, non può rimettere in discussione quanto accertato in sede giurisdizionale (in questo senso, cfr. CEDU, 18 novembre 2004, Zazanis c. Grecia)".

<sup>8</sup> Si tratta di un requisito necessario, ma non sufficiente nel quadro della ricostruzione sostanziale e finale dell'interesse legittimo.

do per interesse legittimo una situazione sostanziale e finale (pretesa all'acquisizione o alla conservazione di un bene della vita) e non strumentale (pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, accompagnata o meno dalla finalità di poter così eventualmente conseguire o conservare il bene della vita).

Per giudizio sul rapporto intendiamo – e così pare essere inteso dalla giurisprudenza<sup>9</sup> – un giudizio che consenta di stabilire se sia fondata o meno detta pretesa al bene della vita (e, dunque, la pretesa all'emissione o non emissione di quel particolare provvedimento amministrativo, che tale risultato consente di conseguire<sup>10</sup>). Un giudizio, in altri termini, ido-

Necessario, perché la situazione sostanziale non può appartenere a *quivis de populo* e occorre pertanto soddisfare anche un requisito di imputazione soggettiva (c.d. posizione legittimante), che in linea di prima approssimazione si può individuare proprio nella possibile destinatarietà (diretta o indiretta) dell'esercizio del potere e, dunque, del provvedimento una volta emesso.

Non sufficiente, perché i presupposti e i requisiti a loro volta necessari per l'esistenza della figura sono ben altri e più numerosi, come si esporrà a breve nel testo.

Sul tema si segnala Cons. Stato, sez. IV 16 febbraio 2012, n. 812, che si è espresso nei seguenti termini: “le caratteristiche di “personale” e “diretto”, che devono assistere l'interesse legittimo, svolgono, sul piano sostanziale, anche il ruolo di definire l'ambito della (possibile) titolarità della posizione giuridica, il riconoscimento e tutela della medesima da parte dell'ordinamento giuridico.

Nell'ambito della situazione dinamica in cui si pone l'esercizio del potere amministrativo, dunque, l'interesse è “personale” in quanto esso si appunta solo in capo al soggetto che si rappresenta come titolare, non è trasferibile né è consentito al soggetto ampliarne o comunque modificarne l'ambito di titolarità (inter vivos o mortis causa); ed è altresì (inscindibilmente con la prima caratteristica), anche “diretto”, *in quanto il suo titolare è posto in una relazione di immediata inerenza con l'esercizio del potere amministrativo (per essere destinatario dell'atto e/o per avere nei confronti dell'atto una posizione opposta (speculare) a quella del destinatario diretto)...*” (corsivo aggiunto).

<sup>9</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812, cit., che fa proprie affermazioni della precedente pronuncia della stessa Sezione (3 agosto 2011, n. 4644), del seguente tenore: “non possono esservi posizioni di interesse legittimo nei confronti della Pubblica amministrazione in esercizio del potere amministrativo conferitole dall'ordinamento, che non siano quelle (e solo quelle) che sorgono per effetto dello stesso statuto normativo del potere, *nell'ambito del rapporto giuridico di diritto pubblico*, (pre) configurato normativamente” (corsivo aggiunto).

Più di recente – nell'appello promosso avverso la sentenza del T.A.R. Lombardia citata in nota 6 – è stato precisato che il giudizio sul rapporto “*attiene al rapporto che si instaura tra Pubblica amministrazione e soggetto privato in occasione dell'esercizio del potere provvedimentale da parte della prima, e consente di valorizzare la relazione potere amministrativo (e sua legittimità)-posizione sostanziale di interesse legittimo, al di là del mero esame formale dell'atto e dei suoi eventuali vizi di legittimità*” (Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808).

<sup>10</sup> Tra pretesa al provvedimento favorevole e pretesa al bene della vita vi è la mede-

neo a definire chi abbia ragione e chi torto in ordine alla spettanza di detto bene, dirimendo così il conflitto sostanziale tra le parti<sup>11</sup>.

Si tratta dell'approccio ricostruttivo più difficile, rispetto alla verifica che segue (nel caso di interesse strumentale, infatti, il giudizio sarebbe sempre in grado di definire chi ha ragione e chi torto, ma con riferimento non già ad un bene della vita, sibbene ad una mera qualificazione giuridica dell'atto amministrativo, la legittimità, che costituisce l'altra faccia della medaglia dei vizi dedotti nel giudizio medesimo). E tuttavia non si può prescindere dalla configurazione sostanziale e finale<sup>12</sup> della situazione giuridica correlata con l'esercizio della potestà amministrativa, non solo per le ragioni esposte reiteratamente e in varie sedi<sup>13</sup>, ma anche per il pieno accoglimento di detta configurazione da parte della giurisprudenza sia del Giudice amministrativo, sia del Giudice ordinario.

Particolarmente significativa, a quest'ultimo proposito, è l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 4 settembre 2015, n. 17586, che ha rivisitato approfonditamente la tematica, giungendo alla conclusione che *“È vero che il privato che chiede alla pubblica amministrazione un provvedimento facendo valere l'interesse pretensivo ad ottenerlo confida nello svolgimento dell'attività della p.a. in modo legittimo, ma tale svolgimento ... non individua il contenuto e l'oggetto della situazione giuridica fatta valere.*

*Contenuto ed oggetto che sono espressi invece dall'interesse positivo ad ottenere il provvedimento, sicché l'oggetto della situazione di interesse pre-*

sima intrinseca coincidenza che sussiste, sul piano processuale, tra petitum immediato e petitum mediato, con la sola differenza che, nel primo caso, la pretesa è rivolta sempre nei confronti del medesimo soggetto (l'amministrazione), mentre nel secondo caso essa è rivolta ora al giudice (petitum immediato), ora alla controparte (petitum mediato).

<sup>11</sup> Tenuto conto poi che la pretesa del singolo cittadino può essere coincidente, concorrente o contrastante con quella di altri destinatari del medesimo esercizio del potere (che dovrebbero essere tutti parte del medesimo giudizio). In tal caso l'accertamento finisce per riguardare tutti i rapporti così instaurati (ovvero, se si crede, il rapporto multipolare venutosi a creare).

<sup>12</sup> E ciò riguarda anche quegli interessi “strumentali”, in cui l'utilità consiste nel riesercizio del potere (ad esempio, quando “si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto”: cfr. Cons. Stato, Ad Plen. 25 febbraio 2014, n. 9). Ma, come si vedrà, tale utilità strumentale riguarda l'interesse a ricorrere e non la situazione giuridica soggettiva, che, anche nel caso esemplificato, consiste nella pretesa all'affidamento del contratto e, dunque, al conseguimento di un bene della vita e non al mero annullamento (strumentale) del primo affidamento, che è passaggio necessario per detto conseguimento.

<sup>13</sup> A cominciare da *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980.

*tensivo non si può identificare nella postulazione a che si provveda legittimamente dall'Amministrazione, ma si deve identificare nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell'interesse*<sup>14</sup>.

Va da sé che anche l'interesse legittimo oppositivo non può che essere ricostruito analogamente (interesse alla conservazione del bene della vita e, dunque, pretesa alla non emissione dell'atto amministrativo prefigurato nel procedimento, che quell'interesse potrebbe pregiudicare<sup>15</sup>). E, tenuto conto della funzione nomofilattica del Supremo Collegio, si può dire, ponendolo alla base dell'indagine che segue, che il diritto "vivente" (o comunque una parte significativa dello stesso) configura l'interesse legittimo come situazione di vantaggio di carattere finale, in quanto diretta alla acquisizione o alla conservazione di un bene della vita<sup>16</sup> e,

<sup>14</sup> Come si può constatare vi è una precisa presa di posizione a favore della tesi dell'interesse legittimo come interesse finale e non strumentale. Di quest'ultimo si prende carico l'ordinanza laddove precisa che "L'interesse legittimo pretensivo, infatti, sebbene considerato come situazione strumentale secondo la tipica natura dell'interesse legittimo lo è sempre nel senso che si tratta di situazione giuridica di vantaggio per il privato nella sua proiezione rivolta alla consecuzione del provvedimento e non certo in quella di situazione che sia indifferente a tale consecuzione ed abbia come oggetto e contenuto il provvedere della p.a. in modo legittimo e non il provvedere in modo positivo". E il concetto è ulteriormente ribadito nel senso che "quell'interesse, per la sua natura pretensiva, era non già l'interesse legittimo all'agire legittimo della p.a., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo".

Il tutto con la conclusione che "non è condivisibile l'idea che, nell'ipotesi del venir meno del provvedimento favorevole illegittimo su cui il beneficiario aveva fondato il suo affidamento e, quindi, il suo agire oneroso, sia l'interesse legittimo pretensivo ch'egli aveva chiesto alla p.a. di soddisfare la situazione giuridica soggettiva lesa da danno ingiusto". A tale conclusione si potrebbe giungere "solo se l'interesse legittimo pretensivo si identificasse come situazione giuridica non già con l'interesse all'emanazione del provvedimento favorevole (sebbene all'esito dell'esercizio del potere della p.a.) e, dunque, in un interesse da soddisfarsi con la sua adozione se ne sussistano le condizioni, bensì nel mero interesse a che la p.a. provveda sulla richiesta esercitando un'attività legittima".

<sup>15</sup> Del resto la recente pronuncia n.17586 del 2015 delle Sezioni Unite manifesta coerenza e continuità con la ben nota sentenza delle medesime Sezioni Unite n. 500 del 1999, che distinguevano interessi oppositivi e pretensivi, "secondo che la protezione sia conferita al fine di evitare un provvedimento sfavorevole, ovvero per ottenere un provvedimento favorevole".

<sup>16</sup> Ben diversa è la concezione dell'interesse legittimo, che traspare dalla recente sentenza della Corte di Giustizia 5 aprile 2016, in causa C-689/13. In tale occasione, infatti, la posizione del primo e del secondo classificato in una gara d'appalto – che reciprocamente lamentavano l'inammissibilità dell'altrui offerta – è stata qualificata come "interesse legittimo all'esclusione dell'offerta altrui", così travisando chiaramente i connotati della situazione giuridica soggettiva, che, per essere tale, deve riguardare un bene della vita (nella specie, l'interesse ad ottenere l'aggiudicazione) e non un interesse meramente negativo ed emulativo a danneggiare un proprio concorrente (da qui poi le ulteriori im-

così, alla emissione o meno di un determinato provvedimento amministrativo.

Tanto precisato, si può riprendere il discorso sull'attitudine del nostro giudizio amministrativo di legittimità a definire il "rapporto", di cui si è detto e che può essere sintetizzato come rapporto potestà-interesse legittimo. Il che non significa che il giudizio debba pervenire sempre e comunque a tale risultato, ma significa verificare se e quando ciò avvenga e verificare, altresì, se tale risultato sia conseguibile, ove richiesto dalle parti (a cominciare, ovviamente, dalla parte ricorrente).

Che nella realtà della casistica giurisprudenziale il giudizio amministrativo non pervenga sovente alla definizione dell'intero rapporto sulla spettanza del bene della vita è un dato di comune esperienza. Basti considerare che un' (asserita) situazione di interesse legittimo è tutelata non solo da norme (e correlati vizi) sostanziali, ma anche da norma (e correlati vizi) formali o procedurali, che nulla dicono sulla spettanza o meno del bene della vita: e anche se l'art. 21 *octies*, c. 2, della legge 241/90 (su cui si tornerà) ha circoscritto quest'ultima evenienza, essa non è certo venuta meno, anche in considerazione dell'ovvia circostanza che talvolta non è possibile dedurre vizi sostanziali (ad esempio, perché l'amministrazione non ha operato un completo svolgimento dell'esercizio del potere), sicché in mancanza di vizi procedurali e formali non sarebbe possibile neppure creare le condizioni per la deduzione di (eventuali) vizi sostanziali, in caso di riedizione del potere, a seguito dell'annullamento del primo atto.

Tant'è che, a proposito dei presupposti dell'ottemperanza, è stato precisato che *"occorre distinguere, da un lato, le fattispecie che consentono al giudice amministrativo, sulla falsariga di quanto avviene nel processo civile, di svolgere, nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità, un sindacato pieno sul rapporto dedotto nel processo, dall'altro, quelle che non permettono che il sindacato abbia una tale estensione"*<sup>17</sup>.

plicazioni, che hanno portato la Corte a concludere per la possibilità che entrambi detti concorrenti possano essere esclusi all'esito del giudizio, con aggiudicazione a favore di terzi).

<sup>17</sup> Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, che precisa che "La prima evenienza si verifica quando viene, ad esempio, proposta: i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo avente un contenuto vincolato; ii) un'azione di adempimento, contestualmente alla prima, con cui si chiede la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto; iii) un'azione avverso il silenzio, in presenza di una attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere computi dall'amministra-

Ma detta constatazione non fornisce risposta al nostro quesito, che riguarda la capacità del giudizio amministrativo di stabilire una volta per tutte la fondatezza o meno della pretesa sostanziale fatta valere, alla stregua di tutti gli strumenti messi a disposizione delle parti. Quesito non nuovo, ovviamente, ma che merita periodicamente di essere rivisitato. Infatti, nonostante che gli "ingredienti" siano sempre gli stessi (diversa tipologia degli interessi legittimi, vizi formali-vizi sostanziali, attività discrezionale e vincolata, ecc.), l'evoluzione del sistema (a cominciare dalla pluralità delle azioni previste dal nuovo codice) consente di aggiungere nuovi tasselli ad un quadro complessivo, che manifesta indubbiamente una sempre maggiore attenzione alla definizione del rapporto, piuttosto che alla legittimità dell'atto.

Ancora talune precisazioni preliminari, per chiarire quando il rapporto si può dire definito favorevolmente per il cittadino. E allo scopo occorre distinguere tra (asseriti) interessi legittimi pretensivi e oppositivi e a seconda che l'attività sia vincolata o meno.

Nel caso di attività integralmente (*e ab origine*) vincolata, vi sarà interesse legittimo pretensivo se sussistono tutti i requisiti e i presupposti sostanziali<sup>18</sup> previsti dalla legge per l'emissione dell'atto ampliativo; si

zione; iv) un'azione di condanna al risarcimento del danno che presuppone anch'essa, a prescindere dalla natura del potere esercitato, l'accertamento pieno del rapporto.

In questi casi la domanda di cognizione proposta conduce alla formazione di un giudicato idoneo a produrre un vincolo conformativo pieno sull'esercizio della successiva attività dell'amministrazione ovvero a fare sorgere l'obbligo di pagamento della somma risarcitoria" (punto 3 della sentenza).

"La seconda evenienza si realizza con riguardo a fattispecie in relazione alle quali il sindacato del giudice amministrativo non può estendersi all'intero rapporto controverso dovendo, in ossequio al principio costituzionale di separazione dei poteri, rispettare le sfere di valutazione di esclusiva spettanza della pubblica amministrazione.

In particolare, ciò si verifica quando viene, ad esempio, proposta: i) un'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo discrezionale; ii) un'azione avverso il silenzio avente ad oggetto una attività caratterizzata da discrezionalità non ancora esercitata dall'amministrazione.

In questi casi l'azione di cognizione conduce alla formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta lasciando priva di vincoli la futura attività amministrativa che non è stata oggetto di sindacato giurisdizionale. La valutazione circa l'effettiva estensione del giudicato e i consequenziali margini liberi dell'azione amministrativa sono strettamente dipendenti dalla tipologia del vizio riscontrato" (punto 4 della sentenza).

<sup>18</sup> Si tratta di quelle componenti della fattispecie, cui si riferisce, ad esempio, l'art. 19 c. 1 della legge 241/90, per definire (o contribuire a definire) l'attività vincolata, che, riguardando (taluni) atti ampliativi, può essere sostituita (o deve essere sostituita) dalla segnalazione certificata di inizio di attività.

avrà interesse legittimo oppositivo, quando viceversa manchi anche solo un requisito o presupposto sostanziale per l'emissione dell'atto restrittivo. Nel caso di attività discrezionale si avrà interesse legittimo pretenitivo (ad esempio, in relazione alla richiesta di un nulla-osta paesaggistico) quando, oltre a quanto si è detto per l'attività vincolata, non vi siano valide ragioni di interesse pubblico per precludere l'emissione dell'atto ampliativo; si avrà interesse legittimo oppositivo (ad esempio, prospettata trasformazione di una destinazione di zona in termini limitativi per il relativo proprietario), quando, anche sussistendo tutti i presupposti sostanziali per emettere il provvedimento restrittivo, quest'ultimo non risulterebbe sostenuto da valide ragioni di interesse pubblico<sup>19</sup>.

Si può inoltre dire che il giudizio amministrativo è idoneo a definire compiutamente il rapporto, quando in fase di cognizione giunga ad accertare la fondatezza della pretesa del cittadino (e dunque la spettanza del bene della vita), con una pronuncia tale che ogni diversa determinazione dell'amministrazione, nell'esercizio del medesimo potere (e a circostanze immutate), risulti preclusa. Ovvero escluda la fondatezza della pretesa del cittadino, disconoscendo la sussistenza di un interesse legittimo in proposito.

Inoltre, trattandosi di giudizio di legittimità, esso non può ovviamente sostituire le scelte discrezionali dell'amministrazione. Il che, da un lato, comporta che una valutazione di queste ultime non può che avvenire *a posteriori*<sup>20</sup> e nei limiti dell'eccesso di potere e, d'altro lato, fa com-

<sup>19</sup> Secondo una diversa, interessante e recente costruzione, si deve tener conto dell'oggetto "della situazione giuridica che cambia, a seconda che il provvedimento sia vincolato oppure discrezionale. Questo oggetto consisterà nell'applicazione delle regole anzidette, e quindi nell'attribuzione del cosiddetto bene della vita, nel primo caso; nell'attuazione della chance risultante dalla legge, e quindi nello scioglimento del soggetto privato dall'incertezza in cui la stessa legge lo ha lasciato, nel secondo caso. Dove è chiaro che la spettanza di questa chance si reggerà sul fatto costitutivo nascente dalle regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa; mentre l'attuazione dipenderà, oltre che dal riconoscimento del fatto costitutivo, dalla corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche ed essenzialmente di principio, che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale" (L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*", in *Dir. proc. amm.*, 2013, 646.). Con la conseguenza che "Naturalmente, la soddisfazione dell'interesse legittimo, avendo per oggetto la chance legale, e non il c.d. bene della vita, prescinde dall'ottenimento di quest'ultimo bene (restando l'appagamento dell'interesse materiale solo una possibilità)" (*op. cit.*, 662).

<sup>20</sup> Anche in base al precetto che "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" (art. 34, c. 2, c.p.a.), da leggersi in combinato disposto con l'art. 31, c. 3, c.p.a., relativo al divieto del giudice di sostituirsi

prendere la difficoltà di pervenire all'accertamento del rapporto nell'ambito del giudizio di cognizione<sup>21</sup>.

Va soggiunto, infine, che, assumendo a premessa la riferita nozione dell'interesse legittimo (ma le stesse considerazioni potrebbero valere se si ritenesse di poter parlare di "diritto soggettivo", purché con analogo contenuto<sup>22</sup>), anche taluni istituti processuali, configurati sulla falsa riga della concezione strumentale dell'interesse legittimo, andranno adeguatamente rimeditati. Mi riferisco, in particolare, alla *causa petendi*, alle condizioni dell'azione e all'oggetto stesso del giudizio, su cui val la pena di operare talune precisazioni strada facendo.

## 2. *Interessi oppositivi e giudizio di annullamento*

Come in altre precedenti occasioni in cui mi sono occupato del tema, procediamo distinguendo i casi in cui siano fatti valere interessi legittimi oppositivi, da quelli in cui siano fatti valere (ci si riferisce ovviamente alla posizione del ricorrente) interessi pretensivi<sup>23</sup>. Tenuto conto che per i primi viene in rilievo essenzialmente l'azione di annullamento (che, anche storicamente, è stata predisposta proprio allo scopo di contrastare atti ablatori), oltre che l'azione risarcitoria; mentre (almeno in linea di

agli apprezzamenti discrezionali e alle valutazioni tecniche riservate dell'amministrazione.

Sulla portata della limitazione ex art. 34, c.2, estesa (alquanto irragionevolmente) anche al caso in cui non si sia pronunciata l'autorità competente (ma, evidentemente, trattandosi di vizio di annullabilità e non di nullità, altra autorità dello stesso plesso amministrativo), cfr. Cons. Stato, Ad Plen. 27 aprile 2015, n. 5, punto 8.3.2.

<sup>21</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in *www. Il diritto per i concorsi. it*, che parla di "giudizio sul rapporto", "ove non vi osti il residuo di sacche di discrezionalità amministrativa o tecnica".

<sup>22</sup> Sul dibattito interesse legittimo-diritto soggettivo e sulle diverse configurazioni (in termini strumentali o finali) anche del diritto soggettivo, si può rinviare a quanto esposto in *"Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale"*, in *Dir. amm.* 2014, 479 e ss.

<sup>23</sup> È stato sottolineato "come sia *jus receptum* l'assunto che il giudicato amministrativo si presenti in modo poliforme, a seconda delle situazioni giuridiche coinvolte e delle censure dedotte.

E dunque è altrettanto pacifico che la sentenza del giudice amministrativo si atteggia in modo differente a seconda che abbia ad oggetto una situazione oppositiva o una vera e propria pretesa, nonché a seconda del vizio accolto" (Cons. Stato, Ad plen. 15 gennaio 2013, n. 2, cit.).

massima<sup>24</sup>) non dovrebbero trovare applicazione l'azione sul silenzio e l'azione di adempimento, modellate essenzialmente a tutela degli interessi pretensivi.

Nel caso di impugnazione di atti ablatori (e, dunque, di tutela di interessi oppositivi), si può constatare che il giudizio di merito talvolta consente di definire (sia pure con le precisazioni che seguono) il conflitto sostanziale tra le parti. Ma anche talune pronunce di rito – che per definizione non dovrebbero avere attitudine al passaggio in giudicato – consentono in realtà di pervenire al medesimo risultato.

Mi riferisco in particolare a quelle sentenze che si pronuncino sulla mancanza di una condizione dell'azione. Il che può non di rado accadere (trattandosi di atti ablatori) con riferimento soprattutto alla legittimazione a ricorrere (si pensi ad una sentenza che – ad esempio in tema di impugnazione di strumenti urbanistici attuativi – escluda che vi sia “*vicinitas*” del ricorrente, dichiarando così inammissibile il ricorso<sup>25</sup>): in tal caso detta sentenza, nell'escludere che vi sia una posizione legittimante (la mancanza di *vicinitas* impedisce che il ricorrente possa dirsi destinatario anche solo indiretto dello strumento urbanistico attuativo), esclude altresì la sussistenza dell'interesse oppositivo del terzo (e anzi persino di un rapporto amministrativo, in cui possa iscriversi detta situazione sostanziale).

Ora è stato dimostrato in dottrina<sup>26</sup> che sentenze (asseritamente di rito) di questo tipo sono suscettibili di passare in giudicato. E non si può non condividere tale conclusione, perché si tratta di sentenze che definiscono compiutamente il conflitto sostanziale, con ogni conseguente effetto preclusivo.

E veniamo alle sentenze indiscutibilmente di merito, cominciando da quelle di rejezione del ricorso. Le quali potrebbero comportare la definizione del conflitto di interessi in termini favorevoli all'amministrazione.

<sup>24</sup> Anche se non sono da escludere del tutto (cfr. “*La concentrazione delle azioni nel giudizio amministrativo di legittimità*”, in *Argomenti di diritto amministrativo*, vol.II, Milano 2013, 293 e ss.)

<sup>25</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2011, n. 6016. Cfr. anche, a proposito della “*vicinitas*”, come condizione sufficiente a radicare la legittimazione, Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4761.

Ancora più di recente si segnala Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278, che distingue a seconda che ad impugnare il titolo edilizio sia il proprietario confinante, ovvero altro operatore economico, dovendosi in questo secondo caso aver riguardo anche all'ampiezza del bacino di clientela.

<sup>26</sup> C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova 2005, 176 e ss.

Ma ciò non significa che l'accertamento giudiziale cada sempre e comunque sull'intero rapporto amministrativo controverso. E, infatti, la rejezione di un ricorso basato su censure meramente formali o procedurali è di per sé inidonea a definire compiutamente il rapporto, perché non dice nulla sulla spettanza o meno del bene della vita. La rejezione di un ricorso basato (solo o anche) su vizi sostanziali, definisce quelle componenti del rapporto correlati ai vizi (sostanziali) dedotti, ma anche in questo caso non si può dire che l'accertamento giudiziale copra l'intero rapporto amministrativo<sup>27</sup>, escludendo in radice la sussistenza di un interesse legittimo positivo.

A diverse conclusioni si potrebbe pervenire, ove si ritenesse che, in base al principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, non si possa più mettere in discussione la legittimità dell'atto. E in tal senso si è pronunciata parte della giurisprudenza<sup>28</sup>.

Ora, si deve constatare che tale questione sovente è priva di rilevanza pratica per il ricorrente, che sia rimasto soccombente. Perché per esso l'intangibilità dell'atto è comunque determinata – salvo casi particolari<sup>29</sup> – dalla decadenza (nel frattempo verificatasi), rispetto ad ogni pos-

<sup>27</sup> Rileva L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Riv. dir. proc.* 2013, 656 che “Sovviene pertanto anche il dubbio che nell'anzidetta prospettiva l'oggetto del processo non sia affatto la situazione giuridica soggettiva (l'interesse legittimo), ma sia piuttosto il rapporto nella sua accezione volgarizzata (e purtroppo molto diffusa nella dottrina amministrativistica), dove per rapporto si intende in realtà una serie di pezzi del rapporto, una parte del rapporto (e non, appunto, la situazione giuridica soggettiva, come si è visto essere secondo la dottrina processualciviltistica)”.

<sup>28</sup> Cfr. T.A.R. Marche, sez. I, 19 dicembre 2008, n. 2169, che ha così giudicato: “Nell'applicazione dell'art. 2909 c.c. al giudizio amministrativo impugnatorio il giudicato copre solo il dedotto nei casi di accoglimento del ricorso o nella parte in cui esso è stato accolto, ma nei casi di rigetto o di parziale rigetto, sia pure implicito, si estende sia al dedotto che al deducibile, nel senso che il giudicato di rigetto non consente più di impugnare lo stesso atto e dallo stesso ricorrente con successivi ricorsi (o motivi aggiunti) quando i nuovi e diversi motivi di gravame ben potevano essere proposti con l'originario ricorso”.

Cfr. anche T.A.R. Lazio (Latina) sez. I, 4 dicembre 2007, n. 1481, che ha affermato che “Anche le sentenze di rigetto del giudice amministrativo sono idonee a passare in giudicato (sostanziale) e tale giudicato – a differenza del giudicato di annullamento che copre solo i motivi dedotti – copre il dedotto e il deducibile, producendo effetti erga omnes; pertanto, il principio affermato in sentenza non potrà più essere messo in discussione neanche da chi è rimasto estraneo al giudizio, salvi fatti nuovi e sopravvenuti al giudicato medesimo”.

<sup>29</sup> Ad esempio, nel caso di disposizioni di tipo regolamentare. Sicché non deve stupire che, proprio con riferimento ad atti del genere è stato giudicato che “E' infondata la

sibile nuova impugnazione dello stesso atto. Infatti, a parte la problematica relativa all'onere di dedurre ogni possibile vizio dell'atto (il tema sarà ripreso nel paragrafo seguente), il combinato effetto della rejezione del ricorso e della decadenza da ogni altra iniziativa impugnatoria consolida l'assetto dei rapporti costituito dall'atto impugnato ed esclude la sussistenza (e comunque la persistenza) di ogni interesse legittimo di segno contrario<sup>30</sup>.

Ma altro è l'effetto preclusivo dell'accertamento giurisdizionale (una volta formatosi il giudicato), altro è l'effetto estintivo della situazione giuridica, conseguente alla decadenza di ogni sua possibile tutela. Se non altro perché nel secondo caso, e a differenza del primo, non risulterà impedito il potere di annullamento d'ufficio per tutti i profili non coperti dall'accertamento della sentenza di merito (di rejezione)<sup>31</sup>.

Il punto sarà ripreso (*infra*, par. 3), anche con particolare riferimento alle fattispecie di cui all'art. 21 *octies*, c. 2, l. 241/1990.

Passando ora alle sentenze di accoglimento, si dice che una tale sentenza è in grado di definire il rapporto in caso di attività vincolata, non

tesi secondo cui la gravata delibera dell'A.E.E.G. n. 50 del 2009 trarrebbe la propria fonte di legittimità dall'accertamento, con efficacia di giudicato, della legittimità della delibera n. 249/06 – ai cui criteri di calcolo la delibera n. 50/06 espressamente si richiama – atteso che, in applicazione dei principi generali che presiedono all'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato amministrativo connotante le sentenze di rigetto dei ricorsi impugnatori, deve escludersi la formazione dell'autorità di cosa giudicata “a 360 gradi” sulla legittimità della delibera n. 240/06, essendo il giudicato che si forma sulle sentenze di rigetto di azioni di annullamento limitato alla “causa petendi” dedotta in giudizio, ossia estendendosi esso al solo “dedotto” e non anche al “deducibile” (Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2011, n.6836).

<sup>30</sup> Con conseguente estinzione dell'interesse legittimo, in ipotesi esistente (cfr. *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.* 2014, 604 e ss.).

Cfr. anche R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Padova, 1987, 93 e ss. *Contra*, F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, 100 e ss.

Per l'incidenza della decadenza “sull'esistenza stessa della situazione soggettiva”, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 6 luglio 2015, n. 6, e Corte Cost. 31 maggio 2015, n. 57.

<sup>31</sup> Si tratta, dunque, di una differenza non solo concettuale, ma anche ricca di implicazioni giuridiche. Anche se la posizione del soggetto soccombente nel giudizio amministrativo conclusosi con una pronuncia di rejezione non cambia granché, dato che non può vantare alcuna situazione giuridicamente tutelabile, rispetto all'attivazione di detto potere di autotutela (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2000, n. 6838; Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909; giurisprudenza costante): sicché la sua pretesa alla conservazione del bene della vita, già appartenente alla propria sfera giuridica, risulterà definitivamente disconosciuta (per effetto del giudicato) e, comunque, venuta meno (per effetto della decadenza da ogni possibile ulteriore azione).

lo è in caso di attività (con un margine) discrezionale<sup>32</sup>. Ma tale affermazione va precisata (e rimodulata) in relazione al tipo di sentenza di annullamento.

E così, ove l'annullamento derivi dall'accoglimento di vizi sostanziale risulterà definito l'intero rapporto, anche nel caso di attività che presenta margini di discrezionalità. La accertata mancanza, infatti, di anche un solo requisito o presupposto sostanziale dell'atto restrittivo preclude anche per il futuro la reiterazione dell'atto e comporta l'accertamento pieno dell'interesse legittimo oppositivo (si pensi, ad esempio, alla sentenza che accoglie un ricorso avverso l'annullamento d'ufficio di un atto ampliativo, per superamento del termine "ragionevole", di cui all'art. 21 *nonies* della legge 241/90).

Discorso alquanto diverso si deve fare per le sentenze di accoglimento basate su vizi formali.

Vero è che l'annullamento dell'atto per vizi solo formali è un risultato soddisfacente per il titolare dell'interesse legittimo oppositivo, che vede eliminata la causa del sacrificio della propria sfera giuridica-economica, con tutte le implicazioni che ne derivano (anche di ordine ripristinatorio e risarcitorio). Sicché per tale aspetto consente di conseguire un risultato paragonabile a quello che deriva dall'annullamento di un atto per vizi sostanziali: e poiché quest'ultimo è sicuramente idoneo a definire il rapporto amministrativo in senso favorevole al ricorrente, si potrebbe pensare che anche l'annullamento dell'atto ablatorio per vizi formali abbia la stessa attitudine<sup>33</sup>.

Tuttavia non è così.

Nel primo caso (vizi sostanziali) quell'atto non poteva essere emesso, né può essere emesso in futuro, in sede di riesercizio del potere amministrativo, che risulta precluso a circostanze e disciplina immutate. Risulta così pienamente accertata la fondatezza della pretesa alla conservazione

<sup>32</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, cit. supra in nota 17.

<sup>33</sup> Si potrebbe, infatti, pensare che, almeno per gli interessi oppositivi, la disciplina degli aspetti formali e procedurali contribuisca a delineare la consistenza della figura (cfr. D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano 2003, 144 e ss.). Ma la ricomprensione, nell'ambito della situazione sostanziale, delle componenti formali e procedurali (che nulla dicono se l'atto ablatorio può essere emesso o meno), contrasta con la nozione di interesse legittimo accolta e risulta smentita dalle scelte di diritto positivo, in ordine alla irrilevanza dei relativi vizi ai fini dell'annullamento degli atti vincolati: se, infatti, si trattasse di componenti dell'interesse legittimo (o almeno di quello oppositivo) dette limitazioni risulterebbero in frontale contrasto con i precetti dell'art. 24 Costituzione.

del bene della vita e, dunque, la sussistenza dell'interesse legittimo oppositivo dedotto in giudizio: la cui tutela, anche nel caso in cui non si tratti di sentenza autoesecutiva<sup>34</sup>, risulta rafforzata dal carattere ripristinatorio e conformativo di una tale pronuncia di annullamento.

Nel secondo caso (vizi solo formali) l'atto non poteva essere emesso, ma non è escluso che possa essere emesso in sede di riesercizio del potere amministrativo, anche a circostanze immutate e purché l'atto sia emendato dai vizi formali che sono stati accolti dalla sentenza di merito. L'interesse legittimo è comunque soddisfatto (è soddisfatta, almeno per il momento, la pretesa alla conservazione del bene della vita), ma non è (ancora) accertata la fondatezza della pretesa e, dunque, l'esistenza piena e integrale dell'interesse legittimo fatto valere<sup>35</sup>.

Ne deriva, altresì, che il rapporto risulterà definito, per quel che riguarda il passato (dato che l'eventuale nuovo atto ablatorio non potrà avere effetti retroattivi). Ma, non essendo impedito il riesercizio del potere, manca una definizione completa del rapporto anche per il futuro, con gli effetti preclusivi tipici del giudicato.

Anche in questo caso si potrebbe pervenire a diverse conclusioni solo se si ritenesse che il giudicato copra tutti i possibili motivi di illegittimità dell'atto, ricomprendendo non solo il dedotto ma anche il deducibile<sup>36</sup>. Ed è noto che tale tesi interpretativa è stata a suo tempo proposta da autorevole dottrina<sup>37</sup>, proprio con riferimento al caso della sentenza di accoglimento per vizi solo formali: con la conseguenza che anche in que-

<sup>34</sup> Sul relativo concetto si può vedere N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli 2015, 453 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>35</sup> Tutto ciò ha qualche implicazione sul giudizio risarcitorio, comunque correlato all'annullamento dell'atto. Se si reputa – come credo non sia in discussione – di poter accordare il risarcimento anche per quei danni conseguenti ad un atto ablatorio annullato per vizi formali, detto risarcimento non potrà essere ricostruito come lesivo dell'interesse legittimo oppositivo (non ancora accertato): dovrà trovare applicazione la tradizionale (e poi ritenuta superata) impostazione della lesione del diritto soggettivo ... “riemerso”?

Per un'interpretazione che limiti la c.d. *iperprotezione* dell'interesse legittimo oppositivo, a seguito dell'annullamento dell'atto ablatorio per vizi procedurali, cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2187, ma con riferimento ad un caso in cui il bene della vita, che si intendeva proteggere, era stato illegittimamente acquisito.

<sup>36</sup> *Contra*, ad esempio, T.A.R. Lazio, Latina, 24 giugno 2010, n. 1093, che ha rilevato che “il giudicato di annullamento copre solo i motivi dedotti con il ricorso, non applicandosi pertanto a tale tipo di pronuncia la regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile”.

<sup>37</sup> È la ben nota tesi di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1962, vol. II, 582 e M. S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, voce in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 257.

st'ultimo caso – e nonostante l'annullamento dell'atto per vizi, appunto, formali – il giudicato si estenderebbe sull'intero rapporto amministrativo e in senso favorevole all'amministrazione (dato che si dovrebbe presumere l'assenza di ogni possibile vizio sostanziale).

Tuttavia tale tesi è stata ancora una volta disattesa dalla giurisprudenza amministrativa e, in particolare, dall'Adunanza Plenaria n. 2/2013, che ha rivisitato l'intera problematica dell'ambito di estensione del principio del dedotto e del deducibile. E che, con riferimento al problema da ultimo segnalato, non si è discostata dall'ordinanza di remissione, che a sua volta aveva così concluso: “*nel caso in cui il giudicato annulli il provvedimento solo per vizi formali, è indubbio che resta spazio pieno per il rinnovo della valutazione dell'amministrazione nei suoi elementi sostanziali. In siffatta ipotesi, se l'Amministrazione elimina i vizi formali, ma ciononostante adotta un provvedimento non soddisfacente, è pacifico che si determina non una violazione o elusione del giudicato, ma una illegittimità autonoma*”<sup>38</sup>.

Siffatto approdo potrebbe essere considerato deludente, nel quadro del principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Ma in proposito il Consiglio di Stato si è limitato ad osservare che l'interpretazione processualcivile è “*inapplicabile nella sua piena espansione apodittica*”<sup>39</sup>, senza peraltro spiegare le ragioni di detto ipotizzato scostamento.

Il punto, dunque, merita un qualche approfondimento.

### 3. La problematica relativa al “dedotto” e al “deducibile”

Ora che detto principio debba essere applicato anche al giudizio amministrativo non pare possa essere messo in discussione<sup>40</sup>. Trattandosi, infatti, di un canone indiscusso del diritto processuale civile, vale anche per esso il rinvio esterno al codice di procedura civile contenuto nell'art. 39 c.p.a.

Ma l'applicazione di detto canone nel processo amministrativo deve

<sup>38</sup> Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5 aprile 2012, n. 2024, sub. 8.6.1.

<sup>39</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ordinanza n. 2024/2012, cit., sub. 8.3.

<sup>40</sup> In senso contrario, ma prima del codice di procedura amministrativa, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 160-161 e 311.

Sempre in senso contrario, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli 2012, 171 e ss.

tener conto delle specificità di quest'ultimo (del resto il rinvio esterno del citato art. 39 agli istituti del codice di procedura civile vale "*in quanto compatibili*"). Sicché non deve stupire che, pur essendo assunto nei medesimi caratteri definitivi elaborati dalla giurisprudenza civile<sup>41</sup> (il giudicato copre "*anche le questioni che, seppur non dedotte, costituiscono un presupposto logico indefettibile della decisione*"<sup>42</sup>), la sua applicazione può apparire alquanto limitativa, perché "*preclude la proposizione di domande contemplate nella intervenuta risposta giurisdizionale, ma non anche la prospettazione di domande completamente nuove, che anzi assumono il giudicato come presupposto logico*"<sup>43</sup>.

Occorre peraltro considerare che detto principio (o, forse meglio, criterio), proprio perché riguarda solo le questioni che costituiscano un

<sup>41</sup> "Il giudicato, formatosi con la sentenza intervenuta tra le parti, copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto, e cioè non soltanto le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio, ma anche tutte le possibili questioni, proponibili sia in via di azione sia in via di eccezione, le quali, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono *precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia* (Cass., Sez. lav. 16 ottobre 2012, n. 14535; cfr. anche Cass., sez. I, 28 ottobre 2011, n. 22520; Cass. Sez. lav. 11 aprile 2008, n. 9544; Cass., sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356).

E, ancora, "In relazione al principio per cui l'autorità del giudicato copre il dedotto e il deducibile, e cioè non solo le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio (giudicato esplicito) ma anche tutte le altre – proponibili sia in via di azione che di eccezione – le quali, sebbene non dedotte specificamente si caratterizzano per la *comune inerenza ai fatti costitutivi delle pretese* anteriormente svolte (giudicato implicito)" (Cass. sez. lav. 30 giugno 2009, n. 15343; cfr. anche Cass. sez. lav. 28 settembre 2006, n. 21032).

E, ancora, "il giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti...*entro i limiti oggettivi che sono segnati dai suoi elementi costitutivi*, come tali rilevanti per l'identificazione dell'azione giudiziaria sulla quale il giudicato si fonda, costituiti dal titolo della stessa azione (causa petendi), dal bene della vita che ne forma l'oggetto (petitum mediato) a prescindere dal tipo di sentenza adottato (petitum immediato); entro questi limiti il giudicato copre il dedotto e il deducibile" (Cass., Sez. lav. 3 agosto 2007, n. 17080).

<sup>42</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad Plen. n. 2/2013, *cit.*, in fatto, punto 6.1.a), ove riassume, chiaramente condividendola, l'ordinanza di rimessione.

<sup>43</sup> Cons. Stato, Ad. plen. n. 2/2013, *cit.*

Cfr. anche ordinanza di remissione (sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2024, *cit.*, punto 8.3), ove è precisato che "La concreta definizione del perimetro oggettivo del giudicato sconta, altresì, l'applicazione di un elastico criterio integrativo di matrice giurisprudenziale (costituente diritto vivente). Trattasi del principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile ma nei limiti delle statuizioni indispensabili per giungere alla decisione...nei limiti oggettivi rappresentati dai suoi elementi costitutivi (ovvero il titolo dell'azione e il bene della vita che ne forma oggetto), il giudicato copre il dedotto e il deducibile: cioè non soltanto le questioni di fatto e diritto fatte valere in via di azione e di eccezione e comunque esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico indefettibile della decisione".

presupposto logico indefettibile della decisione, non è un *prius*, che serve ad individuare l'oggetto del giudizio, ma un *posterius* (in quanto limitato al *thema decidendum*<sup>44</sup>), che serve ad individuare l'oggetto del giudicato, nell'ambito dell'oggetto del giudizio, autonomamente determinato: infatti, valendo anche per il giudizio amministrativo il limite della domanda (art. 112 c.p.c.), la decisione del Giudice e, così, tutte le questioni, che ne costituiscono presupposto logico indefettibile, non potranno esorbitare dalla domanda stessa.

Il problema dunque, a ben vedere, non riguarda l'ampiezza che assume detto criterio nel giudizio civile o amministrativo. Esso riguarda viceversa (come sempre avvertito anche in passato) l'oggetto del giudizio amministrativo di annullamento, che può non essere il medesimo rispetto al giudizio civile di annullamento del contratto e, in genere, rispetto alle azioni costitutive di impugnazioni negoziali.

Nel processo civile le azioni costitutive sono per solito ricostruite come proiezione processuale di un diritto potestativo (sostanziale) all'annullamento, ovvero alla modifica dei rapporti contrattuali, ecc.<sup>45</sup>: con la conseguenza che tutti i possibili fatti costitutivi di detto diritto (che costituirebbe la *causa petendi*) sarebbero ricompresi nell'ambito di applicazione del dedotto e del deducibile<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> “È in questo quadro variegato che va posta e risolta la questione dell'annoverabilità nell'ambito del giudicato non solo del “dedotto” (ossia di ciò che espressamente è stato oggetto di contestazione ed esame), ma anche del “deducibile” (id est: ciò che, pur non espressamente trattato, si pone come presupposto/corollario indefettibile del *thema decidendum*)” (Cons. Stato, Ad. plen. n. 2/2013, cit.).

<sup>45</sup> È la costruzione già accolta da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Ristampa del 1980, 181, poi seguita, sia pure con accenti diversi, tra gli altri da E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, 112 e ss.; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, 259 e ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XX ed., vol. I, Torino, 2009, 83 e ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. 1, Bologna 2014, 134 e ss.

Si tratta del resto di un tema molto dibattuto. Cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino, 1980, 154 e ss., che rileva che “il diritto potestativo è una nozione assai invadente, poiché conduce a vanificare piuttosto che a spiegare la categoria della sentenza costitutiva”; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 82 e ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 190 e ss.

<sup>46</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 180-181, che affronta il problema dell'ambito del diritto potestativo (se comprensivo di tutti i casi di annullamento del contratto o se limitato alle singole fattispecie di annullamento per errore, annullamento per violenza e annullamento per dolo). L'Autore propende per questa seconda soluzione, che configura una

Nel processo amministrativo tale costruzione<sup>47</sup> non è riproducibile. E, infatti, a parte l'inedoneità della stessa a spiegare il complesso degli effetti della sentenza di annullamento<sup>48</sup>, non pare proprio che sussista una

pluralità di diritti potestativi, precisando (nota 51) che: "l'individuazione di ciascuna di queste azioni riguarderà l'intera serie o l'intero gruppo di fatti considerati come costitutivi di ciascuno di quei diritti (ad es. tutti i possibili fatti di errore rispetto a quel contratto) ma non anche la diversa serie dei fatti che fondano l'annullamento sotto il profilo di un altro di quei tre diritti (ad es. la serie di fatti di violenza per i quali si può chiedere l'annullamento dello stesso contratto). In pratica, quando fosse stata respinta con sentenza passata in giudicato la domanda di annullamento del contratto per errore, ad es., sull'autore del quadro, non si potrebbe proporre un'altra domanda di annullamento dello stesso contratto per errore ad es. sulla cornice; ma si potrebbe proporre l'azione di annullamento di quel medesimo contratto facendo valere un fatto di violenza".

<sup>47</sup> Già proposta da insigne dottrina (E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa (concetto e oggetto)*, Milano 1950, 67).

<sup>48</sup> Tenuto conto che la sentenza che si pronuncia sull'annullamento di un atto amministrativo non ha solo effetti costitutivi, ma anche ripristinatori e conformativi.

Al riguardo è stato precisato: "La produzione dell'effetto di eliminazione si indirizza al 'tempo passato', in quanto l'atto ritenuto illegittimo viene eliminato dal sistema con effetti retroattivi. È fatto, pertanto, divieto all'amministrazione di adottare un atto amministrativo che presenti gli stessi vizi accertati alla luce della normativa esistente al momento della sua adozione. La produzione dell'effetto di ripristinazione si indirizza al 'tempo intermedio', al fine di adeguare lo stato di fatto e di diritto successivo all'atto illegittimo a quello definito con la pronuncia giurisdizionale. L'amministrazione deve adottare un atto amministrativo retroattivo idoneo a consentire, 'ora per allora', il raggiungimento della finalità indicata nella sentenza (si pensi all'esigenza di ricostruire, sul piano giuridico, la carriera di un dipendente pubblico). La produzione dell'effetto conformativo si indirizza al 'tempo futuro', in quanto, valorizzando la motivazione della sentenza, si individua il modo corretto di esercizio del potere nella fase di riesercizio dello stesso a seguito dell'annullamento. L'amministrazione deve, sussistendone le condizioni, adottare un atto non retroattivo che definisca l'assetto di interessi della futura azione amministrativa" (Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472).

L'effetto conformativo introduce, pertanto, elementi di accertamento (di tipo anche ordinatorio), che fuoriescono dal c.d. diritto potestativo all'annullamento. Il quale, dunque, non sarebbe comunque in grado di spiegare il complesso degli effetti della relativa sentenza e della sua attitudine a costituire giudicato in senso materiale (inteso come tale non solo per l'effetto costitutivo, ma anche per l'inedoneità a vincolare l'ulteriore sviluppo dell'azione amministrativa, disciplinando il rapporto tra le parti).

E, infatti, la dottrina, che ha escluso che si possa parlare di giudicato materiale per le sentenze di annullamento del Giudice amministrativo, è pervenuta a tale conclusione sul presupposto che dette sentenze sono inidonee a disciplinare il rapporto tra l'Amministrazione e le altre parti del giudizio (cfr. E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova 1978, 447 e ss.; C. CALABRÒ, *Giudicato (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.* XV, Roma 1989).

Sull'intera problematica si può vedere, più di recente, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amm.*, cit. 2 e ss.

pretesa giuridicamente rilevante (e tanto meno un diritto) nei confronti dell'Amministrazione, che riguardi l'annullamento dell'atto impugnato<sup>49</sup>: tale pretesa ha carattere solo processuale<sup>50</sup> e si estrinseca (e si esaurisce) nell'azione di annullamento, che, a sua volta, è uno degli strumenti di tutela dell'interesse legittimo, come si evince chiaramente anche dal dettato costituzionale (artt. 103 e 113 Cost.) e da altre fonti di diritto positivo (art. 7 l. 104/2010)<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Cfr. quanto esposto *supra* in nota 31.

<sup>50</sup> Basti ricordare quanto a suo tempo scriveva in proposito M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 240 e ss.: "A mio giudizio, oggetto di un processo di impugnazione non può che essere la verifica dell'affermazione dell'attore di aver un diritto al mutamento giuridico che chiede o, se si preferisce, di avere un potere di provocare il mutamento stesso. Così, del processo amministrativo è oggetto la verifica dell'affermazione del ricorrente che esso ha il potere di provocare l'annullamento dell'atto e, conseguentemente, anche l'attuazione di tale potere, vale a dire l'annullamento dell'atto stesso.

Qui sorge l'altro problema se tale potere del privato sia di natura formale e "processuale" o di natura "sostanziale", oppure se ad un potere della prima natura si accompagni uno della seconda. Certamente, vi è un potere di natura processuale, il quale consiste nel diritto di chiedere al giudice l'annullamento dell'atto amministrativo viziato (e di chiederli eventualmente le altre statuizioni accessorie: di ciò si parlerà appresso).

Questo diritto coincide con l'azione in senso concreto, vale a dire con il diritto della parte al provvedimento favorevole del giudice. Ma è fortemente dubbio che il potere processuale sia "doppiato" da un potere o diritto sostanziale, il quale dovrebbe naturalmente essere rivolto non più verso il giudice (o lo stato-giudice), ma verso l'autorità amministrativa (o lo stato-amministrativo). L'esistenza di un simile diritto sostanziale di reazione è stata affermata proprio come conseguenza della natura sostanziale dell'interesse legittimo. Resta fermo che (al di là dell'aspirazione a definire un'area di "spettanze" del privato nei confronti della p.a.) l'invalidazione dell'atto amministrativo è ottenuta necessariamente ed esclusivamente attraverso lo strumento del processo (il processo amministrativo tipo è un processo costitutivo necessario: non è la sola specie che di esso esista nel nostro ordinamento). Ora, se vi fosse un diritto sostanziale all'annullamento, ad esso dovrebbe corrispondere un obbligo dell'amministrazione di annullare gli atti amministrativi viziati. Invece, non solo non vi è tale obbligo – concorda in ciò, se pure con varie motivazioni, la dottrina prevalente – ma la giurisprudenza pacificamente afferma illegittimo l'annullamento amministrativo il quale non sia giustificato da uno specifico motivo di interesse pubblico".

<sup>51</sup> Né sarebbe sostenibile che l'azione generale di annullamento, in quanto basata su di un diritto potestativo sostanziale rappresenti un caso di giurisdizione esclusiva. Perché un siffatto inquadramento risulterebbe sicuramente in contrasto con l'art. 103 della Costituzione, così come costantemente interpretato dalla Corte costituzionale (basti richiamare in proposito la sentenza 204/2004).

Del resto la vicenda dell'inquadramento del risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo (violazione di una norma secondaria a tutela dell'interesse legittimo stesso e non di norma primaria, da cui scaturirebbe un autonomo diritto soggettivo) è significativa in proposito (cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 128, che ha osservato che "La Corte Costituzionale, nella citata sentenza n.

Del resto la ricostruzione in termini di diritto potestativo è stata sottoposta a serrata critica da parte della più recente giurisprudenza civile, che si è occupata del tema a proposito della problematica della rilevazione e della dichiarazione d'ufficio della nullità del contratto, nell'ambito (appunto) dei giudizi relativi ad impugnative negoziali<sup>52</sup>. In questa prospettiva – che accomuna le fattispecie dell'annullamento, della rescissione e della risoluzione – l'oggetto del giudizio è stato pertanto individuato nel negozio (inteso come fatto storico e fattispecie programmatica) e, con esso, nel rapporto giuridico sostanziale, che ne scaturisce<sup>53</sup>.

Si tratta di una costruzione, che tendenzialmente consente un'ampia applicazione del principio del dedotto e del deducibile<sup>54</sup>. Nel quadro dell'esigenza di evitare che l'attore soccombente, ritagliando “*a proprio piacimento l'oggetto della lite*”<sup>55</sup>, riproponga la domanda facendo valere altri profili.

Giova sottolineare che nel processo civile tale esigenza riguarda essenzialmente i casi di rejezione della domanda<sup>56</sup>, dato che, in caso di ac-

204/2004, ha inteso l'azione risarcitoria non già come volta a tutelare un diritto soggettivo autonomo, bensì in funzione “rimediale” (dall'espressione *remedy*), cioè come tecnica di tutela dell'interesse legittimo che si affianca e integra la tecnica di tutela più tradizionale costituita dall'annullamento”.

<sup>52</sup> Cass. Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, che ha ritenuto di poterla superare sulla base del rilievo che detta tesi “è destinata ad infrangersi sulla più ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessità che il giudice dichiari, in sede di tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi” (Sentenza *ult. cit.*, punto 4.9.1.).

<sup>53</sup> Sentenza *ult. cit.*, punto 4.8. E il riferimento al rapporto (che scaturisce dall'atto) è essenziale, almeno per tutte le domande di risoluzione, in cui “oggetto della contesa è la distonia funzionale del sinallagma” (punto 4.8.2.) e non un vizio genetico dell'atto.

<sup>54</sup> Cfr. sentenza *ult. cit.*, punto 5.2.3, che ha cura di precisare: “Si ritiene di generale applicazione il principio secondo il quale l'autorità del giudicato, tendente ad impedire un *bis in idem* e un eventuale contrasto di pronunce, copre il dedotto e il deducibile, vale a dire non solo le ragioni giuridiche dedotte in giudizio, ma anche tutte le altre, proponibili in via di azione o di eccezione, le quali, benché non dedotte specificamente, si caratterizzano per la loro inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente fatte valere”.

Il che pare significare, ad esempio nel caso di azione di annullamento del contratto, che tutti i possibili fatti costitutivi che possono portare a detto annullamento, siano considerati “deducibili” e, così, rientrare nell'oggetto del giudizio e, ove non dedotti, nel giudicato implicito (cfr., *infra*, nota 60).

<sup>55</sup> Si vuole escludere, in particolare, che “all'attore ... sia consentito fruire del principio dispositivo in modo tale da ritagliare a proprio piacimento l'oggetto della lite, scomponendo una situazione soggettiva unitaria in una pluralità di sub-oggetti” (Cass., Sez. Un. n. 26242/2014, cit. punto 4.7.2).

<sup>56</sup> Al fine di ottenere “una sensibile riduzione della possibilità, per l'attore soccombente

coglimento, la fattispecie è difficilmente riproducibile una seconda volta<sup>57</sup> (e comunque riguarderebbe un diverso contratto, come tale estraneo al precedente giudicato). Nel processo amministrativo – tenuto conto della inesauribilità dell'azione amministrativa – tale esigenza riguarda viceversa, come si è visto, soprattutto i casi di accoglimento del ricorso, dato che in caso di rejezione sussistono pur sempre le preclusioni derivanti dalla decadenza, come pure si è evidenziato.

Indipendentemente da tali osservazioni, neppure la costruzione da ultimo richiamata pare compatibile col processo amministrativo. Infatti i vizi dell'atto amministrativo non attengono (come nel caso di vizi del consenso) solo al momento genetico<sup>58</sup> dell'atto stesso, ma riguardano anche disfunzioni sostanziali e procedurali, che precedono (e non seguono) l'emissione dell'atto: dunque riguardano il rapporto amministrativo preesistente e, in termini di situazioni soggettive, l'eventuale sussistenza dell'interesse legittimo.

Occorre stabilire, dunque, se tale rapporto costituisca *tout court* l'oggetto del giudizio di annullamento dell'atto amministrativo<sup>59</sup>. Perché, se

*in un primo processo, di instaurare un giudizio successivo per la tutela già negatagli*" (A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 166).

Si consideri, come esempio del primo tipo, la seguente fattispecie: "In presenza di più impugnazioni dello stesso licenziamento, il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile implica che il risultato di un processo (conclusosi con sentenza passata in giudicato) non possa più essere messo in discussione mediante ragioni o argomentazioni che in quello stesso processo avrebbero potuto essere fatte valere dall'interessato; in particolare, riguardo al licenziamento disciplinare, è preclusa per effetto del precedente giudicato l'impugnazione che deduca nuovi e diversi profili di illegittimità da parte del lavoratore dipendente, dovendosi, in ogni caso, escludere che il giudicato sulla validità sostanziale del licenziamento consenta un'altra impugnazione per ragioni formali, restando del tutto irrilevante che gli eventuali, relativi vizi non siano stati dedotti o siano stati tardivamente, e perciò inammissibilmente, fatti valere (fattispecie in tema di lavoro alle dipendenze di pubblica amministrazione)" (Cass, sez. lav. 28 settembre 2006, n. 21032, cit.).

<sup>57</sup> Vale, infatti, l'osservazione che l'effetto costitutivo "*non si può ripetere più volte tra le stesse parti*" (A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 166).

<sup>58</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. n. 26242/2014, cit. punto 6.6.3.

<sup>59</sup> Il problema non è dissimile da quello affrontato dalla dottrina processualcivilista a proposito delle impugnazioni negoziali. Significative sono al riguardo le considerazioni di G. VERDE, *Diritto processuale civile*, cit. 134-135: "La risposta non è semplice. Infatti, se dovessimo ritenere che la domanda va individuata sulla base delle circostanze di fatto specificamente dedotte a base del vizio, rischieremmo di favorire la moltiplicazione dei processi, limitando in maniera eccessiva l'oggetto della controversia e, di conseguenza, del giudicato. Scartata questa soluzione, è da chiedersi se l'azione di annullamento è fondata sul singolo vizio dedotto (in altri termini, se esiste un potere di annullamento per

lo fosse, l'accertamento giudiziale riguarderebbe appunto detto rapporto nel suo complesso e riguarderebbe così anche tutti i possibili vizi dell'atto non dedotti, sui quali si formerebbe il giudicato implicito in ordine alla loro insussistenza.

Tuttavia non pare che sia così e che si sia registrata (per tale profilo) una radicale trasformazione rispetto al passato.

Se si da uno sguardo a come è configurata la “domanda”<sup>60</sup> nel nostro codice del processo amministrativo, si potrà infatti constatare che essa è costituita (nel giudizio di annullamento) dal “provvedimento impugnato” e dai “motivi specifici su cui si fonda il ricorso” (art. 40 c.p.a.). I quali, nel giudizio, appunto, di annullamento, risultano a loro volta collegati ai vizi dell'atto, come espressamente precisato dall'art. 29 c.p.a.

Dunque i vizi dedotti delimitano la portata della domanda e l'oggetto del giudizio. Con l'ovvia precisazione che tale oggetto comprende non solo la domanda o le domande (proposte tramite motivi aggiunti) del ricorrente, ma anche quelle dei controinteressati (proposte con ricorso incidentale), nonché le eccezioni (almeno quelle in senso lato “riconvenzionali”, se si crede a tale ultima categoria<sup>61</sup>) avanzate soprattutto dal-

dolo che è diverso ed autonomo rispetto al potere di annullamento per errore o per violenza) ovvero se è collegata all'effetto richiesto e al bene della vita perseguito (l'annullamento del contratto). È evidente che quest'ultima posizione ha il vantaggio di contribuire alla semplificazione processuale e di porre un freno alla moltiplicazione dei processi. Paga, tuttavia, un prezzo, perché la parte, avvertita del rischio, finirà col predisporre libelli introduttivi, nei quali inserirà di tutto, così costringendo l'altra parte a una difesa defaticante e il giudice a guidare un processo che, nella sua impostazione iniziale, nasce come caotico”.

<sup>60</sup> Sull'istituto della domanda (unica, rispetto all'impugnazione del singolo provvedimento) si segnala, di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, cit., che opera le precisazioni del caso a proposito del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti.

<sup>61</sup> Cfr. Cass., sez. II, 31 agosto 2015, n. 17321, che ha cura di precisare: “ricorre l'ipotesi della domanda riconvenzionale quando il convenuto, traendo occasione dalla domanda contro di lui azionata, oppone una controdomanda, chiedendo un provvedimento positivo sfavorevole all'attore, che va oltre il rigetto della domanda principale e che gli attribuisca beni determinati in contrapposizione a quelli oggetto della pretesa ex adverso azionata; invece con l'eccezione riconvenzionale il convenuto formula una richiesta che, pur ampliando il tema della controversia, ha carattere difensivo e non di attacco, posto che essa tende alla sola reiezione della domanda attrice, attraverso l'opposizione al diritto fatto valere dall'attore di altro diritto idoneo a paralizzarlo (cfr. Cass. 13 febbraio 2006 n. 3072)”.

Per un'applicazione dell'istituto al processo amministrativo (e per l'inquadramento in esso del ricorso incidentale), cfr. F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Dir. proc. amm.* 2009, 1047 e ss., 1100 e ss.

In tema di eccezioni, basta richiamare, per tutti, R. ORIANI, *Eccezione*, voce in *Dig.*

l'Amministrazione resistente, che può avvalersi del cospicuo materiale probatorio del fascicolo procedimentale, che ha il dovere di produrre in giudizio ai sensi dell'art. 46, c. 2, c.p.a.

In ogni caso il ricorso non "si fonda" direttamente e immediatamente sulla situazione giuridica vantata dal soggetto, ma sui vizi dell'atto dedotti nella domanda<sup>62</sup>. Sicché il rapporto amministrativo risulterà "veicolato" nell'oggetto del giudizio attraverso i vizi dedotti: nel senso che l'interesse legittimo sarà a sua volta oggetto del giudizio (il giudice accerterà la fondatezza o meno della pretesa) se ed in quanto siano dedotti vizi sostanziali dell'atto e nei limiti di questi ultimi, mentre non lo sarà (o lo sarà in modo del tutto marginale), ove siano dedotti solo vizi formali (il punto sarà ripreso, *infra*, par. 6).

Ne deriva che i vizi non dedotti (e ancorché in astratto deducibili<sup>63</sup>) risultano normalmente estranei all'oggetto del giudizio e non rientrano così nell'accertamento giudiziale (né tra i presupposti logici indefettibili della decisione). Il che ben consentirà al ricorrente, risultato vincitore nel primo giudizio, di proporli in un'eventuale ulteriore impugnazione avverso il riesercizio del potere.

Sembrano tuttavia uscire da tale schema interpretativo le fattispecie di cui all'art. 21 *octies*, c. 2, della legge 241/1990.

E, infatti, la prima disposizione del citato secondo comma, coll'escludere l'annullabilità degli atti vincolati per vizi solo formali o procedimentali, nell'ipotesi in cui (il Giudice accerti che) sia "*palesa che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*", prefigura una sentenza di rejezione idonea ad accertare com-

*disc. priv.*, vol. VII, Torino, 1991, 262 e ss.; ID., *La disciplina delle eccezioni nel processo civile*, in *Quaderni del Cons. Sup. Mag.*, [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>62</sup> Cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 526, là dove osserva che "la questione del pregiudizio arrecato all'interesse legittimo si risolve in quella dell'invalidità dell'atto, onde tale interesse solo indirettamente, dal punto di vista della sua lesione ad opera di un provvedimento illegittimo, rientra nell'oggetto del giudizio.

L'assorbimento della controversia relativa alla lesione dell'interesse legittimo del ricorrente in quella della legittimità dell'atto fa sì che l'oggetto del processo possa essere configurato unitariamente ...".

<sup>63</sup> Un onere del genere non è certo esigibile, neppure astrattamente, ove i vizi sostanziali non siano chiaramente desumibili dall'atto impugnato: si pensi ad esempio al caso della carenza di motivazione, che non può comportare la deducibilità di censure ipotetiche su qualunque possibile disfunzione delle scelte discrezionali. E lo stesso dovrebbe valere per quei vizi sostanziali di difficile prova o che presuppongano una complessa istruttoria: anche in tali casi un onere di tal fatta apparirebbe del tutto sproporzionato.

piutamente il rapporto, in senso favorevole all'amministrazione. Una sentenza, in altre parole, idonea a coprire il deducibile in ordine ai vizi sostanziali, dato che la relativa assenza costituisce un presupposto logico indefettibile dell'accertamento che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso.

Analoghe considerazioni valgono per la seconda disposizione contenuta nel citato secondo comma dell'art. 21 *octies*, a proposito della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento (e, verosimilmente, anche di altri vizi formali e procedurali ad essa assimilabili). Anche in questo caso la sentenza di rigetto presuppone l'assenza di vizi sostanziali e sarà dunque onere del ricorrente dedurli (in via preventiva o, se del caso, con motivi aggiunti), per evitare che risulti (implicitamente) accertata detta mancanza.

Dunque, le due ipotesi previste dall'art. 21 *octies* c.2 possono essere considerate come altrettante applicazioni (*ex lege*) del principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile. E inoltre come espressione della capacità espansiva di detto principio, che finirebbe per ampliare l'oggetto del giudizio, rispetto alla configurazione datane dal ricorrente (che ha proposto soli vizi formali o procedurali).

Tuttavia la fattispecie può anche essere diversamente ricostruita. E, infatti, la pronuncia di rejezione del ricorso può ben essere considerata espressione (normativamente codificata) di una situazione processuale di carenza di interesse a ricorrere<sup>64</sup> e come tale rientrante nell'oggetto originario del giudizio<sup>65</sup>, se non altro in quanto suscettibile di essere introdotta per il tramite di eccezione (riconvenzionale?) dell'amministrazione<sup>66</sup>: anche perché, di fronte alla mancanza dell'onere per il ricorrente di dedurre tutti i possibili vizi dell'atto, occorre riconoscere la massima espressività all'eccezione della carenza di interesse (che riconduce la controversia al conflitto sostanziale), se non altro per il principio di "parità delle armi" tra ricorrente e le altre parti, a cominciare dall'Amministrazione resistente.

<sup>64</sup> Com'è noto, dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 *octies* la tesi interpretativa prevalente è proprio quella "processuale", che tende a spiegare l'istituto come applicazione generalizzata delle implicazioni della carenza di interesse a ricorrere (cfr. P. LAZZARA, *L'azione amministrativa*, diretta da A. Romano, Torino 2016, 860 e *ivi* i pertinenti richiami di dottrina e giurisprudenza).

<sup>65</sup> Non pare, infatti, che l'onere di dedurre circostanze fattuali e motivi idonei ad evitare la carenza delle condizioni dell'azione esorbiti dall'oggetto del giudizio, così come configurato dalle parti. Si tratta, infatti, di requisiti minimi di qualunque domanda.

<sup>66</sup> In ordine alle eccezioni dell'amministrazione, nel quadro delle fattispecie del 21 *octies*, cfr. le puntuali osservazioni di A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*

In ogni caso proprio le fattispecie di cui all'art. 21 *octies* c. 2 dimostrano “*a contrariis*” che in tutti gli altri casi l'atto può essere annullato per vizi solo formali (che pertanto sono autosufficienti al riguardo). E dimostrano altresì che in tali altri casi – ove, soprattutto per la presenza di aspetti di discrezionalità, non si può escludere che il contenuto del provvedimento possa essere diverso e la reiterazione del medesimo atto impugnato si presenti come evento possibile, ancorché non necessario<sup>67</sup> –, l'accoglimento del ricorso (per vizi formali) non comporta alcun giudicato sul rapporto: tanto meno in termini favorevoli per l'Amministrazione, perché un'evenienza di tal fatta sarebbe incompatibile (nella logica della norma richiamata) con l'annullamento dell'atto, che invece è chiaramente consentito.

In altri termini, al di fuori dei casi espressamente previsti dalle citate norme, i vizi formali sono idonei e sufficienti per l'annullamento dell'atto e la sentenza, sia che accolga, sia che respinga il ricorso, non copre certo i possibili vizi sostanziali, in ipotesi deducibili, ma in concreto non dedotti: essi, infatti, non costituiscono un presupposto logico indefettibile della pronuncia (data l'autosufficienza di quelli formali) e, più in generale, non rientrano nell'oggetto di quel giudizio<sup>68</sup>.

Tutto ciò consente di aderire alle già richiamata giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013, sulla base, peraltro, di un'autonoma determinazione dell'oggetto del giudizio di annullamento di atti amministrativi, non condizionata dal canone del dedotto e del deducibile. Il che significa che, con riferimento alle sentenze di accoglimento, vale la conclusione che “*il giudicato amministrativo non può che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso*”<sup>69</sup>.

Quanto, poi, alle sentenze di rigetto valgono parimenti le conclusioni della stessa Adunanza Plenaria, secondo la quale il giudicato si estende

<sup>67</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 415.

<sup>68</sup> Può costituire, viceversa, un presupposto logico della pronuncia, alle condizioni e nei limiti individuati dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., n. 26242/2014, *cit.*, punto 7), la mancanza di vizi di nullità dell'atto, con conseguente relativo giudicato implicito. Data, infatti, la rilevabilità d'ufficio di detti vizi (con relativa dichiaratoria), pare applicabile anche al processo amministrativo la conclusione che “ogni ipotesi di limitazione posta alla rilevabilità officiosa della nullità deve, pertanto, essere definitivamente espunta dall'attuale sistema processuale con riguardo a tutte le azioni di impugnativa negoziale” (Cass., Sez. Un. n. 26242/2014, *cit.*, punto 6.10).

<sup>69</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2/2013, *cit.*, punto 6.1, lett. b).

*“a tutte le questioni inerenti l’esistenza e la validità del rapporto dedotto in giudizio che siano state vagliate, anche implicitamente nella sentenza”*<sup>70</sup>. Sicché l’accertamento del rapporto (in termini favorevoli per l’Amministrazione) sussisterà solo nei casi contemplati dall’art. 21 *octies*, c. 2, per le ragioni testé esposte, mentre negli altri casi o non vi sarà alcun accertamento del rapporto (ove la domanda riguardi vizi solo formali), ovvero, nel caso di rejezione anche di vizi sostanziali, l’accertamento riguarderà solo i correlati segmenti del rapporto amministrativo.

In conclusione, si può ribadire che il ricorrente – avvalendosi del principio dispositivo<sup>71</sup> e salvi i casi indicati dall’art. 21 *octies* c. 2 – può ben limitarsi a dedurre vizi solo formali<sup>72</sup>, con le conseguenze che si sono tratteggiate. Altro discorso è stabilire se, al di là delle tattiche processuali (che possano indurre a privilegiare i vizi formali), il ricorrente abbia comunque la possibilità di giungere all’accertamento del rapporto: al che si deve ovviamente rispondere positivamente (per gli interessi legittimi oppositivi), salvo che – come si è già sottolineato – non si tratti di vizi sostanziali non chiaramente desumibili dall’atto impugnato.

Dunque nel giudizio di impugnazione di un atto ablatorio il ricorrente normalmente può proporre vizi idonei ad accertare l’intero rapporto. E tuttavia se si limita a denunciare vizi solo formali o non tutti i vizi sostanziali astrattamente deducibili e se il ricorso venga comunque accolto solo per vizi formali (vuoi per un cattivo uso dell’istituto dell’assorbimento dei motivi, vuoi in applicazione del criterio della ragione *“più liquida”*<sup>73</sup>), il rapporto non risulterà accertato (nella sua interezza), come si è già visto.

<sup>70</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2/2013, *cit.*, punto 6.1, sub lett. e).

<sup>71</sup> Su di che, da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen. n.5/2015, *cit.*, che lo ha “inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto, compresa la scelta di richiedere o meno l’intervento del giudice per tutelarlo”.

<sup>72</sup> Si osserva in giurisprudenza che “il ricorrente può far valere mere censure formali nei confronti dell’azione amministrativa, ovvero vizi più pregnanti, che afferiscono alla sussistenza dei presupposti per ottenere il bene della vita; la sua domanda, poi, può tendere ad opporsi ad un’azione della P.A. (in questo caso *di frequente vengono prospettate censure formali, che comunque consentono di sterilizzare l’iniziativa della P.A.*), ovvero può prospettare una pretesa (e in questo caso contemplerà usualmente censure di carattere sostanziale, tendenti a dimostrare la fondatezza della pretesa stessa)” (Cons. Stato, Ad. Plen. 2/2013, più volte citata, corsivo aggiunto).

<sup>73</sup> Su tali temi si rinvia, da ultimo, a Ad. Plen. n. 5/2015, *cit.*, la quale ha cura di precisare che, in linea di principio, “il giudice adito deve procedere, nell’ordine logico, preliminarmente all’esame di quelle domande o di quei motivi che evidenziano in astratto

#### 4. Interessi pretensivi e giudizio di annullamento

Ma i maggiori ostacoli all'accertamento del rapporto si rinvencono, com'è noto, con riferimento agli interessi legittimi pretensivi. Che possono sussistere di fronte a qualunque esercizio di potere con effetti ampliati sui relativi destinatari e possono essere lesi non solo da provvedimenti negativi, ma anche dal silenzio (di cui si dirà) ed anche da provvedimenti che assegnano ad altri il bene della vita conteso o che ne precludono la relativa acquisizione (si consideri anche la posizione del terzo rispetto ai poteri inibitori e ripristinatori relativi ad una SCIA).

Anche qui occorre distinguere (nel giudizio di annullamento) tra i casi di rejezione (di rito o di merito) della domanda giudiziale e i casi di accoglimento. Precisando sin d'ora che le maggiori difficoltà riguardano essenzialmente questa seconda ipotesi.

Cominciando, dunque, dalle sentenze di rito, valgono anche in questo caso considerazioni analoghe a quelle già svolte a proposito degli interessi oppositivi. Di norma si tratta di sentenze inidonee a definire il rapporto, salvo che non riguardino la carenza delle condizioni dell'azione, che portino ad escludere in radice la sussistenza di un interesse legittimo pretensivo.

Per il che vengono normalmente in evidenza, nel giudizio amministrativo, la legittimazione e l'interesse a ricorrere. Mentre viene per solito trascurata la condizione costituita (dal titolo o) dalla possibilità giuridica della domanda<sup>74</sup>.

Eppure anche quest'ultima condizione può svolgere un importante ruolo, soprattutto a proposito del giudizio sul silenzio inadempimento. Infatti, in tanto potrà essere ordinato all'Amministrazione di provvedere (*id est* di pronunciarsi), in quanto sussista un obbligo giuridico in tal

una più radicale illegittimità del provvedimento... impugnato, per poi passare, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali di illegittimità".

Nel quadro di una sentenza di rejezione della domanda, il criterio della "ragione più liquida" è stato descritto come quello "in base al quale la domanda può essere respinta sulla base della soluzione di una questione assorbente, senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre" (Cass., sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356, cit.).

<sup>74</sup> Secondo la consueta tripartizione delle condizioni dell'azione, costituita dal "titolo" o dalla possibilità giuridica ("*esistenza di una norma che contempra in astratto il diritto*"), dalla legittimazione e dall'interesse ad agire (C. MANDRIOLI, op. cit., 55 e ss.). Per la giurisprudenza amministrativa si può richiamare Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, cit.

senso<sup>75</sup>; mentre la rejezione di detta azione comporta l'accertamento dell'inesistenza della fattispecie astratta su cui poter radicare la situazione sostanziale fatta valere (ad esempio, la richiesta di un contributo non previsto dalla legge o comunque non assentibile su domanda di parte): la quale, pertanto, risulta a sua volta inesistente e risulta comunque escluso che vi sia (o si possa configurare) un rapporto giuridico in cui inscrivere la pretesa del cittadino al conseguimento del bene della vita.

Quanto poi alla pronuncia in termini di carenza di legittimazione a ricorrere<sup>76</sup> (piuttosto frequente in materia di gare pubbliche e per lo più rilevata a seguito di accoglimento di un ricorso incidentale), anche in questo caso il rapporto risulterà insussistente. La carenza di legittimazione, in ogni caso, preclude la sussistenza dell'interesse legittimo (inteso nel modo di cui si è detto), perché esclude la titolarità della pretesa fatta valere.

Altrettanto è a dirsi per la carenza di interesse a ricorrere, conseguente alla constatazione che il bene della vita non è comunque acquisibile per il ricorrente (si pensi ancora all'impugnazione dell'esito di una gara, da parte di chi non risulti in posizione utile per la vittoria). Anche in questo caso si accerta l'infondatezza della pretesa (quanto meno in relazione alle censure dedotte) e, dunque, si definisce per tali profili il conflitto sostanziale in senso favorevole all'Amministrazione, con una decisione suscettibile di passare in giudicato<sup>77</sup>.

In conclusione, le c.d. pronunce di rito (relative alla carenza delle condizioni dell'azione) sono normalmente idonee a definire il rapporto. Perché accertano l'insussistenza dei presupposti minimi perché l'inte-

<sup>75</sup> Sia esso previsto *ex lege* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5628), sia esso desumibile dal contesto fattuale, alla luce del dovere di correttezza e buona fede (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 19 maggio 2008, n. 523). Cfr. anche V. LOPILATO, in *Il processo amministrativo*, cit., 316.

<sup>76</sup> Giova precisare, per evitare confusioni di linguaggio o di inquadramento nelle varie categorie delle condizioni dell'azione, che si reputa più rappresentativo delle peculiarità del processo amministrativo distinguere la legittimazione a ricorrere dal "titolo", cui già si è fatto cenno. E in tale contesto la legittimazione a ricorrere, consistente nella titolarità di una speciale posizione qualificata (la c.d. posizione legittimante, su cui *supra* nota 8, ma anche *infra* par. 6), è comprensiva della *legitimatō ad causam* (e cioè della corrispondenza tra la parte processuale e il titolare di detta posizione legittimante).

Diversa è la classificazione proposta da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2014, cit., che comprende nella stessa categoria il "titolo" e la legittimazione a ricorrere, mentre considera separatamente la *legitimatō ad causam*. Tuttavia non è il caso di indugiare sul punto, trattandosi di questioni di mera classificazione, che non cambiano le implicazioni, che si reputa di poter trarre nel testo.

<sup>77</sup> Cfr. ancora C. CACCIAVILLANI, *op. cit.*, 182 e ss.

resse legittimo, inteso come pretesa alla acquisizione del bene della vita, possa dirsi effettivamente presente e suscettibile di accertamento giudiziale positivo.

Quanto, poi, alle sentenze di rejezione nel merito del ricorso, anche in questo caso vale la distinzione, a seconda che i vizi dedotti siano soltanto formali o anche (o solo) sostanziali. Perché nel primo caso (ad esempio, impugnazione di un rifiuto ritenuto immotivato), il rapporto non risulterà compiutamente accertato (e, comunque, non risulteranno accertate la fondatezza o l'infondatezza della pretesa), salvi i casi di cui all'art. 21 *octies* c.2, mentre nel secondo (ad esempio, impugnazione del diniego di permesso di costruire, basato sulla inedificabilità dell'area), il rapporto risulterà pienamente accertato e definito in termini favorevoli per l'Amministrazione: si è già constatato, infatti, che la mancanza anche solo di un presupposto sostanziale impedisce che si possa dire fondata la pretesa all'acquisizione del bene della vita e, così, la sussistenza dell'interesse legittimo pretensivo<sup>78</sup>.

Nell'una e nell'altra ipotesi vale poi il rilievo che, accanto all'effetto preclusivo derivante dai limiti oggettivi del giudicato, sussiste comunque sempre (e pressoché inevitabilmente) l'effetto ghigliottina della decadenza da ogni possibile censura non dedotta in termini. Il tutto con le implicazioni, che si sono già viste a proposito delle sentenze di rigetto relative ad asseriti interessi legittimi oppositivi.

Né è possibile in questo caso sottovalutare il complesso di tali effetti,

<sup>78</sup> Per la verità ciò vale integralmente per gli interessi pretensivi relativi a provvedimenti ampliativi ad istanza di parte. Mentre più articolato è il caso di interessi pretensivi che si innestano in gare o concorsi pubblici e, in particolare, il caso in cui il ricorso sia indirizzato a contestare (con censure di tipo sostanziale) la posizione di altro concorrente (normalmente posto in posizione più elevata in graduatoria): in questi casi, infatti, l'azione di annullamento presenta caratteri assimilabili a quelli delle impugnazioni a tutela degli interessi oppositivi.

Non è possibile soffermarci su quest'ultimo aspetto. Basti considerare, però, che se, per dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti per l'aggiudicazione (e, dunque, anche la spettanza del primo posto in graduatoria), il ricorrente operi censure nei confronti del concorrente in posizione più avanzata, basterà l'accoglimento di una qualunque illegittimità (escludente o, comunque, idonea a ribaltare la graduatoria) nell'offerta di quest'ultimo per conseguire il risultato. E lo stesso vale per il controinteressato in sede di ricorso incidentale.

Ne deriva che si tratta di una forma di tutela analoga a quella dell'interesse legittimo oppositivo (ove basta un vizio sostanziale per impedire la rinnovazione dell'atto). E tutto ciò comporta che anche in caso di sentenza di rejezione del ricorso, non risulterà accertato che non vi siano altri possibili vizi nella posizione dell'aggiudicatario, idonei a produrre un esito diverso della gara.

sulla base della considerazione che, almeno con riferimento agli atti ampliativi su istanza di parte, l'istanza medesima può sempre essere riproposta<sup>79</sup>. Infatti, a parte il caso di riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento a seguito del silenzio non impugnato (art. 31, c. 2, c.p.a.), non sussiste per l'amministrazione alcun dovere procedimentale, ove la domanda sia stata già esaminata<sup>80</sup>, dando luogo ad un diniego, che abbia superato indenne il giudizio di annullamento o che sia divenuto comunque inoppugnabile<sup>81</sup>.

Sicché, in conclusione, l'istanza può essere riproposta solo ove sia emendata da tutti i profili, che hanno originato il primo diniego (ad esempio, di fronte ad un diniego di permesso di costruire per eccesso di cubatura, si può presentare altro progetto conforme alla cubatura indicata nel primo atto). Il che risulta del tutto speculare agli obblighi incombenenti, questa volta sull'amministrazione, a seguito di (talune) sentenze di accoglimento del ricorso: del che si passa a parlare.

Passando, dunque, alle sentenze di accoglimento (e anzitutto, in particolare, a quelle di annullamento), ancora una volta occorre confrontarci con l'affermazione che una tale sentenza è in grado di definire il rapporto in caso di attività vincolata, non lo è in caso di attività (con un margine) discrezionale<sup>82</sup>. Tale affermazione merita una qualche precisazione.

Indubbiamente se la sentenza di accoglimento riguarda vizi solo formali (il che può avvenire, ex art. 21 *octies* c. 2, essenzialmente solo nei casi di attività discrezionale), il rapporto sostanziale non risulterà completamente accertato dal Giudice amministrativo e l'Amministrazione potrà riprovvedere, senza il ben che minimo vincolo che riguardi la fondatezza della pretesa del cittadino. E, *a fortiori*, tale situazione si verificherà nel caso di giudizio sul silenzio, che dia luogo ad una pronuncia ex art. 31 c. 1 c.p.a.<sup>83</sup>: l'accertamento dell'obbligo di provvedere, senza la ben che mi-

<sup>79</sup> G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli 2012, 261, in nota 7.

<sup>80</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6234.

<sup>81</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4227; Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181, giurisprudenza costante.

<sup>82</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, cit. supra in nota 17.

<sup>83</sup> In particolare la già citata ordinanza n. 2024/2012, al punto 8.6.1 afferma che "Nel caso in cui il giudicato annulli il provvedimento solo per vizi formali, è indubbio che resta spazio pieno per il rinnovo della valutazione dell'amministrazione nei suoi elementi sostanziali.

Ad analoghe conclusioni si giunge nel caso in cui, nei giudizi avverso il silenzio inadempiuto, il giudicato si limiti a dichiarare l'obbligo di provvedere, senza impartire prescrizioni sul quomodo. In siffatta evenienza, il provvedimento espresso non satisfat-

nima indicazione sul contenuto, costituisce infatti la sentenza (di accoglimento) più “strumentale” prevista dal nostro codice, dato che non fornisce indicazioni neppure sul *modus procedendi* dell'amministrazione.

Ben diverso è il quadro in caso di accoglimento di vizi sostanziali. In tal caso il rapporto risulterà accertato e definito nei limiti dei vizi accolti e in termini speculari ad essi: il che significa che difficilmente la sentenza di accoglimento, anche basata su vizi sostanziali, sarà in grado di accertare l'intero rapporto.

Il discorso vale soprattutto nel caso di attività con margini di discrezionalità. Infatti, anche se è stata abrogata la disposizione “*fatti salvi gli ulteriori provvedimenti della p.a.*”, di cui all'art. 26, c. 2, della legge sui T.A.R.<sup>84</sup>, non par dubbio che dopo l'annullamento la parola ritorni all'amministrazione, la quale risulterà libera di rivalutare *funditus* la questione, col solo limite di non deliberare in contrasto con quanto già statuito dal Giudice.

Ma anche nel caso di attività vincolata, l'accoglimento di un vizio sostanziale non esclude certo che vi possa essere un ulteriore impedimento all'emissione dell'atto ampliativo richiesto. Ad esempio, annullato un diniego di permesso di costruire, basato sull'asserita (e disconosciuta in sede di giudizio) inedificabilità dell'area, non è detto che il permesso non possa essere negato per altra ragione (in ipotesi, perché il progetto supera i limiti volumetrici, di altezza, ecc.).

Il problema è stato posto in sede giurisprudenziale soprattutto con riferimento alle condizioni e ai limiti per l'accesso al giudizio di ottemperanza, che presentando più incisivi poteri cognitori e decisorii (anche di merito) è sicuramente idoneo a risolvere fino in fondo il conflitto sostanziale<sup>85</sup>. Il tutto sulla base della considerazione che non ogni provvedi-

tivo, non dà luogo a inottemperanza, ma ad un atto autonomamente lesivo e, eventualmente, viziato, da contestare con il ricorso impugnatorio ordinario [Cons. Stato, VI, 15 novembre 2010, n. 8053].”

<sup>84</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale, cit.*, 816, che giustifica la riedizione del potere sulla base dell'art. 34, c.2 c.p.a. (“in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”).

<sup>85</sup> Cfr. ordinanza 2024/2012, *cit.*, che al punto 8.2 osserva: “A fronte, pertanto, di un comportamento attivo successivo al giudicato, non satisfattivo per la parte vittoriosa, si impone di verificare se la scelta della corretta azione in giudizio vada svolta avendo riguardo alla sola formale qualificazione in concreto della condotta dell'amministrazione come violazione o elusione del giudicato, o come autonoma violazione; ovvero se domini comunque l'esigenza di assicurare “l'esecuzione delle decisioni di giustizia” e di frustrare – anche oltre l'elusione – i comportamenti formalmente rinnovatori ma in realtà meramente reiterativi: e dunque se e in quali termini si debba privilegiare senz'altro il giudizio

mento successivo al giudicato di annullamento e non satisfattivo per la parte vittoriosa costituisca presupposto sufficiente per accedere al giudizio di ottemperanza.

A quest'ultimo proposito viene in rilievo la distinzione tra violazione (o elusione) del giudicato da un lato e possibile nuova illegittimità dall'altra. E, infatti, il primo giudizio ben raramente assorbe totalmente i margini di determinazione dell'amministrazione<sup>86</sup>, dato che, come si è visto, neppure il principio del dedotto e del deducibile (in via di azione o di eccezione) è idoneo ad esaurire detti margini, al di fuori dei motivi di ricorso effettivamente accolti.

La predetta distinzione passa, dunque, attraverso l'individuazione dei limiti oggettivi imposti dal giudicato alla rinnovazione dell'atto e degli spazi bianchi lasciati ad una valutazione autonoma dell'amministrazione<sup>87</sup>. E la violazione o elusione del giudicato si avrà ove il nuovo atto

di ottemperanza (considerata anche la sua latitudine, posto che, per recepta opinione, si differenzia dal comune processo di esecuzione avendo anche un contenuto cognitorio).

Solo ove si faccia ricorso al criterio formale, alla verifica sarebbe necessario soltanto compiere le seguenti operazioni logiche:

- interpretare il giudicato e per l'effetto individuare l'esatta portata prescrittiva del giudicato;
- verificare se l'atto adottato si conformi o meno alla portata prescrittiva del giudicato<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Anche se non si condivide l'ampiezza di detti margini, talvolta riconosciuti dalla giurisprudenza, come nell'enunciazione che segue: "La questione si pone invece ove la riedizione del potere (come nel caso in esame) si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice.

In tale caso l'adunanza plenaria ritiene che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice.

È ben consapevole l'adunanza delle tesi da tempo avanzate che, facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposto dalle pur rilevanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, come attestato dalla disciplina della materia in Paesi dell'Unione europea a noi più vicini (si pensi alla Francia e alla Germania) nei confronti dei quali possiamo vantare un sistema di esecuzione del giudicato amministrativo – l'ottemperanza appunto – sicuramente più avanzato". (Cons. Stato, Ad Plen. n. 2/2013, cit.).

<sup>87</sup> Nella più volte citata ordinanza 2024/2012, al punto 8.6 si legge "In questa stessa prospettiva, l'individuazione del discrimine tra violazione o elusione del giudicato, e violazione nuova e autonoma, muovendo dalla portata oggettiva del giudicato, sembra poter essere compiuta con esemplificazione casistica per categorie generali di tipologie di vizi dell'azione amministrativa su cui incide il giudicato. Si tratta allora di comprendere quali sono i limiti che derivano dal giudicato al rinnovo dell'azione amministrativa, e quali sono invece gli spazi bianchi lasciati a una valutazione autonoma dell'amministrazione".

adottato non si conformi alla portata prescrittiva del giudicato medesimo (e, cioè, quando viene reiterato – espressamente o sostanzialmente – lo stesso vizio, che aveva condotto al primo annullamento), mentre in ogni altro caso di rinnovo dell'azione amministrativa (non soddisfattoria per il soggetto vittorioso nel primo giudizio) potranno emergere illegittimità “nuove”, come tali suscettibili di impugnazione in un ulteriore giudizio di legittimità<sup>88</sup>.

Si giustifica così il caso in cui una stazione appaltante, che abbia escluso un concorrente per uno specifico motivo e che abbia subito a questo proposito l'annullamento dell'esclusione, possa reiterare l'esclusione stessa per altro e autonomo motivo, senza che ciò costituisca violazione o elusione del giudicato<sup>89</sup>. E si teorizza tuttavia la necessità che la seconda volta che l'amministrazione si pronunci sullo stesso caso, dopo aver subito un primo annullamento, debba esplicitare tutti i possibili motivi che possono sostenere una tale determinazione, non essendo consentito protrarre all'infinito l'enunciazione di detti motivi, via via che siano giudicati illegittimi dal Giudice<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Contra L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., 617 e ss., che propugna la tesi secondo la quale ogni illegittimità contestata dopo la prima sentenza di accoglimento del ricorso dovrebbe essere di competenza del giudice dell'ottemperanza.

<sup>89</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 384, con nota di M. TRIMARCHI, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 2/2013*. Precisa la sentenza che “uno dei principi cardine del nostro processo amministrativo è quello che l'atto annullato giudizialmente può essere reiterato dall'Amministrazione, riacquistando la stessa il proprio potere discrezionale sulla questione controversa, sempre che il nuovo atto non riproduca i vizi del precedente annullato (*ex plurimis* Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2012, n. 1714; Sez. IV, 6 marzo 2012, n. 1261; Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1545)”.

<sup>90</sup> Cfr. Cons. Stato, ordinanza 2024/2012, cit., che al punto 8.6.3 osserva che “Una parte della giurisprudenza sembra ammettere che dopo il primo giudicato l'Amministrazione possa individuare ulteriori elementi sfavorevoli all'interessato, per reiterare il provvedimento negativo, purché lo faccia una volta sola. In tale prospettiva si è affermato che pur dovendosi escludere che ogni questione insorta dopo la formazione del giudicato e in esecuzione dello stesso vada sottoposta al vaglio del giudice dell'ottemperanza, tuttavia occorre che la controversia fra l'amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. Il punto di equilibrio va determinato imponendo all'amministrazione – dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo – di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati [Cons. Stato, VI, 3 dicembre 2004, n. 7858; V, 6 febbraio 1999 n. 134].”

Tale orientamento giurisprudenziale tende a trovare un qualche equilibrio tra il chiaro *favor* che presenta il codice ai fini dell'accesso al giudizio di ottemperanza per ogni vicenda successiva ad una prima sentenza di annullamento e la necessità che vi sia tuttavia una violazione o elusione del giudicato. Ove la prima esigenza risponde anche alla necessità di una celere definizione della controversia, avvalendosi della "polisemicità" del giudizio di ottemperanza<sup>91</sup> e anche della sua attitudine a realizzare un giudicato a formazione progressiva<sup>92</sup>.

A sua volta la già citata sentenza 3187/2014 rileva che "Come è stato anche di recente ribadito, tale principio viene a contemperare esigenze all'apparenza inconciliabili e cioè la forza della *res iudicata* e la funzione ed utilità di quest'ultima, la continuità del potere amministrativo ex art. 97 della Costituzione ed il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 della Costituzione medesima; si è altresì osservato che nell'ordinamento italiano non trova riconoscimento la teoria c.d. del "one shot" (una sola chance) viceversa ammessa in altri ordinamenti, principio che nel sistema italiano è stato temperato accordandosi all'amministrazione due "chances", con l'effetto che l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale, che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, non determina la sicura soddisfazione del bene della vita ambito, obbligando semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza, potendo essa, quantomeno in sede di prima riedizione del potere e per una sola volta, evidenziare ulteriori elementi preclusivi "facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento dell'istanza del privato" (così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018)".

<sup>91</sup> A proposito del giudizio di ottemperanza, l'Ad Plen. n. 2/2013, cit., così si esprime: "Ebbene, ciò che risulta evidente dall'esame della disciplina codicistica è che il giudizio di ottemperanza (cui sono state già dedicate le sentenze nn. 2, 18 e 24 del 2012 dell'adunanza plenaria) presenta un contenuto composito, entro il quale convergono azioni diverse, talune riconducibili alla ottemperanza come tradizionalmente configurata; altre di mera esecuzione di una sentenza di condanna pronunciata nei confronti della Pubblica Amministrazione; altre ancora aventi natura di cognizione, e che, in omaggio ad un principio di effettività della tutela giurisdizionale, trovano nel giudice dell'ottemperanza il giudice competente, e ciò anche a prescindere dal rispetto del doppio grado di giudizio di merito (principio che peraltro, come è noto, non ha copertura costituzionale).

In conclusione, l'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. cpa (ai quali occorre doverosamente aggiungere l'art. 31, co. 4), porta ad affermare la attuale polisemicità del "giudizio" e dell'"azione di ottemperanza", dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost. Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza, come identificato per il tramite dell'art. 113 cpa, deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto."

<sup>92</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569, cit., punto 4.

Questa soluzione (o *modus operandi* giurisprudenziale) è alquanto discutibile, perché priva di fondamento teorico<sup>93</sup>, anche se costituisce un compromesso pragmatico tra esigenze di definizione delle controversie in un unico giudizio (c.d. *one shot*<sup>94</sup>) ed esigenze connesse alla inesauribilità del potere amministrativo. Ma può essere accettata solo all'interno di un giudizio meramente impugnatorio, ove, per le ragioni già richiamate, l'accertamento della pretesa ad ottenere il provvedimento richiesto raramente può risultare totalmente compiuto.

E ciò indipendentemente dalle strategie difensive del ricorrente. Le quali, soprattutto nel caso di attività discrezionale, troverà un ostacolo pressoché insormontabile nelle scelte ancora non compiute (si pensi ai casi di rifiuto c.d. preliminare o pregiudiziale<sup>95</sup>), ovvero nelle scelte e negli adempimenti istruttori riservati all'amministrazione, anche nel caso di riedizione del potere.

Nè risulta idoneo a superare il *gap* tra l'accertamento ai fini dell'annullamento dell'atto impugnato e l'accertamento pieno del rapporto la portata conformativa della sentenza di accoglimento. Anche a voler valorizzare appieno il precetto che il Giudice amministrativo, "*nei limiti della domanda*", può condannare "*all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*" (art. 34, c. 1, lett. c, c.p.a.)<sup>96</sup>, è chiaro che, appunto nei limiti della domanda di annullamento dell'atto impugnato, l'effetto conformativo non potrà che muoversi all'interno della motivazione della sentenza di accoglimento<sup>97</sup>, con i limiti che si sono già visti.

In termini critici sull'istituto di origine giurisprudenziale del giudicato "a formazione progressiva", cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2015, n. 3587, che ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della sua effettiva configurabilità.

<sup>93</sup> Sottolinea questo aspetto L. FERRARA, *op. cit.* 622.

<sup>94</sup> Come si è visto (*supra* nota 90). "Nel sistema italiano, invece, il principio è stato 'temperato' accordandosi all'Amministrazione due chances: si è infatti costantemente affermato che l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza" (Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987; cfr. anche sez. IV, 31 maggio 2015, n. 1686).

<sup>95</sup> Cui si riferisce ora anche l'art. 2, c. 1, della legge 241/90.

<sup>96</sup> Cfr. A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, *cit.*, *passim*.

<sup>97</sup> Osserva l'ordinanza 2024/2012, *cit.*, punto 8.4 che "Il giudicato amministrativo ha un contenuto complesso, non limitato agli effetti demolitori e ripristinatori rivolti al passato, ma comprensivo anche degli effetti conformativi rivolti al futuro e consistenti nei vincoli imposti all'autorità amministrativa nella rinnovazione del provvedimento annullato".

### 5. *Interessi pretensivi e giudizio di adempimento*

Il discorso cambia e diventa comunque più complesso se, accanto all'impugnazione dell'atto, venga proposta un'azione di adempimento. La quale, com'è noto, è stata concepita<sup>98</sup> e introdotta espressamente nel nostro ordinamento, proprio per superare i limiti di accertamento e di tutela del giudizio di annullamento<sup>99</sup>, allorché la posizione dedotta in giudizio sia costituita da un interesse legittimo pretensivo.

Si tratta, ovviamente (e in base al principio dispositivo), di un'azione facoltativa per il ricorrente<sup>100</sup>, essendo escluso che sussista anche solo

lato, in relazione ai vizi di legittimità riconosciuti esistenti [Cons. Stato, IV, 10 aprile 1998, n. 565; V, 1 aprile 1996, n. 328; IV, 30 settembre 1995, n. 779; IV, 7 marzo 1994, n. 219; V, 20 maggio 1993, n. 606].”

<sup>98</sup> Per le esigenze di tutela, che impongono di superare lo schema del mero giudizio di annullamento: cfr., oltre all'*Accertamento autonomo del rapporto*, cit., *passim*, P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 236 e ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano 2002, *passim*, e A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, *passim*.

Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Dir. proc. amm.* 2013, 854, che ha puntualmente riconosciuto che “Nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo amministrativo, dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela che rinviene il suo fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa tutela giurisdizionale (artt. 24, 103, 111 e 113). Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui siffatta azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente”.

<sup>99</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, *cit.*, che ha precisato che “L'ammissibilità, in via generale, di un'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di esatto adempimento) tesa ad una pronuncia che, per le attività vincolate, costringa la P.A. ad adottare il provvedimento soddisfacente, è ricavabile dall'interpretazione del dato normativo in conformità ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3). Tale interpretazione è stata da ultimo cristallizzata, sul versante positivo, dalle modifiche di recente apportate con il decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160 al disposto dell'art. 34, comma 1, lettera c, del codice del processo amministrativo, mediante l'aggiunta di un ultimo periodo alla stregua del quale “l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio”.

<sup>100</sup> Che può preferire non esercitare, soprattutto allorché reputi di trarre maggiore vantaggio da una ripetizione della procedura esente da vizi (si pensi all'impugnazione del bando di gara).

l'onere di proporla congiuntamente al ricorso d'annullamento<sup>101</sup>. Neppure il principio del dedotto e del deducibile può imporre una tale iniziativa processuale, dato che, come si è visto, lo stesso vale solo all'interno della domanda proposta e non rileva a proposito di azioni distinte, ancorché proponibili cumulativamente.

Certo è che, una volta proposta, essa sottopone al Giudice la questione della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente nella sua interessezza. Il che comporta l'accertamento dell'intero rapporto amministrativo, per giungere ad una sentenza (di condanna o meno), idonea a dirimere una volta per tutte il conflitto sulla spettanza del bene della vita, che il ricorrente intende acquisire (*id est*, il conflitto sul rilascio o meno dell'atto ampliativo richiesto).

In altri termini – e a differenza di quanto si verifica nel giudizio di annullamento – in questo caso è l'interesse legittimo che costituisce direttamente, immediatamente ed integralmente la *causa petendi* della domanda. E dunque l'azione è estesa (e ricomprende) tutti gli elementi costitutivi dell'interesse legittimo stesso, come sopra precisati: il tutto con ovvie implicazioni in ordine alla (piena) operatività del principio del dedotto e del deducibile.

E lo stesso scenario si presenta anche nel caso di azione sul silenzio, ex art. 31, c. 3, c.p.a., che è stata anzi introdotta per prima nel nostro ordinamento, rendendo necessaria anche l'azione di adempimento, se non altro per evitare ingiustificate asimmetrie<sup>102</sup>. L'unica differenza, su cui si tornerà, è costituita dalla circostanza che l'azione di adempimento, ove si accompagni a quella di annullamento, presuppone già un primo esercizio (illegittimo e suscettibile di annullamento) del potere amministrativo, mentre l'azione sul silenzio presuppone, ovviamente, il mancato esercizio di detto potere.

Ora, come è noto, nell'uno e nell'altro caso il Codice pone rigorosi limiti o condizioni: deve trattarsi di “attività vincolata”, o comunque senza ulteriori margini di discrezionalità e senza necessità di “adempimenti

Per tale facoltà -pur con riferimento al giudizio sul silenzio-, V. LOPILATO, *op. cit.*, 319, che si riferisce al caso in cui “pur sussistendo i presupposti, la parte si limita a chiedere l'accertamento dell'obbligo di provvedere”.

<sup>101</sup> Conferma si trae dal caso espressamente previsto della “domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto” (art. 124 c.p.a.). Il mancato esercizio di detta azione non incide sulla domanda di annullamento, ma nel merito dell'eventuale domanda di risarcimento.

<sup>102</sup> R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano 2010, 224 e ss.

*istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*" (art. 31, c.3 e art. 34, c.1 lett. c, c.p.a.). Sicché, a parte la questione dell'esatta perimetrazione di detti limiti<sup>103</sup>, il più grave problema che si pone<sup>104</sup> – e che ha un ovvio rilievo nell'ottica del presente saggio – è quello di stabilire se dette condizioni debbano sussistere prima della proposizione della domanda o se, viceversa, possano sopraggiungere nel corso del giudizio; e in questo secondo caso, se debba trattarsi di un risultato occasionale o viceversa necessario (con o senza l'intervento del Giudice).

Al primo quesito è agevole dare risposta positiva, anche perché sussiste un preciso aggancio normativo. Invero l'art. 34 c.1. lett. c) statuisce che *"l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata nei limiti di cui all'art. 31, c.3"* e, a sua volta, l'art. 31, c. 3, statuisce che *"il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità..."*: dunque il limite dell'attività discrezionale (così come quello delle attività istruttorie riservate) riguarda la pronuncia di merito del giudice e non la proponibilità dell'azione<sup>105</sup>.

Si tratta, del resto, di un limite molto simile a quello previsto dall'art. 34, c. 2, c.p.a., che statuisce che *"in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*. Ed è noto che a quest'ultimo proposito l'Adunanza Plenaria ha giudicato, in ordine ad un'azione proposta prima che si fosse formato il silenzio, che *"la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34, comma 2, cit., deve esistere al momento della decisione. Ne deriva che l'as-*

<sup>103</sup> Su questi temi si può vedere V. LOPILATO, *op. cit.*, 317 e ss.

<sup>104</sup> Il tema è trattato da M. TRIMARCHI, *op. cit.*, sia con riferimento al dedotto e deducibile (404 e ss.), sia con riferimento all'integrazione della motivazione (409 e ss.).

Cfr. anche A. CARBONE, *Pluralità di azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo giudizio amministrativo*, nota a Cons. Stato n.6002/2012, cit., in *Dir. proc. amm.* 2013, 875 e ss., che ammette non solo i casi di attività in astratto del tutto vincolata, ma anche i casi in cui per lo sviluppo procedimentale o per lo svolgimento processuale non residuino margini di discrezionalità.

<sup>105</sup> A questo proposito è stata denunciata l'insufficienza del rito del silenzio (M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.* 2014, 716 e ss.). Tuttavia, se si considera che l'azione di adempimento può ora accompagnarsi a quella sul silenzio, tali preoccupazioni potrebbero essere superate. Infatti, la contestuale proposizione dell'azione di adempimento dovrebbe comportare una trasformazione del rito, in mancanza di che non avrebbe senso l'espressa previsione (art. 34, c.1,lett.c, c.p.a.) del cumulo delle azioni (dato che già il giudizio sul silenzio presenta la possibilità di accertare la fondatezza della pretesa).

*senza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34*<sup>106</sup>.

Acquisito, dunque, che le condizioni per la pronuncia di merito sull'azione di adempimento possono sopraggiungere nel corso del giudizio<sup>107</sup>, possiamo affrontare il secondo e più delicato quesito. Al quale pure pare si debba dare risposta positiva, in considerazione del richiamato principio relativo all'onere (per le parti) di dedurre ogni possibile profilo di ragione, nonché in considerazione del principio di non contestazione e dei compiti di cui è investito il Giudice al fine di rendere "matura" la causa.

Quanto al ricorrente, sarà suo onere dedurre e fornire la prova della sussistenza di tutti i presupposti di fatto e di diritto necessari per l'emissione del provvedimento favorevole richiesto, fatti salvi – ove l'azione di adempimento si cumuli con quella di annullamento – quegli aspetti espressamente riconosciuti come presenti dall'amministrazione, pur nel quadro di un provvedimento negativo (e come tale impugnato). Naturalmente dovrà arrestarsi – salva la proposizione di idonee istanze istruttorie e cautelari – di fronte ai residui ulteriori profili di discrezionalità, così come di fronte agli adempimenti istruttori, riservati all'Amministrazione.

Ma a questo ultimo proposito dovrà essere l'Amministrazione ad attivarsi, perché, proprio in base al principio del dedotto e del deducibile, sarà tenuta a dedurre in via di eccezione, tutte le eventuali residue ra-

<sup>106</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2011, n. 15, cit., che così prosegue: "Per converso, in ossequio ai principi prima ricordati in tema di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, di cui la tutela interinale è declinazione fondamentale, il giudice amministrativo può adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 del codice del processo amministrativo, al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile".

<sup>107</sup> Vedi T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, cit., che del resto dà per scontata siffatta possibilità, precisando che "è ben possibile, però, che un'attività "in limine litis" connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti) risultare, all'esito dello scrutinio del giudice, ormai "segnata" nel suo sviluppo". Cfr. anche T.A.R. Lombardia, sez. III, 10 aprile 2012, n. 1045.

F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 818 parla di esaurimento dei profili discrezionali "verificatosi tanto nel corso del procedimento, quanto in seguito alla rimozione (giurisdizionale o in autotutela) degli elementi di illegittimità del provvedimento di diniego".

gioni che precludono il rilascio del provvedimento richiesto<sup>108</sup>. Il che significa che, oltre all'onere di contestare ogni aspetto non condiviso dell'avversaria ricostruzione dei fatti e del relativo inquadramento giuridico, dovrà anche espletare la necessaria istruttoria di sua competenza ed esaurire una volta per tutte le scelte discrezionali<sup>109</sup>.

In altri termini, si può forse convenire con l'affermazione che nel nostro ordinamento, nonostante il precetto contenuto nel citato art. 10 bis della legge 241/90, non vi sia una norma che in sede procedimentale imponga all'Amministrazione di dedurre una volta per tutte tutte le ragioni che impediscano un certo risultato<sup>110</sup>. Ma di fronte ad un'azione di adempimento, in cui il ricorrente (che in ipotesi non possa o voglia attendere la celebrazione di ben tre processi, prima di giungere alla conclusione della controversia) chieda l'accertamento della fondatezza della pretesa, adducendo che non vi sono ragioni per impedire il conseguimento del bene della vita, quell'onere di dedurre ogni eventuale ulteriore motivo di diniego, che non sussiste in caso di azione di mero annullamento<sup>111</sup>, diventa assolutamente attuale, in quanto attinente alla questione della fondatezza della pretesa, oggetto del giudizio.

Né pare che tutto ciò conculchi la sfera di autonomia e di responsabilità dell'Amministrazione<sup>112</sup>, cui dovrebbero sempre essere accordate due *chances*<sup>113</sup>. Nel caso di azione di adempimento, che si cumuli con quella di annullamento, esiste già un primo pronunciamento e l'onere imposto attiene appunto al riesercizio del potere, con la sola differenza

<sup>108</sup> In ordine agli oneri che derivano dall'applicazione del principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile, nell'ambito di un'azione di adempimento, cfr. ancora F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., 818.

<sup>109</sup> Il che, nell'ordinamento tedesco, è espressamente consentito (nel corso del giudizio) dal par. 114 della legge sul processo amministrativo.

<sup>110</sup> Così F. CARINGELLA, *Manuale*, cit. 817, che osserva che "... nessun dato positivo induce a ritenere che l'amministrazione abbia l'onere di esternare integralmente le ragioni di diniego all'emanazione del provvedimento ampliativo della sfera del privato".

Contra, come è noto, M. CLARICH, *Giudicato amministrativo*, cit., 194 e ss., 209 e ss.

<sup>111</sup> Data "l'inesistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che imponga alla p.a. un onere di *clare loqui* spinto fino al punto di esplicitare, in modo esaustivo e con effetto preclusivo, tutti i motivi che possano supportare una determinata conclusione, dovendosi al contrario ammettere che la p.a. possa limitarsi a mettere in evidenza, ad esempio in sede di provvedimento di diniego, motivi autosufficienti considerati più significativi" (cfr. Cons. Giust. Amm., 18 giugno 2014 n. 331, che tuttavia reputa superata tale impostazione).

<sup>112</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2/2013, nel passo citato in nota 86.

<sup>113</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187, nel passo citato in nota 90. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987, cit.

che, per le necessità scaturenti dal tipo di azione, tale riesercizio dovrà essere effettuato nel corso del giudizio e non (come nel caso di azione di solo annullamento) dopo la conclusione dello stesso. Nel caso del giudizio sul silenzio (o di azione di adempimento congiunta a quella sul silenzio) l'onere di dedurre una volta per tutte le preclusioni all'adozione del provvedimento richiesto scaturisce anch'esso dalle necessità del tipo di azione: anche perché se si può sostenere che normalmente (anche per ragioni di celerità e semplificazione) l'Amministrazione non sia tenuta ad esplicitare tutte le possibili ragioni di diniego, analoga giustificazione non può valere quando sia pendente un giudizio vertente sulla fondatezza della pretesa ad ottenere il provvedimento richiesto e, così, sull'assenza di ogni preclusione al riguardo.

Del resto, indipendentemente dalla questione di un generale potere di integrare in giudizio la motivazione dell'atto impugnato<sup>114</sup>, il nostro ordinamento prevede comunque specifici casi in cui ciò risulta consentito (ad esempio, art. 21 *octies*, c. 2, della legge 241/90, a proposito della co-

<sup>114</sup> Significativa in senso positivo è la recente pronuncia del Cons. Stato (sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488), che rileva che "Tanto costituisce, invero, applicazione del principio di conservazione degli atti amministrativi e dei loro effetti giuridici, codificato dall'art. 21-nonies, co. 2, della legge 7 agosto 1990 n. 241 e ss.mm.ii, espressione del fondamentale principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa posto dal precedente art. 1, co. 1.

Difatti, in giurisprudenza non si dubita della legittimità dell'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo che avvenga, da parte dell'amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento od un successivo provvedimento di convalida; quanto invece si ritiene inammissibile è la formulazione di argomentazioni difensive a giustificazione del provvedimento impugnato non evincibili nemmeno implicitamente dalla sua motivazione, ciò soltanto costituendo un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, come tale non consentita in quanto non inserita nell'ambito di un procedimento amministrativo (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4303 e sez. VI, 22 settembre 2014 n. 4770).

Né si vede come l'integrazione dell'atto, in luogo del suo auto annullamento (unitamente agli atti conseguenti) e la sua rinnovazione comprimano il diritto di difesa, dal momento che sia la rettifica, sia il nuovo provvedimento, ove ritenuto parimenti lesivo in quanto recante lo stesso dispositivo del primo, non avrebbero potuto non essere entrambi oggetto di impugnazione (con ricorso autonomo o con motivi aggiunti, come pure consentito dall'art. 43 cod. proc. civ.).

Cfr. anche, per varie aperture all'integrazione della motivazione (oltre che nell'ipotesi del 2° comma dell'art. 21 *octies* l. 141/90), Cons. Stato, Sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5257; Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194; v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376; Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3417; Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018.

Per l'ordinamento tedesco vale l'espressa previsione normativa contenuta nel par. 45 della legge sul procedimento.

municazione di avvio del procedimento). Né appare preclusiva la circostanza che, riguardo all'azione di adempimento, non vi sia un'espressa e apposita previsione normativa<sup>115</sup>, perché il fondamento giuridico si rinviene proprio nel principio del dedotto e del deducibile<sup>116</sup>, che deve trovare ampia applicazione nell'azione di adempimento, dato che l'azione è unica ed ha come *causa petendi* la situazione soggettiva – interesse legittimo pretensivo – nella sua interezza.

In tal quadro, del resto, il Giudice amministrativo non può restare come mero spettatore. Il che non significa che debba sostituirsi all'amministrazione nel decidere autonomamente (e, cioè, senza alcuna previa presa di posizione dell'amministrazione medesima, con relativa assunzione di responsabilità) se un determinato provvedimento debba essere emesso o meno; ma significa che deve esplicitare (anche per evitare un uso strumentale delle strategie difensive dell'Amministrazione) i suoi consueti poteri diretti a rendere matura la causa per la decisione.

Si tratta degli ordinari poteri istruttori e, in particolare, come da tempo suggerito<sup>117</sup>, di mirate richieste di chiarimenti, dirette appunto a superare inerzie, reticenze e fuga dalle responsabilità istituzionalmente spettanti all'amministrazione attiva. Ma si tratta anche, ove richiesto, di mirato esercizio di poteri cautelari (i ben noti "*remand*"), che in concreto si sono sempre rilevati molto efficaci.

Nè pare forzato l'esercizio di poteri cautelari in funzione propulsiva dell'attività dell'Amministrazione<sup>118</sup>. Infatti in questo caso il danno grave e irreparabile va commisurato, a parer mio, ai tempi necessari per conseguire lo stesso risultato con il giudizio impugnatorio e, così, con la celebrazione di ben tre processi (di cui almeno due di legittimità, oltre al giudizio di ottemperanza).

Viceversa la sentenza di merito su un'azione di adempimento (accompagnata dall'azione di impugnazione, che nel corso del giudizio può

<sup>115</sup> Com'è noto, nell'originario testo provvisorio di c.p.a., che contemplava l'azione di adempimento, era prevista, all'art. 42, la statuizione che "*le parti allegano in giudizio gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa*". Tale norma fu poi stralciata dal testo definitivo (unitamente all'azione di adempimento) e non è stata più reintrodotta, nonostante che col secondo correttivo sia stato (espressamente) nuovamente previsto il rimedio dell'azione di adempimento.

<sup>116</sup> Per l'applicazione di detto principio all'azione di adempimento, cfr. L. FERRARA, *op. cit.*, 650.

<sup>117</sup> Cfr. il contributo *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del Giudice amministrativo* in *Riv. dir. proc.* 1992, 481 e ss.

<sup>118</sup> In tal senso, mi pare, A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit. 246.

implementarsi con motivi aggiunti e ricorsi incidentali correlati alle determinazioni sopravvenute dell'amministrazione) è idonea ad accertare definitivamente il rapporto nell'ambito del giudizio di cognizione<sup>119</sup>, quale che sia l'esito (di accoglimento o di rigetto) della sentenza medesima. E a tale risultato si può giungere "one shot", come del resto avviene in molte fattispecie di impugnazione dell'aggiudicazione altrui e di "accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto" (ex art. 124 c.p.a.).

## 6. Cenni conclusivi

La disamina che precede convince in ordine all'attitudine del giudizio amministrativo ad accertare l'intero rapporto sostanziale, ove la domanda del ricorrente o, meglio, le domande delle parti siano dirette a tale risultato.

Ciò è sempre stato consentito con riferimento agli interessi oppositivi e nel quadro tradizionale del giudizio di annullamento (essenzialmente in senso favorevole al ricorrente, ove si giunga ad una sentenza di accoglimento per vizi sostanziali). Detto risultato è ora raggiungibile anche per gli interessi pretensivi, soprattutto se, accanto all'azione di annullamento, si affianchi quella di adempimento: e l'accertamento del rapporto risulterà comunque compiuto, quale che sia l'esito del giudizio (favorevole o meno al ricorrente).

Parimenti comporta (o, meglio, presuppone) l'accertamento del rapporto la sentenza di condanna al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi<sup>120</sup>. E ciò sia nel caso di accertamento della spettanza del bene della vita e della relativa lesione (secondo lo schema risalente alla sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite), sia nel caso di perdita della c.d. *chance*, a sua volta commisurata al risultato finale illegittimamente non conseguito<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Evitando così di scaricare sul giudizio di ottemperanza compiti che non sono propri e che il codice ha inteso ricondurre nella fase di cognizione (per osservazioni analoghe, sull'impostazione del c.p.a., cfr. C.E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. app.*, 2011, 694 ss.).

<sup>120</sup> Si consideri però quanto esposto in nota 35.

<sup>121</sup> Valgano le considerazioni già svolte in *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo*, cit, 500 e ss.

In questi casi, così come in altri via via evidenziati (ove, viceversa, il rapporto risulta accertato essenzialmente a favore dell'amministrazione), si può dire che il giudizio amministrativo è idoneo a dirimere il conflitto sostanziale fra le parti, garantendo uno standard di tutela adeguato ai principi costituzionali (ivi compreso quello del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost.). Tenuto conto che, proprio nel contesto dei principi costituzionali, “*appare inevitabile l'opzione strutturale verso una decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio. Una decisione tendenzialmente caratterizzata da stabilità, certezza, affidabilità temporale, coniugate con valori di sistema della celerità e giustizia.*”

*Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito*”<sup>122</sup>.

Si è anche sottolineato, tuttavia, che tale risultato non sempre si raggiunge, essendo numerosi i casi in cui la pronuncia del Giudice amministrativo non copra per nulla (o copra solo in parte) il rapporto (*id est*, nulla – o poco – dice in ordine alla fondatezza o meno della pretesa e, così, in ordine alla spettanza o meno del bene della vita). E ciò può verificarsi non solo per scelta processuale delle parti<sup>123</sup> (che ritengono comunque di trarre vantaggio dalla ripetizione corretta del procedimento, vuoi perché confidano – attraverso la partecipazione – in una migliore e convincente rappresentazione delle loro ragioni, vuoi perché confidano – attraverso le fasi non svolte correttamente dell'istruttoria – nell'acquisizione di dati e interessi a loro favorevoli), ma talvolta anche per le necessità scaturenti dalla particolarità della fattispecie (vuoi perché il risultato massimo possibile è la mera rimessione in discussione del rapporto amministrativo controverso<sup>124</sup>, vuoi perché taluni vizi sostanziali non sono chiaramente desumibili dal provvedimento impugnato, ecc.).

Tenuto conto di siffatta eterogeneità dei risultati, occorre riconoscere che il giudizio di impugnazione di atti amministrativi presenta un oggetto, per così dire, a “*geometria variabile*”<sup>125</sup>. Come si è visto, infatti, la situazione giuridica soggettiva (e, dunque, la questione della fondatezza

<sup>122</sup> Così Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

<sup>123</sup> Sul tema dell'ammissibilità di impugnazioni di atti amministrativi per vizi soltanto procedurali o formali, si può richiamare D.U.GALETTA, *op. cit.*, *passim*, in particolare, 148 e ss.

<sup>124</sup> Per taluni cenni in proposito, Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2439.

<sup>125</sup> Per un cenno in tal senso (sia pure con un taglio in parte diverso), cfr. A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*

della pretesa sostanziale) entra a far parte di tale oggetto, a seconda del tipo di vizio di legittimità dedotto in giudizio.

In tale contesto anche alcuni istituti cardine del nostro processo amministrativo forse devono essere attentamente riveduti. Anche perché essi risentono dell'impostazione tradizionale in ordine alla configurazione dell'interesse legittimo (interesse strumentale alla legittimità) e non paiono più adeguati alla configurazione sostanziale (e finale) di tale situazione: la quale a sua volta (e a differenza della precedente<sup>126</sup>) non presenta una corrispondenza biunivoca con i vizi dell'atto dedotti in giudizio, che costituiscono i motivi dell'impugnazione.

Il discorso riguarda anzitutto la *causa petendi*<sup>127</sup>.

Si suole dire che la *causa petendi* riguarda la “*dedotta lesione dell'interesse vantato*”, che a sua volta è da porre “*in relazione ai vizi dedotti in giudizio*”<sup>128</sup>. Ma, almeno nel giudizio di annullamento, non sempre vi è corrispondenza tra i vizi dedotti in giudizio e la lesione dell'interesse vantato: non sempre si può dire che si chiede l'annullamento dell'atto, perché inficiato dei vizi dedotti e, così, perché lesivo dell'interesse legittimo<sup>129</sup>.

Se il giudizio di annullamento è idoneo ad operare l'accertamento del rapporto, vi è piena coincidenza dei due profili: l'accertamento del vizio dedotto comporta anche l'accertamento della fondatezza della pretesa e, dunque, dell'interesse legittimo (e della sua lesione). Ma se il giudizio amministrativo in concreto attivato non è idoneo ad operare l'accertamento del rapporto, allora si deve registrare un disallineamento dei due profili (vizi e lesione dell'interesse legittimo) testé richiamati.

<sup>126</sup> Cfr. ancora R. VILLATA, *op. cit.*, nel passo citato in nota 62.

<sup>127</sup> La quale, com'è noto, rileva sia ai fini della perimetrazione dell'oggetto del giudizio, sia ai fini del riparto di giurisdizione.

A quest'ultimo proposito è stato di recente giudicato che “In ossequio al costante insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la giurisdizione si determina non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche, e soprattutto, nella *causa petendi*, ossia nella oggettiva natura della situazione soggettiva giuridicamente tutelata dedotta in giudizio e individuata con riguardo ai fatti allegati e al rapporto giuridico di cui essi sono rappresentazione (ord. 20 novembre 2013 n. 26032; ord. 27 febbraio 2012 n. 2926)” (Cons. St., Ad. Plen., 5 maggio 2014, n. 13).

<sup>128</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5 aprile 2012, n. 2024, cit. sub.8.3, che richiama anche Cons. Stato, Ad. Plen. 22 dicembre 1982, n.19.

<sup>129</sup> Si potrebbe forse parlare, a proposito dei vizi dedotti, di *causa petendi* immediata (o attiva) e, a proposito della lesione dell'interesse legittimo, di *causa petendi* mediata (o passiva).

Per un cenno a quest'ultima qualificazione, cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, cit.*, vol. I, 174

Va da sé che anche a questo riguardo occorre intendersi sul significato delle espressioni usate. Se per lesione dell'interesse legittimo si intende l'effetto negativo prodotto da un atto inficiato da una qualche illegittimità, allora la (asserita) lesione sussisterà quale che sia il vizio dedotto. Ma se per lesione dell'interesse legittimo si intende – come credo debba essere inteso, sulla base delle premesse accolte – un indebito sacrificio del bene della vita spettante al cittadino, allora il discorso non può non cambiare.

E così, se in un giudizio di annullamento vengano dedotti solo vizi formali, l'interesse legittimo come situazione sostanziale nei termini di cui si è detto non viene accertata. Sicché in questi casi si ha difficoltà a dire che vi è lesione (tanto meno “*lesione diretta, immediata e attuale*”<sup>130</sup>) di un interesse legittimo, che non viene accertato e di cui dunque non si sa se sia fondata o meno la pretesa al bene della vita, che contraddistingue la situazione sostanziale<sup>131</sup>: tant'è vero che non di rado, dopo un primo accoglimento del ricorso per vizi formali, segue un ulteriore provvedimento amministrativo dello stesso contenuto, ma del tutto legittimo, che a sua volta dimostra “*a posteriori*” la mancanza di lesione dell'asserito interesse legittimo.

E, infatti, l'interesse legittimo – o almeno l'interesse legittimo posto a premessa del presente studio – presenta un contenuto non omogeneo con la domanda di annullamento. Non corrisponde con il *petitum*, dato che non consiste certo – come è già stato sottolineato – nella pretesa all'annullamento dell'atto<sup>132</sup>; ma non corrisponde neppure ai motivi di impugnazione (ai “*motivi specifici su cui si fonda il ricorso*”, ex art. 40, c. 1, c.p.a.), dato che questi ultimi consistono (anzitutto) nei vizi dell'atto dedotti in giudizio e non corrispondono (se non in parte e, ovviamente, in negativo) agli elementi costitutivi dell'interesse legittimo.

Si deve, dunque, riconoscere che l'ambito di protezione dell'interesse legittimo non coincide con l'ambito definitorio dello stesso. Il primo è più ampio<sup>133</sup>, perché concerne anche gli aspetti formali, nei limiti dell'art. 21

<sup>130</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2439, cit., nell'ambito peraltro delle componenti dell'interesse a ricorrere, su cui si tornerà tra breve.

<sup>131</sup> Osserva R. VILLATA, *Legittimazione processuale, II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990, Roma, che l'esito del giudizio “non è determinato [come nel giudizio civile] dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sibbene dalla illegittimità del provvedimento impugnato”.

<sup>132</sup> Una configurazione di tal fatta (o comunque simile) è stata a suo tempo proposta da P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970, *passim*.

<sup>133</sup> Non pare fuori luogo, a questo proposito, riproporre un collegamento e raffronto

*octies*, c.2, i quali a loro volta presentano un diverso carattere soddisfacente, a seconda che si tratti di interessi oppositivi, ovvero pretensivi.

Ne deriva che la tutela accordata anche con riguardo agli aspetti (e ai vizi) procedurali e formali esorbita dalla questione della fondatezza della pretesa del cittadino, ma appresta una protezione aggiuntiva (e più estesa), che può essere (questa sì) strumentale -attraverso la corretta riedizione del potere-, alla possibile emersione dell'interesse legittimo<sup>134</sup> (si potrebbe anche parlare, usando espressioni a suo tempo utilizzate per talune forme di eccesso di potere, di elementi sintomatici di una possibile lesione dell'interesse legittimo). Essa, dunque, non riguarda direttamente la questione della sussistenza e della lesione dell'interesse legittimo (che rimane impregiudicata), sibbene il pericolo di detta lesione<sup>135</sup>, ove la stessa non sia da escludere in radice.

Il che non significa trasformare il giudizio in termini oggettivi<sup>136</sup> o concepire una sorta di "azione pura" applicata al giudizio di annullamento<sup>137</sup>. La situazione di interesse legittimo vale anche in questi casi per radicare la giurisdizione, dato che il giudizio amministrativo di legittimità (ivi compreso, ovviamente e anzitutto, il giudizio di annullamento) riguarda pur sempre "le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi" (art. 7 c. 1 c.p.a.) ed è preordinato alla "tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi" (art. 103, c. 1 Cost.)<sup>138</sup>.

tra vizi formali/vizi sostanziali dell'atto amministrativo e "errores in procedendo"/"errores in iudicando" della sentenza, ove i primi sono sanzionati, in quanto possono nascondere errori del secondo tipo (cfr. *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., 191, nota 247).

<sup>134</sup> Ciò vale, in particolare, per gli interessi pretensivi.

<sup>135</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, cit., acutamente sottolineava che in un'ottica di giudizio di "spettanza", la conclusione non è limitata alle opzioni "sì" o "no", ma si estende anche all'opzione "forse" o, meglio "a condizione che".

<sup>136</sup> Anche se recenti innovazioni legislative ed interpretazioni giurisprudenziali sembrano configurare specifici contenziosi con connotati prevalentemente oggettivi. Mi riferisco all'obbligo di immediata impugnazione delle altrui ammissioni a procedure di gara, introdotto dall'art. 204, c. 2 *bis* del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché al dovere, per il Giudice, di decidere nel merito sia il ricorso che il ricorso incidentale, entrambi con effetti escludenti, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, citata *supra* in nota 16.

<sup>137</sup> Seguendo l'insegnamento di G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 45 e ss., che individuava come azione pura quella diretta ad ottenere l'attuazione della volontà della legge e non a garantire un bene specifico al singolo interessato (tali caratteri sarebbero stati presenti proprio nell'azione di annullamento dell'atto amministrativo).

<sup>138</sup> Osserva, peraltro, L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., 632-633, che altro è lo

Inoltre costituisce il punto di riferimento indefettibile delle condizioni delle azioni<sup>139</sup>, sia perché costituisce il “titolo”, che deve essere almeno astrattamente configurabile (oltre che espressamente o implicitamente affermato dalla parte come esistente), sia perché la relativa lesione deve pur sempre essere considerata come possibile. Il che si ripercuote anche sui caratteri che l’interesse a ricorrere deve presentare, nel duplice aspetto della necessità della tutela e dell’utilità conseguibile con la pronuncia richiesta.

Quanto al primo aspetto -e tenuto conto dell’indubbio collegamento con la *causa petendi*<sup>140</sup> – non pare che l’interesse a ricorrere presupponga necessariamente una “*lesione diretta, immediata e attuale concretamente subita*”<sup>141</sup> (a meno di non voler accogliere un significato “debole” e non “forte” di detta lesione). Pare sufficiente viceversa, per le ragioni già esposte, la possibilità o il pericolo di lesione<sup>142</sup>, mentre l’attualità, la con-

scopo della tutela, altro è l’oggetto del giudizio. E rileva che sussiste anche l’ulteriore accezione (del carattere soggettivo del processo), consistente in “una domanda con cui non si fa valere una situazione giuridica soggettiva ma si intenda pur sempre tutelarla”

<sup>139</sup> “E ciò in coerenza con la funzione svolta dalle condizioni dell’azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto va richiamata la tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (e in particolare il titolo e l’interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l’aspetto di un controllo di meritevolezza dell’interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, desumibili dagli artt. 24 e 111 della Costituzione” (Cons. Stato, sez. IV, 5278/2015, cit.)

<sup>140</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit. 174.

<sup>141</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2439, cit., che osserva: “L’azione giurisdizionale amministrativa è, invero, ammessa per la tutela, non tanto dell’interesse oggettivo della legittimità degli atti amministrativi, bensì delle situazioni giuridiche soggettive incise dal provvedimento amministrativo del quale si deduce l’illegittimità; pertanto, l’interesse a ricorrere sussiste in relazione alla compresenza dei tre elementi costituiti dall’interesse legittimo, cioè dalla titolarità di una posizione sostanziale e personale (tale da differenziare il soggetto agente dalla generalità dei consociati), *dalla lesione diretta, immediata e attuale concretamente subita*, e dal vantaggio sperato, ricavabile dalla chiesta rimozione giurisdizionale dell’atto impugnato...” (corsivo aggiunto).

Detti concetti sono poi ripresi (e attenuati) dalla medesima sentenza, ove precisa che: “L’interesse ad agire, previsto quale condizione dell’azione dall’art. 100 c.p.c. (che assiste le azioni oggettivamente dirette a conseguire il bene della vita consistente nella rimozione dello stato di giuridica incertezza in ordine alla sussistenza di un determinato diritto), va infatti identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto e che, senza il processo e l’esercizio della giurisdizione, comporterebbe danno direttamente per l’interessato”.

<sup>142</sup> Osserva l’Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9, cit., che “l’interesse ad agire

cretezza, ecc. devono riguardare l'incidenza nella sfera giuridico-economica di chi subisce gli effetti negativi di un provvedimento o le conseguenze del silenzio della pubblica amministrazione<sup>143</sup>.

Quanto poi all'utilità conseguibile con il ricorso, questa può essere immediatamente soddisfattoria (come normalmente avviene per gli interessi oppositivi<sup>144</sup>) o anche "strumentale" (come in numerose vicende degli interessi legittimi pretensivi, ove essa è diretta al riesercizio del potere amministrativo). Ma nell'uno e nell'altro caso detta utilità va raggugliata al bene della vita<sup>145</sup>, oggetto dell'interesse legittimo, che deve risultare direttamente o indirettamente conseguibile<sup>146</sup>.

Il che significa che, ove non vi sia neppure una possibilità di detto conseguimento<sup>147</sup>, l'interesse a ricorrere dovrà essere sconosciuto. E

è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti *extrema ratio*; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (*anche in termini di probabilità*), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche" (corsivo aggiunto).

<sup>143</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812, cit. in nota 8, che così prosegue: "Laddove, dunque, gli attributi di "personale" e "diretto" attengono all'interesse legittimo in quanto posizione sostanziale, e consentono di circoscriverne la titolarità, l'ulteriore attributo di "attuale", attiene alla proiezione processuale della posizione sostanziale, alla emersione della esigenza di tutela per effetto di un atto concreto e sincronicamente apprezzabile di esercizio di potere, che renda dunque necessaria l'azione in giudizio, onde ottenere tutela, e quindi "utile", a tali fini, la pronuncia del giudice".

<sup>144</sup> Si rinvia alle osservazioni contenute nel par. 2.

<sup>145</sup> Ciò vale anche nel caso del c.d. interesse ad agire strumentale, che "in termini generali trova ingresso nel sistema della giustizia amministrativa..., ma solo se ed in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa, dovendosi rifiutare, a questi fini, il riferimento ad una utilità meramente ipotetica" (Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9, cit.).

<sup>146</sup> E, infatti, "l'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza sempre che sussistano in concreto *ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta*" (Cons. Stato, Ad. Plen., 3 febbraio 2014, n. 8, corsivo aggiunto; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2014, n. 571 e Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 725). Cfr., però, Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140, che segue altro ordine argomentativo.

<sup>147</sup> "È inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro un provvedimento qualora, a seguito dell'esperimento della prova di resistenza e all'esito di una verifica "a priori", risulti con sicurezza che la parte ricorrente non avrebbe comunque ottenuto l'utilità perseguita anche in caso di accoglimento del ricorso (Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571)" (Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2430).

ciò da un lato conferma il persistente carattere soggettivo del giudizio<sup>148</sup> e, d'altro lato, razionalizza i casi di pronunce di carenza di interesse per mancato superamento della prova di resistenza<sup>149</sup> o, pur in presenza di vizi formali, di carenza di interesse per la immodificabilità del risultato procedimentale (anche al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 21 *octies*, c.2), ovvero ancora per mancata impugnazione di un atto non meramente consequenziale<sup>150</sup>: si tratta, infatti, di casi in cui “*a priori*” risulta con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque ottenuto il risultato perseguito, in termini di acquisizione o conservazione del bene della vita.

Quanto poi alla legittimazione<sup>151</sup>, si suole dire che nel giudizio amministrativo la titolarità dell'interesse legittimo deve essere non solo affermata, ma anche effettivamente esistente<sup>152</sup>. Ma ciò non significa che il ricorrente debba fornire la prova *in limine litis* della sussistenza dell'interesse legittimo, che, riguardando la fondatezza della pretesa ad un bene della vita, potrà essere oggetto del giudizio di merito (e solo nei casi in cui questo giunga all'accertamento dell'intero rapporto).

E in realtà la sussistenza dell'interesse legittimo non potrà che essere solo affermata<sup>153</sup>, come si è già accennato a proposito del “titolo”, dato che il diritto di azione (che deve essere riconosciuto anche a chi risulti poi aver torto) non può dipendere dall'esistenza della situazione sostanziale<sup>154</sup>. Viceversa, sempre ai fini della legittimazione, la prova pretesa

<sup>148</sup> Confermando altresì che “nell'attuale contesto ordinamentale la risposta del giudice amministrativo è caratterizzata da un assetto soggettivo, inteso come soddisfazione di una specifica pretesa” (Cons. Stato, Ad Plen. n. 2/2013, cit.).

<sup>149</sup> Cfr. ancora Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2430, cit.

<sup>150</sup> Cfr., di recente, T.A.R. Lombardia, sez. IV, 18 novembre 2015, n. 2427 e Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 2015, n. 1769, a proposito della mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, dopo l'impugnazione di un atto presupposto.

<sup>151</sup> Si considerino le precisazioni contenute in nota 75.

<sup>152</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 2014, 194; R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, cit. 2; M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2013, 302.

<sup>153</sup> Il che presuppone (e implica) l'adesione alla concezione dell'azione in senso astratto e non in senso concreto (cfr. su tale distinzione, per tutti, C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 70 e ss.).

<sup>154</sup> Per il che valgono i rilievi di C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 71 e ss. “La conclusione è allora evidente... La conclusione è insomma nel senso che l'esistenza del diritto di azione non può affatto dipendere dall'esistenza del diritto sostanziale, dalla quale esistenza si deve sicuramente “astrarre”; ma, d'altra parte, l'esistenza dell'azione neppure può prescindere totalmente dal diritto sostanziale, poiché dipende dall'affermazione del diritto sostanziale nella domanda”.

dalla giurisprudenza amministrativa non riguarda l'interesse legittimo nella sua integrale consistenza, sibbene la sola componente di imputazione soggettiva dello stesso (la c.d. posizione legittimante), che è condizione necessaria ma non certo sufficiente per configurare la situazione sostanziale<sup>155</sup>, così come assunta a premessa del presente studio.

Il che consente di riaffermare il carattere soggettivo della giurisdizione, dato che l'accesso al giudizio non è aperto a chiunque ne faccia domanda<sup>156</sup>. E consente di ricondurre all'accertamento dell'intero conflitto sostanziale tutti i casi in cui la mancanza di detta posizione legittimante porti alla rejezione per inammissibilità del ricorso<sup>157</sup>: detta mancanza implica, infatti, anche l'insussistenza dell'interesse legittimo nel suo complesso, come si è già evidenziato, con conseguente definizione della controversia a favore dell'Amministrazione.

In conclusione, anche nei casi in cui l'oggetto del giudizio (e del giudicato) non sia il rapporto, l'ancoraggio alla giurisdizione soggettiva è comunque assicurato dalle condizioni dell'azione<sup>158</sup>. Il che fa comprendere anche il particolare rilievo che dette condizioni dell'azione presentano nel nostro giudizio amministrativo<sup>159</sup>, oltre che la particolare connota-

<sup>155</sup> Cfr. *supra* nota 8.

<sup>156</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2439, cit., che osserva "che, per costante giurisprudenza, perché un interesse possa essere tutelabile con un'azione giurisdizionale amministrativa, deve essere, oltre che attuale, "personale", ossia differenziato dall'interesse generico di ogni cittadino alla legalità dell'azione amministrativa. Anche la lesione da cui discende l'interesse all'impugnativa, oltre che attuale, deve essere "diretta", nel senso che incide in maniera immediata sull'interesse legittimo della parte ricorrente.

Da tali postulati deriva che un soggetto giuridico, pur dotato di interesse di fatto, può essere privo di giuridica legittimazione a proporre un'azione giudiziaria, qualora la stessa, sia pure strumentalmente, sia volta a provocare effetti giuridici (ancorché indiretti e mediati) nella sfera di un altro soggetto, in quanto l'esercizio nell'ambito del giudizio amministrativo dell'azione non può essere delegato fuori da una espressa previsione di legge, né surrogato dall'azione sostitutiva di un altro soggetto, ancorché portatore di interessi convergenti o connessi".

<sup>157</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad Plen. 25 febbraio 2014, n. 9, cit., che ha escluso detta legittimazione nel caso di mancata o illegittima partecipazione ad una gara.

<sup>158</sup> "La mera remissione in discussione del rapporto amministrativo controverso, in cui consiste l'interesse strumentale, presuppone infatti pur sempre la sussistenza di un interesse legittimo diretto e personale giuridicamente tutelabile, perché l'azione civile ed amministrativa è condizionata dall'esistenza di tutte e tre le condizioni fondamentali: posizione soggettiva tutelata, interesse processuale e "legitimatō ad causam" (cfr. ancora, Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2014, n. 2439).

<sup>159</sup> La diversità del nostro giudizio da quello francese *pour excès de pouvoir*, caratterizzato dal connotato oggettivo, è ben rappresentato dal caso di un'impugnazione dei risultati di una gara da parte di un soggetto classificatosi non nelle primissime posizioni e

zione delle stesse, che non sempre coincide con le analoghe figure del giudizio civile<sup>160</sup>.

che faccia valere vizi in ordine alla sua valutazione, inidonei comunque a fargli conseguire il ruolo di vincitore nella gara medesima.

Nell'ordinamento francese ciò è sufficiente a radicare il giudizio per "*excès de pouvoir*" (cfr. C. BROYELLE, *Il ricorso per "excès de pouvoir" è destinato a tutelare la situazione giuridica del ricorrente?*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014, 35 e ss., che richiama la sentenza del Conseil d'Etat, 12 gennaio 2005, n. 250538) e a consentire la pronuncia sul merito. Secondo la nostra giurisprudenza, viceversa, il giudizio deve arrestarsi ad una pronuncia "di rito", poiché i vizi dedotti non superano la prova di resistenza e non sussiste pertanto interesse a ricorrere.

<sup>160</sup> Ove, ad esempio, risulta dubbia l'utilità dell'interesse a ricorrere nelle azioni costitutive (cfr. G. VERDE, op. cit. 149 e ss.).

Cfr. anche, a proposito dell'azione ex art. 2932 cod. civ., quanto a suo tempo osservato da A. PROTO PISANI, in *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 1973, 1070.

### LA COSA GIUDICATA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Linee di implementazione giurisprudenziale della funzione tendenziale del giudicato alla stabilità. – 3. Il paradigma rappresentato da Sezioni unite n. 26242 e n. 26243 del 2014. – 4. Il paradigma rappresentato dall'enfatizzazione dell'effetto esterno del giudicato (cenni). – 5. Correttivi della Corte di giustizia all'enfatizzazione dell'effetto esterno del giudicato e al giudicato implicito a effetto esterno sulla non nullità contrattuale. – 6. Il paradigma dell'abuso del processo e la sua rimeditazione ad opera delle Sezioni unite (cenni). – 7. Giudice amministrativo, analisi dei valori funzionali del processo e *Inversion-Method*, con il correttivo di Adunanza plenaria n. 11/2016 – 8. Considerazioni conclusive sull'attuale «crisi del giudicato».

#### 1. Premessa

La riflessione sulla cosa giudicata è antica quanto l'elaborazione del processo come strumento deputato alla soluzione delle liti<sup>1</sup>; a distanza di millenni la figura della *res iudicata* è tuttora vitale e, oggi, più fertile che mai, continuando a gemmare articolazioni in plurime direzioni.

Le ragioni di ciò sono presto dette, e del resto traspaiono limpidamente dagli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali sul tema: l'interesse per la cosa giudicata è indotto dalla sua funzione e dalla sua forza, presoché unanimemente individuate nella irripetibilità della controversia (c.d. divieto di *bis in idem*<sup>2</sup>) e di intangibilità dell'accertamento giudi-

<sup>1</sup> Cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (Storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1968, 727 ss.; M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie del giudicato*, in *Scritti giuridici*, Palermo 2003 (1997), II, 587 ss.; per un'ampia rassegna della formazione delle c.d. *regule iuris* sulla cosa giudicata cfr. da ultimo *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2015, t. I e II.

<sup>2</sup> Per la cui non assoluta omogeneità funzionale rispetto al divieto di nuovamente de-

ziale<sup>3</sup>. Questa elementare constatazione dà conto anche del perché l'indagine sulla cosa giudicata sia precipuamente diretta a individuarne l'oggetto, da un lato, il perimetro entro il quale si esprime la sua forza vincolante, allo scopo di assicurarne la tenuta in futuri giudizi, dall'altro lato. È poi da constatare che l'indagine sulla cosa giudicata – quanto a oggetto e quanto a perimetro entro il quale si esprime la sua forza – è legato alla riflessione sullo scopo del processo e intercetta il tema (e problema) della sentenza c.d. ingiusta, al quale l'ordinamento nazionale dà tradizionalmente risposta circoscrivendo la rilevabilità dell'ingiustizia della sentenza attraverso il sistema delle impugnazioni<sup>4</sup>.

## 2. *Linee di implementazione giurisprudenziale della funzione tendenziale del giudicato alla stabilità*

Il riconoscimento della forza della *res iudicata* è uno degli strumenti, forse il principale, attraverso i quali il diritto persegue la stabilità; anche ammesso che la stabilità perseguita per il medio della forza del giudicato sia riferita all'assetto dei rapporti tra le parti (il che non è però sicuro, né, come mostra anche il più recente studio di Guido Greco sulla tematica del giudizio amministrativo sul rapporto, è predicabile per ogni evenienza concreta<sup>5</sup>), l'interrogativo essenziale è stabilire quale sia l'oggetto della *res iudicata* e quale sia il perimetro entro il quale si dispiega la sua forza.

Si segnalano a questo proposito orientamenti giurisprudenziali che si esprimono in molteplici direzioni, tutti accomunati dall'essere volti a implementare la funzione tendenziale del giudicato – la stabilità – ma tali anche da esporre al rischio di relativizzarne la tenuta, o comunque di disgregare l'istituto<sup>6</sup>.

cidere *de eadem re* cfr. A. ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 893; V. ANDRIOLI, voce "*Ne bis in idem*", in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino 1965, 185 ss.

<sup>3</sup> Per la genesi romanistica di tali concetti cfr. M. MARRONE, *Dal divieto*, cit.

<sup>4</sup> Cfr. A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus* 1061, 42 ss. e 199 ss.; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano 1963, 22 ss.; E. BETTI, voce *Regiudicata (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino 1968, 220; diversamente E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935.

<sup>5</sup> G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, relazione presentata alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, in ricordo di Leopoldo Mazzaroli, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Siena, 13-14 maggio 2016.

<sup>6</sup> M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in corso di pubblicazione.

È su queste tendenze che intendo soffermarmi, prendendo in considerazione alcune pronunce delle nostre Corti supreme dalle quali emerge quella che Marco De Cristofaro definisce una «nozione proteiforme del giudicato»<sup>7</sup>.

Penso alla straordinaria fortuna della figura del giudicato implicito: dapprima affermato da Sez. un. n. 24883/2008 sulla sussistenza della giurisdizione in capo al plesso cui appartiene il giudice dal quale promana la sentenza che decide una questione diversa<sup>8</sup>, e ora trasfuso nell'art. 9 c.p.a., ma con l'esclusione da parte delle Sezioni unite della sua caduta su oggetti processuali diversi dalla sussistenza della giurisdizione<sup>9</sup>; e di poi affermato, sempre dalle Sezioni unite, su questioni pregiudiziali di merito, fino a culminare nell'affermazione dell'efficacia esterna del giudicato implicito su questioni o punti di merito<sup>10</sup>.

Penso anche alla figura dell'efficacia esterna del giudicato, che si proietta cioè su processi diversi, aventi finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo e il *petitum* del giudizio definito con sentenza passata in giudicato, secondo la declinazione offertane dapprima da Sezioni unite n. 13916/2006 con riferimento al giudicato tributario in materia di i.v.a., e poi "generalizzato" da Sezioni unite n. 26482/2007 per ogni ipotesi in cui due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento a un medesimo rapporto giuridico e uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato. Affermano infatti le Sezioni unite che «l'accertamento recato dal giudicato in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relativo a un punto fondamentale comune a entrambe le cause ... preclude il riesame dello stesso punto di diritto già accertato e risolto», e questo perché quell'accertamento «forma la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza assistita dalla forza del giudicato».

Penso infine a quello che il Consiglio di Stato chiama l'effetto espansivo esterno, mutuato dall'art. 336, comma 2, c.p.c., della riforma da esso pronunciata di sentenza reiettiva di primo grado: non sono rare le sentenze con le quali il Consiglio di Stato, in dichiarata applicazione dell'art.

<sup>7</sup> M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit.

<sup>8</sup> Affermato dapprima da Sez. un. n. 24883/2008, su cui per tutti cfr. C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sez. Un. sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1141 ss.

<sup>9</sup> Sez. un. n. 26019/2008.

<sup>10</sup> Sez. un. n. 26242/2014.

336, comma 2, c.p.c. include nel *decisum* – oggetto di giudicato espresso – il travolgimento di atti amministrativi non impugnati e non meramente esecutivi di quello che lo stesso Consiglio di Stato, riformando la sentenza reiettiva del giudice di primo grado, ha annullato<sup>11</sup>.

Per questi molteplici vie la giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato ha finito per dilatare la figura del giudicato, o forse la forza preclusiva che è di per sé propria del giudicato come atto di accertamento.

E vien da chiedersi se vi sia, ed eventualmente quale sia, il *fil rouge* che lega questi approdi giurisprudenziali.

### 3. *Il paradigma rappresentato da Sezioni unite n. 26242 e n. 26243 del 2014*

Emblematica delle direzioni in cui si dirige oggi la riflessione dei giudici sul tema dell'oggetto del giudicato – nonché per la radicalità che esprime – è Sezioni unite n. 26242/2014<sup>12</sup>, la cui *ouverture* è l'affermazione della necessità di inversione di metodo<sup>13</sup> rispetto al tradizionale approccio al tema dell'oggetto del giudicato, imperniato sui tre cerchi concentrici dell'oggetto della domanda, dell'oggetto del processo e dell'oggetto del giudicato: cerchi concentrici che, secondo una forte tradizione,

<sup>11</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 3465/2012; Id., n. 268/2015. Diversamente, Sez. III, n. 6574/2011 richiama l'art. 336, comma 2, c.p.c. per affermare il travolgimento degli atti amministrativi posti in essere in dichiarata esecuzione della sentenza di accoglimento (di annullamento di un diniego) del giudice di primo grado, per effetto della riforma in appello della sentenza del T.a.r.

<sup>12</sup> Sulla quale (oltre che sulla coeva Sez. un. n. 26243/2014) cfr. I PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. it.* 2015, 71 ss.; C. CONSOLO – F. GODIA, *Patologia del contratto e (modi dell')accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2015, 225 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESÌ, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo*, in *Foro it.* 2015, I, 916 ss.; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, ivi, 922 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuribus»?», ivi, 928; S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturente dal contratto*, ivi, 931; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, ivi, 944.*

<sup>13</sup> La sentenza utilizza il lemma *Investion-Methode* (§ 4.3.), in trasparente richiamo alla dottrina processualistica tedesca che afferma la necessità di farvi ricorso; a sterilizzazione del divieto di citazione della dottrina le Sezioni unite fanno sovente ricorso a lemmi peculiari, che identificano chiaramente lo studioso che li ha impiegati.

sono tendenzialmente coincidenti<sup>14</sup>, salvo che in ipotesi di rigetto della domanda pronunciato in applicazione del principio del primato della questione più liquida. L'inversione di metodo, affermata come necessaria, impone l'anteposizione della «analisi dei valori funzionali del processo», dei quali le Sezioni unite forniscono il decalogo: 1) corrispettività sostanziale; 2) principio di stabilità; 3) armonizzazione delle decisioni (evitando la scomposizione di una situazione sostanziale unitaria in tante «minime unità decisorie»); 4) concentrazione delle decisioni; 5) effettività della tutela; 6) giustizia della decisione; 7) economia extra-processuale, onde evitare la moltiplicazione seriale di processi; 8) «principio del rispetto della non illimitata risorsa-giustizia»; 9) lealtà e probità processuale; 10) uguaglianza formale delle parti.

L'analisi dei valori funzionali del processo, espressi nel decalogo di cui si è detto, in quanto necessariamente da anteporre (e in concreto anteposta) alla c.d. analisi strutturale del processo medesimo (imperniata sulle norme che ne forniscono la disciplina), sorregge «l'opzione strutturale per cui il processo deve sfociare in una decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o *indirettamente* dedotta in giudizio», onde «evitare di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito»<sup>15</sup>.

Tranciante appare, nell'argomentare delle Sezioni unite, l'affermazione secondo cui le norme alle quali tradizionalmente si fa riferimento per scolpire l'oggetto del giudicato – l'art. 2909 c.c. e l'art. 34 c.p.c. – da un lato possono assumere ruolo dirimente soltanto nel quadro di una analisi meramente strutturale, già proclamata come recessiva, del processo, dall'altro lato non sono di nessun conforto per risolvere il problema che consiste nell'individuare ciò su cui cade la forza del giudicato: l'art. 2909 c.c. non chiarisce infatti qual è l'oggetto dell'accertamento giudiziale che fa stato, mentre l'art. 34 c.p.c. non specifica la nozione di questione pregiudiziale<sup>16</sup>; né, proseguono le Sezioni unite, sono utili allo

<sup>14</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1923; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 49 ss.; mostra la natura dinamica della nozione di oggetto del processo in particolare C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino 1991, 66.

<sup>15</sup> Sez. un. n. 26242/2014, § 4.4.1.

<sup>16</sup> E tuttavia proprio dall'art. 34 c.p.c. «è ricavabile che il giudicato si limita all'attribuzione/negazione del bene della vita controverso e, in assenza di domanda di parte, esso non concerne né i passaggi logici che il giudice ha affrontato per addivenire a tale statui-

scopo gli artt. 12 e 13 c.p.c., su cui tanto faceva leva Salvatore Satta<sup>17</sup>, perché «dettati con riferimento a problematiche endo-processuali sicuramente eterogenee rispetto al tema dell'oggetto del giudizio (e del giudicato)»<sup>18</sup>. Curioso poi che le Sezioni unite avvertano il bisogno di precisare che l'idea che si ritenga di assumere circa l'oggetto del processo, anche a volerla mantenere ancorata all'analisi strutturale, è comunque condizionata dalla sua speculare analisi funzionale.

Il ruolo assegnato ai valori funzionali del processo è il maglio che consente alle Sezioni unite di affermare che oggetto del processo è la «totale ed effettiva consistenza sostanziale della situazione giuridica fatta valere in giudizio»; su tale asserzione si fonda la conseguenza che «all'attore non è consentito fruire del principio dispositivo in modo tale da ritagliare a proprio piacimento l'oggetto della lite». Con riferimento alle impugnative negoziali, pertanto, «l'oggetto del giudizio è il negozio giuridico, nella duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica: oggetto del processo di impugnazione negoziale è quindi il negozio e il rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce»<sup>19</sup>.

E dunque l'analisi funzionale del processo, che ne induce l'analisi strutturale, scalza dal trono – per l'individuazione dell'oggetto del giudicato – l'art. 34 c.p.c. e il correlato principio dispositivo: è l'analisi funzionale, e non l'art. 34 c.p.c. (e tanto meno l'art. 2909 c.c.) che consente di individuare l'oggetto del processo, che è (nelle impugnative negoziali) l'atto-negozio e il rapporto che ne scaturisce, «la totale ed effettiva consistenza sostanziale della situazione giuridica fatta valere in giudizio». E poiché l'oggetto del processo è legato all'oggetto del giudicato, le Sezioni unite aprono la porta al giudicato implicito a effetto esterno sul deducibile meritale, peraltro con l'importante temperamento rappresentato dal dovere del giudice di rilevare una causa di nullità negoziale, e di indicarla alle parti, lungo tutto il corso del processo, fino alla sua conclusione<sup>20</sup>: dovere del giudice, questo, che le Sezioni unite (qualificandolo talora in

zione, ma nemmeno le questioni che pure abbiano oggetto idoneo al prodursi degli effetti di cui all'art. 2909 c.c.): così, riassuntivamente a da ultimo, M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit.; in arg. cfr. anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1999, 72, secondo cui l'art. 34 – di chiara e indiscussa matrice chiovendiana – è (la sola norma) «che dice esplicitamente qualcosa» sul tema dell'oggetto del giudicato e dei suoi limiti.

<sup>17</sup> S. SATTA, voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 243 ss., § 3.

<sup>18</sup> Sez. un. n. 26242/2014, § 4.5.

<sup>19</sup> Sez. un. n. 26242/2014, § 4.8.

<sup>20</sup> Sez. un. n. 26242/2014, § 4.10.

termini di potere) affermano essere «speculare al potere delle parti di decidere della sorte del rapporto fondamentale».

Il giudicato implicito con efficacia esterna è però figura problematica, perché non si può sfuggire al rilievo che esso è e rimane un silenzio, ovvero, seguendo Consolo, un chiasmo<sup>21</sup>; la problematicità della figura, pur riconosciuta e affermata, induce le Sezioni unite ad avventurarsi nel delineare vari e articolati scenari suscettibili di configurarsi in astratto, fornendo per ciascuno la soluzione ritenuta corretta, tutti imperniati sul dovere funzionale del giudice del rilievo officioso della nullità, che asurge a temperamento generalizzato al giudicato implicito su questioni di merito.

Dire che nella decisione di una questione è implicitamente contenuta la decisione su una questione il cui esame deve ritenersi preliminarmente a quella esplicitamente decisa, significa elevare l'ordine logico di trattazione delle questioni a ordine normativo in ogni caso vincolante. Le Sezioni unite negano però che ciò possa predicarsi, perché al principio dell'ordine logico vi sono importanti temperamenti, individuati dalle Sezioni unite nella maggiore liquidità della questione, per il caso di rigetto, indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito<sup>22</sup>; nella maggiore preclusività della questione, per cui tra più ragioni di rigetto va preferita quella che assicura il risultato più stabile, e tra il rigetto in rito e il rigetto in merito il giudice dovrebbe preferire il rigetto in merito<sup>23</sup>; nella volontà del convenuto, volta ad ottenere una pronuncia il più possibile preclusiva, e quindi a scongiurare ulteriori pretese dell'attore nei suoi confronti (il temperamento rappresentato dalla volontà del convenuto, peraltro, è a sua volta temperato dal dovere di rilievo officioso delle nullità)<sup>24</sup>.

È quindi senz'altro possibile, sempre nel quadro delineato dalle Sezioni unite, che il giudice, sulla base per esempio del primato della questione più liquida, non proceda al rilievo officioso della nullità contrat-

<sup>21</sup> C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato e il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Corr. giur.* 2013, 185 s. (con riferimento a Sez. un. n. 14828/2012).

<sup>22</sup> Questo temperamento è indotto, dichiaratamente, dall'analisi funzionale del processo, e in particolare dal valore funzionale identificato nelle esigenze di maggiore economia processuale.

<sup>23</sup> Anche questo temperamento è dichiaratamente indotto dall'analisi funzionale del processo e anch'esso è rispondente alla migliore economia processuale.

<sup>24</sup> A essere esclusa, in particolare, è la c.d. «inossidabile primazia del rito rispetto al merito», sulla scia di Sez. un. 15122/2013.

tuale: essendo il mancato rilievo fondato su questa ragione, non vi è decisione implicita sulla non nullità sulla quale possa cadere il giudicato implicito.

Va da sé però che introducendo come correttivo necessario all'ordine logico quello della maggiore preclusività della questione, tale per cui tra più ragioni di rigetto va preferita quella che assicura il risultato più stabile e, tra rigetto in rito e rigetto in merito, il giudice dovrebbe preferire il rigetto in merito, si arriva ad ammettere «l'ircocervo di un giudicato di merito proveniente da giudice chiamato a dichiarare il difetto del proprio potere decisorio di merito»<sup>25</sup>. Conclusione, questa, non condivisibile in sé, e tale inoltre da minare la tenuta logica della figura del giudicato implicito su questioni di rito: figura che, sia pure solo quanto alla questione della sussistenza della giurisdizione, e a fronte della problematicità delle regole sul riparto, è oggetto di riconoscimento espresso da parte della legge processuale amministrativa.

Emerge inoltre, nitidamente, la diversità di passo del giudicato implicito, la cui formazione segue regole diversa a seconda dell'oggetto su cui è (ritenuto) idoneo a cadere: mentre il giudicato implicito sulla sussistenza della giurisdizione si forma in difetto di tempestivo appello contro il capo di sentenza che, implicitamente, abbia ritenuto sussistente la giurisdizione, così che rimane precluso al giudice d'appello il rilievo officioso del difetto di giurisdizione, invece il giudicato implicito su questione meritale e specificamente sulla non nullità contrattuale non si forma affatto in caso di mancato tempestivo appello del capo implicito di sentenza, posto che, se così fosse, non si potrebbe in nessun modo predicare il dovere del giudice dell'appello di rilevare d'ufficio la nullità.

Rimane che il giudicato implicito sulla non nullità contrattuale può essere in concreto escluso in ragione del fatto che la sentenza, che potrebbe in astratto recarlo, non lo rechi in concreto per essere fondata su una delle tecniche decisorie che integrano deroga all'imperatività dell'ordine logico delle questioni da affrontare e decidere. Ne consegue che il perimetro entro il quale si esprime la forza del giudicato, e ciò che ne integra oggetto, è ben lungi dall'essere certo, tanto da rendere inappropriata l'immagine del perimetro e da giustificare quella di *limes arabicus* di età imperiale, connotato cioè, oltre che da somma porosità, da somma incertezza.

Come osserva Marco De Cristofaro, «apparentemente fonte di una

<sup>25</sup> M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit.

sublimazione del giudicato, incline a diventare strumento onnipervasivo per impartire e dosare economia processuale, ragionevole durata, concentrazione dell'esperienza processuale sullo stesso rapporto, in realtà la tesi del giudicato implicito è sintomo di una disgregazione dell'istituto, frantumato in mille opinabili rivoli e figlio di plurimi divergenti presupposti»<sup>26</sup>.

Il rischio che in ciò si annida è evidente: allontanato dallo svolgimento effettivo di una cognizione assistita dal contraddittorio, «il giudicato perde la sua ieraticità e fissità e si trasforma in uno strumento di amministrazione della giustizia a risorse scarse: ma con ciò perde il suo paradigma di certezza e a questo punto, lungi dal rafforzarsi, entra in crisi»<sup>27</sup>.

#### 4. *Il paradigma rappresentato dall'enfatizzazione dell'effetto esterno del giudicato (cenni)*

La dilatazione dell'oggetto del giudicato rispetto al perimetro enucleabile dall'art. 34 c.p.c. è evidente, come accennato sopra, anche nell'enfatizzazione del c.d. effetto esterno del giudicato, che copre il dedotto in un diverso processo tra le stesse parti.

La figura è stata elaborata in funzione correttiva della c.d. frammentazione del giudicato, *au fond* del quale vi sono i rischi posti in evidenza da Sezioni unite n. 13916/2006, individuati nella possibilità di plurimi e non collimanti giudicati tra le stesse parti, in esito a giudizi autonomi, in ordine alla situazione giuridica o alla soluzione di questioni di fatto o di diritto relative a un punto fondamentale comune a entrambi i giudizi. La correzione – in materia tributaria e specificamente con riferimento a controversie concernenti diverse annualità fiscali – è consistita nell'affermazione che se uno dei giudizi viene definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento in esso recato sulla situazione giuridica ovvero sulla soluzione di questioni di fatto e di diritto relativa a un punto fondamen-

<sup>26</sup> M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit.

<sup>27</sup> M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit. Di crisi del giudicato civile parla anche – in una prospettiva più marcatamente focalizzata sull'euro-diritto e in particolare sulla giurisprudenza della Corte di giustizia al cospetto della nozione di giudicato accolta nei diversi ordinamenti nazionali – G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di giustizia*, in *Europa e dir. privato* 2016, 249 ss., 256.

tale comune anche all'altro giudizio, preclude il riesame dello stesso punto accertato e della questione già risolta, e questo anche se l'altro giudizio abbia finalità diverse e *petitum* diverso.

Ma la figura del c.d. effetto esterno del giudicato ha trovato una notevole dilatazione con Sezioni unite n. 26482/2007, conducendo a una nuova e generalizzata lettura dell'art. 2909 c.c.

5. *Correttivi della Corte di giustizia all'enfatizzazione dell'effetto esterno del giudicato e al giudicato implicito a effetto esterno sulla non nullità contrattuale*

Con riferimento all'effetto esterno del giudicato, specificamente in materia tributaria, si segnala però un importante correttivo ad opera della Corte giustizia. Nella sentenza n. 2/2009, Fallimento Olimpiclub c. Italia, la Corte osserva che in materia di imposta sul valore aggiunto l'art. 2909 c.c. è stato interpretato da Sezioni unite n. 13916/2006 nel senso di riconoscere, al giudicato intervenuto con riferimento a un'annualità fiscale, effetto esterno quanto a giudizi relativi ad annualità fiscali diverse (ovviamente quanto all'accertamento in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative a un punto fondamentale comune alle due cause). Il giudice del rinvio (la Corte di cassazione) faceva quindi presente di essere investito di questione concernente la rettifica i.v.a. per le annualità fiscali 1988-1991, ma che esistevano due giudicati – sulle medesime questioni di fatto e di diritto – investenti le annualità fiscali 1987 e 1992. Poiché in Sezioni unite n. 13916/2006 è leggibile un'*overruling* sul c.d. principio della frammentazione del giudicato, ossia sul principio per cui il giudizio su ogni annualità fiscale è autonomo e non pregiudica la sorte di giudizi concernenti annualità fiscali diverse, il principio affermato in sede di *overruling* impedisce che sia superato quel giudicato sulle annualità diverse e impedisce quindi che si possa dare applicazione alla regola di diritto comunitario in materia di i.v.a. affermata da Corte giust. 2006, caso Halifax. La Corte di giustizia si trova dunque nuovamente investita – dopo la sua sentenza sul caso Lucchini – di questione attinente alla portata precettiva dell'art. 2909 c.c., ed opera il necessario *distinguo* osservando che quella riguardava una questione in cui entrava in gioco una competenza riservata della Commissione europea in materia di aiuti di stato, che non si pone invece nel caso Fallimento Olimpiclub. Nondimeno la Corte

esclude che il principio di certezza del diritto, e la forza del giudicato, possa produrre un risultato tale per cui sia impedito di rimettere in questione una decisione giurisdizionale che abbia acquistato autorità di cosa giudicata, anche se tale decisione comporti una violazione del diritto comunitario, e sia impedito inoltre di rimettere in questione, in occasione di un controllo giurisdizionale relativo a un'altra decisione tra le stesse parti ma per esercizio fiscale diverso, l'accertamento su un punto fondamentale comune<sup>28</sup>. Secondo la Corte di giustizia, «una siffatta applicazione del principio dell'autorità della cosa giudicata avrebbe dunque la conseguenza che laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di i.v.a. in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione»<sup>29</sup>. E, prosegue la Corte, «ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di i.v.a. non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono dunque essere considerati in contrasto con il principio di effettività»<sup>30</sup>. Di assoluto rilievo la conclusione della Corte: «il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale come l'art. 2909 c.c. in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito della causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate all'imposta i.v.a.»<sup>31</sup>.

Ancora più tranciante è Corte di giustizia 11 novembre 2015, Klau-sner Holtz c. Land Nordrhein-Westfalen, concernente l'oggetto del giudicato<sup>32</sup>. La sentenza è intervenuta in una fattispecie in cui un soggetto pubblico aveva pronunciato la risoluzione di un contratto di cui era parte e aveva conseguentemente cessato di darvi esecuzione, ma un giudicato successivamente intervenuto *inter partes* aveva affermato che quel contratto «rimaneva in vigore». Nella controversia successivamente instaurata dal contraente privato volta a ottenere il risarcimento del danno patito per la mancata esecuzione del contratto tra il momento in cui il soggetto pubblico l'aveva dichiarato risolto e il momento in cui il giudicato

<sup>28</sup> Corte giust., sent. n. 2/2009, punto 29.

<sup>29</sup> Corte giust., sent. n. 2/2009, punto 30.

<sup>30</sup> Corte giust., sent. n. 2/2009, punto 31.

<sup>31</sup> Corte giust., sent. n. 2/2009, punto 32 e dispositivo.

<sup>32</sup> Sulla quale cfr. G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità*, cit., 251 ss.

ne aveva accertato la validità, il soggetto pubblico convenuto aveva per la prima volta prospettato che quel contratto integrasse una figura di aiuto di Stato e che dovesse considerarsi quindi nullo. Di qui il rinvio pregiudiziale sulla seguente questione: «se il diritto dell'Unione, in particolare gli artt. 107 e 108 T.f.U.e. nonché il principio di effettività, nell'ambito di una controversia civile vertente sull'esecuzione di un contratto di diritto civile che dispone la concessione di un aiuto di Stato, esiga la disapplicazione di una sentenza di accertamento civile passata in giudicato ed emessa nella medesima causa che conferma la permanenza in vigore del contratto di diritto civile senza procedere ad alcun esame della normativa in materia di aiuti, qualora l'esecuzione del contratto non possa essere altrimenti impedita ai sensi del diritto nazionale». Più precisamente, il giudice del rinvio aveva rilevato che il principio dell'autorità della cosa giudicata, come concepito nel diritto nazionale, «osta non soltanto al riesame, nell'ambito di una seconda controversia, dei motivi sui quali sia già intervenuta una pronuncia definitiva, ma anche alla possibilità di affrontare questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente, ma che non lo sono state»: la regola di diritto nazionale è pertanto nel senso che l'autorità del giudicato si estende al deducibile meritale non dedotto, ed è astrattamente applicabile, secondo le regole di diritto nazionale, anche ove il deducibile, non dedotto nel giudizio culminato nel giudicato di accertamento della permanenza in vita del contratto, sia precisamente una causa di nullità di quel contratto.

La Corte di giustizia dà mostra di grande cautela: essa richiama i suoi precedenti «secondo cui il diritto dell'Unione non impone sempre al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale decisione»<sup>33</sup>. Essa ricorda altresì, richiamando la sentenza sul caso *Fallimento Olimpiclub* e quella sul caso *Impresa Pizzarotti*, che «in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Tuttavia esse non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni simili di natura in-

<sup>33</sup> A essere richiamati quali precedenti sono «le sentenze *Kapferer*, C-234/04, punto 22; *Fallimento Olimpiclub*, punto 23; *Commissione c. Repubblica Slovacca*, C-507/08, punto 60; *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, punto 59, e *Tarsia*, C.69/2014, punto 29».

terna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea (principio di effettività)».

Lo sviluppo argomentativo della Corte di giustizia si dirige però in direzioni nuove rispetto ai precedenti<sup>34</sup>: «si deve rilevare che un'interpretazione del diritto nazionale come quella sopra descritta [tale per cui l'autorità della cosa giudicata si estende a cause di nullità del contratto deducibili ma non dedotte] potrebbe comportare, in particolare, la conseguenza di attribuire a una decisione di un giudice nazionale effetti che osterebbero all'applicazione del diritto dell'Unione, in quanto essa renderebbe impossibile l'obbligo gravante sui giudici nazionali di garantire il rispetto dell'art. 108, paragrafo 3, terza frase, T.f.U.e. Infatti ne deriverebbe che sia le autorità statali sia i beneficiari di un aiuto di Stato potrebbero aggirare il divieto di cui all'art. 108, paragrafo 3, terza frase, T.f.U.e., ottenendo, senza invocare il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato, una sentenza dichiarativa il cui effetto consentirebbe loro, in definitiva, di continuare ad attuare l'aiuto in questione per diversi anni. Così, in un caso come quello oggetto del procedimento principale, la violazione del diritto dell'Unione si riprodurrebbe a ogni fornitura di legname [questa era la prestazione, a cadenza annuale, dedotta in contratto], senza che sia possibile porvi rimedio».

La conclusione della Corte è molto chiara: «una norma nazionale la quale impedisca al giudice nazionale di trarre tutte le conseguenze della violazione dell'art. 108, paragrafo 3, terza frase, T.f.U.e., a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, passata in giudicato, emessa con riferimento a una controversia che non ha lo stesso oggetto e che non ha riguardato il carattere di aiuti di Stato dei contratti di cui trattasi, deve essere considerata incompatibile con il principio di effettività. Infatti, un ostacolo di tale portata all'applicazione effettiva del diritto dell'Unione, e in particolare delle norme in materia di controllo degli aiuti di Stato, non può essere ragionevolmente giustificato dal principio di certezza del diritto».

E dunque la *quaestio nullitatis* di un contratto, deducibile ma non de-

<sup>34</sup> Cfr. anche G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità*, cit., 254 ss., il quale sottolinea (nt. 12) che la sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2015 sviluppa in una direzione diversa, rispetto a quella tracciata dalla sentenza sul caso Lucchini, il tema – e il problema – della compatibilità del giudicato nazionale con l'euro-diritto.

dotta in un giudizio conclusosi con l'accertamento della perdurante vigenza di quel contratto, non può dirsi coperta dal giudicato implicito neppure ove a questa conclusione conduca il diritto nazionale, se ciò produrrebbe la conseguenza di attribuire a una decisione di un giudice nazionale effetti che osterebbero all'applicazione del diritto dell'Unione, *in particolare* per rendere impossibile l'obbligo gravante sui giudici nazionali di garantire il rispetto dell'art. 108 T.f.U.e.: la norma di diritto interno che impedisce al giudice nazionale di assolvere a questo suo obbligo è considerata incompatibile con il principio di effettività dell'eurodiritto.

La Corte di giustizia, tanto con la sentenza del 2009 sulla causa Falimento Olimpiclub c. Repubblica italiana quanto con la sentenza del 2015 sulla causa Klausner Holtz c. Land Nordrhein-Westfalen, mette in chiara evidenza quale è il rischio che si annida nella figura del c.d. effetto esterno del giudicato e in quella del giudicato implicito a efficacia esterna sulla non nullità contrattuale: il rischio di perpetuazione di un errore decisionale, che può mettere a repentaglio valori super-individuali<sup>35</sup>.

Come del resto rileva attenta dottrina, non può predicarsi in senso assoluto e radicale la necessità che un primo esito meritale (assistito dalla forza del giudicato) non venga smentito da una successiva decisione, perché «ci si espone non solo al rischio di frode alla legge ad opera delle parti concordi o ad opera di quella che abbia una forza economica maggiore, ma in ogni caso alla possibilità che un errore decisionale si perpetui e si protenda anche sul versante di diritti connessi non oggetto del primo processo e, pertanto, non “titolati” a pretendere l'immutabilità del primo giudicato»<sup>36</sup>.

#### 6. *Il paradigma dell'abuso del processo e la sua rimeditazione ad opera delle Sezioni unite (cenni)*

L'anteposizione all'analisi strutturale del processo dell'analisi dei suoi valori funzionali produce molteplici frutti, tra i quali si segnala la proliferazione dei casi in cui i giudici riconoscono la figura dell'abuso del pro-

<sup>35</sup> Per esempio, quanto al giudicato implicito a efficacia esterna e per rimanere a Sez. un. n. 26242/2014, quei valori super-individuali che nel sistema codicistico sono tutelati con le nullità contrattuali.

<sup>36</sup> M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit.

cesso: dal celeberrimo frazionamento abusivo del credito unitario<sup>37</sup> alla c.d. auto-eccezione, riconosciuta nel caso in cui il soggetto che ha instaurato la lite, rimasto soccombente nel giudizio di primo grado, contesta in appello la giurisdizione del plesso giurisdizionale da lui stesso adito.

È però necessario considerare che la stessa Corte di cassazione afferma la necessità di rivedere l'orientamento che sanziona con l'inammissibilità il frazionamento (abusivo) della domanda, posto che «a essere illegittimo (abusivo) non è lo strumento adottato, ma la modalità della sua utilizzazione» e che vi sono già rimedi per farvi fronte, identificati nella riunione dei giudizi e nella condanna alle spese di lite<sup>38</sup>.

La rimeditazione, da parte della Corte di cassazione, sulla figura dell'abuso per frazionamento di un credito unitario si segnala come contro-tendenza rispetto al riconoscimento della forza portante e trascinante altrimenti riconosciuta alla analisi dei valori funzionali del processo e alla pur affermata necessità che sia essa a indurre e a guidare le opzioni strutturali (sul processo).

Tale rimeditazione è di grande rilievo perché rende evidente come la stessa *Inversion-Metodbe* proclamata come necessaria da Sez. un. n. 26242/2014 non sia affatto ineluttabile, da un lato; non sia tale da condizionare sempre e comunque la lettura delle norme processuali poste dal *ius scriptum*, dall'altro lato.

## 7. *Giudice amministrativo, analisi dei valori funzionali del processo e Inversion-Methode, con il correttivo di Adunanza plenaria n. 11/2016*

A me sembra che anche il giudice amministrativo segua la strada della preminenza e della portanza dell'analisi dei valori funzionali del processo e che anch'esso inclini a ritenere che sia l'analisi dei valori funzionali a dover indurre l'interpretazione e l'applicazione delle regole processuali. Sono molteplici, a mio avviso, gli indicatori di una siffatta propensione del giudice amministrativo.

<sup>37</sup> Sez. un. n. 23726/2007, sulla quale cfr. per tutti M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede e abuso degli strumenti processuali*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli 2011, 471 ss., R. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Torino 2014; S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.* 2015, 1203 ss.; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 23 ss.

<sup>38</sup> Corte cass., sent. n. 5491/2015.

Significativo mi sembra innanzi tutto l'entusiasmo che esso mostra per la figura dell'abuso del processo<sup>39</sup>, il cui divieto assume, secondo Adunanza plenaria n. 5/2015, addirittura rilevanza costituzionale *ex art.* 54 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. Ben nota è infatti la tendenza del giudice amministrativo a riconoscere la figura dell'abuso del processo (declinandola anche *sub specie* di abuso nel processo) ben al di là di quello che affermano le Sezioni unite. Basti pensare al riconoscimento della figura dell'abuso per frammentazione in ipotesi del tutto aliene rispetto a quelle al cospetto delle quali le Sezioni unite avevano riconosciuto detta figura<sup>40</sup>; al rigore del quale il Consiglio di Stato dà mostra a fronte delle c.d. auto-eccezioni di difetto di giurisdizione<sup>41</sup>, rimanendo per lo più insensibile alla correzione di rotta sul tema operata dalle Sezioni unite<sup>42</sup>; alla individuazione di abuso nella proposizione dell'appello contro una sentenza favorevole al ricorrente da parte dell'amministrazione che abbia dato esecuzione all'ordinanza cautelare propulsiva del giudice di primo grado omettendo di appellare detta ordinanza cautelare<sup>43</sup>. Applicando con larghezza la figura dell'abuso, e sanzionandolo

<sup>39</sup> Per il quale cfr., oltre agli studi sopra ricordati, N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali* II, t. 1, Milano 2008, 1 ss.; G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.* 2016, 1 ss.

<sup>40</sup> Ad es., Ad. plen. n. 3/2011, concernente il c.d. abuso omissivo del processo.

<sup>41</sup> Cons. Stato, VI, n. 1537/2001; 656/2012. L'abuso del processo viene identificato con il *venire contra factum proprium*, qualificato come comportamento che lede i principi solidaristici, di correttezza e di buona fede oggettiva, paralizzabile – secondo la giurisprudenza – con l'*exceptio doli generalis*.

<sup>42</sup> Sez. un. n. 26129/2010 e n. 13940/2014 frenano infatti la propensione del giudice amministrativo a riconoscere l'abuso del processo in caso di auto-eccezione: nel caso deciso con la sentenza n. 13940/2012 la c.d. auto-eccezione è bensì respinta, ma vi si riconosce che, nel proporla, la parte non è incorsa nell'abuso del processo a causa del peculiare dipanarsi del processo; non ogni auto-eccezione integra dunque abuso, e in determinate circostanze il ripensamento della parte sulla giurisdizione adita integra bensì *venire contra factum proprium*, ma è giustificato. Si conforma a questa linea Cons. Stato, V, n. 1192/2015.

<sup>43</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n. 1209/2012, che riconosce l'abuso nella situazione in cui l'amministrazione appella la sentenza di merito favorevole al ricorrente, escluso da un concorso per mancato superamento della prova psico-attitudinale ma vittorioso nella fase cautelare del giudizio e ammesso dall'amministrazione con riserva al prosieguo delle prove concorsuali, in esito alle quali il ricorrente ha ottenuto vittoria ed è stato di seguito assunto; l'appello proposto dall'amministrazione contro la sentenza di merito è dichiarato inammissibile dal Consiglio di Stato il quale riconosce che, nel proporlo, l'amministrazione è andata *contra factum proprium*, perché l'appello è diretto a ottenere l'accertamento della legittimità dell'esclusione per mancato superamento della prova psico-attitudinale ma questo risultato – a fronte dell'accoglimento dell'istanza cautelare – poteva

con l'inammissibilità della domanda giudiziale, il giudice declina l'esame meritale e sovente – quando a essere sanzionata con la declaratoria di inammissibilità sia la domanda che dà ingresso al processo – impedisce la formazione del giudicato materiale: dimenticando il pur indimenticabile insegnamento di Corte costituzionale n. 220/1986, sentenza scritta da Virgilio Andrioli, secondo cui «il giusto processo civile vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali tra le parti che vi partecipano – siano esse attori o convenuti – ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il giusto processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice».

Significativa mi sembra anche l'idea, cui il giudice amministrativo si mostra per lo più fedele, del giudicato a formazione progressiva, rappresentato dal gioco di sentenza di cognizione e di poteri giudiziali spesi nel giudizio di ottemperanza<sup>44</sup>: ed è agevole rilevare che la figura del giudicato a formazione progressiva viene potenziata dalla latitudine riconosciuta alla c.d. ottemperanza per chiarimenti, che spesso non è altro che un modo per integrare l'oggetto del giudicato, ma in sede diversa e con rito camerale. Agevole è altresì il rischio che si annida nella figura del giudicato a formazione progressiva, così come tradizionalmente declinata dal giudice amministrativo: basti pensare all'assetto materiale che si è venuto a determinare, nel celebre caso *Impresa Pizzarotti contro Comune di Bari*, per il combinarsi di sentenze meritali in giurisdizione di legittimità e di sentenze di ottemperanza<sup>45</sup>. In quel caso infatti, a partire da una

essere attinto con il rifacimento di quella prova. L'amministrazione quindi aveva a disposizione il mezzo, economico e diretto, di rifare la prova psico-attitudinale, e non avendolo utilizzato non può utilizzare il rimedio dell'appello e, facendolo, abusa del processo. Per rilievi critici, cfr. S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, cit., 1218 s.

<sup>44</sup> Figura, quella del giudicato a formazione progressiva, della cui tenuta mostra di dubitare Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 3587/2015, che ha rimesso la relativa questione all'Adunanza plenaria; quest'ultima, però, con la sentenza n. 11/2016 ha decampato dall'esame della questione avendo ritenuto che «il naturale ordine logico delle questioni» rendesse superfluo, in dipendenza della soluzione data alle questioni logicamente pregiudiziali, la decisione sulla questione concernente il giudicato a formazione progressiva.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 4267/2007, in sede di giurisdizione di legittimità; Cons. Stato, Sez. V, n. 3817/2010, n. 2153/2010, n. 8420/2010, queste ultime pronunciate in sede di giudizio di ottemperanza al giudicato del 2007.

sentenza di accoglimento del ricorso dell'Impresa contro il c.d. silenzio del Comune nella conclusione di un procedimento denominato «ricerca di mercato» finalizzata alla realizzazione della cittadella giudiziaria di Bari<sup>46</sup>, si è giunti all'enucleazione giudiziale, in sede di giudizio di ottemperanza, dell'obbligo dell'amministrazione (sostituita dal commissario *ad acta*) di porre in essere atti amministrativi a contenuto discrezionale funzionali alla soddisfazione della pretesa sostanziale originariamente azionata in giudizio dal privato. Ma l'azione amministrativa indotta in sede di giudizio di ottemperanza avrebbe potuto condurre a un assetto materiale contrastante con l'euro-diritto, e in questi termini qualificato, a seguito di rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato, dalla Corte di giustizia<sup>47</sup>. L'esito della vicenda è rappresentato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 11/2016, che corregge il tiro – con specifico riguardo alla peculiarissima fattispecie dedotta in giudizio – rispetto alla latitudine dianzi riconosciuta alla figura del giudicato a formazione progressiva. L'Adunanza plenaria infatti ha esattamente perimetrato in senso restrittivo l'oggetto del giudicato formatosi sulla originaria domanda giudiziale, ha escluso che le plurime sentenze pronunciate in sede di giudizio di ottemperanza fossero idonee a trasformare in interesse finale alla realizzazione dell'opera l'interesse procedimentale originariamente azionato dal privato, e ha infine preso atto della recente giurisprudenza delle Sezioni unite secondo cui è «caso estremo» in cui si realizza il superamento del limite esterno della giurisdizione amministrativa quello in cui una sentenza del giudice amministrativo interpreta una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione quale risultante da una sentenza della Corte di giustizia successivamente intervenuta<sup>48</sup>. Di qui l'affermazione dell'Adunanza plenaria secondo cui «il giudizio di ottemperanza può rappresentare in quest'ottica una opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anti-comunitarie che darebbero vita a quei “casi estremi” in cui, richiamando gli insegnamenti delle Sezioni unite, la sentenza diventa “abnorme” e supera i limiti esterni del potere giurisdizionale»<sup>49</sup>. Pur con molte cautele e con molta prudenza, l'Adunanza plenaria traccia dunque il perimetro entro il quale si esprime

<sup>46</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 4267/2007.

<sup>47</sup> Corte giust., sent. 10 luglio 2014, C-213/14, Impresa Pizzarotti c. Comune di Bari.

<sup>48</sup> Sez. un. n. 2403/2015 e n. 6891/2016.

<sup>49</sup> Ad. plen. n. 11/2016, § 58, ultimo capoverso.

la forza del giudicato materiale, inducendolo – come da tradizione – dall’oggetto della domanda giudiziale che ha dato luogo al giudizio a cognizione ordinaria, ed esclude che tale perimetro possa essere dilatato in sede di giudizio di ottemperanza con la trasformazione in interesse sostanziale dell’interesse procedimentale originariamente azionato con esito vittorioso, nei casi in cui ciò possa condurre a risultati anti-comunitari. Soprattutto, l’Adunanza plenaria individua nel giudizio di ottemperanza il “luogo” in cui è possibile porre in essere misure giudiziali idonee a evitare che il giudicato meritale induca conseguenze anti-comunitarie, e ne afferma dunque una natura più ibrida che mai, e ibrida in una direzione nuova: il giudizio di ottemperanza è *anche* strumento volto a evitare che il giudicato materiale possa essere inteso – e concretamente applicato – come giudicato “abnorme”, violativo dei limiti esterni della giurisdizione nel senso del tutto peculiare tracciato dalle Sezioni unite con le sentenze n. 2403/2015 e n. 6891/2016.

Se la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 11/2016 è nel segno della riconduzione dell’oggetto del giudicato all’oggetto della domanda giudiziale, e della negazione che l’interesse fatto valere con esito vittorioso per il ricorrente possa subire trasformazioni radicali in sede di giudizio di ottemperanza sia pure nelle particolarissime e per così dire estreme circostanze del caso con essa deciso, segnali per vero in qualche misura equivoci emergono dalla sentenza dell’Adunanza plenaria n. 5/2015<sup>50</sup>. Da una parte infatti vi si proclama l’adesione al modello sistematico tracciato da Sez. un. n. 26242/2014, che in derivazione dai c.d. valori funzionali processo giunge ad allargare l’oggetto del giudicato, o meglio il perimetro entro il quale si esprime la sua forza. Dall’altra parte però l’Adunanza plenaria afferma, perimetrando con decisione, il vincolo al non-sindacato giurisdizionale su poteri amministrativi non ancora esercitati<sup>51</sup>, affermando che in tutti i casi in cui a essere dedotto sia un vizio che si risolve nella deduzione di una patologia consistente nel mancato esercizio di un potere, il giudice non può che rilevare il vizio dedotto. I vizi di questa specie, dunque, impediscono il sindacato meritale e quindi la forma-

<sup>50</sup> Sulla quale cfr. per tutti L.R. PERFETTI, G. TROPEA, “Heart of darkness”: l’Adunanza plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.* 2016, 205 ss.

<sup>51</sup> Poteri amministrativi non ancora esercitati sussistono, nel *dictum* dell’Adunanza plenaria, a fronte della deduzione dei vizi di mancanza di proposta obbligatoria, di mancanza di parere obbligatorio e di incompetenza; l’Adunanza plenaria trascura di includere nella figura quella di cui all’art. 31, comma 3, c.p.a. Sul tema cfr. L.R. PERFETTI, G. TROPEA, “Heart of darkness”, cit., spec. § 9.

zione del giudicato sostanziale sulla pretesa dedotta in giudizio, e ciò, secondo l'Adunanza plenaria, per il necessario rispetto del principio di divisione dei poteri e del diritto di difesa e al contraddittorio del soggetto pubblico titolare del potere patologicamente non esercitato.

Si nota però, a questo proposito, una vera e propria contorsione logica nell'argomentare dell'Adunanza plenaria, la quale da un lato afferma che i vizi della *species* considerata «esprimono una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica, che il codice (art. 34, comma 2) ha imposto al giudice di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti, dalla prospettazione del ricorrente e dall'eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata». Ma, dall'altro lato, l'Adunanza plenaria afferma che questa soluzione produce «effetti deflattivi sul contenzioso, perché dissuade il ricorrente dalla proposizione di impugnative di procedimenti attinti da una pletora di motivi sostanzialmente di facciata e lo stimola a concentrarsi solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile; e si evitano per tale via gli eccessi di tutela spesso forieri di veri e propri abusi del processo»<sup>52</sup>. Vien da chiedersi come possa, la deduzione di un vizio di radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica, dar luogo a eccesso di tutela e integrare, usando delle parole dell'Adunanza plenaria, la «deduzione di motivo sostanzialmente di facciata, foriero di vero e proprio abuso del processo»<sup>53</sup>.

Secondo l'Adunanza plenaria, poi, «non è affatto vero che la stella polare che deve guidare il giudice nell'ordinare i vizi-motivi sia sempre e solo quella di assicurare la maggior soddisfazione dell'interesse del privato: il processo amministrativo è controllo di legalità dell'azione amministrativa, che è necessariamente esercitata in funzione dell'interesse pubblico», e quindi, in esso, la dimensione funzionale – pubblica – è accentuata. Donde la per più di un verso stupefacente asserzione che «l'interesse pubblico di cui è portatrice la p.a. è il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni», cui si aggiunge quella per cui nel processo amministrativo è centrale

<sup>52</sup> L'Adunanza plenaria proclama anche – a rafforzativo – che «effettività e giusto processo significano soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni opportunistiche (specie sul piano risarcitorio), emulative o pretestuose».

<sup>53</sup> Cfr. infatti criticamente E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, in *Giur. it.* 2015, 2192 ss., nonché L.R. PERFETTI – G. TROPEA, “*Heart of darkness*”, cit., 273.

«l'interesse generale dell'intera collettività da un lato a una corretta gestione della cosa pubblica, dall'altro lato a una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività; il processo amministrativo in cui sia parte una p.a. deve consentire l'accertamento di una verità processuale vicina se non coincidente con la verità storica, perché è interesse della collettività la legittimità dell'azione amministrativa». Asserzione, questa, vistosamente (e inspiegabilmente) distonica rispetto alla concezione altrimenti imperante che vede il processo come strumento deputato a risolvere controversie tra le parti, in cui il giudice non ha affatto il compito di ricostruire la vicenda del rapporto, per dirla con Marco De Cristofaro, «al modo di uno storico»<sup>54</sup>.

La conclusione cui giunge l'Adunanza plenaria n. 5/2015 è tranziante: in difetto di graduazione dei motivi da parte del ricorrente – e con i limiti alla graduabilità individuati nella sentenza – «in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica, il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) e del rapporto corrente tra le domande di annullamento sul piano logico-giuridico e diacronico-procedimentale». Da notare solo che l'Adunanza plenaria esclude dal novero dei vizi a consistenza oggettiva radicale il vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento, la cui disamina non ha e non può avere quindi ruolo assorbente rispetto ad altri vizi<sup>55</sup>; e ciò lascia intendere che ruolo assorbente abbia invece l'accoglimento di vizi a radicalità massima, ovvero l'accoglimento della domanda di annullamento di atti che siano, logicamente o diacronicamente sul piano procedimentale, anteriori.

In assenza di graduazione dei motivi, e sempre che i motivi siano graduabili, il giudicato è quindi disancorato dal conseguimento del «bene della vita», ossia dal soddisfacimento dell'interesse sostanziale diretto, perché il processo è funzionale a colpire le illegittimità più radicali ovvero quelle che, in punto logico o diacronico, si sono verificate e vanno perciò accertate per prime; sarà solo in caso di rigetto dei vizi a radicalità massima che il giudice potrà giungere alla disamina dei vizi dal cui accoglimento potrebbe derivare il conseguimento dell'utilità giuridica sostanziale pretesa dal ricorrente e che potrà quindi formarsi il giudicato sulla

<sup>54</sup> M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit.

<sup>55</sup> Sul punto L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *“Heart of darkness”*, cit., 239.

pretesa sostanziale dedotta in giudizio (altrimenti detto giudizio di spettanza)<sup>56</sup>.

A indurre il possibile oggetto del giudicato, quindi, è il «convitato di pietra», ossia l'interesse generale alla legittimità dell'azione amministrativa; e l'approdo di Ad. plen. n. 5/2015 è chiaramente distonico rispetto a quello di Sez. un. n. 26242/2014, al cui modello teorico peraltro l'Adunanza plenaria dichiara di attenersi.

Il giudicato amministrativo, in definitiva, a seguire Ad. plen. n. 5/2015 non è affatto strutturalmente diretto a risolvere il problema della spettanza, ma è diretto invece a presidiare l'interesse pubblico. Il «convitato di pietra» è così il valore funzionale del processo amministrativo, individuato dall'Adunanza plenaria, al quale essa assegna ruolo preminente; questo, con il solo correttivo rappresentato dal potere della parte di graduare (non però illimitatamente) i motivi, e sempre che nella deduzione dell'uno o dell'altro motivo il giudice non ravvisi, nel suo «prudente apprezzamento», un abuso del processo<sup>57</sup>.

#### 8. *Considerazioni conclusive sull'attuale «crisi del giudicato»*

Ha senz'altro ragione Sezioni unite n. 26242/2014 nel dire che l'analisi dei valori funzionali del processo, anteposta alla analisi strutturale del medesimo, conduce – sul tema dell'oggetto del processo e sul tema dell'oggetto del giudicato – a una inevitabile precarietà. Vien da chiedersi: ma davvero è necessaria, a fronte della precarietà che induce, l'inversione di metodo predicata tanto dalle Sezioni unite quanto dall'Adunanza plenaria n. 5/2015?

Per rimanere alla figura del giudicato implicito su questioni meritali, tali e tanto significativi sono i temperamenti che le Sezioni unite introducono alla pur declamata regole del giudicato implicito sul deducibile che, al loro cospetto, il perimetro entro il quale si esprime la forza del giudi-

<sup>56</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *“Heart of darkness”*, cit., 266 ss; E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro*, cit., 2194.

<sup>57</sup> Non possono non ricordarsi le amarissime parole di S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, cit., 1211: «per noi giudici, che viviamo ogni giorno in solitudine sulla nostra pelle l'emergenza dell'inflazione del contenzioso, l'idea di riconoscere il potere della *denegatio actionis* di fronte a iniziative processuali qualificabili abusive può essere suggestiva»; inutile ricordare che quest'idea suggestiva è contestata dall'Autore.

cato, e il suo stesso oggetto, corrono il rischio di essere strutturalmente incerti, generando un'incertezza suscettibile di essere risolta soltanto in un successivo giudizio.

Il giudicato, detto diversamente, seguendo la strada del giudicato implicito su questioni meritali – ma anche quella dell'effetto esterno, come dimostra Corte giustizia n. 2/2009 – «perde il suo paradigma di certezza e a questo punto, lungi dal rafforzarsi, entra in crisi»<sup>58</sup>.

La giustizia amministrativa è il campo da gioco ideale per constatare quanto sia precario ciò cui induce l'inversione di metodo, proprio con riferimento all'oggetto del processo e del giudicato. Il riferimento è naturalmente a Corte di giustizia, Grande Chambre, 5 aprile 2016, che spazza via, forse anche in modo un po' brusco, dieci anni di discussioni giurisprudenziali su ciò che deve essere deciso – e su ciò su cui deve cadere l'accertamento giudiziale e il giudicato – in caso di impugnazioni incrociate escludenti: le numerose sentenze in Adunanza plenaria che si sono succedute nel tempo hanno posto al centro della scena, in vario modo, l'interesse generale a che un aggiudicatario vi sia e l'idea che sia necessario evitare, per quanto possibile, la riedizione della gara, ma questa idea di funzionalizzazione del processo è naufragata al cospetto dell'*arret* della Grande Chambre. Ed è naufragata per mano di un giudice la cui idea di funzionalizzazione del processo non coincide né con quella delle Sezioni unite né con quella (meglio, con quelle) dell'Adunanza plenaria; un giudice al quale, in una logica prettamente rimediale, preme proclamare – come reso evidente dalla *ratio decidendi* che sorregge le sentenze della Corte di giustizia che ho richiamato al paragrafo 5 – che il principio di effettività dell'euro-diritto osta a che attraverso la figura del giudicato, che risponde a ineludibili esigenze di certezza (*recte*, di stabilità), si possa cristallizzare a tempo indeterminato una situazione gravemente anti-comunitaria per effetto della dilatazione, operata dal diritto nazionale di matrice giurisprudenziale, del suo oggetto.

Come mostrano le sentenze della Corte di giustizia che si sono richiamate sopra, inoltre, per effetto dell'estensione dell'oggetto del giudicato rischia di cedere la pur fragile diga alla difesa degli ordinamenti nazionali rappresentata dalla sempre conclamata, da parte della Corte di giustizia, autonomia procedurale degli Stati membri. Già da tempo è stato posto in luce che il principio di effettività dell'euro-diritto, funzionale al rispetto della primazia del diritto dell'Unione, tende ad acquistare consi-

<sup>58</sup> M. DE CRISTOFARO, *Motivazione e giudicato*, cit.

stenza autonoma<sup>59</sup> e a degradare l'autonomia procedurale degli Stati membri in «*vulgata* sempre più consunta»<sup>60</sup>. Ed è proprio su questo versante che la Corte di giustizia frena la propensione del diritto nazionale – in Italia, di matrice giurisprudenziale – a una accezione dell'oggetto del giudicato che sia tale da mettere a repentaglio alcuni dei valori portanti dell'euro-diritto.

A entrare in crisi, correlativamente, è anche la riconduzione al sistema delle impugnazioni dei modi per far valere l'ingiustizia della sentenza: questo, naturalmente, al cospetto del principio di preminenza ed effettività dell'euro-diritto e nei casi in cui l'oggetto del giudicato sia esteso vuoi per l'enfaticizzazione del c.d. effetto esterno del giudicato, vuoi per la sua proclamata caduta sul deducibile non dedotto; ma anche, e specularmente, nei casi in cui esso sia ridotto per effetto del ruolo di volta in volta assegnato all'uno o all'altro dei valori funzionali riconosciuti come preminenti da un singolo giudice in un singolo processo.

La crisi del giudicato (e le correlate crisi dell'autonomia procedurale degli Stati membri e del sistema delle impugnazioni) si presta peraltro a essere scongiurata seguendo il percorso delineato da Adunanza plenaria n. 11/2016, ossia con la riconduzione dell'oggetto del giudicato all'oggetto della domanda giudiziale.

<sup>59</sup> N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Europa e dir. privato* 2010, 361 ss., 389; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 438.

<sup>60</sup> M.P. CHITI, *Le misteriose "sanzioni alternative" nella direttiva ricorsi*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano 2010, 160.

*Sebastiano Licciardello*

### METODO GIURIDICO E SISTEMA A DIRITTO AMMINISTRATIVO\*

SOMMARIO: 1. La questione del metodo nella scienza giuridica. – 2. Settorializzazioni e logiche di settore. – 3. Metodo giuridico e scienza del diritto amministrativo. – 4. Logica e diritto. – 5. Metodo giuridico e coscienza storica. – 6. Metodo giuridico e principi. – 7. Metodo giuridico e vincolo della persona umana per il giurista.

#### 1. *La questione del metodo nella scienza giuridica*

Antonio Romano Tassone scrive sul metodo giuridico in due occasioni: nel 1998 e nel 2002<sup>1</sup>.

L'esigenza da cui è mosso sembra essere quella di cercare “ancoraggi” sistematici per la scienza giuridica ed in particolare per la scienza del diritto amministrativo – settore fenomenologicamente il “più ricco” e “più instabile” del nostro diritto positivo<sup>2</sup> – di fronte al pericolo di un relativismo asistemico<sup>3</sup>.

Ancora di recente si è sostenuto che “predicare la necessità di un sistema non è espressione di una mentalità anacronistica e astorica. L'esigenza sottesa al pensiero sistematico non è destinata a venire mai meno, perché essa corrisponde ad un bisogno reale di coerenza e di sintesi... Il

\* Il saggio è destinato agli scritti in memoria di Antonio Romano Tassone.

<sup>1</sup> A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodo ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, 651 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 11 ss.

<sup>2</sup> A. FALZEA, *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto*, Bologna 1994, 417.

<sup>3</sup> Ci si riferisce alle dottrine della modernità liquida di Bauman e le teorie caotiche di Morin. Cfr. R. FERRARA, *Il “metodo giuridico” negli scritti di Antonio Romano Tassone: il diritto tra regole e regolarità*, in *Dir. e processo amm.*, 2014, 1139.

sistema garantisce stabilità tecnica e scientifica e consente di affrontare le trasformazioni senza sfaldare l'unitarietà del diritto, la quale reclama valori condivisi"<sup>4</sup>.

La moderna epistemologia giuridica da per scontato il pluralismo dei metodi scientifici, per cui al variare dell'oggetto dell'indagine, del settore giuridico, varia pure il metodo. Ma ciò sembra non tenere conto della circostanza che la unitarietà del metodo giuridico, per la scienza giuridica, appare il presupposto della stessa "comunicazione scientifica". Inoltre, peculiarità della scienza giuridica – intuisce Antonio Romano Tassone – è il fatto che è il metodo stesso a validare il risultato, rispetto alle altre scienze ove è il risultato a convalidare il metodo<sup>5</sup>. Così se un chimico voglia produrre oro utilizzando del piombo, soltanto il risultato ottenuto convaliderà il suo metodo. Qualora invece un giurista voglia interpretare l'art. 7 della legge n. 241 del 1990, solo il metodo adoperato convaliderà il risultato dell'indagine. Se poi due chimici raggiungono lo stesso risultato, nessuno dei due penserà che l'altro abbia sbagliato, per cui ambedue i metodi appariranno corretti. Se invece due giuristi utilizzando metodi diversi arrivano alla stessa conclusione, ciascuno di loro riterrà che l'altro non abbia capito nulla della questione<sup>6</sup>.

Sotto questo profilo il giurista – persona che riflette sul diritto ed espone il risultato delle sue riflessioni<sup>7</sup> – è uno scienziato, tuttavia "diverso" dagli scienziati della "natura". Questi ultimi descrivono fenomeni, investigano la materia, l'universo, la natura, tuttavia non alterano l'oggetto di investigazione. L'astronomo descrive il moto dei pianeti, ma non pensa minimamente di modificarlo<sup>8</sup>. Il giurista invece individua il significato di una norma secondo la propria comprensione, l'interpretazione ha per oggetto la norma "ma ha per soggetto l'interprete"<sup>9</sup>.

Tuttavia tanto nelle scienze naturali quanto nella scienza giuridica ci

<sup>4</sup> M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica del diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 383 e 385.

<sup>5</sup> A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodo ed unità della giurisprudenza*, cit., 653 s.

<sup>6</sup> A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodo ed unità della giurisprudenza*, cit., 653 s.

<sup>7</sup> G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Diritto pubblico*, 2003, 833.

<sup>8</sup> G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, cit., 835.

<sup>9</sup> F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto* (1988), in *Scritti giuridici*, V, Milano 2006, 4025. per questo Autore "Gli accadimenti del diritto sono storia e sono storia comune ed insieme individuale... l'umanità, cioè ciascuno di noi, partecipi, comunque, di quella storia infinitamente incerta fatta di accadimenti irreversibili che è la vita e l'essenza stessa del diritto". L'interpretazione conduce ad un diritto che non è né quello scritto, né quello "pensato", ma quello effettivo, attuato concretamente (p. 4031).

si muove dalla consapevolezza di un problema o forse meglio da una intuizione, da un accadimento che viene ad essere avvertito (dallo scienziato): tante mele sono cadute in testa a tante persone ma quando una mela cadde in testa a Newton si aprì la strada verso la scoperta delle leggi di gravità<sup>10</sup>.

Va comunque subito osservato che la questione del metodo sta a monte di ogni problema che deve affrontare un giurista; ed è in concreto nelle discussioni sul metodo che vengono convogliati profili che attengono alla stessa concezione del diritto<sup>11</sup>, anche se provocatoriamente si dice (pure) che le scienze che si occupano della loro metodologia siano “scienze malate”<sup>12</sup>.

Anche per questo dobbiamo subito chiederci cosa viene a sollecitare oggi una riflessione sul metodo.

Sicuramente la preoccupazione di costruire il sistema a diritto amministrativo (e i sistemi giuridici in generale), “come sistema compiuto con regole e regolarità capaci di conformarlo in una cornice di sufficienza, affidabile coerenza”<sup>13</sup>.

Sicuramente la preoccupazione, ancora più inquietante, legata alla stessa sorte del diritto e di quelli che un tempo si definivano i “signori” del diritto<sup>14</sup>.

Pietro Rossi nella premessa al volume “*Fine del diritto?*” si chiede “se ci stiamo incamminando verso la fine del diritto, di questa macchina che ha accompagnato in Europa, per quasi un millennio, l’espansione del mercato e i rapporti economici, dando ed offrendo sostegno alla Stato ed alla sua amministrazione. Oppure siamo soltanto alla fine di un certo diritto, di un certo modo di concepire il diritto e quindi anche la scienza giuridica?”<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Per questo esempio vedi G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Diritto pubbl.*, 2004, 4.

<sup>11</sup> Sul punto vedi G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., 5 che ricorda la polemica tra Cassese (S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Gral (a proposito della rivista di diritto pubblico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 789 ss.) e Orsi Battaglini (A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle ed il prefetto citrullo (discorrendo con sabino Cassese)*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 639 ss.)

<sup>12</sup> Gustav Radbruch (1969) citato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L’identità delle scienze giuridiche nel mondo giuridico plurale*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 441.

<sup>13</sup> R. FERRARA, *Il “metodo giuridico” negli scritti di Antonio Romano Tassone: il diritto tra regole e regolarità*, cit. 1139.

<sup>14</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991.

<sup>15</sup> P. ROSSI, *Premessa*, in *Fine del diritto*, a cura di P. ROSSI, Bologna 2009, 9.

Ci si è chiesto “quale posto occupa il diritto nel mondo contemporaneo? È ancora lo strumento di elezione per organizzare la realtà sociale e le relazioni tra uomini e popoli? Se lo è, con quali limiti, quanto sono mutati questi limiti, dal suo tradizionale uso moderno? Per quali ragioni?”<sup>16</sup>.

Pardolesi e Granieri in uno scritto del 2013 dal significativo titolo “*Dottrina delle Corti e disimpegno dei giuristi*”<sup>17</sup> descrivono un giurista in crisi di identità. Luzzati in un recente scritto ha paragonato il giurista di oggi al Principe di Salina del Gattopardo consapevole che la sua classe, il suo mondo stava dissolvendosi<sup>18</sup>. Mathias Siems, ha profetizzato nel saggio dal titolo *A World Without Law Professor*<sup>19</sup> una società senza professori di diritto<sup>20</sup>.

Dei silenzi dei giuristi parla anche Francesco D’Agostino individuando la causa di questo “rassegnato atteggiamento” nella crisi che sta travolgendo i concetti giuridici fondamentali<sup>21</sup>.

Ma già nel 1949 uno studioso francese di diritto commerciale, Georges Ripert, pubblicava *Il declino del diritto*<sup>22</sup> avvertendo le conseguenze del dogmatismo legicentrico che risolve il diritto in una dimensione formale<sup>23</sup>.

In Italia Tullio Ascarelli, esprimerà nel dopoguerra tutta la sua delusione per “una dottrina giuridica che, di fronte ad una nuova Costituzione ed ad un nuovo ordine politico democratico, appariva come chiusa in se stessa, teorizzava il disimpegno politico del giurista, mostrava scarso interesse perfino per l’esame della realtà economica sottostante... e si

<sup>16</sup> A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Roma-Bari, 2008, 3.

<sup>17</sup> R. PARDOLESI e M. GRANIERI, *Dottrina delle Corti e disimpegno dei giuristi*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 187 s.

<sup>18</sup> C. LUZZATI, *Il giurista che cambia e non cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 391 s.

<sup>19</sup> MATHIAS M. SIEMS, *A World Without Law Professor*, in *Methodologie of Legal Research*, Oxford, 2011.

<sup>20</sup> Il legislatore tende a vestire l’avvocato dell’abito di mediatore sociale di conflitti, come ha inteso fare la riforma del sistema di giustizia civile (d.l. n. 132/2014).

<sup>21</sup> F. D’AGOSTINO, *Il diritto al tempo del terrore*, in *Avvenire* del 21 novembre 2015, 3.

<sup>22</sup> G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, 1949.

<sup>23</sup> Ed ancor prima in Italia, Enrico Finzi, del diritto commerciale scriveva: “la codificazione lo ha cristallizzato e la sistematica lo ha ricondotto verso la grande corrente del diritto civile nella quale sta già per confluire... la dogmatica ne ha precluso ogni forza di espansione dottrinale... i giuristi non hanno saputo fare di meglio che comporlo ordinatamente nel sistema di diritto civile: quasi una tomba”, E. FINZI, *Verso un nuovo diritto commerciale*, in *Annuario del regio istituto superiore di scienze economiche e commerciali di Firenze*, XI, 1932/1933, 1 ss.

chiudeva in una sterile alternativa tra fra la mera esegesi dei testi di legge e l'esercitazione virtuosistica sugli strumenti concettuali ricevuti dalla tradizione"<sup>24</sup>.

Ancora di recente Paolo Grossi descriverà l'immagine di un giurista ancora attardato alle "mitologie giuridiche" della modernità<sup>25</sup>; Giurista che somiglia sempre più al burocrate descritto efficacemente da Italo Calvino nell'*Antilingua*: "chi parla l'antilingua ha sempre paura di mostrare familiarità e interesse per le cose di cui parla, crede di dover sottintendere: «io parlo di queste cose per caso, ma la mia funzione è ben più in alta delle cose che dico e che faccio, la mia funzione è più in alto di tutto, anche di me stesso». La motivazione psicologica dell'antilingua è la mancanza di un vero rapporto con la vita, ossia in fondo l'odio per se stessi"<sup>26</sup>.

Quello che occorre è un recupero della dimensione "umana" del diritto, un "ritorno" al diritto, come invocato di recente da Paolo Grossi, che comporta un abbandono della concezione moderna del diritto, del monopolio del legislatore e della legge<sup>27</sup>.

Il diritto amministrativo che per oltre un secolo è sfuggito alla onnipotenza del legislatore, affidando il proprio evolversi alla stessa amministrazione ed alla saggia opera del giudice amministrativo, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, diviene oggetto di una legislazione che se in un primo tempo si è fermata ai principi (legge n. 241/90 sul procedimento e legge n. 142/90 sulle autonomie), ha via via soffocato l'amministrazione.

Una legislazione ipertrofica assolutamente incerta che neanche davanti ai giudici trova univoca interpretazione. Una legislazione che riversa sull'amministrazione e sul diritto amministrativo l'arbitrarietà della politica, inquinando il diritto e snaturandolo<sup>28</sup>, allontanandolo dalla realtà concreta, per essere il prodotto delle "cancellerie" di un Ministero<sup>29</sup>, parimenti distanti sia dalla quotidianità delle amministrazioni e dai problemi dei cittadini sia da quelli che sono stati definiti gli "strati profondi di una civiltà... dove allignano quei valori capaci di costruire una espe-

<sup>24</sup> M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. delle società*, 2013, 21.

<sup>25</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001.

<sup>26</sup> I CALVINO, *L'antilingua*, in *Una pietra sopra*, ed. Mondadori, 2013, 151.

<sup>27</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, XI.

<sup>28</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., IX.

<sup>29</sup> L'espressione è usata da P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., XI.

rienza giuridica e di darle, nel mutamento solidità e resistenza all'usura"<sup>30</sup>.

## 2. *Settorializzazioni e logiche di settore*

Occorre riflettere anzitutto sulle conseguenze di una eccessiva settorializzazione del diritto<sup>31</sup>.

Già Giovanni Miele accusava la eccessiva tendenza alla specializzazione "male che deploriamo pur all'interno della scienza giuridica e che l'ha frantumata in una serie di campi cintati non comunicanti"<sup>32</sup>.

Invero l'ordinamento conosce normazioni positive divisibili in vari settori costruibili a loro volta in sistemi: "A parte" – scrive Giannini – "il diritto costituzionale ancor di controversa definizione, i settori ordinabili a sistema della nostra normazione positiva sono solo quelli dei diritti privato, amministrativo, penale e processuale. Tutte le altre discipline giuridiche che si intitolano ad altri diritti sono quindi o discipline relative a sottosectori, o discipline oggettuali"<sup>33</sup>. Sarà Giannini ad avviare un'opera di "dcostruzione" o meglio di "destrutturazione" del sistema a diritto amministrativo<sup>34</sup>.

Le profonde trasformazioni che subisce il diritto amministrativo tra la fine del '900 e gli inizi del nuovo millennio, ricadranno irreversibilmente sulle ordinate e compiute costruzioni del ventesimo secolo.

Assistiamo al tramonto della centralità del provvedimento amministrativo nella azione, del principio gerarchico e dell'accentramento nella organizzazione, alla codificazione del processo amministrativo.

A ciò si accompagna un consolidamento delle parti speciali del diritto amministrativo (appalti pubblici, sanità, beni culturali, ambiente e

<sup>30</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit. XI s.

<sup>31</sup> È una esigenza diffusa quella di tentare di ricostruire l'unità del diritto pubblico che si è persa con la specializzazione in diversi rami a cominciare dal costituzionale e amministrativo, ma anche il tributario, soprattutto per la presenza di giudici di settore (la Corte costituzionale, la Giustizia amministrativa, le Commissioni tributarie). S. CASSESE, *La rivoluzione scientifica di Vittorio Emanuele Orlando*, Relazione al Convegno su *Vittorio Emanuele Orlando*, Palermo, 28-29 ottobre 2011.

<sup>32</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico* (*Rivista di diritto commerciale*, 1945, 1, pp. 103), ora in *Scritti giuridici*, II, Milano 1987, 451.

<sup>33</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1977, 17.

<sup>34</sup> M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica del diritto amministrativo attuale*, cit., 378 s.

via dicendo) che tuttavia non possono sfuggire alla parte “generale” del diritto amministrativo ed al sistema.

L'epistemologia ci segnala una “frammentazione dei sistemi concettuali”: così come il decostruttivismo in architettura, la quantistica in fisica, lo strutturalismo in sociologia, l'insiemistica in matematica<sup>35</sup>.

Ora non c'è dubbio che vi sia un tessuto metodologico comune delle scienze, che si sviluppino profili specifici per grandi famiglie, che si specificano poi ulteriormente nella ulteriore partizione, ma ciò non esclude una visione unitaria ed una condivisione di categorie metodologiche che possano consentire poi un dialogo tra i giuristi e tra questi ed i cultori delle scienze sociali, politiche, economiche e così via<sup>36</sup>.

Altro elemento di “crisi” dei sistemi giuridici (ed in particolare del sistema a diritto amministrativo) sono le nuove interdipendenze soprattutto economiche (globalizzazione) che hanno determinato una certa dottrina ad assoggettare questi processi a regole giuridiche, pensando di potere governare con il diritto amministrativo questi fenomeni di economia globale<sup>37</sup>. Ed invero i giuristi che rincorrono la globalizzazione devono poi ammettere che questa corre in modo estremamente rapido sul piano economico, lasciando indietro sia il diritto che la politica<sup>38</sup>, proprio perché quello spazio nasce per sfuggire al diritto che ha un fondamento nelle costituzioni democratiche del '900 ed una radice razionale<sup>39</sup>.

In quello spazio – dove non ci sono meccanismi di *accountability*, un

<sup>35</sup> G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., 12.

<sup>36</sup> G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., 6 ed ivi indicazioni bibliografiche ulteriori.

<sup>37</sup> Sul punto vedi S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'identità delle scienze giuridiche nel mondo giuridico plurale*, cit., 453 ss. Per questo Autore “dinanzi alla globalizzazione, sentendoci in difficoltà rispetto al criterio fondante della metodologia giuridica che è quello delle fonti e però spinti dall'esigenza di assoggettare a regole giuridiche certi fenomeni, rischiamo di scambiare cause ed effetti, vale a dire di gettare via il bambino (la metodologia giuridica) con l'acqua sporca. Questa è la sensazione che ho – mi perdonerete – quando leggo e rileggo certi lavori”.

<sup>38</sup> M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi*, in *Fine del diritto?*, cit, 61 s.

<sup>39</sup> F. BENVENUTI, *Ancora sull'eticità del diritto* (1998), in *Scritti giuridici*, V, cit, 4510, a proposito di un saggio di G. BROGGINI, *Comprensione e formazione del diritto: storia e diritto vivente*, in *Jus*, 1997, 139, si sofferma sulla formula di Anassagora che Brogginì così traduce: “all'inizio tutto era una sola cosa, poi venne lo spirito, separò e creò l'ordine”. Sottolinea Benvenuti che la parola *spirito* è la traduzione del greco *nous* che vuol dire pure *razionalità*: “se cioè lo spirito è il momento razionale che distingue le cose e le ordina, la conclusione è che l'ordinamento giuridico altro non può essere se non razionalità”.

sistema di fonti, una organizzazione sottoposta alla “legge”<sup>40</sup> – risulta difficile la trasposizione del diritto (amministrativo). Invero si ritiene che in quello spazio, basta “una mera tecnica specialistica, che indichi per quel momento e per quelle circostanze, la via più breve e comoda per la composizione degli interessi in gioco”. In sostanza “la riduzione della razionalità giuridica a mera razionalità economica”<sup>41</sup>.

E tuttavia dobbiamo essere consapevoli che il rifugiarsi nella mera tecnica non possa supplire al “diritto”, ai “valori” di cui la giuridicità si impregna in uno stato democratico e li traduce in principi prima e regole poi.

Alla esaltazione della tecnicità che conduce al nichilismo giuridico<sup>42</sup> si contrappone fortemente Paolo Grossi che vorrebbe un giurista che riscopra il bene delle fantasia<sup>43</sup> ed Ignazio Maria Marino che vorrebbe un giurista che si assume una responsabilità etica, in quanto fondata sui valori<sup>44</sup>.

Si riscopre così la funzione del giurista che nella costruzione giuridica weberiana viene qualificata con il termine *Beruf* che nel tedesco antico non vuol dire solo “professione”, ma anche “vocazione”, “missione”<sup>45</sup>.

In Italia, nel dopoguerra, sarà Ascarelli a sostenere una costruzione “ottimistica e progressista” ed una fiducia in uno sviluppo “moderato e

<sup>40</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'identità delle scienze giuridiche nel mondo giuridico plurale*, cit., 457 s. ed ivi indicazioni bibliografiche ulteriori.

<sup>41</sup> M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi*, cit., 62.

<sup>42</sup> N. IRTI, *Tecnicità dell'avvocatura*, in *Foro It.*, 2013, V, c. 141 ss.

<sup>43</sup> P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, 2012, 48.

<sup>44</sup> I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Dir. soc.*, 2010, 239 ss.

<sup>45</sup> R. FERRARA, *Il “metodo giuridico” negli scritti di Antonio Romano Tassone: il diritto tra regole e regolarità*, cit. 1142.

La preoccupazione verso un metodo proiettato alla costruzione sistematica, è oggi più attuale di fronte a quelle dottrine che sottomettono lo stesso diritto alla logica economica ovvero alla logica utilitaristica (G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014). Ma così si trascura la lettura storica che ci fa comprendere le istituzioni amministrative e che il diritto amministrativo nasce e si sviluppa per contraddire la logica utilitaristica e si ispira nella maggior parte delle scelte ad una logica funzionalistica (S. CASSESE, Recensione a G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 501). Più che di logica, in questi casi, bisognerebbe parlare di ideologia – o meglio ancora di una certa visione del mondo: Weltanschauung – che più o meno consapevolmente determina conflitti di opinioni e contrapposizioni (Sul punto vedi G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Diritto pubblico*, 2003, 851); ideologia, legittima nella fase di percezione del fenomeno, nella fase di osservazione della realtà, ma che diventa inaccettabile allorché assurga essa stessa a metodo.

costante dell'ordine sociale" ove i giuristi sono chiamati ad un ruolo "sostanzialmente attivo" ed esorterà i giuristi a "rendersi consapevoli dei propri giudizi di valore e di esplicitarli nei propri ragionamenti esegetici e nelle proprie costruzioni"<sup>46</sup>.

### 3. Metodo giuridico e scienza del diritto amministrativo

Occorre a questo punto sgombrare il campo da una suggestione: che l'unicità del metodo ovvero la sua pluralità incida sulla sensibilità del giurista alla storia, all'economia, alla sociologia, alla politica, alla filosofia, ecc., ovvero incida sulla capacità di dare risposte a problemi concreti.

Invero il diritto amministrativo avrebbe acquistato dignità di scienza con l'affermarsi del metodo orlandiano che eliminando ogni incrostazione storica, economica, filosofica presente nelle opere degli amministrativisti dell'800, proclama la "purezza" e l'"autosufficienza" del metodo giuridico.

E tuttavia il metodo giuridico puro di Vittorio Emanuele Orlando va letto e compreso per quello che ha rappresentato per affrancare la scienza del diritto amministrativo dalla scienza dell'amministrazione e, per fare assurgere, la prima, a sistema.

Infatti, scrisse Orlando che se il sangue dei martiri ci ha dato la patria è compito dei giuristi di costruire una scienza del diritto pubblico nazionale, un diritto dello Stato e per lo Stato<sup>47</sup>.

Nella *Prolusione* palermitana del 1889 Orlando dirà che occorre "che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un sistema di principi giuridici sistematicamente ordinati".

Quella aspirazione alla sistematicità che porta Vittorio Emanuele Orlando a far coincidere sistematico con scientifico è la stessa che ha mosso più di recente Antonio Romano Tassone e deve a maggior ragione muo-

<sup>46</sup> Vedi T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano 1949. I brani virgolettati nel testo sono tratti dallo scritto di M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., 20 e 21.

<sup>47</sup> V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881 - 1940)*, Milano ristampa 1954, 3 ss.: "Il sangue dei martiri e il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico lungamente desiderata non basta che abbia avuto un riconoscimento politico, ma bisogna che viva della vita del diritto, di un diritto nostro, di un diritto nazionale".

vere oggi i giuristi a fronte delle “sofferenze” della scienza giuridica sopra evidenziate.

Il metodo orlandiano sotto certi profili fa perdere al giurista ed alla scienza giuridica “spessore”, per l’irrilevanza delle altre scienze e la pretesa avalutatività delle categorie scientifiche<sup>48</sup>. E tuttavia, a ben riflettere, sono state, nella intenzione, perdite necessarie per assecondare la affermazione dello Stato accentrato. Si potrebbe allora sostenere un nesso tra metodo giuridico e forma di Stato. Nesso confermato dalla circostanza che il metodo orlandiano entra in crisi con l’affermarsi dello Stato pluri-classe<sup>49</sup>.

Vittorio Emanuele Orlando chiede al giurista di essere costruttore del sistema, ed ancor prima del legislatore individui i principi entro i quali questo si muove, svolgendo una funzione per così dire costituzionale<sup>50</sup>. A tal proposito estremamente significativo è il richiamo alla funzione propulsiva che devono avere le Università che secondo Orlando devono essere il “centro motore di questo nuovo indirizzo”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., 12 s.

<sup>49</sup> Vedi sul punto A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., 13.

<sup>50</sup> S. CASSESE, *La “rivoluzione scientifica” di Vittorio Emanuele Orlando*, Relazione al convegno su Vittorio Emanuele Orlando, Palermo 28-29 ottobre 2011.

<sup>51</sup> Vi è un altro profilo che non si può non evidenziare: il rapporto di Vittorio Emanuele Orlando con la storia e con il diritto antico. Orlando terrà un corso di Istituzioni di diritto romano per due anni 1892/93 e 1893/94. Di esso pubblicherà delle dispense: V.E. ORLANDO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, dispense universitarie, Palermo, 1894. Orlando condivide con Savigny l’appartenenza alla scuola storica. Per Savigny “una duplice sensibilità è indispensabile al giurista: quella storica per comprendere appieno il peculiare di ogni epoca e di ogni forma giuridica, e quella sistematica per riguardare ad ogni concetto e ad ogni massima in un legame vivente e reciproco con il tutto, cioè in quel rapporto che è l’unico vero e naturale” (SAVIGNY, *Vom Bereuf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1840, 48) e che “la scienza giuridica stessa altro non è se non storia giuridica, talché una elaborazione specificamente storica del diritto può differenziarsi da ogni altra elaborazione giuridico-scientifica soltanto a quel modo che si distinguono luce ed ombra” (SAVIGNY, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, in *Vermischte Schriften*, 1850, V, 2).

G. CAPOGRASSI, *Lo Stato e la storia. Saggio sul realismo nel diritto pubblico*, in *Opere*, VII, Milano 1990, 17, ricorda che il Savigny ritenendo la storia come il fiume eracleo perpetuamente diverso, «proclamò la relatività del diritto, non vedendo che quello che gli fluiva dinanzi non era il diritto come forma e sistema, ma era la storia considerata sotto il punto di vista del diritto». Invero per questo Autore il diritto sta fuori dalla storia «benché affondi le sue radici nella storia e da essa tragga la linfa vitale. Ma questo è il fatto della storia. Si vede respinta da tutte le scienze, mentre ella liberamente le nutre; tutte essa le comprende e tutte vivifica con la sua viva sostanza e con le sue midolla. Ed è sola» (*ivi* 54). Vedi pure G. B. FERRI, *La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo*, in

Un indirizzo che si afferma anche in Germania con il fondatore della Scuola del diritto pubblico del Reich<sup>52</sup>: Paul Laband.

La sua dottrina, “epurata” da scopi e valori, è fondata sulla validità delle categorie formali e sulla efficacia dell’argomentazione logica<sup>53</sup>. L’elaborazione giuridica avrebbe dovuto essere “sicura e completa determinazione del materiale giuridico positivo e padronanza logica del medesimo mediante concetti”<sup>54</sup>. La concezione dogmatica del diritto bandisce dalla scienza giuridica ogni intrusione valutativa, per affermare invece il primato esclusivo della logica. La logica consente una purificazione della dogmatica giuridica dalla economia, dalla storia, dalla politica e dalla filosofia, per Laband “materiale concreto privo di importanza” che nasconde “la mancanza di un lavoro costruttivo”<sup>55</sup>.

#### 4. Logica e diritto

L’introduzione della logica nel diritto – ovviamente non in senso aristotelico di studio del pensiero – richiede di fare talune precisazioni, che refluiscano sul metodo.

La logica giuridica viene definita come “quella parte della logica che esamina dal punto di vista formale le operazioni intellettuali del giurista”<sup>56</sup>. Si richiamano il principio di non contraddizione, il non assolutizzare l’opinabile, il non aderire alle mode, evitare semplificazioni e generalizzazioni improprie, ecc.<sup>57</sup>.

Una confusione con il metodo verrebbe a determinare un riduzionismo rispetto a qualsiasi interesse esterno e porterebbe a condurre i ragionamenti dei giuristi (*a pari, a contrario, a fortiori, ecc.*) “a strutture formali”<sup>58</sup>.

Occorre verificare se è concettualmente proponibile una logica giuridica distinta dalla logica formale ed in caso di risposta positiva se assume carattere plurale nei settori giuridici.

*Riv. dir. comm.*, 1993, 190 e 192; S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, cit., 799 s.

<sup>52</sup> ANSCHÜTZ, *Paul Laband*, in *Deutsche Juristenzeitung*, XXIII, 1918, 268.

<sup>53</sup> W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974.

<sup>54</sup> P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1911, I, IX.

<sup>55</sup> P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, cit., 26.

<sup>56</sup> G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, in *L.G.D.J.*, 1965, 7.

<sup>57</sup> G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., 6.

<sup>58</sup> C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano 1979, 24 e 26.

A proposito della distinzione della logica giuridica dalla logica *tout court* scrive Kalinowski che “vi è una sola logica: la logica *tout court* (considerata sia in senso tecnico sia in senso normativo). D'altra parte, tra le varie applicazioni di leggi o regole logiche universali, ve ne sono alcune fatte da giuristi nell'ambito di un dato sapere giuridico. È molto interessante ed utile analizzare le differenti applicazioni delle leggi e delle regole logiche universali nei diversi ambiti del sapere giuridico. È curioso ed istruttivo esaminare una logica giuridica in senso proprio, perché essa non esiste”<sup>59</sup>.

Diversamente, secondo Lévi il ragionamento giuridico ha una specifica logica “la sua struttura si adatta a dare un senso all'ambiguità e a provare costantemente se la società è giunta a cogliere differenze e somiglianze nuove”<sup>60</sup> e per Eingisch “la logica giuridica è una logica materiale, che ci deve far pensare a quel che va fatto quando, nei limiti del possibile, si vuole pervenire a giudizi *veri* o almeno *corretti*”<sup>61</sup>.

Sembra quest'ultima una definizione per certi versi accettabile e valevole sicuramente per il sistema a diritto amministrativo ove ragionevolezza e giustizia legano diritto sostanziale e processuale.

Invero anche il diritto amministrativo si sviluppa attraverso l'equilibrio di due esigenze: “l'una di ordine sistematico, l'elaborazione di un ordine giuridico coerente; l'altra d'ordine pragmatico, la ricerca di soluzioni accettabili da parte dell'ambiente sociale, in quanto conformi a quel che pare giusto e ragionevole”<sup>62</sup>.

Pertanto ogni decisione assunta dalla giurisprudenza e dalla amministrazione deve esternare le ragioni che hanno portato a quella data soluzione; motivazione che rende responsabile giudice o funzionario, che ha assunto la decisione<sup>63</sup>.

Ma anche in riferimento ai giuristi si è giustamente ritenuto che le loro tesi giuridiche vengano sottoposte “ad una *pubblica* discussione” mediante un dibattito tra esperti<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> G. KALINOWSKI, *Y a-t-il une logique juridique*, in *Logique et Analyse*, 1959, 53. D'altra parte già Ehrlich sosteneva che la logica giuridica aveva in comune con la logica formale solamente il nome, sul punto vedi C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., 26.

<sup>60</sup> H. LÉVI, *An introduction to Legal Reasoning*, Chicago, 1948, 104.

<sup>61</sup> K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, 5.

<sup>62</sup> C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., 259.

<sup>63</sup> C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., 28.

<sup>64</sup> C. LUZZATI, *Il giurista che cambia e non cambia*, cit., 436.

È un nuovo processo di formazione del diritto che comunque dovrebbe garantire certezza e razionalità<sup>65</sup> ed in cui il giurista può riconquistare il ruolo di attore primario in una “arena” dove il legislatore nel definire le linee portanti dell’ordinamento non solo trova un limite alla sua azione nella ragionevolezza, adeguatezza e non arbitrarietà, ma anche nel dover dare una adeguata motivazione nel caso di leggi restrittivamente incidenti sui diritti dei cittadini, come ha recentemente affermato la Corte Costituzionale (sent. n. 70/2015). Ed in questo “rendere conto”, anche da parte del legislatore, sembra vincersi la illuministica sfiducia verso il sociale al fine di realizzare un reale pluralismo giuridico<sup>66</sup> espressione di una sincera sussidiarietà.

A questo punto, allora, ci si chiede se è necessario continuare a percorrere la strada delle logiche, che comunque ha un retroterra nella concezione normativista-formalista.

O meglio se questa è sufficiente alla costruzione del sistema a diritto amministrativo o piuttosto dei suoi istituti che – occorre ricordare – in origine nella maggior parte (eccesso di potere, motivazione, autotutela, giusto procedimento) hanno avuto una derivazione giurisprudenziale<sup>67</sup>; mentre dagli anni ’90 del XX secolo è stato il legislatore a riscrivere il diritto amministrativo (per non dire degli ulteriori sviluppi e declinazioni della specialità impressi dal legislatore negli ultimi anni per contrastare la crisi economica).

Oggi più che mai l’approccio metodologico del giurista e studioso del diritto amministrativo deve essere sistematico, per approdare alla costruzione del sistema attraverso – a volere utilizzare un termine di cui si avvale Giannini – “invarianti” che possiedano una stabilità spaziale e temporale, ossia che esprimono valori consolidati, pur non assurgendo al piano della teoria generale<sup>68</sup>. Anche se occorre osservare che il diritto

<sup>65</sup> G. F. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano 2013, 180 ss.

<sup>66</sup> G. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit. 123.

<sup>67</sup> G. PASQUINI e A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 2001.

<sup>68</sup> M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981. Sottolinea G. MORBIDELLI, *I cinquanta anni dell’enciclopedia del diritto*, in *Dir. amm.*, 2011, 499. che occorre “abbandonare i «raccontini» (così chiamava Giannini le opere descrittive) e cercare, se possibile, nuove invarianti. Invero si è sostenuto che le invarianti si sono dissolte (L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001, 527 ss.). È indubbio che le invarianti tradizionali si sono rarefatte... ma non sono una specie in via di estinzione. In primis, perché molte invarianti hanno ricevuto espressa codificazione nella l. 241/1990... In secondo luogo perché le invarianti, in quanto tessuto connettivo necessa-

amministrativo utilizza categorie teorico generali a cominciare dalle situazioni giuridiche soggettive (diritto, interesse ecc.)<sup>69</sup> e dà apporti significativi alla teoria generale prospettando “degli universali presenti in ogni diritto positivo e dei quali non può fare a meno ogni scienza del diritto positivo”<sup>70</sup>.

Quella della giurisprudenza (intesa in senso lato, non solo i Giudici) diventa opera di “saggezza”<sup>71</sup>, di interpretazione ed al giurista occorre fantasia, sensibilità, buon senso ed onestà intellettuale<sup>72</sup>, di fronte a quel diritto (amministrativo) fatto *di Stato e di autonomie, di diritto naturale e di diritto positivo, di ragione e di legislazione, di tradizione e di evoluzione*<sup>73</sup>.

Il che non deve allentare la tensione verso la ricostruzione del sistema, indispensabile momento unificante di un discorso giurisprudenziale<sup>74</sup>. Sistema non in termini di convalidazione del potere ma come “visione armonica”, “riflesso dell’unità ed identità originarie dell’essere”, non solo collocato a monte della indagine giurisprudenziale ma anche prodotto, creazione dell’indagine stessa<sup>75</sup>.

rio dall’ordinamento, e specie di un settore così frammentato ed impetuoso, sono sempre state e devono sempre essere il prodotto della scienza giuridica. Altrimenti questa rinuncerebbe alla sua funzione”... Del resto, non poche invarianti si traggono dalla Costituzione (es. in punto di negoziabilità del potere amministrativo o di concorsualità) o dai principi comunitari (es. in punto di giusto procedimento)... Anche se dovrebbe essere chiaro a tutti che le invarianti che si vanno ad individuare non aspirano alla perennità come divisava la dogmatica tradizionale (non a caso si è parlato di mitologie giuridiche), attese la discontinuità che caratterizza gli ordinamenti contemporanei e le necessarie letture in chiave di effettività delle istituzioni, abbandonando così il velo unificante e stabilizzante del formalismo”.

<sup>69</sup> A. FALZEA, *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, in *L’unità del diritto*, Bologna 1994, 415.

<sup>70</sup> A. FALZEA, *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, cit., 415.

<sup>71</sup> T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, (1959), in *Norma e impresa*, Milano Feltrinelli, 1978, 62.

<sup>72</sup> Sul *good sense* vedi A. T. KRONMAN, *Verso il tramonto del «common law»?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 586 ss.

<sup>73</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 26.

<sup>74</sup> A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., 12.

<sup>75</sup> A. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, cit., 14 ss. Per Antonio ROMANO TASSONE l’approccio al dato fenomenico che consiste nella percezione e nella osservazione di un problema (che precederebbe la fase di risoluzione), in assenza di una “griglia di rilevanza” predefinita consente che assumano rilievo i valori esistenziali e gli apporti delle scienze non giuridiche, attraverso anche tecniche interpretative diverse, che tuttavia devono ricompattarsi nel momento in cui tendono alla costruzione del sistema

## 5. Metodo giuridico e coscienza storica

Occorre adesso riflettere sulla circostanza che la sistematicità verso cui occorre che si muova il giurista si coniughi con la storicità<sup>76</sup>.

Antonio Romano Tassone parlando a proposito del metodo sperimentale e della sua utilizzabilità da parte dei giuristi sottolinea che “i fenomeni giuridici, in quanto fatti umani o comunque concernenti l’uomo, tollerano malamente di esser tagliati dal loro contesto esistenziale, dal quale e nel quale soltanto essi ritraggono ed esprimono appieno il loro significato”<sup>77</sup>.

Questo comporta che il giurista “non può sacrificare i valori espressi dalla concreta fattispecie in esame”, bensì deve affrontare i problemi “includendovi quanto più realtà è possibile”, ciò perché “il dato normativo non è idoneo ad esprimere l’intera gamma dei valori che il giurista deve tenere presenti, valori la cui esistenza e la cui consistenza emergono pienamente solo da una prospettiva meta-normativa: storica tradizionalmente”<sup>78</sup>.

Vittorio Ottaviano – nella “*Premessa metodologica*” che ha voluto anteporre alla raccolta dei Suoi Scritti giuridici pubblicati nel 1992, che invero costituiva la nota 2 degli *Studi sul merito degli atti amministrativi* pubblicati nel 1947 ma risalenti agli inizi degli anni ‘40 – sottolinea che lo studio del diritto amministrativo può essere vivificato solo da una piena *coscienza storicistica* dei problemi giuridici, dalla consapevolezza del valore storico del principio che si attua attraverso le norme, dando a queste ultime il loro giusto valore<sup>79</sup>.

Il giurista – sottolinea Ottaviano – “se guidato da questa coscienza, illumina le norme da applicare, anche egli, per quanto modestamente, avrà contribuito al progresso della civiltà... la sua opera sarà bensì supe-

<sup>76</sup> Sul punto A. FALZEA, *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, in *L’unità del diritto*, Bologna 1994, 413.

<sup>77</sup> A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodo ed unità della giurisprudenza*, cit., 657.

<sup>78</sup> A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodo ed unità della giurisprudenza*, cit., 657 s. Infatti il metodo giuridico non va confuso con la indifferenza ad ogni valutazione politica, economica, sociologica, ecc. (v. pure G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 445 ss.).

<sup>79</sup> V. OTTAVIANO, *Premessa metodologica*, in *Scritti giuridici*, Milano 1992, I, 9 (già in *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1947, 339, nota 2). Per R. VIVARELLI, *Italia 1861*, Bologna 2013, 9 “lo studio della storia reca un contributo di rilievo alla vita civile nella misura in cui, esaminando le vicende umane nel tempo, esso insegna per analogia a ragionare sulla cosa pubblica. A sua volta, solo la capacità di ragionare sulla cosa pubblica, cioè di esaminare criticamente i fatti, consente le opere di riforma, cioè quegli interventi di cui è responsabile la classe politica, onde far sì che il reale si avvicini quanto più possibile all’ideale”.

rata, ma avrà contribuito a questo superamento presentandone il momento antecedente necessario<sup>80</sup>.

Sicché se non si può disconoscere – osserva Ottaviano – la funzione del metodo dogmatico come espressione del bisogno di certezza, ciò tuttavia “non deve vietare di rendersi conto del vero significato che si cela sotto ogni affermazione giuridica, pena il distacco della scienza dalla vita e quindi dalla sua stessa ragione di essere”<sup>81</sup>.

In continuità Giovanni Miele – in un saggio comparso nel 1945 sulla Rivista di diritto commerciale dal significativo titolo “*Umanesimo giuridico*”<sup>82</sup> che rappresenta “un vero e proprio manifesto metodologico”<sup>83</sup> – abbandonando il “canone della astrattezza” e vivendo la storia ed il suo tempo<sup>84</sup>, si scaglia contro chi ha preteso di fare del giurista un esteta del diritto, chi pensa che il giurista non debba preoccuparsi “delle premesse, del contenuto e delle conseguenze sostanziali del fenomeno giuridico”. Si scaglia contro chi sostiene che la purezza della indagine del giurista non può essere turbata da elementi appartenenti alla sfera del pregiuridico o alla sfera dell’agiuridico; contro chi considera la scienza giuridica al servizio del legislatore piuttosto che della società, indifferente al bene e al male perché deve mostrarsi obiettiva e non deve parteggiare<sup>85</sup>. E così si chiede: “perché mai, se veramente il diritto è nell’aria che si respira e viene messo in atto ad ogni momento e nei più umili gesti della vita quotidiana, se il diritto non è una sovrastruttura, ma la stessa struttura della vita sociale, perché questo isolarsi ed astrarsi dei giuristi da quella realtà sociale viva ed immediata che non sempre trova riscontro nei codici e con questi talora contrasta?”<sup>86</sup>.

<sup>80</sup> V. OTTAVIANO, *Premessa metodologica*, cit., 9. Così continua: “Allo stesso modo è da risolvere il problema del rapporto fra diritto e giustizia. Quando si parla della giustizia da attuare attraverso il diritto non la si deve concepire astrattamente, piuttosto concretamente come la giustizia di un concreto ordinamento giuridico. In questo senso un ordinamento sarà giusto in quanto rappresenti un grado ulteriore di progresso rispetto agli ordinamenti anteriori. Per cui ogni ordinamento sarà giusto, rispetto al momento di civiltà di cui è espressione, mentre sarà ingiusto ove, essendo stato superato questo momento, esso sia rimasto immutato”.

<sup>81</sup> V. OTTAVIANO, *Premessa metodologica*, cit., 10.

<sup>82</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 445 ss.

<sup>83</sup> A. SANDULLI, *L’amministrazione. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, 2012, in *Treccani.it*

<sup>84</sup> Per queste osservazioni P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 610.

<sup>85</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 446 ss.

<sup>86</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 447.

Il giurista così riscopre una giuridicità oltre quella codificazione che intendeva “arrestare il corso della storia, ad una certa data”<sup>87</sup>, anche se poi resta talvolta smarrito di fronte al legislatore che cerca di colmare i vuoti della codificazione e rispondere alle nuove complessità con una elefantia produzione di leggi<sup>88</sup>, incerte, contraddittorie, caotiche, oscure, parziali, spesso scarsamente fattibili<sup>89</sup>.

Ma questa consequenziale, inevitabile, incertezza non deve portare il giurista a rinchiudersi o coltivare il proprio piccolo orto, sviluppando all’interno metodi e logiche che creano soltanto barriere. Rinchiudersi per sopravvivere, sembra la strada per la fine del diritto.

Di fronte alle incertezze del diritto, lo scienziato deve cercare “sicurezza” nei principi fondanti. Lo ha fatto ad esempio Cartesio individuando quattro precetti nel Suo *Discorso sul metodo*<sup>90</sup>. Ancor più esplicitamente lo predicava Einstein, per cui lo scienziato “deve accontentarsi di rappresentare i fenomeni più semplici... la missione più alta del fisico è dunque la ricerca di queste leggi elementari, le più generali (dalle quali si parte per raggiungere, attraverso semplici deduzioni, l’immagine del mondo)”<sup>91</sup>.

## 6. Metodo giuridico e principi

Alle riforme legislative che si susseguono al mutare dell’indirizzo politico governativo; alla incoerenza, instabilità, frammentarietà, di una legislazione che trova causa nelle “crisi” socio-economiche e nelle “emergenze”; ad una ipertrofica normativa che si riversa sulle amministrazioni pubbliche e che resta in parte inattuata in assenza di adeguati mezzi e risorse: occorre che il giurista riscopra la sua funzione ordinatrice e ciò

<sup>87</sup> P. GROSSI, *La vita nel diritto*, cit., 42; P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., 612.

<sup>88</sup> P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Diritto e società*, 2011, 44.

<sup>89</sup> S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, Torino 2000, 134.

<sup>90</sup> CARTESIO, *Discorso sul metodo*, Milano 1993, 19.

<sup>91</sup> Il brano è tratto da A. EINSTEIN, *Come vedo il mondo*, Roma, 1993 ed è riportato da G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., 12 s. a cui si deve questa impostazione sul problema del metodo. Così continua: “Lo scopo capitale di ogni teoria è di rendere quasi irriducibili elementi fondamentali più semplici e più numerosi possibile; si può poggiare tutto l’edificio su un numero minore di elementi concettuali”.

percorrendo la strada dei principi<sup>92</sup>. Principi che – si è osservato – “rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e intellegibile il disegno sotteso alla sempre più vistosa frammentarietà delle singole parti”<sup>93</sup>.

Sulla necessità di riunire i singoli istituti giuridici del diritto amministrativo “sotto principi generali comuni” già ammoniva Ranalletti<sup>94</sup>. L’esigenza sistematica per la costruzione unitaria della scienza del diritto amministrativo la troviamo nei *Principi di diritto amministrativo* di Vittorio Emanuele Orlando del 1891, poi nei *Principii di diritto amministrativo italiano* di Santi Romano del 1902, ancora nei *Principi di diritto amministrativo* di Giovanni Miele del 1953, ove tuttavia vi è la piena consapevolezza che i principi non costituiscono dogmi insuperabili<sup>95</sup>.

Questo rapporto tra sistematicità e principi viene colto all’inizio del XX secolo da Presutti il quale proponeva una parte generale del diritto amministrativo ove trovassero collocazione i principi “quei principi cioè che trovano applicazione ogni qual volta, sia qualunque il fine d’interesse pubblico che l’amministrazione persegue, viene spiegata un’attività rientrante in quella determinata categoria giuridica”. Ed ancora “ogni tratta-

<sup>92</sup> Sulla costruzione dei principi dal basso vedi I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano 1987, 24 ss. Più di recente *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012.

<sup>93</sup> M. RAMAJOLI, *L’esigenza sistematica del diritto amministrativo attuale*, cit., 385. Questo Autore – richiamando E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsgesetze*, Heidelberg, 1998 – scrive “la parte generale del diritto amministrativo è «un’idea ordinatrice», la cui chiave di volta consiste nell’induzione di una teoria generale a partire dalle particolarità che presenta ciascuno dei settori del diritto amministrativo speciale e nella riconduzione di ogni soluzione singolare verso i principi generali del diritto, intendendo entrambe come processi di interazione reciproca”.

<sup>94</sup> O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative* (1894), ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Napoli 1992, 38. Sottolinea M. RAMAJOLI, *L’esigenza sistematica del diritto amministrativo attuale*, cit. 366 che per Ranalletti “ai principi non si giunge elevandosi dalla confusa e disorganica legislazione amministrativa, ma elevando quella legislazione, attraverso una faticosa opera di interpretazione, confronto, generalizzazione e sistemazione delle sparse discipline settoriali. Il metodo proposto da Ranalletti, pertanto, identificava nella parte speciale del diritto amministrativo la materia informata su cui esercitare l’opera sistematica di identificazione dei concetti generali e di estrazione dei principi fondamentali. In tal modo si rendeva chiaro come il compito di edificare il sistema consistesse non nella sovrapposizione di una parte generale alla parte speciale, ma nella costruzione di una parte generale a partire dalla parte speciale”.

<sup>95</sup> Cfr. G. MIELE, *Contributi al diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 53 ss. che individua nell’opera di Orlando un “soverchio rilievo dato all’amministrazione nel sistema, a tutto scapito degli amministrati”.

zione sistematica di una disciplina giuridica... è un coordinamento di norme generali, che si tenta di sottordinare a norme sempre più generali, finché si giunge ad un principio generalissimo, che è quello fondamentale della disciplina... così abbiamo un principio fondamentale, che domina e governa ogni attività amministrativa, dei principi meno generali che governano e regolano l'attività amministrativa, ogni qual volta questa ha un determinato carattere giuridico ed infine abbiamo delle norme ancor meno generali, che governano e regolano l'attività amministrativa, solo in quanto questa s'indirizza al raggiungimento di determinati scopi di pubblico interesse"<sup>96</sup>.

La questione dei principi ha interessato particolarmente la scienza costituzionale già a partire da Esposito il quale riteneva che principi e regole fossero dei componenti essenziali del diritto costituzionale, stante che quest'ultimo consisteva di "principi giuridici sostantivi o materiali" e di "disposizioni specifiche"<sup>97</sup>. Tra principi e regole pertanto non ci sarebbe una differenza qualitativa ma solo quantitativa: la c.d. "genericità" dei principi si traduce nella "susceptibilità di sopportare eccezioni implicite" ed il carattere normativo non è escluso dal fatto che "un norma dia luogo a più possibili conseguenze" in quanto ciò "non equivale a dire che non indichi alcuna conseguenza"<sup>98</sup>.

E si precisa che i principi sono norme, distinti tuttavia dai valori e dalle regole: "mentre i valori fungono da giustificazione esterna dell'ordinamento (inteso come insieme di pubblici poteri e norme) i principi svolgono una funzione interna, di giustificazione, di impulso, di delimitazione"<sup>99</sup>.

La strada dei principi appare allora la risposta a quella inflazione di norme "lacunose, ambigue, generiche, contraddittorie, irragionevoli e incoerenti"<sup>100</sup>. Mentre le leggi lasciano spazi "vuoti" che vanno riempiti dalla discrezionalità, i principi recuperano una dimensione del diritto che non lascia spazi "vuoti" e che si costruisce attraverso un dialogo tra giuristi, amministrazioni e giudici.

<sup>96</sup> E. PRESUTTI, *L'ordine sistematico nei trattati di diritto amministrativo*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 309 ss.

<sup>97</sup> C. ESPOSITO, *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 473.

<sup>98</sup> C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 43.

<sup>99</sup> G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, 38.

<sup>100</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, 86.

I principi allora devono “realizzarsi”, richiedendo una “attività consequenzialmente orientata” sono come “un blocco di ghiaccio che, a contatto con le circostanze concrete della vita, si spezza in molti frammenti, in ciascuno dei quali si trova la stessa sostanza del blocco originario”<sup>101</sup>.

I principi costituzionali sulla amministrazione (legalità, imparzialità, buon andamento, autonomia, responsabilità, sussidiarietà, pareggio del bilancio) o quelli indicati nell’art. 1 della legge n. 241/1990 (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza), o i principi comunitari (proporzionalità, affidamento) non definiscono una fattispecie normativa in quanto “manca la descrizione del fatto e della conseguenza che al fatto deve essere collegata”<sup>102</sup>, essi rappresentano “assiomi dell’ordine giuridico”, affermano “una ragione... che deve essere sviluppata nella azione e nella decisione”<sup>103</sup>. Si è detto che nel diritto amministrativo i principi corrispondono al piano gianniniano delle invarianti<sup>104</sup>.

Attraverso i principi si costruisce un ordine giuridico “aperto e come tale mai del tutto compiuto”<sup>105</sup> e più giusto in quanto i principi consentono un più efficace adattamento al caso concreto<sup>106</sup>, si recupera una dimensione della giuridicità, offuscata dalla concezione “legalistica”, che si muove dalla realtà e nella storia e nel divenire politico ed economico degli accadimenti.

Ha scritto Zagrebelsky che se “l’ordinamento fosse composto solo da regole, sarebbe un orario ferroviario e i giuristi sarebbero manovratori di scambi nei tempi e luoghi stabiliti. Per fortuna, il diritto non corrisponde a quest’ideale dei positivisti delle regole e il lavoro dei giudici e dei giuristi non è quello di un impiegato delle ferrovie”<sup>107</sup>.

<sup>101</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 93 s.

<sup>102</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 96 s.

<sup>103</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 95. Talvolta il principio prima è individuato dal giudice (es. motivazione, giusto procedimento) e dopo previsto da una norma di legge (art. 3 e art 10, legge n. 241/1990). Accade pure che un principio prima è previsto dalla legislazione ordinaria (sussidiarietà, legge n. 59/1997) e poi da una norma costituzionale (art. 118 Cost).

<sup>104</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *I cinquanta anni dell’enciclopedia del diritto*, cit., 499.

<sup>105</sup> C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, cit., 61.

<sup>106</sup> Il diritto diviene allora invenzione del giurista, nel senso – ci insegna Grossi – del latino rinvenire, ossia trovare: “va cercato e trovato nelle trame dell’esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola troppo vecchia o troppo generica non si presta a ordinare i fatti (i quali vanno letti alla luce della loro specifica storicità) P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit.

<sup>107</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*,

I principi rappresentano un ponte tra le regole ed i valori di cui il giurista, il giudice non può prescindere. Al pari del “buon” legislatore. È risaputo che i padri costituenti “lessero con attenzione nel tessuto della società italiana rigenerata dopo le tragedie della dittatura e della guerra, individuando i valori radicati largamente condivisi e traducendoli in principii. Il principio era lo strumento idoneo per trasformare un valore in criterio ordinatore della realtà sociale e conferirgli una sua rilevanza giuridica, farlo diventare nervatura stessa (e nervatura portante) dell’ordine giuridico”<sup>108</sup>; in sostanza rilevando un complesso di valori e assumendo come guida “l’uomo comune con i suoi interessi e l’asprezza dei suoi interessi”<sup>109</sup> li tradussero in principi.

Si è detto che alle regole si ubbidisce mentre ai principi occorre aderire “e, a questo fine, è importante determinarne l’*ethos*, cioè la visione della vita cui esso corrisponde”<sup>110</sup>. In questo modo nel diritto irrompe una dimensione morale che tuttavia non è né “moralizzazione del diritto” né “legalizzazione della morale”<sup>111</sup>. Ed il giurista, dismettendo l’abito di esegeta e abbandonando vecchi e tralattizi schemi categoriali, vivendo nella storia<sup>112</sup> la sua missione, consapevole della responsabilità in quanto “realizzatore della storia vivente che è il diritto”<sup>113</sup>, diventa esso stesso costruttore del diritto attraverso la sequenza valori-principi-regole.

cit., 95. Talvolta il principio prima è individuato dal giudice (es. motivazione, giusto procedimento) e dopo previsto da una norma di legge (art. 3 e art 10, legge n. 241/1990). Accade pure che un principio prima è previsto dalla legislazione ordinaria (sussidiarietà, legge n. 59/1997) e poi da una norma costituzionale (art. 118 Cost).

<sup>108</sup> P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, relazione introduttiva al convegno annuale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) “L’incertezza delle regole”, 3-4 ottobre 2014, Napoli. Per questo Autore: L’immanenza profonda della nostra Costituzione nell’ordinamento giuridico italiano sta tutta nell’essere lettura della società italiana, ma non lettura stilizzante e astrattizzante, bensì lettura obbiettiva di una realtà storicamente concreta, la quale appare fedelmente registrata nei principii espressi formalmente nella ‘carta’. È un popolo concreto di ‘persone’, cioè di creature relazionali immerse nella propria vita quotidiana, che trova in essa un formidabile breviario giuridico nelle fatiche dell’esistenza.

<sup>109</sup> G. CAPOGRASSI, *Studi sull’esperienza giuridica*, in *Opere*, Milano 1959, II, 221 s.

<sup>110</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 99.

<sup>111</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., 99 ss.

<sup>112</sup> E per Feliciano Benvenuti “il diritto è storia della società e al tempo stesso è società-storia”. F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, cit., 4031.

<sup>113</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma 2007, 112.

## 7. Metodo giuridico e vincolo della persona umana per il giurista

La crisi che comincia a manifestarsi nell'ultimo ventennio dell'800 a seguito delle pressioni che il nuovo pluralismo sociale esercitava sulla impalcatura dello Stato moderno (di diritto, borghese) come abbiamo visto sollecita Vittorio Emanuele Orlando a proporre quel metodo giuridico che avrebbe dovuto sostenere e rafforzare quel modello di Stato. E tuttavia il suo allievo, Santi Romano, nel 1909, per l'inaugurazione dell'Anno Accademico della regia Università di Pisa, pronuncerà un discorso su "Lo Stato moderno e la sua crisi"<sup>114</sup> segnalando le insufficienze dello Stato moderno a fare fronte alle nuove istanze della classe operaia, a cominciare dalla estensione del suffragio. Quello che interessa per l'economia del discorso sul metodo, che stiamo conducendo, è la circostanza che la consapevolezza della crisi dello Stato porta agli inizi del ventesimo secolo alla teoria istituzionale che ha il suo elemento "connotante" nella organizzazione<sup>115</sup>.

Ancora in tempi recenti Massimo Severo Giannini identifica nella organizzazione un fenomeno *universale*<sup>116</sup>.

E tuttavia nel "manifesto metodologico" di Giovanni Miele si sostiene che solo se la tecnica giuridica si piega a quei "valori universali che hanno la loro radice nella natura dell'uomo... diviene manifestazione di vera civiltà giuridica", la stessa legalità non ha un senso se ad essa non si accompagna "il senso di umanità"<sup>117</sup>; e traduce il senso di umanità nella "esigenza della persona intesa quale essere sociale", "sacrificio non inutile di interessi individuali", "scelta delle soluzioni più favorevoli per ripianare ai mali e promuovere il bene, senza provocare mali maggiori o non necessari"<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), Milano 1969, 13.

<sup>115</sup> Agli inizi del secolo scorso, Santi Romano scriveva: «quando si parla, per esempio, del diritto italiano o del diritto francese, non è vero che si pensi soltanto ad una serie di regole o che si presenti l'immagine di quelle fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e decreti. Ciò a cui si pensa, dai giuristi e, ancor più, dai non giuristi, che ignorano quelle definizioni del diritto di cui parliamo, è invece qualcosa di più vivo e di più animato: è in primo luogo la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano o francese; i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse» (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, 13).

<sup>116</sup> A. FALZEA, *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, cit., 416.

<sup>117</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 454.

<sup>118</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 454 s.

Ci sembra che si sposti così l'attenzione dalla "organizzazione" alla "soggettività", che comunque costituisce un elemento dell'ordinamento seconda la teoria istituzionale.

Tutto ciò appare avvertito dal giurista, la cui missione è di cooperare alla "creazione di un diritto suscettibile di servire al bene della umanità" e pertanto di un diritto al servizio dell'uomo<sup>119</sup>.

L'uomo diventa così un vincolo per il giurista.

Per Mortati dall'esame dei primi cinque articoli della Costituzione si possono enucleare i principi (democratico, personalista, lavorista, pluralista) che costituiscono le "pietre angolari" di tutta la costruzione dello Stato, "idee-forze" attorno cui, in "armonica e coerente unità", ci si deve muovere; Ed il principio democratico "è il più comprensivo perché li riassume tutti"<sup>120</sup>.

Ignazio Maria Marino – ritenendo che il primo vincolo per il giurista, ancora prima del vincolo della legge, derivi dalla "Repubblica democratica", dalla *res pubblica* fondata sul *demos* (art. 1 Cost.)<sup>121</sup>, e condividendo con Giovanni Miele il senso di umanità che deve impregnare il diritto, i valori morali che devono rimanere a "sicuro presidio della scienza giuridica" -scrive: "se consideriamo anche solo presupposto del diritto il rapporto umano noi mettiamo al centro del diritto l'uomo e i suoi rapporti, premessa ed essenza della democrazia" e ciò fa sì che "i rapporti tra cittadino ed amministrazione giungano ad una ulteriore effettiva consistenza di rapporto umano e perciò stesso divengono rapporti giuridici perché il diritto presuppone il rapporto umano, anzi il rapporto umano è diritto"<sup>122</sup>.

Oltralpe Didier Truchet nel suo manuale scriverà "*le droit administratif voit de plus en plus les administrés comme des personnes dont il faut respecter la dignité et les droits. Les citoyens ne veulent plus être considérés comme des administrés passifs; ils ne contentent pas de l'être collectivement comme des citoyens actifs: ils entendent être reconnus par l'Administration pour ce qu'ils sont individuellement, comme des personnes humaines dont la dignité doit être respectée*"<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 456.

<sup>120</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, 149.

<sup>121</sup> In questo senso I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Diritto e società*, 2010, 240.

<sup>122</sup> I. M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., 260 ss.

<sup>123</sup> D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris 2013, 160. ricorda questo Autore che per la giurisprudenza le "*respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes*

Il vincolo dell'uomo, non si ferma però alla persona vivente, riguardando anche le generazioni future, a cui anche il diritto amministrativo preorlandiano guardava con attenzione.

Ci riferiamo ad esempio a Meucci, che a proposito della disciplina dei beni pubblici, scriverà nel 1898: questa “ha la sua ragione... nell'interesse di riserbare non solo ai presenti, ma alle generazioni future, l'uso delle cose”<sup>124</sup>.

Il vincolo dell'uomo si declina in tal modo in quel principio di programmazione attraverso cui si concretizzano le mete sociali per mezzo di un metodo democratico<sup>125</sup>. La programmazione infatti riesce a contemplare il tempo futuro ed a realizzare una giustizia sociale che si proietta nel futuro<sup>126</sup>. Ed in questa finalizzazione l'aspetto economico rappresenta soltanto una variabile storica<sup>127</sup>.

Abbiamo in precedenza tuttavia avvertito di talune logiche economiche – talvolta assecondate da giuristi – che minano il vincolo democratico.

Che questa preoccupazione sia concreta è confermato dal continuo richiamo ai “mercati” da parte del governo al fine di “giustificare” proprie decisioni<sup>128</sup>. Sulla questione molto significativo appare il *report* degli analisti della banca d'affari JP Morgan del 2013 ove si imputa alle Costituzioni dei paesi dell'Europa meridionale un ostacolo che spezza il circolo potere-finanza<sup>129</sup>. Si legge nel *report*: “questi sistemi politico e costi-

*de l'ordre public*“ (CE, A, 27 oct. 1995, Commune de Morsang sur Orge, GAJA n. 96. v. 305) anche della CEDU (28 luglio 199, Selmouni c. France) ed è “*érigé en principe général du droit communautaire par la CJCE*“ (14 ottobre 2004, Omega, aff. C-36/02). Vedi sul punto X. BOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, Paris 2003.

<sup>124</sup> L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino 1898, 429 s. Vedi pure De Luca Carnazza che nel trattare dei boschi e delle foreste considera l'argomento “importantissimo” e “l'intervento dell'autorità amministrativa... legittimata dai più alti interessi sociali” per cui è oggetto di una “speciale polizia della pubblica amministrazione”. “Le foreste sono utilissime” – scrive l'Autore – “esse impediscono scoscendimenti, frane valanghe e cadute di terre vegetali; evitano l'evaporazione delle acque, difendono il suolo dai raggi solari, custodiscono ampi depositi d'acqua, moderano i venti e rendono più pura l'aria” (S. DE LUCA CARNAZZA, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino-Roma 1880, 151).

<sup>125</sup> I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, in *Diritto e società*, 1990, 31

<sup>126</sup> I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, cit., 28 ss.

<sup>127</sup> I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione: programmazione e mete sociali*, cit., 29.

<sup>128</sup> Vedi G. ZAGREBELSKY, *Contro le dittature del presente*, Roma 2014, 13.

<sup>129</sup> Vedi G. ZAGREBELSKY, *Contro le dittature del presente*, cit., 14.

tuzionali del Sud presentano tipicamente le seguenti caratteristiche: esecutivi deboli nei confronti dei parlamenti; governi centrali deboli nei confronti delle regioni; tutele costituzionali dei diritti dei lavoratori; la licenza di protestare se vengono proposte sgradite modifiche dello *status quo*. La crisi ha illustrato a quali conseguenze portino queste caratteristiche<sup>130</sup>.

I richiami ai principi servono a costruire il sistema, garantendo i valori fondanti a presidio della democrazia.

Una gravosa responsabilità per il giurista – ancora più gravosa di fronte al disimpegno della politica e delle istituzioni – verso la educazione alla democrazia. Di quella democrazia che richiede cittadini attivi, consapevoli, e che invece il degrado e la corruzione della politica, ed ancor peggio i deprecabili privilegi della politica<sup>131</sup>, hanno reso disinteressati e diseducati<sup>132</sup>.

Il principio di sussidiarietà (art. 118, ultimo comma, Cost.) sollecita non solo nuove responsabilità diffuse nella comunità, non solo conduce verso un umanesimo della solidarietà, ma fa assumere anche ai giuristi una responsabilità per così dire educativa della società. Perché la solidità dei sentimenti e dei costumi portano al compimento di un ordinamento democratico<sup>133</sup>.

Si è percepito oltralpe che una nuova *déontologie des juristes* passa attraverso un *œuvre de pédagogie*: “*la pédagogie ne constitue pas seulement une obligation de l’universitaire juriste ou du professionnel enseignant. Une exigence déontologique tient en effet au caractère compréhensible de l’intervention du juriste pour l’usager du droit*”<sup>134</sup>.

Il giurista, fedele alla Costituzione, oggi ha la responsabilità di costruire un ordine giuridico impregnato di quei valori che conseguano al vincolo democratico.

Solo in questo modo può dirsi utile, in quanto ha contribuito alla co-

<sup>130</sup> Il brano è riportato da G. ZAGREBELSKY, *Contro le dittature del presente*, cit., 14.

<sup>131</sup> Vedi C.M. MARTINI, *Per un’etica nella pubblica amministrazione*, Bologna 1992, 19.

<sup>132</sup> I. M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., 266.

<sup>133</sup> I. M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., 267. Per questo Ignazio Maria MARINO crede fortemente nella formazione. E ricorda con Cicerone che “l’amore per la virtù va inculcato ai giovani la cui educazione è fondamentale: le loro qualità morali devono essere tutelate dagli onesti costumi familiari e dagli esempi di rettitudine dei politici”.

<sup>134</sup> J. MORET-BAILLY, D. TRUCHET, *Pour une autre déontologie des juristes*, Paris 2014, 70.

struzione di una società più giusta, realizzando quel primato dell'umanità di cui Giovanni Miele voleva impregnato il diritto.

“Io credo” – ha scritto Garcia de Enterría – “che la scienza sia il più appassionante tra i giochi dell'uomo, ma per essere appassionante deve essere responsabile, vale a dire fondata su valori”. E si chiede: “ci sono forse al mondo persone più felici degli studiosi?”<sup>135</sup>.

Eppure si è parlato della caducità delle costruzioni giuridiche; Il giurista – si è detto – è uno scienziato dal triste destino: le sue opere non vengono conosciute al di fuori della ristretta cerchia dei suoi pari, le sue opere rarissimamente vengono diffuse al di fuori dei confini dello Stato, con il passare del tempo vengono dimenticati<sup>136</sup>.

Vana sarebbe però l'opera del giurista se non contribuisse ad un certo progresso della società, se non contribuisse a realizzare la giustizia (e la solidarietà). E ciò perché la scienza giuridica ha un carattere “eminentemente pratico”<sup>137</sup> e – occorre ripetere – al servizio dell'uomo<sup>138</sup>.

Io penso che in questo modo si recuperi il senso della “esperienza” giuridica e si riscopra il diritto nella sua prima – anche se non ultima – declinazione, la giustizia, condizione di un ordinamento che possa dirsi democratico.

<sup>135</sup> Il brano è riportato da L. VANDELLI, *In ricordo di Eduardo García de Enterría*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1059.

<sup>136</sup> G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, cit., 864.

<sup>137</sup> A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri saperi*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 872 s.

<sup>138</sup> Il canonista Pio Fedele sostiene che non esiste la certezza del diritto nell'ordinamento canonico il cui fine ultimo è la salvezza dell'uomo e non la costruzione di edifici giuridici. Vedi P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968, 207 ss., ricordato di recente da P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, relazione introduttiva al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) “L'incertezza delle regole”, 3-4 ottobre 2014, Napoli.

### FORME DI CITTADINANZA LEGITTIMATE DAL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ\*

SOMMARIO: 1. Il contributo della sussidiarietà alla cittadinanza: tre paradossi. – 2. Un'ipotesi di ricostruzione: storicizzare il principio di sussidiarietà orizzontale. – 3. La cittadinanza praticata. – 4. Segue: autonomia funzionale di diritto privato delle amministrazioni delle amministrazioni pubbliche e il diritto comunitario delle città. – 5. Un altro paradigma organizzativo. – 6. L'ampliamento della legittimazione processuale. – 7. I limiti della sussidiarietà.

#### 1. *Il contributo della sussidiarietà alla cittadinanza: tre paradossi*

Gli studi condotti sul principio di sussidiarietà orizzontale registrano diversi paradossi la cui rivelazione è importante per comprendere quale sia il senso del contributo della sussidiarietà al tema della cittadinanza.

Il primo paradosso consiste nella generale sottovalutazione del legame tra sussidiarietà e cittadinanza, nonostante i due concetti esprimano una valenza relazionale retta da dinamiche di pretese e doveri che riguardano soggetti privati e istituzioni<sup>1</sup>. A lungo, ma non mancano neppure oggi rilievi che sottolineano incertezze, al principio di sussidiarietà è stato negato valore giuridico<sup>2</sup>. Le relazioni così disegnate dal principio

\* La presente pubblicazione è stata elaborata in occasione della celebrazione dei centocinquanta anni dalle leggi dell'unificazione amministrativa e successivamente rivista e arricchita.

<sup>1</sup> Tale nesso è chiaramente messo in evidenza in A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano 2007, 68-76.

<sup>2</sup> A proposito delle difficoltà di ricondurre al principio di sussidiarietà capacità di esprimere vincolatività giuridica si vedano A. NOUREAU, *L'Union européenne et les collectivités locales*, Université de La Rochelle 2011, 248-254; W. VANDENBRUWAENE, *The ambivalent methods of subsidiarity review*, in M. CARTABIA, N. LUPO, A. SIMONCINI (ed. by), *Democracy and subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Bologna 2013, 371 ss. A fugare ogni dubbio, però, sulla natura

di sussidiarietà sono considerate al più come obiettivi di natura politica che impegnano i soggetti della Repubblica senza assegnare di fatto però pretese esigibili da parte dei cittadini, essendo queste rimesse alle scelte che il legislatore di volta in volta compie su dove stabilire il punto di equilibrio tra aspirazione dei cittadini e doveri delle amministrazioni. Ciò spiega perché tanto in dottrina quanto in giurisprudenza il principio di sussidiarietà è richiamato per legittimare istituti diversissimi già ben noti all'ordinamento giuridico, caratterizzati unicamente dal fatto che sostanzino il sostegno di interessi privati a confronto con i poteri pubblici. Si tratta, quindi, di un approccio che ridimensiona l'apporto innovativo del principio di sussidiarietà. Si stenta, così, a comprendere l'utilità stessa del ricorso al principio di sussidiarietà per definire nuovi spazi di cittadinanza.

Il secondo paradosso è dato dall'emersione tardiva della formalizzazione del principio di sussidiarietà, avvenuta sostanzialmente negli anni novanta dello scorso secolo su impulso dell'ordinamento europeo e consacrata poi in costituzione, a cui però è stato attribuito un modesto riconoscimento di novità dal momento che moltissimi commentatori hanno sottolineato che il principio, sia pure in modo implicito, innervasse già di regole i rapporti tra cittadini e amministrazioni<sup>3</sup>. In effetti non sono mancate ricostruzioni del dibattito in sede costituente che hanno dimostrato gli accenni al principio di sussidiarietà, specie per merito della cultura politica cattolica<sup>4</sup>; e, soprattutto, i richiami impliciti al principio di sussi-

giuridica del principio è stata la stessa giurisprudenza amministrativa: si veda chiaramente Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094.

<sup>3</sup> Esempi risalenti di legislazioni che raffiguravano in termini sussidiari i rapporti tra stato e società civile sono per esempio presenti in E. FERRARI, *Lo stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pub.*, 2002, 101-105.

<sup>4</sup> Il collegamento con la matrice cattolica è noto ed espressamente rilevato, tra gli altri, da S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 373; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli 2003, 29; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VII, 2003; F. RIGANO, *La solidarietà orizzontale e il ruolo dell'associazionismo*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano 2005, 63 ss.; F. GIUFFRÈ, *Libertà e solidarietà nella prospettiva del nuovo modello "federale" di welfare*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano 2005, 83. Deve essere tuttavia segnalato che il principio trova ispirazioni culturali e ideali anche nel pensiero federalista (si veda così P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova 2004, 39), in quello socialista (si veda ancora F. RIGANO, *La solidarietà orizzontale e il ruolo dell'associazionismo*, cit. e C. IAIONE, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazione per*

diarietà sono stati giustamente ricollegati con l'impianto costituzionale nel suo insieme, centrato sulla valorizzazione della persona umana che trova negli articoli 2 e 3 cost. la sua più manifesta espressione<sup>5</sup>. Trattandosi di un principio avente valenza relazionale, la sussidiarietà si lega profondamente alla capacità di sviluppo della personalità che ognuno ricerca. Così facendo, però, la sussidiarietà viene ricondotta entro categorie di libertà e di doveri già noti, nei confronti dei quali il richiamo al principio più recente può avere al massimo il merito di proiettare luci di chiarezza maggiore. In ultima parola, il principio di sussidiarietà sarebbe relativamente recente in termini espliciti ma il suo impatto avrebbe una limitata forza di innovazione, essendo possibile ricostruire nessi con il tratto personalistico che tesse l'ordito costituzionale nel suo insieme.

L'ultimo paradosso che si mette in evidenza riguarda il generale apprezzamento del principio di sussidiarietà espresso da orientamenti culturali molto diversi su cui, però, inevitabilmente si caricano significati eterogenei impossibili finanche di trovare una sintesi comune<sup>6</sup>. In questo modo al principio di sussidiarietà si finisce per attribuire implicazioni giuridiche tutte tese a rafforzare la posizione dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni in termini di produzione di beni e servizi, ma le cui ricadute sono estremamente eterogenee. Così la sussidiarietà è stata utilizzata per giustificare liberalizzazioni, privatizzazioni, esternalizzazioni, ma anche società miste, affidamenti diretti, partenariati o forme di esercizio privato di funzioni pubbliche variamente declinate

*i beni comuni*, Roma 2015, 44) e anche in quello liberale (sulle diverse "vene" ideologiche della sussidiarietà si veda G. VETRITTO, *Dilemmi della sussidiarietà*, in *Queste ist.*, 2005, 138/139, 26-27). Sulle fonti culturali variegata espressive del principio di sussidiarietà si veda ancora P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale*, Padova 1999, 182-183.

<sup>5</sup> Cfr. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in Id., *L'Italia verso il federalismo. Taccuini di viaggio*, Milano 2001, 322 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002, 180; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano 2004, 81-86; B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di uguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano 2005, 93 ss.; F. GIUFFRÈ, *Libertà e solidarietà nella prospettiva del nuovo modello "federale" di welfare*, cit., 83.

<sup>6</sup> Si rinvia di nuovo in proposito a G. VETRITTO, *Dilemmi della sussidiarietà*, cit., 24 ss., ma anche a P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino 2001, 200-201, il quale sottolinea come il principio di sussidiarietà sia sempre oscillato tra i due poli dell'integrazione e della contrapposizione tra pubblico e privato.

e, finanche, diritti di partecipazione, libertà di scelta degli utenti, semplificazioni e istituti di autocontrollo<sup>7</sup>. Tutte soluzioni che – a ben vedere – oltre a essere in qualche caso contraddittorie tra loro, sono riconducibili a istituti già noti al diritto amministrativo. Ognuna di queste impostazioni è tentata di radicalizzare il fondamento reale della sussidiarietà provando a offrire un significato definitivo e univoco, ma – come si vede – l'esito eterogeneo finisce per comprometterne le intenzioni. In altre parole, il principio di sussidiarietà così rappresentato appare ambiguo e

<sup>7</sup> Ad esempio il principio di sussidiarietà è stato utilizzato per rafforzare il diritto di accesso ai documenti amministrativi (cfr. tar Campania, 9 gennaio 2007, n. 124), il diritto alla partecipazione al procedimento amministrativo (tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 16 marzo 2009, n. 2690), l'istituto giuridico della delega (Cons. St., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4304; tar Puglia, Bari, 26 gennaio 2015, n. 135); gli istituti che preservano o favoriscono, anche attraverso semplificazione, l'iniziativa privata a carattere economico (tar Lazio, Roma, sez. I-*bis*, 26 gennaio 2015, n. 1415; tar Basilicata, 8 marzo 2013, n. 127; tar Lazio, Roma, 28 dicembre 2012, n. 10816; tar Campania, Napoli, 14 febbraio 2008, n. 820; tar Lazio, Roma, sez. I-*ter*, 10 marzo 2006, n. 1890; tar Puglia, Bari, 1 aprile 2004, n. 1695; tar Lombardia, Brescia, 5 febbraio 2003, n. 94; tar Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2001, n. 1592) o, più in generale, il mercato concorrenziale (Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080; tar Umbria, 17 dicembre 2003, n. 987); altre volte, al contrario, è stato impiegato per legittimare l'affidamento *in-house* dei servizi (tar Sardegna, 21 dicembre 2007, n. 2407), l'utilizzo di partenariati pubblico-privati (tar Puglia, Bari, 5 dicembre 2013, n. 1642; Corte cost., 27 giugno 2012, n. 163; tar Liguria, 18 novembre 2003, n. 1479), l'affidamento diretto a utenti associati di servizi di interesse generale (tar Liguria, 10 dicembre 2008, n. 2082) o a comunità di lavoratori riuniti in cooperative (tar Umbria, 10 settembre 2015, n. 363) o, perfino, per negare qualunque incidenza del principio sull'affidamento dei servizi (tar Emilia Romagna, Parma, 4 marzo 2013, n. 65; tar Lombardia, Milano, 1 luglio 2008, n. 2842; tar Molise, 3 marzo 2001, n. 95), sull'affidamento di beni (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3711) o sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione (CGA Sicilia, 1 febbraio 2012, n. 110). In materia di servizi sociali a offerta integrata il principio non è stato letto come superamento della responsabilità dei soggetti pubblici a beneficio di quelli privati (tar Puglia, Lecce, 12 settembre 2013, n. 1880; Corte cost., 19 giugno 2007, n. 220; tar Basilicata, 4 novembre 2005, n. 988), ma in taluni casi è stato utilizzato per rafforzare il diritto di scelta degli utenti (Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002, n. 6395). Interessanti sono anche i pronunciamenti del giudice in materia urbanistica con i quali a volte ha definito il carattere rafforzativo del principio sui vincoli negoziali (Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4981), altre volte ha invece utilizzato il principio per far valere la discrezionalità dell'amministrazione nell'uso del territorio contro gli interventi di esclusivo interesse privato (Cass, sez. I, 24 marzo 2014, n. 6833; trga-Trentino Alto Adige, Trento, 23 aprile 2009, n. 129; tar Toscana, 23 giugno 2008, n. 1653; tar Lombardia, Brescia, 19 aprile 2007, n. 406). Il principio di sussidiarietà è stato, infine, anche utilizzato per discriminare la natura di alcuni soggetti e le fondazioni in modo particolare (Corte cost., 29 settembre 2003, n. 301; tar Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2009, n. 12532) o per tutelare da eccessive ingerenze l'autonomia privata (Cons. St., sez. IV, 24 settembre 2015, n. 4475; tar Lombardia, Brescia, 23 ottobre 2014, n. 1111).

inadeguato a disegnare con certezza nuovi profili di cittadinanza con il che appare più proficuo rifugiarsi in istituti già conosciuti.

## 2. *Un'ipotesi di ricostruzione: storicizzare il principio di sussidiarietà orizzontale*

In verità i tre paradossi messi in evidenza svolgono una funzione di grande utilità perché impongono di radicare in termini storicistici il principio di sussidiarietà<sup>8</sup>, offrendo probabilmente l'unica chiave di interpretazione idonea a costruire il senso del contributo offerto alla cittadinanza. Se si esclude un noto scritto di Egidio Tosato<sup>9</sup>, rimasto peraltro isolato, non risultano elaborazioni esplicite del principio di sussidiarietà precedenti alla sua formalizzazione e riferimenti sono assenti anche nelle celebrazioni del centenario delle leggi sulla riunificazione amministrativa, ancorché nel contributo di Feliciano Benvenuti<sup>10</sup> fosse sottolineata l'insoddisfazione per uno sviluppo del diritto amministrativo ancora troppo legato alla dialettica tra autorità e libertà, intesa nell'accezione più tradizionale. Il richiamo alla necessità di una legge sul procedimento amministrativo segnalava chiaramente l'urgenza che l'autore avvertiva per lo sviluppo di un diritto amministrativo più aperto al confronto con gli interessi dei cittadini, ma allo stesso tempo indica altrettanto palesemente quanto ancora fosse immaturo lo stadio dei diritti dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

D'altra parte, se si guarda all'estero, il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale è formalmente sconosciuto agli altri ordinamenti, anche se presente nella cultura costituzionale tedesca<sup>11</sup>, negli

<sup>8</sup> Un lavoro molto serio e convincente di ricostruzione delle origine filosofiche ma soprattutto giuridiche del principio è stato operato da P. DURET, *Sussidiarietà orizzontale: radici e suggestioni di un principio*, in *Jus*, 2000, 95 ss. e da I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, cit., 29-39.

<sup>9</sup> Ci si riferisce naturalmente al saggio di E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959, 451 ss.

<sup>10</sup> Si veda F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. BENVENUTI, G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Milano 1969, 83.

<sup>11</sup> Cfr. J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un «principio speranza» per il diritto costituzionale comune europeo?*, in *Foro it.*, 1996, V, 184 ss.; P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, cit., 186-187; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pub.*, 2002, 54-57.

Stati Uniti d'America<sup>12</sup> e in molti degli statuti delle Comunità autonome spagnole<sup>13</sup>.

In questo senso è da precisare inoltre che la dimensione orizzontale del principio rappresenta un tratto distintivo dell'ordinamento nazionale dal momento che, pur essendo vero che la sussidiarietà è stata esplicitamente introdotta nel nostro sistema giuridico attraverso l'Unione europea, questa non ha mai superato l'accezione verticale, neanche nella sua formula più avanzata, a meno che si voglia sostenere una presunta continuità tra le due versioni della sussidiarietà<sup>14</sup>. Non c'è dubbio, infatti, che la sussidiarietà sociale trova il suo campo di elezione nella dimensione locale e, poiché si articola sulla collaborazione tra autonomie, può essere concluso che la sussidiarietà istituzionale ha rappresentato un decisivo impulso per le relazioni di cooperazione sussidiaria. Tuttavia, anche inteso in questo modo, è irrintracciabile il principio di sussidiarietà orizzontale nei documenti europei<sup>15</sup>, benché l'ordinamento europeo abbia poi sicuramente sviluppato pratiche di governo aperte alla collabora-

<sup>12</sup> In questi termini P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 39. Si deve proprio al principio di sussidiarietà probabilmente quel processo di avvicinamento delle culture giuridiche transatlantiche che separano il costituzionalismo americano da quello europeo e da quello italiano in modo particolare riconducibile proprio alla differente interpretazione che si dà del ruolo dei poteri pubblici e delle libertà: cfr. C. PINELLI, *Amministrazione e società*, in Id., *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino 1999, 110.

<sup>13</sup> Si veda su questo l'analisi di F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Stati di autonomia, nella prospettiva europea*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova 2008, 47 ss.

<sup>14</sup> Sul significato e sulle origini del principio nell'ordinamento comunitario si possono vedere le ricostruzioni di P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 3 ss.; P. CASAVOLA, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, in *Foro it.*, 1996, V, 176 ss.; V. GUIZZI, *Sussidiarietà (dir. comunitario)*, in *Enc. giur.*, 2000, 1 ss.; L. SICO, *Sussidiarietà (principio di sussidiarietà) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, 2001, 1062 ss.

<sup>15</sup> Di questa opinione sono S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, cit., 377-378; V. PARISIO, «*Carta europea delle autonomie locali*» e principio di sussidiarietà, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini 1997, 391 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pub.*, 2002, 18; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. amm.*, 2007, 903-905; C. PINELLI, *L'ordinamento europeo e italiano*, in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino 2007, 51. Più problematica la convinzione di M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1999, 383.

zione con la società civile, il cui inquadramento però sembra più appropriato tra le forme di partecipazione<sup>16</sup>.

La menzione esplicita del principio di sussidiarietà è, in verità, un frutto dei suoi tempi ed è entro questo contesto di impianto storico e relativo che deve essere collocato per apprezzarne realmente la portata. In particolare, il principio di sussidiarietà si situa nel bel mezzo di una crisi che investe l'ordine giuridico su cui si fonda tanto lo stato liberale quanto lo stato sociale, rappresentato dal noto paradigma bipolare<sup>17</sup> che vede la contrapposizione netta della coppia concettuale tra soggetti pubblici/interessi pubblici e soggetti privati/interessi privati. All'interno della difficoltà del paradigma bipolare di ricomprendere in modo soddisfacente dinamiche sociali nuove, il principio di sussidiarietà orizzontale è elaborato esprimendo un deciso investimento sui cittadini, singoli e associati,

<sup>16</sup> Cfr. per il metodo di governo cooperativo e per accordi istituzionali A. PREDIERI, *Europeità dei fondi strutturali: compendio e metafora*, in Id., (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano 1996, 18-9; F. SCHARPF, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, New York 1999; P.C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, Bologna 2000; A. Heritier, *New Modes of Governance in Europe: Policy-Making without Legislating?*, in Id. (edited by), *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, Lanham 2002, 185; N. VEROLA, *L'Europa legittima*, Firenze 2006, 19; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2007, 29 ss.; M.A. CABIDDU, *L'amministrazione nella prospettiva europea: il modello consensuale*, in F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Processi di decisione e sovranità economica*, Milano 2008, I, 187. Per quanto riguarda, invece, la partecipazione democratica alle decisioni delle istituzioni europee si possono vedere G. TIBERI, *Il Libro Bianco sulla Governance europea: verso un rafforzamento delle istanze democratiche nell'Unione?*, in *Quad. cost.*, 2002, 263 ss.; C. PINELLI, F. BARAZZONI, *La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna 2003, 44-45; M. MASCIA, *La società civile nell'Unione europea: nuovo orizzonte democratico*, Venezia 2007, 105 ss.; N. VEROLA, *L'Europa legittima*, cit., 128; P. BILANCIA, *Cooperazione e convergenza in un sistema di multilevel governance*, in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello regolazione e reti*, Milano 2008, II, 5-6; M.C. MARCHETTI, *La partecipazione della società civile ai processi decisionali europei. Verso un nuovo modello di democrazia?*, in M.C. Marchetti, *Democrazia e partecipazione nell'Unione Europea*, Milano 2009, 74.

<sup>17</sup> L'espressione è riconducibile a S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2001, 602, che allude alla separazione netta della sfera pubblica, con i suoi soggetti e con le sue regole, da quella privata, che si contrapporrebbe con altri soggetti e con altre regole. Ma concetti simili erano implicitamente presenti nel richiamo alla composizione di interessi diversi per la costruzione di una «legalità comune» da contrapporre a quella non più soddisfacente meramente formale: cfr. G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quad. fior.*, 1982/1983, 11/12, 1033. Si veda anche sul piano della filosofia giuridica N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino 1985, 5-10.

che vengono così considerati come una risorsa diretta per la risoluzione di problemi di interessi generali<sup>18</sup>.

In questa luce l'investimento operato nei confronti dei cittadini da parte della Repubblica italiana arricchisce le soluzioni di protezione dei valori costituzionali. Così, per esempio, la crisi della democrazia rappresentativa e dei soggetti che ne dovevano essere i principali interpreti, i partiti, trova nuove risposte nello spazio politico che la sussidiarietà ridisegna per le minoranze che diventano attori capaci di interloquire con i pubblici poteri nei territori per la soddisfazione di bisogni delle comunità. La crisi della rappresentanza politica ha spostato il centro della decisione politica dal parlamento all'amministrazione e da qui l'avvio di nuove forme di partecipazione democratica<sup>19</sup>. Si riscontrano così forme di partecipazione civica che generano esperienze di cittadinanza attraverso il coinvolgimento di comunità eterogenee, autonome e frammentate e, quindi, anche minoritarie<sup>20</sup>.

Dunque, così considerato nella sua dimensione storica e relativa, il principio di sussidiarietà orizzontale assume più propriamente i tratti di un "principio innovatore" in grado, da un lato, di disegnare relazioni giuridiche che superano i limiti ricondotti al paradigma bipolare senza, tuttavia, sostituirsi a questo<sup>21</sup>, e, dall'altro, capace anche di dare veste giuridica a fenomeni sociali al di là anche del dato positivo<sup>22</sup>. In un certo

<sup>18</sup> L'individuazione dei cittadini come risorsa a disposizione per progetti di interessi generali è il tema al centro delle riflessioni di Gregorio Arena. Cfr. G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 117-118, 29 ss.; G. ARENA, *Ripartire dai cittadini*, in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino 2007, 77 ss.

<sup>19</sup> Il tema è correttamente impostato da R. MANFRELOTTI, *L'amministrazione europea: l'evolversi di un modello*, in *Riv. dir. pub. CE*, 2005, 1179.

<sup>20</sup> Si tratterebbe così di una «democrazia mista», in cui i processi democratici rappresentativi si confrontano con quelli partecipativi e cooperativi, dando vita a dinamiche nuove nei rapporti maggioranze/minoranze. Cfr. G. COTTURRI, *Democrazia mista*, in *www.labsus.org*, 2009, che ravvede nella sussidiarietà l'antidoto al peggior pericolo delle democrazie rappresentative che è costituito dalla dittatura delle maggioranze. Si veda anche I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, cit., 135.

<sup>21</sup> Cfr. a proposito di contemperare le innovazioni prodotte dal principio con gli schemi tradizionali delle relazioni giuridiche bipolari L. AZZENA, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia faccia della sussidiarietà orizzontale*, in *Munus*, 2015, 419 ss.

<sup>22</sup> Ad esempio si deve al principio di sussidiarietà la forza di rendere vincolanti una serie di negozi variamente e liberamente definiti che, viceversa, non è stata riconosciuta nell'esperienza della programmazione negoziata: cfr. R. FERRARA, *La programmazione «negoziata» fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 461-467.

senso il principio di sussidiarietà si pone in una linea di continuità con un processo di graduale apertura delle pubbliche amministrazioni al contributo offerto dai cittadini che, a partire anche dal già segnalato rilievo di Benvenuti<sup>23</sup>, è evoluto successivamente con il riconoscimento della partecipazione procedimentale, del diritto alla trasparenza e dell'ampliamento delle garanzie processuali che hanno accresciuto le forme di intervento diretto dei cittadini. In questa linea di continuità, la sussidiarietà orizzontale costituisce l'ulteriore "spinta" capace di portare la relazione tra amministrazioni e cittadini su frontiere nuove riformando profondamente le categorie del diritto amministrativo sul lato organizzativo, dell'azione e, perfino, su quello giurisdizionale<sup>24</sup>.

### 3. La cittadinanza praticata

La sussidiarietà orizzontale intende valorizzare in primo luogo l'uso sociale della libertà<sup>25</sup>, ovvero la disponibilità con cui ciascuna persona mette la propria libertà al servizio di finalità di interesse sociale, adempiendo così ai doveri inderogabili di solidarietà che anche l'art. 2 cost. ricorda<sup>26</sup>. La sussidiarietà sociale è, infatti, innanzitutto un'espressione di libertà solidale con la quale le persone esprimono la propria identità specifica e la ricerca del senso della propria vita. È una protezione assicurata dall'ordinamento che si lega profondamente con la tutela della persona<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> All'autore si deve d'altra parte la pubblicazione di un noto saggio in cui la declinazione del principio di sussidiarietà nei termini finora espressi è chiaramente anticipatrice: F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia 1994, 104-106, che elabora il concetto di libertà attiva come punto iniziale di un ridisegno dei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni.

<sup>24</sup> Si veda in questi termini D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, cit., 106-130.

<sup>25</sup> Il richiamo alla valorizzazione di quelle forme di libertà impiegate per esercitare un impegno solidale trova le sue origini culturali nel pensiero di A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, in I. BERLIN, A. SEN, V. MATHIEU, G. VATTIMO, S. VECA, *La dimensione etica nelle società contemporanee*, Torino 1990, 21 ss.

<sup>26</sup> In particolare, stando alla ben nota distinzione tra solidarietà paterna e solidarietà fraterna proposta da S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e Soc.*, 1996, 10-11, quella generata dalla sussidiarietà andrebbe intesa come solidarietà fraterna. Peraltro in un'accezione moderna la solidarietà non dovrebbe essere intesa relegata solo alle relazioni sociali, politiche ed economiche, ma anche a quelle di natura ambientale: cfr. G. ENDRICI, *La tutela dell'ambiente urbano*, in *Dir. pub.*, 2004, 287.

<sup>27</sup> In questi termini si esprime G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari 2006, 76-77, che sottolinea come il principio della sussidiarietà è in funzione della piena realizzazione della persona umana. Il nesso tra sussidiarietà e valorizzazione della persona è messo in evi-

A differenza, però, dei generici doveri di solidarietà richiamati dall'art. 2 cost. che possono esprimersi in forme plurali e per finalità indistinte co-sicché qualunque forma sociale o associativa creata si dimostra coerente, la sussidiarietà si preoccupa di favorire in modo particolare l'impiego della libertà solidale che si riflette sugli interessi generali in collaborazione con le autonomie istituzionali. In altre parole, la sussidiarietà sociale protegge le forme di autorganizzazione sociale finalizzate a perseguire interessi della collettività, che riguardano anche soggetti estranei al gruppo sociale a cui si è dato vita<sup>28</sup>.

In questo contesto, dunque, rilevano in modo particolare le attività di volontariato, che peraltro hanno già ricevuto un'autorevole conferma della valenza costituzionale dal giudice delle leggi<sup>29</sup>, ma anche più generalmente le forme di cittadinanza attiva con le quali i cittadini svolgono una vera e propria opera di manutenzione degli interessi generali curando, per esempio, il decoro dei centri abitati, gli spazi verdi, i beni identificativi di una comunità o anche la rigenerazione a uso pubblico di spazi, beni ed edifici abbandonati, privatizzati o degradati o, infine, la costruzione di reti di servizi orizzontali per soddisfare bisogni delle persone, quali il servizio civile, la protezione civile, o, ancora, l'adozione di tratti di spiagge, i servizi di trasporto condiviso, la verifica della qualità di servizi pubblici o dell'uso sostenibile del territorio ecc. In altre parole, sono configurabili attività prodotte da organizzazioni sociali che hanno

denza anche da L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Bari 2006, 42-43.

<sup>28</sup> Si può così parlare di costituzione libera di formazioni sociali per realizzare fini di interesse generale che vanno oltre quelli dei propri soci per realizzare l'amministrazione condivisa, secondo l'autore che ha elaborato questo concetto: cfr. G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., 46. Si veda anche B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di uguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, cit., 109-110, che attribuisce alla sussidiarietà la capacità di moltiplicare non solamente i fini sociali che possono essere liberamente perseguiti adempiendo a doveri di solidarietà, ma anche una pluralità di forme di azioni e di contenuti con carattere altamente sperimentale. Vi è in questo senso anche il richiamo al dinamico sviluppo delle libertà sociali che la sussidiarietà avrebbe introdotto nella costituzione: cfr. P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, cit., 191; A. D'ATENA, *il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in Id., *L'Italia verso il federalismo. Taccuini di viaggio*, Milano 2001, 322 ss.

<sup>29</sup> Cfr. C. cost., 22 giugno 1990, n. 307 e 28 febbraio 1992, n. 75. Si veda F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 57, che nel commentare queste sentenze sottolinea in modo convincente che la valorizzazione giuridica della socialità derivante da questa giurisprudenza costituzionale permette di "scoprire" le potenzialità giuridiche connesse alla persona quale centro dell'ordinamento costituzionale.

la forza di coniugare, da un lato, le visioni ideali di chi le promuove e, dall'altra, la pratica necessità di risolvere uno specifico problema con la dovuta attenzione, data anche la varietà dei bisogni che si intendono affrontare. Si è in presenza, così, di forme di autoproduzione sociale di attività di interesse generale cui la sussidiarietà intende dare, per un verso, legittimazione e, per un altro, valorizzazione in ragione del fatto che queste esperienze maturano anche una pratica democratica della convivenza ad alto valore costituzionale<sup>30</sup>.

Tali esperienze sociali assurgono a rilievo giuridico proprio in ragione del principio di sussidiarietà orizzontale che svolge dunque una funzione di emancipazione giuridica di esperienze che resterebbero altrimenti solo di rilievo sociale o, tutt'al più, resterebbero relegate nell'ambito circoscritto e chiuso dell'autonomia privata<sup>31</sup>. In questo modo, quindi, le pubbliche amministrazioni stabiliscono un "dialogo diretto" con i principi della costituzione mettendoli in attuazione<sup>32</sup>. L'utilità generale che muove queste attività non deve ingannare, perché sullo sfondo, in verità, c'è un conflitto fondato su un postulato consolidato nella storia dei rapporti tra poteri pubblici e cittadini, che ha riguardato in modo particolare i paesi dell'Europa continentale, ovvero l'appartenza esclusiva ai poteri pubblici della cura degli interessi collettivi. Non a caso questo tipo di esperienze si misura ancora con difficoltà e resistenze che provengono dalle amministrazioni pubbliche (e dai giudici contabili in esercizio della giurisdizione per responsabilità) che, in quanto supposte detentrici esclusive degli interessi pubblici, frappon-

<sup>30</sup> In questa chiave, ad esempio, la corte costituzionale ha impiegato la sussidiarietà anche per valorizzare in termini giuridici l'istituto della famiglia, ritenendo così illegittima la norma dei congedi parentali laddove restringa la praticabilità dell'istituto ai soli parenti diretti: cfr. C. cost., 18 luglio 2013, n. 203.

<sup>31</sup> In senso conforme F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 232; C. MAGNANI, *La sussidiarietà, principio normativo e pratica delle autonomie sociali*, in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino 2007, 3. Si veda anche E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, in *Il Mulino*, 1987, 709 ss. Recentemente è stato elaborato il concetto di «sussidiarietà azionale» a questo proposito, intendendo ricomprendere le forme in cui i cittadini svolgono concretamente un'attività materiale di rilevanza generale; cfr. L. AZZENA, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia faccia della sussidiarietà orizzontale*, cit., 430.

<sup>32</sup> Cfr. A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della costituzione. Qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pub.*, 2012, 1, 79, che affida proprio alla pubblica amministrazione il compito costituzionale di favorire la realizzazione della progettazione individuale del percorso di vita di ciascuno.

gono limiti e divieti che, alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale, possono invece trovare fondamento solo in base a ragionevoli e approfondite motivazioni che escludono il ricorso alla cura di interessi generali da parte di esponenti od organizzazioni sociali<sup>33</sup>. In questo senso vale la pena ricordare testimonianze processuali<sup>34</sup> ma anche le quotidiane fatiche che i cittadini affrontano per svolgere attività di interesse generale.

Non si tratta di creare nuove contrapposizioni tra autoproduzione sociale e ordine costituito dei poteri pubblici ma di ridefinire in modo più congruo lo spazio dell'organizzazione pubblica, dato che, essendo anch'essa un prodotto particolarmente complesso dell'organizzazione sociale, il suo intervento necessario si deve risolvere anche in una relazione che sappia favorire gli apporti agli interessi generali che anche i cittadini sanno offrire<sup>35</sup>. La sussidiarietà sociale consente di ricordare che i cittadini fanno parte a pieno titolo del sistema ordinamentale in sé<sup>36</sup> e, attraverso le proprie relazioni sociali, assolvono così anche a compiti di interesse generale<sup>37</sup>. L'autoproduzione sociale si manifesta nei "vuoti" in una relazione che è – appunto – sussidiaria, lì dove l'ordine costituito dei poteri pubblici non è capace di intervenire perché o rinuncia a farlo in

<sup>33</sup> A questo riguardo può essere menzionata la giurisprudenza costituzionale che tutela la conservazione della finalità sociale di beni a uso civico contro la discrezionalità del legislatore regionale: cfr. C. cost., 27 luglio 2006, n. 310.

<sup>34</sup> Altissime sono le pagine che pubblicano l'orazione di Calamandrei esercitata a difesa legale di Danilo Dolci: cfr. P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci* in Id., *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze 1996, 53 ss.

<sup>35</sup> Sono in questo senso ancora attuali le riflessioni di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano 1963, 21 ss., che costruisce l'ordinamento giuridico come un complesso di ordinamenti in cui sia da ricomprendere anche quello dell'autorganizzazione sociale che sfugge al "dato normativo" del diritto privato e che si nutre solo di capacità autorganizzativa. Si veda anche P. RIDOLA, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in Aa.Vv., *La riforma costituzionale*, cit., 189.

<sup>36</sup> Questa impostazione è sottolineata da importanti contributi, tra cui si ricorda quello fondamentale di F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova 1996, 76-80. Si veda anche il percorso culturale del pensiero giuridico pubblicistico ricostruito da P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 160-187.

<sup>37</sup> Un chiaro esempio dell'inclusione dei privati nel sistema ordinamentale è rappresentato dall'art. 3 *ter*, cod. amb. L'affermazione del diritto dell'ambiente ha infatti consentito di sviluppare ulteriormente questo dato di inquadramento dei cittadini come parte costituente dell'ordinamento alla pari delle autorità pubbliche in esercizio del potere, dal momento che l'art. 3 *ter* cod. amb. attribuisce anche ai cittadini il compito di assolvere compiti di tutela ai fini di interesse ambientale: cfr. su questo P. DURET, *Riflessioni sulla legittimità ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 688 ss.

considerazione di risorse sempre decrescenti o lo fa in modo inadeguato, anche se resta assegnato alle pubbliche amministrazioni il compito di riconoscere quale attività promossa sia di interesse generale. A questo fine non pare sia obiettabile il “verso” della sussidiarietà, dalle istituzioni alla società invece che da quest’ultima alle istituzioni, perché, da un lato, è noto che è propria della sussidiarietà l’ambivalenza delle direzioni e, dall’altra, nella realtà storica la sussidiarietà ha la funzione della liberazione di uno spazio sociale occupato tradizionalmente dalle istituzioni. Il comma 4 dell’art. 118 cost., infatti, impone l’obbligo di favorire proprio a carico delle istituzioni<sup>38</sup>.

L’elemento decisivo, comunque, è dato dal fatto che il principio di sussidiarietà considera tali forme di autoproduzione un’utile soluzione di creatività sociale idonea a potenziare le capacità di soddisfare domande collettive di interesse generale, per le quali i cittadini e le pubbliche amministrazioni sono chiamati a collaborare. È in qualche modo la relazione espressa anche dall’art. 3, c. 5, ultimo cpv., d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, secondo il quale «comuni e province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»<sup>39</sup>.

Le relazioni così descritte possono autorizzare a delineare ipotesi di “cittadinanza praticata”, in cui – in altre parole – è l’esperienza concreta per la cura degli interessi generali il campo di emancipazione, attraverso cui qualunque cittadino collabora con le pubbliche amministrazioni per risolvere questioni avvertite come rilevanti dalla collettività. La legittimazione a tale forma di cittadinanza non è necessariamente condizionata né dalla verifica della sussistenza di un determinato *status* soggettivo, né dalla dimostrata titolarità di un interesse giuridico rilevante: è l’azione in sé compiuta da cittadini, singoli o associati, che discrimina se è idonea a soddisfare un interesse generale con la concordia anche delle pubbliche amministrazioni. Da questo punto di vista, il termine «cittadini» che è presente nella norma costituzionale deve essere inteso nella maniera più ampia possibile del «tutti», facendo riferimento alle iniziative di qualunque soggetto capace di garantire un’utilità di interesse ge-

<sup>38</sup> Si stabilisce così un primato dell’esperienza sociale quale primigenio inizio dell’esperienza giuridica: cfr. P. GROSSI, *Oltre il soggettivismo giuridico moderno*, in *Lectio magistralis* pronunciata a Piacenza il 27 febbraio 2007, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2007, par. 8.

<sup>39</sup> Per il commento puntuale di questa norma in linea con la prospettiva qui adottata si rinvia a D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna 2013, 90-109.

nerale<sup>40</sup>. Sembraerebbe, d'altra parte, davvero illogica, stante il carattere oggettivo della fattispecie che concerne la sussidiarietà orizzontale, limitare la portata applicativa in base a un criterio soggettivo: se ciò che rileva è la cura di un interesse generale, questa deve essere favorita quale che sia il soggetto che l'abbia promosso, perfino nell'ipotesi in cui sia un soggetto normalmente dedito ad attività di carattere economico come può essere l'attività di un'impresa<sup>41</sup>.

#### 4. *Segue: autonomia funzionale di diritto privato delle amministrazioni pubbliche e il diritto comunitario delle città*

Ulteriori conseguenze meritano di essere sottolineate con riferimento allo sviluppo della cittadinanza praticata. Fatta eccezione per quegli interventi locali o per quei progetti specifici che sono inseriti all'interno di un servizio organizzato a livello nazionale, come è il caso del servizio civile e della protezione civile, le esperienze sussidiarie, traendo spunto da collaborazioni tra pubbliche amministrazioni e cittadini, si fondano prevalentemente su strumenti giuridici negoziali e, dunque, in primo luogo su accordi, che potremmo definire "accordi di cittadinanza". Una chiara manifestazione di questo sviluppo è dato dai "Patti di collaborazione", e da altri con denominazioni simili, che si stanno diffondendo nel paese sulla base dell'approvazione di regolamenti comunali sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Particolarmente paradigmatica è in questo senso la sentenza C. cost., 25 giugno 2015, n. 119, con la quale il giudice delle leggi dichiara l'incostituzionalità delle norme di legge che limitavano ai cittadini italiani il diritto di partecipare alla selezione del contingente per il servizio civile. La corte, infatti, ha ritenuto che la partecipazione alle attività di servizio civile costituisce una scelta volontaria espressione dei doveri inderogabili della persona e, in questo senso, deve essere garantita anche al cittadino straniero regolarmente soggiornante che in questo modo testimonia la sua integrazione nella società.

<sup>41</sup> La giurisprudenza richiamata nella nota 5, d'altra parte, dimostra ampiamente tale assunto. In senso conforme anche V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., 6.

<sup>42</sup> Il primo di questi regolamenti è quello di Bologna, approvato nel febbraio del 2014. Molti altri comuni, di diversa grandezza, lo hanno poi adottato con differenze variegiate. A questo proposito si rinvia al primo rapporto pubblicato da Labsus: *Rapporto Labsus 2015 sull'amministrazione condivisa dei beni comuni*, in [www.labsus.org](http://www.labsus.org), che contiene una rassegna commentata dei comuni che hanno adottato il regolamento e dei patti di collaborazione. Si veda anche C. IAIONE, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, cit., 51-55.

Gli accordi di questa natura hanno la caratteristica peculiare di avere per oggetto la tutela di interessi generali in ragione di tutto quello che finora è stato sottolineato. Si tratta di accordi espressivi del principio generale di consensualità degli interessi generali<sup>43</sup>, la cui previsione è posta al di fuori di un procedimento amministrativo ricostruito nei termini della l. 7 agosto 1990, n. 241<sup>44</sup>. Si potrebbe in proposito parlare di “accordi atipici”<sup>45</sup>, in cui, tuttavia, l’art. 11, l. n. 241 del 1990 diventa fondativo di un principio di carattere generale, capace di definire gli imprescindibili limiti e le necessarie garanzie entro cui il negozio deve essere realizzato per il perseguimento di fini di interesse generale<sup>46</sup>. In altre parole, il principio di consensualità non si tradurrebbe in un’estensione generalizzata delle norme del diritto privato, ma in un arricchimento delle forme che trova nella valutazione costante degli interessi generali il limite

<sup>43</sup> Sulla presenza di un principio generale di negoziabilità degli interessi generali si vedano G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino 2001; A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274 ss.; S. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell’agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*, 2008, 711-712; A. MASSERA, *Lo stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e la collaborazione con il potere*, Pisa 2011, 560; M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna 2015, 304-310.

<sup>44</sup> Cfr. E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e iniziativa economica privata, Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 264, il quale sottolinea che le attività dei privati agite in esercizio del principio di sussidiarietà sono di natura privata a regime amministrativo, il che comporta l’applicazione alle medesime delle norme e dei principi della legge n. 241 del 1990 non strettamente strumentali al procedimento amministrativo, come è il caso dei principi di efficacia, trasparenza, pubblicità ed economicità.

<sup>45</sup> Possono essere inclusi in questa fattispecie quegli accordi in cui interessi privati e interessi pubblici cooperano insieme e realizzano una forma di partenariato a cui più propriamente si attaglia la figura dell’accordo pubblico, anche se non rigidamente disciplinato dall’art. 11, l. n. 241 del 1990: cfr. per questa opinione A. TRAVI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: i Confini Incerti di una Categoria*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano 2013, 15. Per una tesi contraria a ricomprendere gli accordi pubblici nelle convenzioni di tipo partenariale, anche se limitatamente al campo urbanistico, si veda P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino 2011, 214. Per ulteriori criteri di differenziazione anche a fini processuali: cfr. F. MASTRAGOSTINO, *I profili processuali comuni ai vari istituti*, in Id. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino 2011, 71 ss.

<sup>46</sup> Cfr. A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, cit., 276.

intrinseco<sup>47</sup>. In aderenza a una giurisprudenza che ne ha esteso l'ambito di applicazione e a una dottrina che ha definito l'art. 11, l. n. 241 del 1990 "norma-cornice"<sup>48</sup>, la disposizione richiamata finisce per assurgere a modello generale degli accordi tra autorità pubbliche e cittadini, la cui forza – peraltro – è significativamente accresciuta per effetto dell'eliminazione del vincolo di tipicità legale – che era in origine presente – grazie alla l. 11 febbraio 2005, n. 15<sup>49</sup>.

In altre parole, con riferimento a questi accordi si ripresentano le note e dibattute questioni relative alla loro natura e al regime di disciplina, pubblico o privato, che ne discende. Più in generale, infine, tali accordi ripropongono il tema dell'ampiezza dell'autonomia delle pubbliche amministrazioni e della facoltà che queste hanno di ricorrere a strumenti negoziali per il perseguimento di interessi pubblici<sup>50</sup>. Nei casi

<sup>47</sup> Cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano 1982, 152, il quale ravvede il limite dell'attività privata della pubblica amministrazione non nell'interesse pubblico affidato all'amministrazione che in effetti è esterno all'accordo, ma nella corrispondenza dell'azione al principio di legalità espresso dal vincolo per l'interesse generale.

<sup>48</sup> Cfr. A. MASSERA, *Lo stato che contratta e che si accorda*, cit., 562.

<sup>49</sup> Si veda in questi termini E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova 2012, 275, che significativamente collega tale effetto abrogativo con l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

<sup>50</sup> Sul punto si registrano molti contributi con orientamenti molto disomogenei: si veda, ad esempio, F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino 1962; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano 1984; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli 1981; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica Amministrazione*, Milano 1985; A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pub.*, 1987, II, 37-40; B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli 1991, 124 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano 1996; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino 1997; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in R. FERRARA, S. SICARI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia – amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova 1998, 27 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del potere amministrativo, Saggio critico*, Padova 2000; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino 2001; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Aa.Vv., Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano 2002, 21 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano 2004; G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONCA, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, II, 282 ss.; P. CHIRULLI, *Autonomia e diritto privato nell'amministrazione*, Padova 2005; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di di-*

finora citati gli accordi costituiscono l'incontro di due autonomie, quella sociale nei termini fin qui rappresentata e quella istituzionale propria degli enti locali che, sia pure in ragione delle diverse dimensioni, hanno il compito di rappresentare le proprie comunità curandone, promuovendone e sviluppandone gli interessi entro i limiti definiti dall'ordinamento ma non in diretta esecuzione della legge<sup>51</sup>. In questa cornice è piuttosto consolidata la convinzione che le pubbliche amministrazioni siano dotate di capacità generale di esercitare un'autonomia negoziale anche per il perseguimento di interessi generali<sup>52</sup>, che si sostanzia nello stabilire nel concreto quando tale mezzo sia più appropriato dello strumento autoritativo. Pertanto, così come la sussidiarietà richiede la distinzione tra soggetti privati, sapendo distinguere quelli che si attivano per interessi generali dagli altri, altrettanta esigenza è reclamata per le pubbliche amministrazioni, per le quali deve farsi una distinzione tra quelle che godono di autonomia e le altre, dal momento che le prime si rapportano alla legge in termini differenziati.

Per il tema qui trattato deve essere osservato che il ricorso a specifiche autorizzazioni legislative per la stipula degli accordi tende a essere sempre più diffuso sia per iniziativa del legislatore regionale sia da ultimo sempre più anche per promozione del legislatore statale<sup>53</sup>. Laddove, poi,

*ritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, 101 ss.; M.E. BOSCHI, *Accordi amministrativi e modalità procedurali*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, 3751 ss.; G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 811 ss.; S. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*, 2008, spec. 704-716; N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, 560 ss.; M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, cit.

<sup>51</sup> Il valore dell'autonomia dei soggetti pubblici e, in particolare, di quelli rappresentativi degli interessi comunitari ha una particolare forza perché coniuga gli elementi funzionali propri dell'autonomia pubblica con quelli propri di libertà che la rappresentanza assegna a questi enti: cfr. P. CHIRULLI, *Autonomia e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 215-217. Per l'importanza di questa precisazione e del diverso significato di legalità che essa ricomprende, cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 29.

<sup>52</sup> Il diritto delle pubbliche amministrazioni al ricorso alle forme libere di perseguimento degli interessi pubblici è espresso dall'art. 20, c. 4, lett. *f-bis*, l. 15 marzo 1997, n. 59, a proposito di semplificazione. Molto controversa è invece l'interpretazione in questo senso dell'art. 1 *bis*, l. n. 241 del 1990. Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 189.

<sup>53</sup> Si veda, ad esempio, l'art. 24, l. 11 novembre 2014, n. 164, a proposito della riqua-

non intervenga il legislatore in modo esplicito, per gli enti locali sussiste l'autonomia regolamentare sancita dall'art. 117, c. 6, cost., che, in combinazione con il già citato art. 3, c. 5, d.lgs. n. 267 del 2000, può legittimare il ricorso a forme negoziali per lo svolgimento di attività loro assegnate, di cui, peraltro, i comuni hanno fatto uso proprio a proposito dei citati regolamenti comunali sulla collaborazione tra cittadini e pubbliche amministrazioni<sup>54</sup>. In tutti questi casi, dunque, l'autonomia degli enti locali trova specifica legittimazione normativa per l'adozione di accordi a oggetto pubblico, a cui si deve ritenere applicabili in via tendenziale e principale le regole del diritto privato nei limiti della compatibilità logico giuridica con il perseguimento degli interessi generali e di altri limiti eventualmente disposti nelle norme autorizzative degli strumenti negoziali<sup>55</sup>.

Nei casi sopra ricordati si registra una ricomposizione del quadro degli interessi in gioco, dal momento che gli interessi generali a cui allude il principio di sussidiarietà orizzontale sono riallineati con quelli pubblici, sebbene la loro cura passi per la stipulazione di accordi. La novità dirompente, però, potrebbe essere rappresentata dall'ipotesi in cui la ricomposizione dei suddetti interessi non avvenga per forza normativa. Infatti, il principio di sussidiarietà orizzontale sembra porre una regola di carattere generale che intende offrire legittimazione extra-legislativa a quei casi in cui gli interessi delle collettività, cioè gli interessi generali, non sono riassorbiti negli interessi pubblici esclusivamente affidati alle pubbliche amministrazioni, dando così vita e copertura a un diritto co-

lificazione di ambienti urbani ed extraurbani o la legge 14 gennaio 2013, n. 10 sullo sviluppo degli spazi verdi urbani. Si veda anche TAR Puglia, Bari, 5 dicembre 2013, n. 1642, a proposito della disciplina dei microprogetti di decoro urbano.

<sup>54</sup> L'autonomia deve essere, infatti, intesa come spazio di esercizio di libertà più che diritto da rivendicare nei confronti di terzi: cfr. M. CAMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, in G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia 2012, 366. Similmente anche G. PIPERATA, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbanistiche*, in *Urb. e App.*, 2011, 508 ss. Si veda anche F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, cit., 48, il quale metteva in evidenza come sia proprio dell'ordinamento giuridico repubblicano stabilire un primato delle autonomie, riconosciuto dall'art. 5 cost. che prevede l'adeguamento dell'iniziativa legislativa alle stesse autonomie.

<sup>55</sup> Si ritiene, infatti, che la necessità di curare gli interessi pubblici in questi accordi permetta sempre alle pubbliche amministrazioni di poter azionare strumenti di diritto pubblico ogni qualvolta siano a rischio gli interessi pubblici; cfr. A. MASSERA, *Lo stato che contratta e che si accorda*, cit., 571-572; M. OLIVI, *Beni pubblici tra privatizzazione e riscoperta dei beni comuni*, in *I contr. st. ed en. pub.*, 1/2014, 62.

munitario che si affianca al diritto posto<sup>56</sup>. Il principio di sussidiarietà così avrebbe la forza di creare uno “spazio giuridico”, alcuni autori hanno parlato di “zone franche”<sup>57</sup>, in cui le autonomie dei soggetti, istituzionali e sociali, si confrontano per il miglior perseguimento degli interessi generali anche al di là delle determinazioni predefinite dalle disposizioni normative positivamente poste<sup>58</sup>. Questi accordi, frequenti nella prassi anche in assenza di presupposti normativi in virtù della loro riconosciuta valenza generale, trovano dunque ora legittimazione nel principio di sussidiarietà che agirebbe da clausola costituzionale di salvaguardia per la tutela degli interessi generali<sup>59</sup>. D'altra parte, la norma costituzionale volutamente si riferisce alle «attività di interesse generale» che non sono da confondere con le funzioni di cui al primo comma dell'art. 118: essa, piuttosto, si riferisce a tutta quella gamma di operazioni e azioni materiali che rientrano tra i compiti delle pubbliche autorità quali espressioni di rappresentanza di una comunità, ma che per varie ragioni non sono in grado di garantire. Tale modello assegna comunque alle pubbliche autorità il compito di saper riconoscere e quindi legittimare le attività di interesse generale quale elemento imprescindibile per stipulare l'accordo, significando con ciò che non sia possibile vantare da parte dei cittadini un diritto soggettivo, ma le responsabilizza anche in modo maggiore perché le obbliga a interpretare la propria missione in termini più

<sup>56</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà*, cit., 5-6, il quale sottolinea come gli interessi generali non siano solo quelli definiti *ex lege*, ma siano anche l'esito di processi storico-sociali. Si veda anche F. MERUSI, *Il diritto 'sussidiario' dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2003, 77 ss, che contrappone al diritto positivo il diritto espressivo dei costumi, delle consuetudini e, dunque, comunitario con riferimento alla gestione di alcuni beni di uso indiviso. Ma in questa concezione si risente anche l'eco della ricostruzione in termini di ordinamento comunitario della Repubblica italiana di F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, cit., 47-51.

<sup>57</sup> Il riferimento alle «zone franche» del diritto è contenuto nelle riflessioni del noto studioso spagnolo Nieto, il quale riconduce a questa espressione quelle molteplici forme giuridiche a esito di spazi di negoziazioni che le pubbliche amministrazioni intessono con vari soggetti, anche privati; cfr. A. NIETO, *Critica della ragion giuridica*, Milano 2012, 223-224. Si veda, però, significativamente anche C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 150, che, sostanziando il principio di legalità anche in termini di integrazione del circuito politico rappresentativo che si ha nelle amministrazioni territoriali, definisce i vincoli per interesse generale di queste amministrazioni come aventi struttura di «vincolo bianco».

<sup>58</sup> Cfr. S. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, cit., 711.

<sup>59</sup> Già Giannini osservava l'inoperabilità del principio di legalità al di fuori della dialettica autorità-libertà: cfr. M.S. GANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993, I, 89.

moderni, capace di mettere a frutto risorse che spesso in termini di conoscenze, abilità ed economicità sono migliori nel rispetto sempre del disegno costituzionale. Agire anche oltre i presupposti definiti per legge non implica né andare *contra legem*, né prescindere dal programma costituzionale: anzi, aderire al principio di sussidiarietà orizzontale implica che la pubblica amministrazione si dota di un ulteriore strumento, rispetto a quelli già conosciuti, per adempiere ai compiti che la costituzione le attribuisce. È in qualche modo accostabile a questo sviluppo il concetto di legalità-indirizzo, volutamente utilizzato in contrapposizione a quello di legalità-garanzia<sup>60</sup>.

Sulla base di questi presupposti in una definizione nuova di “spazio pubblico”, atipico, mobile e consensuale, si profila la costituzione di un nuovo diritto, chiamato “diritto delle città” che si sovrappone e affianca al diritto costituito positivamente per la cura di tutti quegli interessi generali che, non essendo tradotti in interessi pubblici, sono curati in funzione della rappresentanza delle comunità viventi che tanto le istituzioni cittadine quanto le organizzazioni sociali autoprodotte esercitano<sup>61</sup>. È in-

<sup>60</sup> Cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 20. Si può richiamare anche il noto studio di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1965, 158.

<sup>61</sup> Il riferimento più importante al diritto delle città è contenuto in J.B. AUBY, *Droit de la ville*, Paris 2013 a cui si accompagnano le considerazioni di H. CAROLI CASAVOLA, *La terza IRPA lecture: «La città come futuro del diritto pubblico?»*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013, 887-889 e poi ripreso anche in J.B. AUBY, *Per lo studio del diritto delle città*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Il diritto che cambia*, Liber amicorum Mario Pilade Chiti, Napoli 2016, 205, ma importanti contributi provengono anche fuori dai confini europei: cfr. per esempio G.E. FRUG, *The city as a legal concept*, in *Harvard Law Rev.*, 1979-1980, 93, 1057 ss.; Y. BLANK, *The City and the World*, in *Columbia Jour of Transnational Law*, 2005-2006, 44, 875 ss. Alcuni cenni di carattere generale si trovano anche in E. BOSCOLO, *Le regole per lo spazio urbano: dal piano regolatore alle politiche urbane*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano 2003, 355 ss.; G. ENDRICI, *La tutela dell'ambiente urbano*, in *Dir. pub.*, 2004, 273 ss.; M.A. CABIDDU, *Territorio (governo del)*, in *Amministrare*, 2008, 309 ss.; P. URBANI, *Politiche pubbliche per le grandi città*, in G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, cit., 317 ss.; M. CAMMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, cit., 335 ss.; C. IAIONE, *Città e beni comuni*, in G. ARENA, C. IAIONE, *L'Italia dei beni comuni*, Roma 2012, 109 ss.; E. BOSCOLO, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. URBANI (a cura di), *Politiche urbane e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino 2015, 78-81. Presenta accenti diversi ma non dissonanti anche il concetto di «diritto alla città»: cfr. S.R. FOSTER, *Collective Action and The Urban Commons*, in *Notre Dame Law Review*, 2001, 87 ss.; M.R. MARELLA, *Introduzione. La difesa dell'urban commons*, in Id. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012, 185 ss.; C.

teressante in questo senso anche l'attenzione crescente che l'UE riserva a programmi di sviluppo delle autonomie delle città, come è peraltro rappresentato dall'Agenda Urbana Europea<sup>62</sup> e dai piani di sviluppo locale di tipo partecipativo a cui sono condizionati i fondi europei<sup>63</sup>, nonché da specifiche politiche per gli aiuti di stato<sup>64</sup>.

### 5. Un altro paradigma organizzativo

Una configurazione diversa della sussidiarietà orizzontale si ha quando le esperienze di libertà solidale sono espresse all'interno di servizi predisposti dalle autorità pubbliche, come nel caso del servizio sani-

IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 1/2013. Per una considerazione dell'ambito locale quale strumento dello sviluppo economico si veda anche S. AMOROSINO, *Sviluppo economico e governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, II, 196-197.

<sup>62</sup> Il progetto dell'Agenda Urbana Europea risale alla comunicazione della Commissione europea COM(97)197 final, *Towards an urban agenda in the European Union*, che per la verità restò in larga parte lettera morta. Ci sono poi state su base intergovernativa una serie di iniziative aventi come obiettivo quello di porre al centro dell'attenzione europea il tema delle città con una serie di incontri e dichiarazioni che si sono succeduti periodicamente: così nel 2000, è stato approvato a Lille il primo programma di azione, *Lille Action Programme*; nel 2004 a Rotterdam l'*Acquis on Urban Policy*; nel 2005 a Bristol il *Bristol Accord*; nel 2007 a Lipsia, la *Leipzig Charter*; nel 2008 a Marsiglia la *Marseille Final Statement*; nel 2010 a Toledo, la *Toledo Declaration*; nel 2015 a Riga, la *Riga Declaration*. La sensibilizzazione ai temi urbani ha poi attraversato così anche la Commissione europea che nel 2014 emana la comunicazione della Commissione europea COM(2014) 490 final, *The urban dimension of EU policies – Key features of an EU urban agenda*, per il rilancio dell'Agenda il cui sviluppo appare però ancora incerto.

<sup>63</sup> Si veda in questo senso l'art. 32, Reg. UE 1303/2013. Le principali novità riguardanti i fondi europei relativamente al sestennio 2014-2020 sono illustrate da G. BELLOMO, *Politica di coesione europea e fondi SIE nella programmazione 2014-2020: un'altra occasione mancata per l'Italia?*, in *Ist. fed.*, 2014, 511 ss.

<sup>64</sup> La Commissione europea giudica positivamente aiuti di stato finalizzati alla rigenerazione urbana a partire già dalla Comunicazione 97/C 146/08, *Disciplina degli aiuti di Stato alle imprese nei quartieri urbani svantaggiati*, poi abrogata con l'emanazione della comunicazione 2002/C 119/11. Tuttavia, ciò non ha impedito alla Commissione di giudicare caso per caso se fare salvi aiuti di stato per la rigenerazione di aree urbane o di aree svantaggiate cfr. decisione 2003/433/CE e 2006/746/CE. In questo senso era andato anche il programma "Jessica" per lo sviluppo delle aree urbane che ammetteva politiche di aiuti di stato, ma che poi è stato anch'esso abolito, a seguito dell'emanazione del regolamento della Commissione autorizzato con atto di delega del Consiglio, 17 giugno 2014, n. 651, *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato*, con il quale sono considerati compatibili aiuti per lo sviluppo urbano ed altri ugualmente connessi, come quelli per l'efficienza degli immobili, sia pure a determinate condizioni.

tario, dei servizi di assistenza sociale e in quelli di istruzione. Infatti, in questo caso, pur essendo sempre in presenza di forme di autoproduzione sociale espressione di libertà solidale delle persone nei termini sostanzialmente identici ai casi precedentemente menzionati, l'attività dei privati s'inscrive dentro un modulo a responsabilità pubblica, da cui discendono limiti derivanti dalla programmazione pubblica degli interventi, dai controlli e dagli *standard* di qualità nella resa dei servizi che non possono essere disapplicati. Le esperienze di sussidiarietà sociale servono ad arricchire la gamma dei servizi già predisposta dai poteri pubblici, rendendo più personalizzati i servizi stessi<sup>65</sup>. L'apertura dell'offerta pubblica di servizi al contributo di soggetti privati risponde alla necessaria garanzia che servizi predisposti per bisogni della persona sappiano riflettere anche una pluralità di ispirazioni culturali che riguardano le persone animate da uno spirito di solidarietà e metta il beneficiario dei servizi nella condizione di poter scegliere chi sappia più adeguatamente soddisfare e rispettare la propria personalità, sia pure entro un quadro di regole pubblicistiche di garanzia<sup>66</sup>. Da questo inquadramento fioriscono istituti giuridici variegati che vanno dall'accreditamento agli accordi, dai *voucher* agli affidamenti per contratti di servizio che si rintracciano in differente modo sui territori regionali e locali, nonché al ricorso diretto alle associazioni di volontariato per mezzo di accordi<sup>67</sup>.

Simili dinamiche si verificano anche con riferimento agli interventi sollecitati per la valorizzazione dei beni culturali<sup>68</sup> e per la tutela dell'am-

<sup>65</sup> Secondo la giurisprudenza, però, questa collaborazione non deve spingersi fino al punto di ribaltare la relazione ordinaria, restando pur sempre in capo all'amministrazione il compito di controllare, vigilare ed esercitare discrezionalmente le proprie scelte al fine di determinare anche le aree della stessa collaborazione: tar Puglia, Lecce, 23 agosto 2010, n. 1860.

<sup>66</sup> Tali impostazioni hanno anche favorito l'elaborazione di un concetto diverso di sussidiarietà che ha come proprio oggetto privilegiato i rapporti fiscali: la cosiddetta "sussidiarietà fiscale". Cfr. L. ANTONINI, *La sussidiarietà come "principio speranza" di nuovi diritti sociali nella crisi del Welfare State*, in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino 2007, 233.

<sup>67</sup> Un chiaro esempio è il caso deciso in Tar Puglia, Bari, 8 ottobre 2009, n. 2373, in cui il giudice respinge il ricorso contro l'affidamento effettuato da un comune alla Caritas di una serie di servizi sociali, sulla base dell'argomento che la convenzione posta in essere non debba essere ascritta alla materia dei contratti pubblici, ma costituisce semmai espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, ispirata alla valorizzazione della solidarietà sociale. Cfr. anche D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, cit., 169-178.

<sup>68</sup> A titolo di esempio si cita l'art. 112, c. 9, cod. bb.cc. Cfr. anche D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., 269-270.

biente<sup>69</sup>. Anche in questo caso, l'intervento dei privati espressione di una libertà solidale è assunto con funzione integrativa dei servizi pubblici che devono necessariamente essere assicurati secondo standard prefissati<sup>70</sup>.

Nelle ipotesi qui citate, quindi, la sussidiarietà sociale non colma dei "vuoti" come nel caso della cittadinanza praticata o, per meglio dire, qui la sussidiarietà svolge una funzione incrementale, migliorando la gamma di servizi che i cittadini possono beneficiare per i propri bisogni<sup>71</sup>. Anzi, che lasciare questo spazio al solo mercato, le autorità pubbliche anche nel rispetto dell'art. 3, c. 2, cost., assumono dentro moduli pubblicistici esperienze solidali nella convinzione che in ragione dei bisogni che queste devono soddisfare esse rappresentano un valore aggiunto. In questo caso la sussidiarietà è assunta in moduli organizzativi di intervento a responsabilità pubblica per garantire risposte differenziate, secondo un nuovo paradigma che mette a frutto le risorse e le capacità che l'autorganizzazione sociale sa offrire<sup>72</sup>.

Diversamente, però, dalla sussidiarietà praticata le dinamiche riferite al paradigma sussidiario hanno normalmente anche contenuto patrimoniale e si configurano come veri e propri contratti o partenariati, da cui discende la necessità di verificare la compatibilità di questi istituti con la disciplina dei contratti pubblici. A tal riguardo il principio di sussidiarietà sociale non ha la forza di derogare le regole sulla concorrenza tutelata in modo particolare dall'ordinamento europeo e quindi agisce soprattutto come obbligo per i soggetti pubblici di garantire uno spazio anche all'offerta privata solidale, senza che vengano meno però le regole sulla concorrenza.

<sup>69</sup> In materia di rifiuti si veda l'art. 177, c. 5, cod. amb.

<sup>70</sup> Vanno in questa direzione le sentenze tar Puglia, Lecce, 18 luglio 2009, n. 1890 e tar Puglia, Lecce, 19 novembre 2009, n. 2795, che utilizzano il concetto di *governance culturale* per affidare alla collaborazione di una pluralità di soggetti il compito della gestione dei beni culturali.

<sup>71</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 26-27; A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, cit., 128-129; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 81; E. FERRARI, *Lo stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, cit. 115; D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, modelli e ruolo della concorrenza*, in A. PACI, D. DONATI (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, Bologna 2010, 217-222.

<sup>72</sup> L'elaborazione di un vero e proprio paradigma sussidiario che ridisegna le relazioni tra autorità pubbliche e privati, prevalentemente di natura sociale, contenente regole apposite alternative alle altre più conosciute e tradizionali del diritto amministrativo si deve a D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, cit., spec. 330-332.

In merito, tuttavia, occorre svolgere una serie di considerazioni. La prima riguarda la soglia del valore dei contratti che, nel caso di questi servizi, sovente è inferiore al minimo per i quali si richiede l'osservanza di procedure aggravate per il loro affidamento. Peraltro, le direttive europee in materia di appalti pubblici e di concessioni<sup>73</sup> hanno elevato ulteriormente tale soglia anche per ampliare la discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nella definizione dell'offerta dei propri servizi. A prescindere da questo, in ogni caso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia è piuttosto concorde nello stabilire nel confine tra economicità e solidarietà dell'attività il discrimine per l'applicazione delle direttive e della disciplina dei contratti<sup>74</sup> e in questa direzione va anche la direttiva sulle concessioni pubbliche, dir. 2014/23/UE. In altri termini, quando un'attività privata è erogata all'interno di sistemi pubblici a forte impronta solidaristica, le modalità di affidamento dei servizi possono variare altamente<sup>75</sup>. Ne discende che, essendo le esperienze di sussidiarietà diretta manifestazione di modelli solidali, gli istituti sopra menzionati restano spesso al di fuori delle regole di competizione.

Infine, non deve essere trascurato un recente indirizzo dell'UE, avviato dopo l'emanazione del nuovo Atto sul mercato unico I e II<sup>76</sup>, più favorevole a tollerare modelli di organizzazione di servizi alternativi a quelli di mercato anche al fine di responsabilizzare maggiormente le pubbliche amministrazioni e la sostenibilità dei bilanci pubblici, dal momento che l'affidamento diretto a organizzazioni di volontariato può spesso significare anche oneri minori per le risorse finanziarie pubbliche<sup>77</sup>. Tuttavia, si osserva che i limiti, i confini e la natura di questi rapporti convenzionali ancora presentano numerosi problemi di incertezza

<sup>73</sup> Ci si riferisce alle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE sulle concessioni pubbliche, n. 2014/24/UE in materia di appalti pubblici e n. 2014/25/UE sui settori speciali.

<sup>74</sup> In proposito si possono citare diverse sentenze, ma si limita a ricordarne due che simboleggiano gli argomenti di discrimine tra economicità e solidarietà poi ripresi in altre cause: C. giust., 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*; C. giust., 22 gennaio 2002, C-218/00, *Cisal*.

<sup>75</sup> Si veda ancora la già citata sentenza tar Puglia, Bari, 8 ottobre 2009, n. 2373.

<sup>76</sup> Si riferisce agli atti di comunicazione della Commissione, entrambi intitolati "Insieme per una nuova crescita", in cui si profila un approccio aperto nei confronti delle società a responsabilità sociale e anche dell'economica sociale: cfr. COM(2011) 216 definitivo e COM(2012) 573 final.

<sup>77</sup> Cfr. C. giust., 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a.*, con commento di E. FURIOSI, in *Riv. it dir. pub. CE*, 2015, 274. Si veda anche C. giust., 28 gennaio 2016, C-50/14, *Casta*.

applicativa che spesso finiscono per rimettere all'autorità giudiziaria il compito decisivo con effetti, però, che non contribuiscono al superamento del problema segnalato<sup>78</sup>.

## 6. *L'ampliamento della legittimazione processuale*

Occorre, in conclusione, sottolineare un'ulteriore prospettiva che il principio di sussidiarietà orizzontale è stato capace di delineare e che certamente era imprevedibile al momento in cui esso fu introdotto in costituzione: si tratta dell'utilizzo fatto dalla giurisprudenza amministrativa per ampliare la legittimazione processuale. È difatti invalso dopo il 2001 un orientamento giurisprudenziale che, specialmente con riferimento alla tutela dell'ambiente, ha assegnato ad associazioni e comitati di cittadini la possibilità di accedere alle vie giurisdizionali per la protezione di interessi diffusi, proprio in ragione del principio di sussidiarietà<sup>79</sup>. Si precisa a questo proposito che le pronunce più interessanti sono quelle in cui il principio non è utilizzato a supporto di verifiche tese a individuare

<sup>78</sup> Tale profilo è evidenziato da A. ALBANESE, C. MARZUOLI, *Assistenza, servizio pubblico, sussidiarietà*, in A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna 2003, 20; P. DE CARLI, *Gli affidamenti dei servizi sociali tra concorrenza e localismo*, in *Amministrare*, 2008, 400-410.

<sup>79</sup> Cfr. S. NESPOR, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: questioni nuove e vecchie*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 140; V. MONTANARI, *Brevi cenni sulla legittimatio ad causam delle associazioni ambientaliste periferiche e dei comitati "spontanei"*, in *Giust. amm.*, 2007, 678 ss.; P. DURET, *Riflessioni sulla legittimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, cit., 688 ss.; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino 2008, 136-43; F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in G. ARENA, G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Roma 2010, 159 ss.; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustizi abilità e prospettive di attuazione*, in *Ist. fed.*, 2011, 593 ss.; A. MAESTRONI, *Sussidiarietà orizzontale e vicinitas, criteri complementari o alternativi in materia di legittimazione ad agire?*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 528 ss.; R. LEONARDI, *La legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste: alcune acquisizioni ancora giurisprudenziali*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, II, 3 ss.; G. MASTRODONATO, *L'accesso alla giustizia per la protezione dell'ambiente nell'interpretazione della Corte di Giustizia e nel diritto interno*, in *Dir. e giur. agr., alim. e amb.*, 2012, 28 ss.; M.C. ROMANO, *Interessi diffusi e intervento nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm.-CdS*, 2012, 1691 ss.; P. DURET, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legittimatio ad causam*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2013, 1, 1 ss.; F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 413 ss.

la posizione differenziata del ricorrente portatore di interessi diffusi – dal momento che questo orientamento era ben presente anche prima della modifica costituzionale del Titolo V -, ma semmai quelle in cui la legittimazione è riconosciuta *ex parte obiecti*, ovvero in ragione del fatto che ai cittadini e alle loro organizzazioni è riconosciuto un ruolo attivo nella tutela ambientale che ben può giustificare l'azionamento di strumenti processuali quando le amministrazioni pubbliche non siano capaci di garantirla<sup>80</sup>.

In questo tipo di pronunce la ricerca di un interesse chiaramente differenziato cede il passo alla valutazione che alle organizzazioni sociali, che sono originate dalla libertà solidale delle persone, sia riconosciuto un valore infungibile nella tutela dell'ambiente, la cui forza può ben superare i limiti della mera legittimazione formale che proviene dalla presenza di una determinata associazione nel registro ministeriale<sup>81</sup>. Si tratta di passaggi ricostruttivi importanti, dal momento che viene riconosciuta la funzione di controllo sociale diffuso ai cittadini per preservare interessi primari quali, ad esempio, quello dell'ambiente. Peraltro, l'utilizzo del principio della sussidiarietà orizzontale per la legittimazione processuale implicitamente suppone la qualificazione in termini di interessi generali degli interessi dei ricorrenti. Si ripresenta in questo modo uno schema già visto in occasione della cittadinanza praticata: laddove gli interessi generali non riescono a essere ricompresi negli interessi pubblici come perseguiti dalle pubbliche autorità, il principio di sussidiarietà offre un'opportunità – questa volta mediata dal giudice – attraverso la quale i cittadini possono intervenire per salvaguardarli. Si supera grazie al principio di sussidiarietà tutto il dilemma teorico della protezione degli interessi adespoti che, in effetti, al di là delle finzioni adottate dal diritto per rendere armonico il quadro dei principi, sono sostanzialmente interessi generali<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 20 aprile 2007, n. 3518; Tar Calabria, 24 giugno 2011, n. 917; Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 21 gennaio 2013, n. 633; Tar Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 11 settembre 2013, n. 8206; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 22 ottobre 2013, n. 2336; Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2015, n. 839.

<sup>81</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 26 ottobre 2006, n. 5760; Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554.

<sup>82</sup> Si veda in questo senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2013, 142. In generale sulla non riconducibilità degli interessi adespoti allo stretto dato normativo, diversamente dall'interesse pubblico, sono da considerare le valutazioni di F.G. COCCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a*

Da ciò derivano almeno tre implicazioni. La prima riguarda l'arricchimento che il principio produce sulle forme di tutela processuale che, pur restando prevalentemente di ordine soggettivo, accolgono anche caratteri oggettivi che lasciano intravedere ulteriori sviluppi di trasformazione<sup>83</sup>. La seconda ricaduta che deriva dall'utilizzo del principio sulla legittimazione processuale attiene alla natura del confronto degli interessi che sono introdotti nel processo, dal momento che il giudice amministrativo è chiamato in questi casi ad arbitrare interessi coestesi, pubblici, da un lato, e generali, dall'altro, con una tecnica valutativa assai interessante che sembra essere più vicina a quella di equità che a quella tradizionale di legittimità. Ultima considerazione riguarda la possibilità attraverso la rilettura della legittimazione processuale per mezzo della sussidiarietà orizzontale di accedere all'azione popolare. Fin qui perfino la giurisprudenza che ha interpretato in modo più espansivo il principio è stata ben attenta a non travalicare il confine dell'azione popolare; tuttavia, resta da capire come questo limite possa ancora resistere in futuro se si pone mente al fatto che la sussidiarietà valorizza l'attività svolta per gli interessi generali dei "singoli" oltre che degli associati. Una volta che viene affermata la qualificazione di soggetto ordinamentale anche dei privati a fondamento della legittimazione processuale<sup>84</sup>, il limite che impedisce agli individui di essere portatori di interessi generali e per questo di accedere alle vie processuali sembra destinato a deflettere nel tempo.

Occorre ricordare che sviluppi in questo senso, sebbene non obbligati, paiono anche coerenti con la Convenzione di Aarhus che è stata accolta anche dall'ordinamento europeo.

*tutela di interessi collettivi*, Padova 1976, 60; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 7 ss.

<sup>83</sup> Cfr. A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano 2006, 306; V. PARISIO, *Commento all'art. 146, co. 13*, in M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2006, 980-981; R. LOMBARDI, *Le azioni collettive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino 2012, 208-216; P. DURET, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, cit., 40; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 371-372.

<sup>84</sup> Cfr. P. DURET, *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, cit., 726-727; poi ripreso anche in P. DURET, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, cit., 1 ss.

## 7. I limiti della sussidiarietà

Nei casi fin qui esaminati si è visto come la sussidiarietà orizzontale allarghi in modo significativo le forme di cittadinanza presentandosi come un principio davvero innovatore. Si tratta, peraltro, di un principio particolarmente abile ad ampliare e superare i limiti del principio di legalità inserendo forme di socialità nella sfera giuridica anche oltre i confini del diritto positivo, costringendo la pubblica amministrazione a farsi direttamente interprete della costituzione anche oltre il dato formale meramente legislativo. Questa sembra essere la cifra più significativa delle ricadute del principio, soprattutto perché applicato nella sfera del diritto pubblico. La crisi della legge e i limiti del principio di legalità, che sono diventati oramai un tema costante degli studi del diritto pubblico<sup>85</sup>, costituiscono un valido parametro di raffronto per apprezzare l'impatto del principio di sussidiarietà orizzontale.

Al contempo, però, il principio non è senza limiti e, anzi, deve comunque essere conciliato con gli altri principi costituzionali e generali<sup>86</sup>. Il che significa, naturalmente, che l'amministrazione che favorisce le autonome iniziative dei privati deve rispettare in modo rigoroso il principio di imparzialità, buon andamento e laicità, cosicché il vantaggio procurato nei confronti di alcune organizzazioni sociali non costituisca l'esito di una scelta arbitraria<sup>87</sup>. Il vantaggio accordato a taluni soggetti, pertanto, deve tener conto anche di eventuali iniziative concorrenti, deve essere fondato su scelte ragionevoli e possibilmente motivabili con dati che sappiano misurare esternalità positive e negative e, infine, deve saper tutelare i valori plurali di una società sempre meno culturalmente omogenea.

A questo proposito il rispetto del principio di trasparenza costituisce un necessario bilanciamento del principio del *favor* che è contenuto nella sussidiarietà, soprattutto in considerazione del limitato contributo che il principio di legalità può offrire<sup>88</sup>. La limitatezza degli spazi per l'applica-

<sup>85</sup> Il tema è largamente affrontato ad esempio da F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007, spec. 27-37.

<sup>86</sup> Ricostruzioni molto interessanti erano già presenti in U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965, 147-149.

<sup>87</sup> Così in modo particolare P. CHIRULLI, *Autonomia e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 295.

<sup>88</sup> Cfr. C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 95; A. TRAVI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: i Confini Incerti di una Categoria*, cit., 15.

zione delle regole che salvaguardano la concorrenza non esenta l'amministrazione a rispettare procedure rigorose di affidamento di servizi o beni, perché sussistono comunque esigenze di trasparenza a garanzia di terzi che la pubblica amministrazione deve garantire<sup>89</sup>. La terzietà dell'amministrazione in esperienze sussidiarie consiste, infatti, in maggior misura nel garantire un controllo diffuso e capillare delle modalità di scelta dei soggetti cui ricorrere, nonché delle azioni compiute. Obbligati pertanto a fornire informazioni e mettere a disposizione dati sono anche i cittadini e le loro associazioni chiamate a svolgere attività di interesse generale, anche oltre i confini, peraltro già non rigidi, esistenti<sup>90</sup>.

In considerazione, peraltro, del vasto ricorso agli strumenti negoziali che il principio determina, altri principi di temperamento sono utili al fine di limitare il potere di recesso unilaterale delle pubbliche amministrazioni anche per prevenire interpretazioni che sottovalutino il carattere vincolante degli accordi: il legittimo affidamento e la proporzionalità. Infatti, il rischio per gli "accordi di cittadinanza", data la loro atipicità, è il mancato riconoscimento di una loro validità giuridica che potrebbe essere suscitata da una supposta pariteticità assoluta tra i soggetti contraenti. Quanto detto dianzi sia sul fondamento di tali accordi, sia sulla valenza attribuita al principio di sussidiarietà orizzontale dovrebbero costituire argini sufficienti per prevenire tale rischio. Di contro, allo stesso tempo, data la natura intrinsecamente pubblica degli oggetti di tali accordi, non può essere escluso l'uso del potere di recesso delle pubbliche amministrazioni il cui esercizio, però, deve essere contenuto entro principi generali dell'ordinamento quali sono quelli appena richiamati. Dunque, un potere di questa natura sarebbe ammissibile solo in caso di interesse pubblico sopravvenuto e contrastante con quello curato dai citati accordi<sup>91</sup>. Il recesso, tuttavia, può essere considerato legittimo

<sup>89</sup> Ne è una riprova la delibera ANAC, 20 gennaio 2016, n. 32, che, pur non imponendo una disciplina di applicazione specifica per affidamenti di servizi a soggetti di volontariato e *non profit*, richiama la necessità che siano osservate regole di trasparenza per garantire la legittimità degli stessi affidamenti.

<sup>90</sup> Nel già citato regolamento dei beni comuni urbani del comune di Bologna, ad esempio, è previsto, da un lato, il principio generale dell'inclusività e apertura che deve consentire in ogni momento ad altri cittadini di partecipare alle iniziative di cura e rigenerazione già promossi e, dall'altro, si stabilisce all'art. 30 delle disposizioni volte a garantire la rendicontazione dell'attività compiuta e svolta dai cittadini attivi a garanzia della trasparenza.

<sup>91</sup> Cfr. S. D'ANCONA, *La Revoca e il Recesso nelle Concessioni Amministrative*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritte su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano 2013, 607-610.

solo se motivato adeguatamente, proporzionato ai fini sopraggiunti e se accompagnato da forme di indennizzo che potrebbero sostanziarsi anche in misure compensative “sociali” per la comunità. Non pare, infine, che al potere di recesso possano applicarsi i limiti al potere di autotutela recentemente stabiliti dall’art. 6, l. 7 agosto 2015, n. 124, visto il diverso campo di applicazione della disciplina innovata che nulla ha a che fare con il recesso da accordi.

Infine, implicazioni rilevanti si determinano sul piano delle responsabilità che sono soggette a una complessiva ridefinizione. La sussidiarietà, infatti, implica una responsabilizzazione aggravata da parte dei cittadini, in ragione del fatto che agiscono per la tutela di interessi generali. In questo senso, pertanto, non solamente sono pienamente applicabili le regole ordinarie delle responsabilità civili e penali, ma si possono configurare nuove ipotesi di responsabilità aggravata<sup>92</sup>. Una di queste potrebbe essere l’estensione dell’applicazione dell’art. 2051 cod. civ. per nuove fattispecie comprendenti interessi generali: la cura, la gestione e la rigenerazione di beni, spazi e servizi configura pur sempre una funzione di custodia, sia pure per interessi generali, rispetto alla quale i cittadini possono essere chiamati a rispondere. In tali casi, dunque, il danno provocato per cattiva manutenzione comporta una responsabilità diretta oggettiva nei confronti di quei cittadini a cui è affidata la cura di un determinato bene, spazio o servizio, salvo che si dimostri il carattere fortuito dell’evento dannoso.

Altrettanto, le esperienze sussidiarie potrebbero ridefinire lo spazio di applicazione, nonché delle cause di esenzione della responsabilità amministrativa per i funzionari pubblici. I cambiamenti delineati, infatti, producono conseguenze organizzative significative con una distribuzione diffusa delle responsabilità, anche in considerazione del fatto che la legittimità delle azioni è data dal risultato prodotto e dall’efficacia dell’azione<sup>93</sup>. È immaginabile pertanto un crescente oneroso ruolo anche del giudice contabile. Da questo punto di vista, già ora sono emersi indirizzi giurisprudenziali contabili che esonerano da responsabilità funzionari e dirigenti che accordano condizioni di vantaggio per cittadini e as-

<sup>92</sup> Di questa opinione anche D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, modelli e ruolo della concorrenza*, cit., 212-214.

<sup>93</sup> Cfr. G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena 1996, I, 298, che allude a nuove forme di responsabilità dell’amministrazione, liberata dalle costrizioni formali e dai condizionamenti politici, e tesa verso la realizzazione di funzioni obiettive.

solezioni quando l'attività compiuta è considerata congruente con le finalità di interesse pubblico<sup>94</sup>. In questo senso, dunque, gli accordi di cittadinanza che permettono di stabilire il riconoscimento di interesse generale di determinate azioni da parte dei cittadini possono esentare da responsabilità gli amministratori pubblici nel caso in cui l'impegno prefigurati vantaggi specifici. Allo stesso tempo non si può escludere un'estensione della responsabilità contabile per i cittadini qualora dal danno provocato nell'azione di gestione si verificano gravi perdite per l'erario. Gli indirizzi della Corte di cassazione e dello stesso giudice contabile in materia di giurisdizione della Corte dei conti potrebbero prefigurare ipotesi di questo genere<sup>95</sup>.

Da questa breve rassegna di limiti del principio di sussidiarietà, emerge che se, da un lato, gli strumenti e le regole del diritto privato pervadono le esperienze di sussidiarietà, le regole di diritto pubblico guadagnano aree di applicazione ulteriori. Diritto pubblico e diritto privato si contaminano e integrano in forma innovativa allo scopo di garantire una nuova modalità di cura degli interessi generali estendendo le forme di cittadinanza. Si riscopre così, grazie al principio di sussidiarietà orizzontale, la ricchezza e la pluralità delle fonti del diritto rinvigorendo una caratteristica tradizionale del diritto europeo<sup>96</sup>, proiettato tuttavia in un contesto nuovo dove l'interesse generale trova esplicita e riconosciuta centralità ma non più assorbito dalla sola legge. Esso appare, viceversa, il frutto di dinamiche molto diverse (applicazione diretta della costituzione, superamento dei limiti della statualità, affermazione di un diritto comunitario della cittadinanza) ma convergenti nello stabilire nuove condizioni di legittimazione.

<sup>94</sup> Si veda tra gli altri l'interessante studio di G. BOTTINO, *I modelli convenzionali di Partenariato Pubblico-Privato: la Giurisdizione della Corte dei Conti*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritte su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano 2013, 510 ss., che conferma la progressiva estensione della giurisdizione contabile in occasione dei partenariati.

<sup>95</sup> Il riferimento è ovviamente all'ormai nota ordinanza Cass., 22 dicembre 2003, n. 19667, seguita poi da altre pronunce omogenee sull'estensione della giurisdizione contabile, ancorché presentino varianti in qualche caso. Per la giurisdizione contabile si veda da ultimo Corte dei conti, 16 settembre 2015, n. 486, a proposito dell'estensione della responsabilità di una fondazione di partecipazione. Si veda anche per l'attività di controllo Corte dei conti, sez. controlli, Piemonte, 2 dicembre 2015, n. 171.

<sup>96</sup> Si veda P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007.



## ATTUALITÀ

### *Nuove procedure obblative nel Codice dell'Ambiente: tra amministrazione attiva ed accertamento giudiziale*

Giacomo Biasutti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'estinzione delle contravvenzioni ambientali. – 3. Raffronto con la disciplina del Decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758. – 4. Ambito applicativo e problemi di accesso. Il giusto procedimento amministrativo. – 5. Segue: sul regime giuridico degli atti di accertamento preventivo. – 6. Questioni di diritto intertemporale. – 7. Ulteriori profili di interesse nel dipanarsi del procedimento. – 8. Segue: sulle garanzie di prevedibilità dell'azione amministrativa e sulle possibili interferenze tra procedimento e processo. – 9. Annotazioni conclusive: gli effetti della nuova disciplina tra repressione penale e pienezza del diritto proprietario.

*1. Introduzione.* – Spesso accade che l'introduzione di un nuovo istituto giuridico deflattivo in materia penale susciti notevole interesse ma anche, di pari passo, notevoli perplessità interpretative. È così anche per l'oblazione semplificata delle contravvenzioni ambientali, laddove la formula coniata dal legislatore pare consegnarci un procedimento dalla natura proteiforme, diremmo quasi un ibrido funzionale sospeso tra il processo penale ed il procedimento amministrativo. Avviene perciò che le iniziali perplessità aumentino progressivamente per chi volesse porre ordine all'ennesima novella che finisce con l'alterare un assetto, ovvero una convivenza, tra due apparati (amministrazione e giurisdizione) che vengono a contendersi la materia ambientale.

Di qui l'attenzione dedicata ad un nuovo procedimento oblativo introdotto dalla legge 22 maggio 2015, n. 68<sup>1</sup> che, seppur anticipato in settori eterogenei

<sup>1</sup> “Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente”. Il legislatore ha innanzitutto introdotto nell'ordinamento nuove fattispecie di aggressione ambientale sotto forma di delitto: inquinamento ambientale (art. 452-*bis* d.lgs. n. 152/2006 – T.U.A. o, ancora, Codice dell'Ambiente); morte o lesioni come conseguenza non voluta del delitto di inquinamento ambientale (art. 452-*ter* T.U.A.); disastro ambientale (art. 452-*quater* T.U.A.); traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452-*sexies* T.U.A.). Al contempo, tuttavia, si è delineato, agli artt. 318-*bis* ss. un nuovo procedimento da dedicare specificamente ai casi di contravvenzioni in materia ambientale che “*non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette*”. L'istituto, pur essendo passato quasi sotto traccia a causa della eco suscitata dai più gravi delitti di nuova introduzione, contribuisce con pari dignità nell'apprestare una risposta sanzio-

dell'ordinamento, appare del tutto inedito. Colpiscono, infatti, i termini usati per delineare le nuove attribuzioni della P.A., che nella veste di (ancella dell') autorità di vigilanza competente, *impartisce prescrizioni, proroga termini, accerta e verifica, trasmette notizie di reato*. Atti e provvedimenti, questi ultimi, che ove irreggimentati in una ben precisa sequenza temporale sfociano alternativamente nell'estinzione della contravvenzione ovvero nella prosecuzione del processo penale. È, in altre parole, attività amministrativa che influenza – quasi, forse, impinge – direttamente il potere giurisdizionale.

L'intenzione sottesa del legislatore pare, infatti, essere quella di rovesciare una prassi consolidata di subordinazione all'organo inquirente degli uffici amministrativi che collaborano nel processo. Di qui la domanda circa il reale scopo della riforma: ad una indubbia finalità deflattiva del contenzioso sembra invero intrecciarsi un secondo – e, come si vedrà, non meno importante – intento preventivo e ripristinatorio specifico del diritto ambientale.

Dalla pervasività dell'ingerenza amministrativa nel processo sorge dunque la necessità di ricostruzione sistematica del nuovo istituto. Ciò al fine di individuare un inquadramento coerente, da un lato, con le finalità – reali o velate – della novella, dall'altro con le esigenze di tutela dei beni coinvolti. Libertà di iniziativa economica, rispetto delle prerogative di godimento proprietario e tutela dell'ambiente paiono costretti ad una convivenza in tensione. L'analisi del procedimento, con particolare attenzione alle criticità applicative, consentirà infatti di trarre alcune conclusioni sull'influenza di questo nuovo modulo oblativo *sui generis* sugli assetti proprietari dei terreni coinvolti da ecoreati. È, infatti, all'attività del proprietario fondiario, quale interlocutore privilegiato dell'ecosistema, che può rivolgersi con più significato la nuova disciplina.

2. *L'estinzione delle contravvenzioni ambientali*. – L'art. 1, comma 9, della l. n. 68/2015 introduce al Testo Unico Ambiente la “*Parte sesta-bis*”, dettando la “*Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale*”. L'art. 318-*bis*, circoscrive innanzitutto l'ambito applicativo della nuova disciplina, che si vuole applicata alle sole ipotesi contravvenzionali che non abbiano causato danno o pericolo concreto ed attuale di danno alle risorse paesaggistico-ambientali protette.

Gli adempimenti descritti nei successivi sei lemmi sembrano quindi posti in sequenza logica e cronologica, tuttavia molto sfugge alla prima epidermica lettura.

In primo luogo, ancorché la disciplina non specifichi nel dettaglio questo fondamentale passaggio, si ha la cernita delle fattispecie di illecito. In via preli-

natoria complessivamente più flessibile ed adeguata ai fenomeni aggressivi dell'ecosistema e del paesaggio.

minare, si deve, infatti, stabilire se l'ipotesi in considerazione da parte dell'autorità giudiziaria rientri nell'ambito applicativo del nuovo procedimento. Da un lato il discrimine temporale parrebbe ben preciso, avendo il legislatore dettato una specifica disciplina intertemporale transitoria che esclude i procedimenti in corso (art. 318-*octies*). Dall'altro appare tuttavia problematico stabilire l'esatta portata applicativa dell'oblazione semplificata sia dal punto di vista formale che sostanziale.

Superato il vaglio di ammissibilità, l'organo di vigilanza<sup>2</sup>, ovvero la polizia giudiziaria, nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 55 c.p.p.<sup>3</sup>, impartisce al contravventore una apposita prescrizione volta alla remissione in pristino o, meglio, alla neutralizzazione delle conseguenze ambientali della condotta di reato (art. 318-*ter*). L'organo procedente, peraltro, può pure stabilire ordini di sterilizzazione della situazione di rischio creatasi ovvero imporre la cessazione dell'attività pericolosa. Per la regolarizzazione è fissato un termine a favore del trasgressore, passibile di essere prorogato per sopravvenute esigenze tecniche apprezzate individualmente. Questo provvedimento necessita dunque di essere espressamente asseverato dall'organo tecnico competente in materia, che in concreto sarà una P.A., diversa dall'organismo di vigilanza e dotata di adeguate conoscenze scientifiche in materia ambientale<sup>4</sup>.

Per vero, pare che prescrivere l'asseverazione tecnica della prescrizione equivalga di fatto ad imporre una sorta di *nulla osta*, spostando così il baricentro in favore dell'attività amministrativa a discapito del controllo diretto da parte dell'inquirente, che viene esercitato solamente sulla P.G.

Conclusa la fase prescrittiva, si passa a quella esecutiva<sup>5</sup>, il cui protagonista è il contravventore con la propria attività di remissione *in pristino*.

Spirato il termine stabilito dall'atto di prescrizione, si apre quindi la fase di

<sup>2</sup> Non si rinviene una definizione normativa di "organo di vigilanza". Indirettamente, alcune indicazioni si possono ricavare dall'art. 13, l. n. 689/1981, che delinea i poteri dei soggetti deputati in via generale al controllo ed alla repressione degli illeciti amministrativi (con termini peraltro assai simili a quelli del T.U.A. in esame). Proprio tali illeciti risultano infatti quantitativamente di particolare rilievo in materia ambientale. In via di approssimazione, si può pertanto affermare che l'organismo di vigilanza è il soggetto giuridico deputato all'accertamento ed alla comunicazione all'ufficio inquirente delle ipotesi di reato ambientale. Pare tuttavia che, stante la collocazione sistematica dell'art. 318-*bis* ed il richiamo diretto ivi effettuato all'art. 55 c.p.p., questo soggetto debba giocoforza rivestire la qualifica di polizia giudiziaria. Ciò esclude, ad esempio, che A.R.P.A. possa essere inclusa in via generalizzata al novero degli organi di vigilanza cui la normativa fa riferimento (cfr. Consiglio di Stato, sede consultiva, sez. II, 26 luglio 2012, n. 3387).

<sup>3</sup> (Funzioni della polizia giudiziaria): "La polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale. Svolge ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria. Le funzioni indicate nei commi 1 e 2 sono svolte dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria".

<sup>4</sup> Quale, ad esempio, A.R.P.A., che si è visto non poter essere qualificata autonomamente quale organo di vigilanza, cfr. nota 2.

<sup>5</sup> Che può invero consistere pure nella mancata esecuzione degli ordini impartiti.

verifica, che si protrae per i sessanta giorni successivi (art. 318-*quater*). L'organo procedente provvede in questo lasso temporale all'accertamento nell'*an* – verificando se siano state eliminate le conseguenze ambientali della violazione – e nel *quomodo* – riscontrando se l'eliminazione sia avvenuta secondo le modalità prestabilite<sup>6</sup>. Anche in questa fase, risulterà fondamentale l'apporto tecnico della P.A. asseverante, chiamata in concreto a svolgere i riscontri fattuali. Invero, se l'organo di vigilanza è privo di competenze adeguate all'emanazione autonoma della prescrizione – tanto che il relativo atto deve essere sottoposto ad asseverazione esterna – non si vede come questo potrebbe poi riscontrare l'immutazione della realtà eseguita in ossequio ad un provvedimento il cui contenuto è stato eterodeterminato. In altre parole, è la stessa previsione di un *nulla osta sui generis* ad imporre che le verifiche di adempimento siano eseguite dallo stesso soggetto che ha dato il proprio *placet* alle disposizioni impartite per il ripristino ambientale.

Si giunge quindi ad un'alternativa. Se la verifica ha esito positivo, il contravventore è ammesso a pagare il quarto del massimo dell'ammenda stabilita per il reato per cui si procede. Entro ulteriori sessanta giorni (centoventi totali dallo spirare del termine della prescrizione), l'organo accertatore comunica l'adempimento – e l'eventuale pagamento – al P.M. procedente. Qualora risulti, invece, che la prescrizione non è stata adempiuta, il medesimo organo ne informa il contravventore ed il P.M. entro trenta giorni (novanta totali dallo spirare del termine di cui al primo provvedimento).

L'ultima fase del susseguirsi causale di questi adempimenti<sup>7</sup>, o per meglio dire l'effetto giuridico che questi producono, è l'estinzione della contravvenzione: il Pubblico Ministero ha, infatti, l'obbligo di chiedere l'archiviazione della notizia di reato qualora riceva la comunicazione di avvenuto pagamento della sanzione (art. 318-*septies*). In caso di adempimento tardivo o difforme, peraltro, la normativa consente comunque di valutare il fatto ai fini dell'oblazione *ex art. 162-bis* c.p. riducendo la somma dell'ammenda alla metà del massimo prescritto<sup>8</sup>.

Il procedimento in esame incide invero non solo ai fini dell'estinzione del reato, ma anche *medio tempore* sul processo penale *in itinere*, sospendendolo dal momento dell'iscrizione a registro della *notitia criminis* sino alla comunicazione

<sup>6</sup> Un tanto lo si ricava *ex inverso*, combinando all'art. 318-*quater* il disposto di cui dell'art. 318-*septies*, comma 3, ove si legge che "l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione" potrebbe pure avvenire "con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza".

<sup>7</sup> Ovverosia l'ottemperanza della prescrizione ed il conseguente pagamento della somma stabilita *ex art. 318-quater*, comma 2.

<sup>8</sup> Per una trattazione articolata della "nuova" oblazione prevista nel codice penale, si rinvia a F. MUCCIARELLI, *Art. 126*, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA (a cura di), *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano 1982, 534 ss.

di verifica dell'adempimento (art. 318-*sexies*). La sospensione, in ossequio al principio penalistico di *favor rei*, non preclude tuttavia l'eventuale richiesta di archiviazione della notizia di reato da parte dell'organo inquirente. Al contempo, tuttavia, non risulta preclusa nemmeno la possibilità di esperire l'incidente probatorio, gli atti urgenti ovvero l'esecuzione del sequestro preventivo ai sensi degli artt. 321 e ss. c.p.p., nell'evidente intento di non vanificare il corretto accertamento giurisdizionale dei fatti e garantire l'effettività delle statuizioni processuali.

Peraltro, l'integrazione – o l'interferenza – dell'attività della P.A. rispetto all'esercizio dell'azione penale è ulteriormente amplificata dalla previsione che impone al P.M. che riceva la notizia di reato da una amministrazione o soggetto diverso dall'organo di vigilanza, di informare tempestivamente l'organo accertatore acciocché instauri il procedimento che si è ora delineato (318-*quinquies*).

Ecco quindi come l'intreccio delle disposizioni dimostra una interferenza problematica tanto per la P.A. quanto per il Pubblico Ministero, che sono entrambi preordinati ad osservare il medesimo fatto con "occhi" diversi (in ragione del bene tutelato e delle garanzie richieste).

3. *Raffronto con la disciplina del Decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758.* – Per la migliore intelligenza dell'innovazione legislativa, oltre che per rendere alcuni spunti alla soluzione delle questioni che si proporranno, giova rammentare brevemente le norme dalle quali deriva la nuova parte VI-*bis* del T.U.A. Si tratta degli artt. 19 ss. del d.lgs. n. 758/1994, recante "Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro". Senza richiamare analiticamente la procedura giuslavoristica, pare utile procedere ad una comparazione che ponga in evidenza i profili salienti di comunanza e divergenza delle diverse prescrizioni.

La prima, fondamentale, differenza si rinviene già all'art. 19 del d.lgs. ora menzionato, che, diversamente da quanto avviene all'art. 318-*bis* T.U.A., definisce in maniera circostanziata e puntuale l'ambito di applicazione del procedimento, precisando in particolare il relativo riparto di competenze<sup>9</sup>. Infatti, si intende per "contravvenzioni, i reati in materia di sicurezza e di igiene del lavoro puniti con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda in base alle norme indicate nell'allegato I" e per "organo di vigilanza, il personale ispettivo di cui all'art. 21, terzo comma, della legge 23 dicembre 1978, n. 833, fatte salve le diverse competenze previste da altre norme"<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Seppur approntando una elencazione densa di rinvii interni ed esterni che non brilla certo per chiarezza espositiva.

<sup>10</sup> L'articolo richiamato riguarda l'organizzazione del servizio sanitario di prevenzione. Precisa peraltro la norma come "la definizione ... non si applica agli effetti previsti dall'art. 60, primo comma, e 127, in relazione all'art. 34, primo comma, lettera n), della legge 24 novembre 1981, n. 689 nonché degli articoli 589, comma secondo, e 590, commi terzo e quinto, del codice penale".

L'art. 20 del medesimo d.lgs. tratta quindi l'emanazione ed il contenuto della prescrizione. Qui la differenza è di ancor maggiore rilievo, ove il d.lgs. n. 758/1994, pur disegnando poteri analoghi appannaggio dell'organismo di vigilanza, non prevede alcun tipo di asseverazione tecnica del provvedimento da parte di soggetti esterni.

Non si riscontrano invece discrasie di rilievo quanto alle verifiche dell'adempimento (art. 21). Anzi, in questo caso, preme richiamare come il termine ultimo per l'esecuzione dei controlli permanga lo stesso (sessanta giorni) pur nella significativa differenza delle materie disciplinate. Forse questo profilo avrebbe meritato una valutazione differente in sede legislativa, stante la complessità tecnica peculiare della normativa ambientale.

Una precipua differenza si rinviene, inoltre, con riguardo alla comunicazione delle notizie di reato da parte dell'organo di vigilanza in favore del P.M. Laddove la disciplina giuslavoristica impone un termine non superiore a sessanta giorni dall'appresa conoscenza da parte degli uffici, il T.U.A. si limita a prescrivere l'adempimento "senza ritardo". Tale modifica può risultare maggiormente confacente, come si accennava, all'elevata incidenza della componente tecnica nei procedimenti in materia ambientale ed al coinvolgimento di soggetti esterni rispetto all'organo di vigilanza. Appare tuttavia affatto trascurabile il rischio che tra le maglie delle procedure alcune notizie di reato vadano perse o che, comunque, si crei un significativo screzio temporale tra cognizione del fatto-reato e sua persecuzione<sup>11</sup>.

Un ulteriore disallineamento nella disciplina è poi prodotto dalla trascrizione della disposizione in materia di sospensione del procedimento penale. Qui la differenza si rinviene nella perdita dell'automatismo dovuto all'infruttuoso decorso del termine nel quale l'organo di vigilanza deve comunicare l'esito delle verifiche. Il d.lgs. n. 758/1994 stabilisce, infatti, l'automatico venir meno della sospensione processuale al decorso del termine, nel caso in cui l'organo non comunichi la propria decisione in ordine all'adempimento. Nel novellato T.U.A., invece, tale disposto manca del tutto. Il processo rimane pertanto sospeso fino a che non giunga la comunicazione sulle risultanze dei controlli tecnici appannaggio dell'amministrazione competente; e ciò amplifica ulteriormente l'incidenza dell'attività degli uffici sul processo penale. Si rischia, in altre parole, una significativa dilatazione dei tempi processuali, il cui contraltare è l'incertezza delle situazioni giuridiche soggettive – anche patrimoniali – del privato.

Infine, quanto all'effetto estintivo del reato, la disciplina giuslavoristica per-

<sup>11</sup> Per l'analisi del problema, in diritto penale generale, pare utile il rinvio a G. FUMU, *Art. 335 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Torino 1990, 58 ss., ma anche M. TIBERI, *In tema di ritardi nell'iscrizione della notizia di reato*, in *Giur. it.*, 2000, particolarmente puntuale nell'analisi delle conseguenze pratiche delle incongruenze temporali. In giurisprudenza, utile invece il riferimento a Corte di Cassazione penale, sez. II, 21 febbraio 2008.

mane trasposta sostanzialmente inalterata nel d.lgs. n. 152/2006. Se medesimo è il risultato giuridico conseguito, ben diversi sono tuttavia i percorsi – e le correlate responsabilità – che conducono all'estinzione delle contravvenzioni, come dimostra la lettura ragionata del nuovo corpo normativo.

4. *Ambito applicativo e problemi di accesso. Il giusto procedimento amministrativo.* – Come si anticipava, suscita non poche perplessità la formulazione dell'art. 318-bis T.U.A., che definisce in linea generale ed astratta l'ambito di applicazione dell'oblazione semplificata: l'articolo riferisce il procedimento alle sole “*ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal presente decreto*”. Tuttavia, a leggere la rubrica della Parte VI-bis, parrebbe che le nuove norme possano esser applicate non solo agli illeciti penali, ma anche a quelli amministrativi. Il principio di *favor rei*<sup>12</sup> dovrebbe implicare la massima dilatazione possibile delle fattispecie di attenuazione del carico repressivo, con l'ammissione al procedimento estintivo anche delle ipotesi di illecito amministrativo. Pare militare a favore di questa posizione pure l'intenzione del legislatore storico, che avrebbe preordinato il rimaneggiamento del d.lgs. n. 152/2006 alla creazione di uno strumento deflattivo particolarmente duttile e, per sua natura, espansivo. Tuttavia *rubrica legis non est lex*; per di più, la lettura del disposto normativo pare risolvere ogni residuo dubbio esegetico: non si rinviene infatti alcun articolo che non sia coniato con esclusivo riferimento all'oblazione di sanzioni penali. La novella detta quindi una “*disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi*” che non si applica agli illeciti amministrativi.

Ristretto l'ambito di indagine alle sole ipotesi di rilevanza penale della condotta, si pone il problema di applicare il nuovo procedimento alle contravvenzioni disciplinate al di fuori del Codice dell'Ambiente<sup>13</sup>. Anche in questo caso, l'incertezza è provocata dalla rubricazione della nuova parte, che tratta genericamente degli illeciti “*in materia di tutela ambientale*”. La soluzione dell'antinomia deve nuovamente attestarsi a favore di una applicazione ristretta della disci-

<sup>12</sup> Non ci si può dilungare in questa sede circa la *vexata quaestio* dell'applicabilità del principio in parola alla generalità delle norme afflittive – ivi comprese le sanzioni amministrative. Si rinvia, per la chiarezza espositiva, *ex multis*, a Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 1998, parere n. 1317, secondo cui trovano applicazione alle sanzioni amministrative tutti i “*principi generali in materia di diritto punitivo*”. In dottrina, di capitale importanza nel precisare la portata del principio, si veda M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli 1983, 82 ss.

<sup>13</sup> Lo riprova come l'Ufficio del Massimario penale della Corte di Cassazione ha espresso dubbi sulla possibile estensione della nuova Parte VI-bis ad ipotesi di reato ulteriori rispetto a quelle contenute nel d.lgs. n. 152/2006. Cfr. Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario, settore penale, rel. n. III/04/2015, Roma, 29 maggio 2015. L'Ufficio sostiene, invero, che l'effettiva estensione applicativa della disciplina dovrà essere verificata concretamente, senza tuttavia prendere posizione espressa circa la soluzione da ritenersi preferibile.

plina. L'art. 318-*bis* riferisce, infatti, il procedimento esclusivamente alle ipotesi contravvenzionali in materia ambientale “*previste dal presente decreto*”. Diversamente opinando, si finirebbe con lo sconfinare in un'opera additiva dell'interprete difficilmente accettabile – per quanto forse in linea con la *ratio* e la *rubrica legis*. Certo è, tuttavia, che così facendo si giunge all'iniquità sostanziale: ipotesi meno gravi, non a caso sanzionate come illeciti amministrativi, scavalcano e vengono tutelate da un più pervasivo strumento sanzionatorio-pecuniario cui non è data reversibilità.

Una volta esclusa l'applicabilità della nuova procedura alle contravvenzioni *extra vagantes* ed agli illeciti amministrativi, un ulteriore problema riguarda invece le singole tipologie contravvenzionali che accedono al trattamento oblativo. Come noto, infatti, tali reati possono essere puniti alternativamente o congiuntamente con l'arresto e l'ammenda. Armonizzando la disposizione di cui all'art. 318-*bis* con il comma 2 dell'art. 318-*quater*<sup>14</sup>, parrebbe evincersi che il nuovo procedimento si applichi sicuramente alle contravvenzioni punite con la sola ammenda, estinte con il pagamento del quarto del massimo. Residuano dubbi, invece, circa le diverse ipotesi punitive. Potrebbero, infatti, presentarsi due diverse soluzioni. La prima consisterebbe nell'escludere dall'oblazione semplificata tanto i reati puniti con il solo arresto quanto quelli sanzionati a pena eterogenea congiunta. La seconda porterebbe invece ad escludere le sole contravvenzioni punite esclusivamente con l'arresto. Entrambe le ipotesi, tuttavia, prestano il fianco a rilievi difficilmente superabili. La prima soluzione risulta assai più restrittiva, ed innanzitutto in contrasto con l'intento deflattivo che ha ispirato le nuove norme, inficiandone in maniera grave l'efficacia complessiva. Ben più insostenibili sono tuttavia le conseguenze nel caso si aderisse alla seconda tesi. *In primis*, una volta concesso il pagamento del quarto dell'ammenda, si resterebbe innanzi al vuoto giuridico di stabilire quale sia la sorte della sanzione detentiva nel silenzio della legge. Sicuramente quest'ultima non potrebbe venir meno *sic et simpliciter*. Né pare potersi dare adito a forme di equità caso per caso, che produrrebbero inaccettabili incertezze pratiche e giurisprudenziali. Inoltre – e ciò è ancor più problematico – la tesi porta ad una applicazione assolutamente ingiusta della normativa, includendo nel procedimento di favore le ipotesi più gravi (punte infatti cumulativamente con arresto ed ammenda), escludendo

<sup>14</sup> Per comodità, si riporta il testo delle norme ora ricordate. 318-*bis* (Ambito di applicazione): “Le disposizioni della presente parte si applicano alle ipotesi contravvenzionali in materia ambientale previste dal presente decreto che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette”. 318-*quater* (Verifica dell'adempimento): “... Quando risulta l'adempimento della prescrizione, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa. Entro centoventi giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione, l'organo accertatore comunica al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione nonché l'eventuale pagamento della predetta somma ...”.

quelle più lievi (punte con il solo arresto)<sup>15</sup>. Peraltro, non avrebbe miglior sorte una soluzione mediana, che includesse all'ambito applicativo le sole contravvenzioni punite in via alternativa, ove nel caso concreto si decidesse di procedere alla comminatoria della sola pena pecuniaria. Questo criterio è privo di valenza descrittiva generale, dunque non scongiura il rischio dell'arbitrio nella prassi. Per di più la proposta non regge nemmeno dal punto di vista strettamente logico, poiché la decisione sulla pena da comminare concretamente non può che considerarsi un *posterius* rispetto all'accesso al procedimento, che avviene con l'iscrizione della notizia di reato.

Per recuperare un automatismo che possa dare dignità generalizzata alla soluzione, sarebbe allora preferibile considerare la conversione automatica della pena privativa della libertà personale in sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art. 135 c.p., nei limiti di legge: ciò consentirebbe peraltro l'applicazione della disciplina non solo alle ipotesi punite con pena congiunta, ma anche a quelle punite con il solo arresto. L'ammontare della conversione sarebbe stabilito dallo stesso art. 318-*quater*: se il reato in via generale si estingue con il pagamento del quarto del massimo dell'ammenda, in caso di pena congiunta si estinguerà pagando (anche) il quarto del massimo del risultato di conversione pecuniaria dell'arresto. Una risposta analoga era già stata invero proposta con riferimento ad un problema simile in tema di reato continuato tra ipotesi a pene eterogenee<sup>16</sup>. Parrebbe inoltre militare a favore di questa soluzione pure il raffronto con la disciplina giuslavoristica, laddove l'art. 19, d.lgs. n. 758/1994, prevede l'applicabilità della disciplina ai "reati in materia di sicurezza e di igiene del lavoro puniti con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda". La soluzione estensiva si scontra tuttavia nuovamente con il dato letterale<sup>17</sup>. Non si può mancare di notare, infatti, come l'art. 318-*quater*, comma 2, riferisca solamente del pagamento del quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione, nulla dicendo, invece, in ordine all'arresto. In definitiva, in assenza di una *actio finium*

<sup>15</sup> Per avere un riferimento concreto, basti pensare all'abbandono dei rifiuti commesso dai titolari di imprese; all'attività di gestione non autorizzata degli stessi; all'omessa bonifica, per la quale è prevista pena alternativa, se si tratta di rifiuti non pericolosi, mentre è invece prescritta pena congiunta, qualora si tratti di rifiuti pericolosi.

<sup>16</sup> Significativo il principio, seppur successivamente rivisto dagli Ermellini, stabilito dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 27 marzo 1992, n. 4901. La Corte ha infatti ritenuto di poter applicare la conversione automatica della sanzione detentiva per poterla poi computare ai fini della determinazione della pena complessiva per i reati in continuazione. In dottrina, si rinvia alla lucida trattazione del problema di A. NAPPI, *Il nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di reato continuato: un'occasione mancata*, in *Cass. pen.*, 1988, 1581 ss. ove l'Autore affronta criticamente il *revirement* giurisprudenziale del Giudice delle Leggi sul tema.

<sup>17</sup> Sulle posizioni restrittive, forti dell'esegesi letterale, si attestano infatti molte procure. Utile, a titolo esemplificativo, rinviare a quanto stabilito dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, con Circolare n. 09/2015 del 4 giugno 2015: l'ufficio inquirente ha in questo caso escluso l'ammissibilità di oblazione per contravvenzioni punite con l'arresto sulla scorta dell'interpretazione letterale delle norme.

*regundorum* del legislatore romano, si rischia che ogni Procura adotti prassi applicative differenti procedendo in ordine sparso, a tutto discapito dei cittadini e degli imprenditori che si interfacciano e dialogano con il bene-ambiente.

Si può dunque aggiungere un ulteriore tassello alla ricostruzione sistematica dell'istituto: l'estinzione semplificata è ammissibile solamente per le contravvenzioni previste dal d.lgs. n. 152/2006 e – prudenzialmente – punite esclusivamente con l'ammenda.

Sciolto il nodo dell'ingresso formale al procedimento, diversa questione riguarda i profili sostanziali della contravvenzione di volta in volta presa in considerazione. Si tratta, in altre parole, di stabilire la pericolosità ambientale della condotta del supposto reo<sup>18</sup>. Presupposto indefettibile per l'emissione della prescrizione è, infatti, che il comportamento individuato ai fini contravventivi non abbia cagionato “*danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette*” (art. 318-bis). Le parole del legislatore sottendono ad un subprocedimento – evidentemente amministrativo – prodromico a quello disciplinato esplicitamente, che si concreta nell'accertamento e riscontro fattuale dei presupposti normativi. Ciò comporta, innanzitutto, la necessità di stabilire chi sia competente all'esecuzione delle verifiche-riscontro necessarie. Ad una prima approssimazione, si deve escludere che tale funzione di accertamento possa rivestire carattere giurisdizionale, essendo la stessa un *prius* rispetto all'esito giudiziale del procedimento. Pare invece che questa sia funzione legislativamente riservata all'organo di vigilanza di cui all'art. 318-ter<sup>19</sup>. Una lettura più approfondita del *corpus* normativo suggerisce tuttavia che non sarà nemmeno l'organo di vigilanza stesso ad apprezzare direttamente il sostrato fattuale poiché la maggior parte delle volte quest'ultimo difetterà delle competenze necessarie. Emerge così il ruolo dell'amministrazione tecnica, che si disvela il reale centro gravitazionale dell'intera oblazione ambientale. È la P.A. a saggiare le conseguenze della supposta condotta di reato e, in virtù di tale accertamento, ad impartire in concreto – nella veste formale di *nulla osta* – la prescrizione di ripristino.

Lo scarno dato normativo, tuttavia, non rende contezza circa i presupposti, gli adempimenti e le garanzie che debbono essere rispettate dalla P.A. Forse per questo si è sostenuto che il nuovo procedimento crei “*un enorme spazio di discrezionalità interpretativa dove la P.G. (o il diverso soggetto deputato) non si pone più in una logica di dovuta continuità subordinata con il P.M., ma in una quasi illogica parità dove, tra inevitabili diversità di vedute, né l'ambiente né la disastrata produttività nazionale avranno benefici reali e tangibili*”<sup>20</sup>. È evidente che, lad-

<sup>18</sup> Laddove le tematiche sino ad ora esaminate riguardano, all'evidenza, problematiche formali che possono essere risolte in via generale ed astratta.

<sup>19</sup> Con la conseguenza che non saranno dunque in concreto il P.M. o il giudice ad ammettere il supposto reo alla procedura.

<sup>20</sup> Cit. P. FICCO, *Fra il “troppo” dei delitti ambientali e il “troppo poco” della tenuità del fatto, le*

dove l'attività dell'organo inquirente trova un sistema di *checks and balances* proprio nel dipanarsi del processo penale, l'attività dei suoi delegati, una volta disarticolata rispetto al superiore gerarchico, perde le garanzie predisposte a favore dell'indagato o imputato. Proprio per questo appare indispensabile il coordinamento delle tutele attraverso l'applicazione delle regole del procedimento amministrativo – ed *in primis* della l. n. 241/1990. Pare infatti non ci si trovi più innanzi ad una mera propaggine del processo penale, quanto piuttosto ad attività dei pubblici uffici che costituisce presupposto giuridico e funzionale per l'esercizio del potere sanzionatorio giudiziale. L'applicazione di queste norme non pare preclusa dalla natura dell'organo di vigilanza, che come già specificato anche dal legislatore in materia giuslavoristica, non necessariamente è organo di P.G.<sup>21</sup>. A maggior ragione, peraltro, ciò può dirsi con riferimento agli uffici tecnici che collaborano con l'organo di vigilanza, sicuramente non annoverabili tra i funzionari di polizia giudiziaria<sup>22</sup>.

5. *Segue: sul regime giuridico degli atti di accertamento preventivo.* – Se dalla lettura ragionata della disciplina si inferisce l'innestarsi di un vero e proprio procedimento amministrativo – per quanto *sui generis* – ancor prima che l'oblazione prenda il suo abbrivio, occorre stabilire di conseguenza il regime giuridico degli atti che di tale procedimento sono il risultato. Ci si chiede, infatti, se l'accertamento di compromissione ambientale eseguito dalla P.A. possa essere direttamente censurabile innanzi al T.A.R. ovvero se le valutazioni espresse dall'organo tecnico debbano ritenersi apprezzabili solamente nella sede penale.

La seconda soluzione, che parrebbe coerente con la materia di afferenza, presta il fianco a rilievi di non poco conto in ordine alla concreta possibilità di garantire la tutela necessaria agli interessi coinvolti<sup>23</sup>. Gli organi giudiziari non potrebbero, infatti, ripercorrere la valutazione di merito svolta dall'amministra-

*contravvenzioni del "Codice ambientale" rischiano di sparire*, in [www.reteambiente.it](http://www.reteambiente.it), 1 luglio 2015. Si riporta lo stralcio per intero a contezza del pensiero critico dell'Autore in ordine ai plausibili effetti della novazione normativa.

<sup>21</sup> Cfr. la Circolare del Ministero del Lavoro n. 25 del 27 febbraio 1996, esplicativa degli aspetti operativi del d.lgs. n. 758/1994, che ha chiarito come debbano essere ricompresi alla nozione di organo di vigilanza pure "altri organi ai quali in ambiti specifici, fonti diverse conferiscono il medesimo dovere di vigilare sull'osservanza di norme che, in via diretta o immediata sono comunque posti a salvaguardia della sicurezza del lavoro".

<sup>22</sup> Occorre tuttavia precisare come l'applicazione della normativa debba evidentemente tenere conto delle specificità dell'attività amministrativa all'attenzione: ad esempio pare potrà soprassedersi alla comunicazione di avvio procedimento ove questa sia già avvenuta attraverso un atto equipollente quale l'avviso di chiusura delle indagini preliminari *ex art. 415-bis c.p.p.* ovvero l'informazione di garanzia *ex art. 369 c.p.p.* Problematiche consimili attengono, per vero, alla migliore implementazione della collaborazione tra uffici inquirenti e P.A.

<sup>23</sup> Principalmente quello dell'imputato alla legittimità dell'azione degli uffici e quello collettivo al corretto ripristino ambientale ed alla persecuzione delle ipotesi di reato.

zione accertante non solo per problemi eminentemente tecnici (dovrebbero nominare un consulente tecnico), ma anche soprattutto per ragioni di ordine generale. Se il P.M. o il giudice sovrapponevano direttamente la propria valutazione a quella degli uffici, si infrangerebbe l'ordine di Montesquieu<sup>24</sup> – ossia il principio di separazione del potere giurisdizionale da quello esecutivo – venendo meno pure la peculiare posizione che la nuova disciplina ha inteso garantire all'organismo di vigilanza ed alle amministrazioni tecniche che con questo collaborano. Diversamente, ove pur non apprezzando le valutazioni espresse dalla P.A., gli uffici giudiziari non proponessero essi stessi una diversa qualificazione della fattispecie, la questione parrebbe meno complessa. La P.G., infatti, è direttamente sottoposta all'ufficio inquirente a mente dell'art. 59 c.p.p. e dunque il Pubblico Ministero potrebbe disporre supplementi di verifica, anche assegnando il relativo incumbente ad altro soggetto. Analogamente il giudice potrebbe disporre una C.T.U. che valuti diversamente i fatti. Vi è tuttavia da domandarsi su quali basi gli organi del processo possano valutare – condividendoli o meno – i rilievi eseguiti dalla P.A. in applicazione di norme scientifiche ad elevata complessità tecnica.

Dal punto di vista del sospetto reo (ma a ben vedere anche del terzo interessato dal ripristino) la soluzione panpenalistica rischia di apparire ancor più insoddisfacente. Chi volesse contestare una valutazione discrezionale ingiustamente sfavorevole si esporrebbe restando sguarnito di tutela efficace, posto che nessun obbligo di rivalutazione delle risultanze può predicarsi in capo al P.M. Al contempo, una volta che si sia negato l'accesso all'oblazione, pare difficile che il privato possa dolersi innanzi il giudice, per le medesime ragioni esposte poc'anzi. Qualora invece fosse un terzo a lamentare l'illegittima applicazione della nuova Parte VI-*bis* ad una ipotesi di grave danno ambientale, non vi sarebbe possibilità per costui di spiccare azione, se non opponendosi all'archiviazione finale. Ma tale diritto è esercitabile solamente dalla persona offesa dal reato<sup>25</sup>. Senza contare che *medio tempore* la compromissione dell'ecosistema potrebbe essersi aggravata. In altre parole, dal punto di vista dei terzi coinvolti, la prospettiva penale restringe eccessivamente la legittimazione, laddove invece il bene ambientale, per sua natura, tange interessi di carattere collettivo e generale.

Pare quindi che la soluzione delle antinomie procedurali interna al plesso della giurisdizione penale non sia soddisfacente, né per la migliore tutela ambientale, né per la garanzia del contraddittorio. Ben più utile sarebbe invece ammettere la natura amministrativa degli atti discrezionali – o, meglio, ammantati da discrezionalità tecnica – delle PP.AA. coinvolte. E, dando sanzione di coe-

<sup>24</sup> La necessità di partizione funzionale tra i corpi organici legislativi, amministrativi e giudiziari, al fine di consentire l'equilibrio tra i poteri dello stato, mutua il pensiero di F. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Scritti giuridici*, 3878 ss.

<sup>25</sup> In caso di inquinamento del terreno, si potrebbe infatti dubitare che il proprietario finitimo possa dirsi persona offesa dal reato.

renza a tale premessa, riconoscere loro il conseguente regime giuridico, dunque la sindacabilità innanzi la giurisdizione amministrativa. Il G.A. potrà saggiare a fondo<sup>26</sup> il procedimento, raffrontando la valutazione dei fatti svolta dagli uffici anche in sede di Verificazione o C.T.U., eventualmente invitando al riesercizio corretto del potere già in sede di deliberazione cautelare, ovvero all'esito del pro-

<sup>26</sup> Il riferimento è al sindacato c.d. "forte" sulla discrezionalità tecnica, che consente al giudice di ripercorrere interamente le valutazioni svolte dall'amministrazione, saggiandone i risultati. L'approdo alla sindacabilità interna dell'*iter* logico-decisionale dal punto di vista scientifico si deve, in giurisprudenza, alla sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601; pare tuttavia utile il rinvio pure a Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156 che esplicita ulteriormente il discrimine concettuale tra discrezionalità tecnica ed opinabilità amministrativa. Successivamente, la giurisprudenza ha, dapprima, prudenzialmente rivisto il proprio orientamento in senso parzialmente restrittivo, cfr. in particolare Consiglio di Stato, sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3554; tuttavia in tempi più recenti i giudici di Palazzo Spada hanno confermato i margini di ripercorribilità delle scelte amministrative sotto il profilo tecnico, giungendo a sindacare pure la ragionevolezza del parametro tecnico prescelto, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, del 1 giugno 2012, n. 3283. Per una panoramica dei successivi arresti, specie alla luce del rapporto dinamico tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa pura, sul quale la giurisprudenza si mostra particolarmente irrequieta, cfr. a titolo esemplificativo Consiglio di Stato, sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1274, sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652, sez. IV del 21 dicembre 2015 n. 5800. Peraltro, occorre rammentare come anche la Corte di Cassazione abbia avuto modo di esprimersi circa i limiti di sindacabilità giurisdizionale delle scelte discrezionali, giungendo financo a cassare con rinvio le sentenze del giudice amministrativo per eccesso di potere giurisdizionale ritenendo che il Consiglio di Stato avesse soppesato nel merito scelte tecniche insindacabili, cfr. Sezioni Unite 17 febbraio 2012, n. 2312 e 5 ottobre 2015, n. 19787. In ambito dottrinario, si deve innanzitutto ricordare il contributo di studio, di fondamentale importanza, di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939. In tempi recenti, il dibattito sul tema è stato portato avanti da diversi autori, alcuni dei quali (tra cui F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992 e R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova 1996), concludevano in buona sostanza per l'insindacabilità della discrezionalità tecnica da parte del giudice. Altre voci autorevoli, come V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 2001 (ma, dello stesso autore, si vedano anche le *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 1984), si sono attestate invece su posizioni, per così dire, intermedie, ritenendo comunque opinabile una eccessiva invadenza del plesso giurisdizionale. Giova segnalare, per un compiuto approfondimento della tematica, il contributo di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995, di particolare rigore concettuale nella ricostruire una terza figura di attività valutativa, ma non discrezionale (in senso stretto) della pubblica amministrazione, costituita dalla scelta dei parametri tecnici applicabili al caso concreto. Le recenti sentenze hanno poi concorso a ravvivare un dibattito dottrinario mai sopito, cfr. G. GARDINI, L. VANDELLI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Bologna 2013, 73 ss.

La letteratura in tema tuttavia, è amplissima e se ne può dare in questa sede solo uno scorcio: per una panoramica generale dei principali arresti nella ricostruzione del problema, si veda anche D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano 2006, 6179 ss, oltre che R. VILLATA, *L'atto amministrativo* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 2005, 775 ss. Utile, inoltre, la ricognizione storica di S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice: Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino 2014, 28 ss. e 98 ss.

Infine, per quanto qui di interesse, non si può mancare di evidenziare la intima correlazione che lega la discrezionalità e funzione amministrativa, sulla quale si è soffermato F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana - Linee positive e prospettive*, Padova 1996, 176 ss. e 222 ss., delle cui intuizioni si è debitori anche nel presente scritto.

cesso di merito. Infatti, mentre in tempi più risalenti si soleva sostenere il carattere puntuale ed univoco delle manifestazioni di scienza dell'amministrazione – tanto da renderle impermeabili al sindacato di legittimità –, oggi dottrina e giurisprudenza tendono, seppur in misura diversa, a riconoscerne l'opinabilità, deducendo limiti corrispondenti per l'amministrazione<sup>27</sup>. Così si è giunti ad affermare che “*quando la normativa attribuisce alla autorità amministrativa il potere di formulare una valutazione opinabile in base alla scienza del settore, ... il giudice amministrativo non può sostituire la propria valutazione a quella effettuata in sede amministrativa. Se questa risulta viziata (per un vizio procedimentale, ovvero per un profilo di eccesso di potere, anche di inadeguata motivazione in ordine ad uno degli elementi rilevanti), il giudice amministrativo può annullare il provvedimento impugnato, con salvezza degli atti ulteriori, ma non può sostituire la propria valutazione ... Tale preclusione non può essere superata con l'ausilio di una consulenza tecnica, che può essere disposta non per sostituire la valutazione dell'amministrazione, ma per ricostruire nel modo più compiuto i fatti accaduti e per verificare, a seconda dei casi, se la contestata valutazione sia manifestamente irragionevole o adeguatamente motivata*”<sup>28</sup>. Pur nel rigore di questa soluzione, permane evidente

<sup>27</sup> Oltre alle indicazioni di cui alla nota che precede, cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1984, 574 ss. L'Autore, con una felice intuizione, distingue, infatti, l'accertamento tecnico dalla discrezionalità tecnica: solo il primo è apprezzabile in termini di – relativa – certezza; la seconda si manifesta invece tendenzialmente opinabile. Parte della dottrina, peraltro, ha in tempi recenti sostenuto che la scelta tra diverse soluzioni tecniche disponibili implichi necessariamente lo sconfinamento della decisione amministrativa nell'alveo della discrezionalità pura (cfr. sul punto G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di Diritto Amministrativo per il corso specialistico*, Napoli 2012, nonché dello stesso autore, anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli 2005, 198 ss.). A voler così intendere il problema, tuttavia, il sindacato giurisdizionale potrebbe soppesare solamente la correttezza degli accertamenti e non anche, nel caso di specie, le misure concretamente impartite su indicazione dell'organo asseverante, se non nei limiti della manifesta illogicità e contraddittorietà. Pare cionondimeno potersi concordare con quella recente dottrina che è giunta ad affermare come lo stesso concetto di merito amministrativo insindacabile “*semberebbe esser divenuto una nozione giuridica dai contenuti sfumati, utile più che altro sul piano dogmatico, soprattutto per la progressiva restrizione del margine discrezionale delle pubbliche amministrazioni*”, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo – Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino 2013, 117, cit. In tema, è utile pure il riferimento a S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo: Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino 2014, 165 ss. ove si fa il punto nel rapporto tra qualificazione normativa degli interessi coinvolti dal procedimento amministrativo e correlativi limiti delle possibilità discrezionale appannaggio della P.A. In definitiva, gli ultimi approdi della dottrina e della giurisprudenza indirizzano verso un sindacato giurisdizionale piuttosto pervasivo della discrezionalità tecnica, quantomeno in materia di giurisdizione esclusiva: la distinzione tra sindacato c.d. forte e sindacato c.d. debole “*mal si presta ove si tratti di tutela di diritti soggettivi*”, Corte di Cassazione Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013, cit.

<sup>28</sup> Cit. Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2404. Il Giudice stabilisce in particolare la linea di demarcazione tra l'attività del C.T.U., che ripercorre il procedimento amministrativo, e quella del Tribunale, che deduce le conseguenze giuridiche delle eventuali anomalie riscontrate dal Consulente. Dopo l'analisi dei fatti condotta nell'esercizio della discrezionalità tecnica, la P.A. rimarrebbe libera di individuare il provvedimento più opportuno per il perseguimento dell'interesse pubblico.

la centralità del potere sindacatorio del G.A., quale unico soggetto in grado di conoscere l'iter logico-decisionale seguito dalle amministrazioni coinvolte. Infatti, "tramontata l'equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della P.A. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì, alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sia sotto il profilo della loro correttezza sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo, dovendosi intendere, oramai, per merito amministrativo solo i profili di opportunità e di convenienza"<sup>29</sup>.

La pervasività dei poteri cognitori del giudice amministrativo, alla luce di queste premesse concettuali, riverbera i propri effetti nell'oblazione ambientale. Non pare infatti mutuabile senza soluzione di continuità l'assunto maturato in ambito giuslavoristico per cui "la prescrizione impartita dall'organo di vigilanza (ed in *apicibus* l'accertamento preventivo da cui essa è tratta ndr.) è un atto di polizia giudiziaria e non costituisce ... un provvedimento che possa essere impugnato al T.A.R.", donde si dovrebbe ritenere che "l'unica sede idonea per contestare nel merito la fondatezza o ragionevolezza del contenuto della prescrizione sarà il processo penale"<sup>30</sup>.

6. *Questioni di diritto intertemporale.* – Quanto al regime di applicabilità della nuova Parte VI-bis, non suscita perplessità di rilievo la norma transitoria di diritto intertemporale, art. 318-octies: "le norme della presente parte non si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della medesima parte". Potrebbe, per vero sorgere dubbio in ordine al significato dell'espressione "procedimenti in corso". Innanzitutto, pare trattarsi di procedimento "penale" in corso, pur nel silenzio della legge. E detto procedimento, come noto, prende l'abbrivio con l'iscrizione della *notitia criminis* nel registro delle notizie di reato. Ne si può dedurre che la nuova disciplina troverà applicazione alle sole notizie di reato iscritte successivamente alla sua entrata in vigore, in deroga al principio di retroattività *in mitius* delle norme afflittive<sup>31</sup>.

7. *Ulteriori profili di interesse nel dipanarsi del procedimento.* – Una volta che si sia determinato l'ingresso della fattispecie di reato nel novero di quelle disci-

<sup>29</sup> Cit. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 2007, n. 4635.

<sup>30</sup> Cit. L. BUTTI, F. PERES, M. ZALIN, "I nuovi reati ambientali", in *www.buttianpartners.com*. Gli Autori giungo poi alla conclusione che "l'imprenditore che considera illegittima la prescrizione, e che pertanto non ritiene di adempiervi, può soltanto sostenere le proprie ragioni davanti al giudice penale, il quale naturalmente ha sempre il potere di disapplicare la prescrizione se la considera illegittima".

<sup>31</sup> Cfr. *supra*, nota 8.

plinate dalla procedura, si irregimenta l'istruttoria che sfocerà nella prescrizione delle misure per il recupero dei luoghi e la mitigazione degli impatti ambientali.

Il primo passo consiste nell'apprezzamento tecnico delle circostanze di fatto, che consente di circoscrivere le disposizioni dell'organismo di vigilanza con specifico riferimento alle risultanze concrete. Si è visto, infatti, come ragioni pratiche e sistematiche impongano che sia la P.A. tecnicamente competente a stabilire effettivamente il contenuto dispositivo della prescrizione. Questo adempimento, peraltro, avverrà in continuità – quasi di fatto sovrapponendosi – all'accertamento dell'ammissibilità sostanziale dell'ipotesi di reato, di cui si è riferito poc' anzi.

A ben vedere, come si anticipava, il visto conseguentemente apposto dall'amministrazione tecnica diviene, di fatto, una sorta di nulla osta *sui generis*<sup>32</sup>: fosse un atto dovuto, non avrebbe ragion d'essere<sup>33</sup>. Tale circostanza rende il procedimento in esame significativamente differente da quello di cui al d.lgs. n. 758/1994 da cui esso deriva. Se “*in materia di sicurezza ed igiene del lavoro, la prescrizione di regolarizzazione impartita dall'organo di vigilanza ex art. 20 del d.lgs. n. 758 del 1994 ... non è un provvedimento amministrativo, ma un atto tipico di polizia giudiziaria, non connotato da alcuna discrezionalità, neppure tecnica, ed emesso sotto la direzione funzionale dell'autorità giudiziaria ex art. 55 cod. proc. pen.*”<sup>34</sup>, così non può essere quanto al d.lgs. n. 152/2006. Non fosse per l'asseverazione (non prevista nel diritto del lavoro), basterebbe porre mente alla straordinaria complessità dei metodi di misurazione dell'inquinamento utilizzati (numero dei campionamenti in caratterizzazione, profondità, indicizzazione, solo per citarne alcuni) per giungere a negare in radice qualsiasi possibile univocità assoluta delle risultanze degli accertamenti<sup>35</sup>. Tuttavia, la discrezionalità amministrativa non si converte *ex se* nell'opinabilità che è tipica della ponderazione del pubblico interesse (insindacabile), ma rimane invece sempre circoscritta ed irregimentata nelle strette maglie delle regole tecniche di settore. Che dunque possono essere soppesate *funditus* solo da un giudice “tecnico” qual è Tribunale Amministrativo Regionale<sup>36</sup>.

Ciò consente di concludere che, ove il privato avesse interesse a sindacare la

<sup>32</sup> Benché pare ragionevole prefigurare che nella prassi gli uffici verificatori concorderanno il contenuto del provvedimento con gli organi di P.G. per evitare contrasti ed *impasse*.

<sup>33</sup> È evidente, infatti, che tale atto non può certo considerarsi provvedimento dovuto a prescindere dai riscontri fattuali. Non si comprenderebbe la ragione della previsione di un'asseverazione discrezionale se non in virtù della possibilità per la P.A. di incidere – positivamente o negativamente – sul contenuto della prescrizione.

<sup>34</sup> Cit. Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza del 9 marzo 2012, n. 3694.

<sup>35</sup> Della straordinaria complessità della normativa ambientale è da tempo consapevole tanto la giurisprudenza, quanto la più autorevole dottrina. Cfr. M.A. SANDULLI, *Normazione tecnica e ambiente*, relazione di sintesi al Convegno su “*La qualità delle norme e la tutela dell'ambiente*”, svoltosi presso l'Università degli Studi “Roma Tre” il 30 maggio 2002 e pubblicato nei relativi *Atti*, Milano 2002.

<sup>36</sup> Seppure nell'ambito dei limiti concettuali rammostrati al § che precede.

misura concretamente disposta ed asseverata, si porrebbe una questione che il solo G.A. potrebbe concretamente delibare. Anzi, pare che tale conclusione risulti viepiù rafforzata tenendo a mente il meccanico dipanarsi del procedimento, che rende assai difficile la censura dell'ingiustizia sostanziale della prescrizione asseverata innanzi al giudice penale o presso il P.M. Infatti, delle due l'una: o il privato adempie interinalmente, dolendosi poi avanti gli organi anzidetti (ma senza garanzia di esser ascoltato e sostenendo in ogni caso provvisoriamente le spese), oppure non adempie per non subire l'esborso ingiusto, rischiando quindi la condanna. In entrambi i casi il risultato è paradossale: da un lato il proprietario perde il valore del bene che permane sottoposto alla procedura<sup>37</sup>, dall'altro rischia un depauperamento che non potrà poi recuperare (a chi chiedere, infatti, il risarcimento per l'errore patito? Non certo agli organi penali, che sono istituzionalmente "irresponsabili"<sup>38</sup> e potrebbero farsi scudo delle valutazioni estemporanee della P.A.).

Il Giudice Amministrativo, in questo caso, non garantirebbe solamente la legittimità del procedimento amministrativo, ma anche – indirettamente – la correttezza del contraddittorio processuale e la consistenza del patrimonio giuridico dell'indagato<sup>39</sup>. Un tanto pure con la peculiare celerità che il nuovo Codice del Processo Amministrativo consente nell'emissione di misure cautelari monocratiche, a mente dei relativi artt. 56 e 61. In tal modo il sospetto reo – tanto quanto i terzi interessati – avrebbero modo di impattare in maniera immediata sull'*iter* oblativo.

Alle medesime conclusioni si giunge pure con riferimento alla sindacabilità degli esiti della verifica di adempimento. Anche in questo caso pare invero evidente l'influenza degli uffici tecnici sull'operato della P.G. Se è la P.A. ad indicare il concreto percorso di ripristino da seguire – dopo avere valutato il sostrato fattuale –, è solo la stessa P.A. che potrà indi stimare il comportamento del supposto reo. Ed anche tali verifiche non possono avere la consistenza di accertamento giudiziale: della loro intrinseca opinabilità pare essere consapevole lo stesso legislatore. L'art. 318-*septies* stabilisce, infatti, che "*l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate*

<sup>37</sup> Si pensi, ad esempio, al produttore agricolo imputato per reati di inquinamento, che vedrebbe la perdita della produttività del terreno, come pure dei contributi comunitari per le colture biologiche.

<sup>38</sup> Cfr. la lucida analisi di M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari*, in *Diritto & Società*, 2012, 2. L'Autore afferma, infatti, come benché la necessità di "rispettare le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza UE" imponga di non escludere "aprioristicamente e radicalmente" la responsabilità degli organi giudiziari "per l'interpretazione delle disposizioni normative e/o per la valutazione dei fatti e delle prove", cionondimeno, "le esigenze di indipendenza dei giudici tutelate anche a livello costituzionale giustificano ed anzi impongono un'adeguata limitazione della loro responsabilità".

<sup>39</sup> Infatti, innanzi al Giudice Amministrativo la P.A. può essere chiamata a rispondere dei danni arrecati dalla propria condotta illegittima, a mente degli artt. 7 e 30 c.p.a.

dall'organo di vigilanza è valutata ai fini dell'applicazione dell'articolo 162-bis del codice penale". La disposizione dà conto dell'aleatorietà tecnica della nuova disciplina, che rifugge ogni pretesa di inconfutabilità scientifica: residua sempre un margine discrezionale autonomamente apprezzabile in capo alla P.A. nel valutare i fatti e nell'ordinare conseguenti misure di tutela ambientale.

Per vero l'articolo ora ricordato, per come è formulato, presta il fianco anche ad una ulteriore critica di fondo. Non si comprende come si possano eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato nell'ambito del procedimento all'attenzione, quando questo, ai sensi dell'art. 318-bis non dovrebbe *ab initio* aver "cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette". Delle due l'una: se il reato non ha provocato conseguenze dannose/pericolose per l'ambiente, accede all'oblazione semplificata; se invece il reato è stato fonte di danno o pericolo ambientale, la nuova disciplina gli è inapplicabile. Il possibile fraintendimento legislativo è, peraltro, comprovato all'art. 318-ter, comma 3, ove si ribadisce come la prescrizione possa "imporre specifiche misure atte a far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose". Ora, pare evidente che l'art. 318-septies non può avere l'effetto di una abrogazione interna della procedura. Tuttavia, a ritenere tale norma invocabile nei soli casi già esclusi *ex art. 318-bis*, essa risulterebbe ultronea, posto che l'oblazione di cui all'art. 162-bis c.p. ivi richiamata ben poteva essere applicata già ante riforma. Si tratta dunque di un verosimile difetto di coordinamento, che rende tuttavia difficile la comprensione del tessuto normativo nella sua interezza. Ciò rinsalda la convinzione dell'esistenza di una discrezionalità tecnica piuttosto inedita in materia penale, e di conseguenza la necessità sindacatoria del G.A.

Correlato a questo problema latente circa la valutazione delle circostanze di pericolo ambientale è, per vero, l'onere di motivare la prescrizione vistata *ex art. 3, l. n. 241/1990*. Nel procedimento oblativo semplificato, infatti, il vincolo di adeguatezza dell'impianto motivo pare potersi dire assolto dalla estrinsecazione delle ragioni tecniche che hanno indotto l'amministrazione all'emanazione del *nulla osta*. Nessun senso avrebbe, *a contrariis*, la previsione di un visto che potesse risultare assolutamente apodittico. Ed anche questa pare un'ulteriore conferma della applicabilità dei principi di azione amministrativa al nuovo istituto giuridico. Solo la garanzia di astratta ripercorribilità dell'*iter* decisorio della P.A. consente di motivare gli atti giurisdizionali esitati a conclusione del procedimento di cui alla parte VI-bis.

8. *Segue: sulle garanzie di prevedibilità dell'azione amministrativa e sulle possibili interferenze tra procedimento e processo.* – Il cittadino coinvolto nella procedura di oblazione semplificata trova garanzia non solo nella legittimità degli atti della P.A. – irreggimentati attraverso il giusto procedimento amministrativo

–, bensì anche, e soprattutto, nella tempestività del suo operato. Per vero, nulla si legge nelle nuove norme in ordine al termine nel quale l'amministrazione dovrebbe emettere la misura di asseverazione una volta ricevuta la richiesta da parte dell'organo inquirente. Ne si deduce, in via generale, l'applicabilità dell'art. 2, l. n. 241/1990: la conclusione del procedimento dovrà avvenire entro il lasso temporale previsto dai regolamenti interni degli enti per le singole tipologie procedurali ovvero, in difetto, nel termine generale di trenta giorni di cui al comma 2. Ulteriore conseguenza, il sindacato giurisdizionale del T.A.R. sul silenzio serbato dall'amministrazione, *ex artt.* 31 e 117 c.p.a. Come si anticipava, il privato non ha soltanto il dovere di remissione *in pristino* dei luoghi e sterilizzazione delle conseguenze del proprio reato, ma matura – *in apicibus* – una posizione di interesse qualificato al rilascio provvedimento prescrittivo che gli consenta di adempiere a tale onere<sup>40</sup>. E la violazione di questa aspettativa qualificata è sindacabile innanzi al plesso giurisdizionale amministrativo<sup>41</sup>. Il Tribunale adito non potrà in via diretta emettere l'atto richiesto alla P.A. (ossia l'accertamento di non compromissione ovvero l'asseverazione o financo le verifiche successive), non sussistendo in prima battuta i requisiti di cui all'art. 31, comma 3 c.p.a.<sup>42</sup>; tuttavia ben potrà ordinare all'amministrazione di provvedere entro congruo termine, nominando in caso di inerzia un commissario *ad acta*, già nel giudizio di merito, a mente dell'art. 117, comma 3. Si tratterebbe, infatti, di un silenzio per così dire soprassessorio, ovvero un contegno che non consente al cittadino di ottenere alcuna risposta, non essendo qualificato né in termini di diniego né di assenso tacito. E dunque l'unica misura utile per farvi fronte è l'accertamento dell'obbligo di provvedere, la condanna all'adozione del provvedimento ed, in ultima istanza, la sostituzione dell'amministrazione inerte. Il reale problema risulta tuttavia comprendere quando si possa dire iniziato il procedimento. Con riferimento alla verifica di ammissibilità, si può concludere che i termini decorrano all'iscrizione della notizia di reato. Più corretto sarebbe ritenere che il *dies a quo* decorra dalla trasmissione del fascicolo alla P.A. da parte dell'organo di vigilanza. La soluzione rischia però di lasciare il privato nell'incertezza, posto che l'adempimento anzidetto non gli è comunicato. Resterebbe dunque onere del supposto reo esperire accesso agli atti del fascicolo che lo riguarda per comprendere lo stato della vertenza<sup>43</sup>. Ad analoghe conclusioni si

<sup>40</sup> Diverse Procure non esitano, peraltro, ad affermare un vero e proprio obbligo di impartire la misura da parte dell'amministrazione competente (cfr. ancora la Circolare n. 09/2015 del 4 giugno 2015 della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento).

<sup>41</sup> Sul punto pare esaustivo il rinvio a C. GUACCI, *Il rito in materia di silenzio della pubblica amministrazione*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo diretto da Giuseppe Santaniello*, vol. XLII, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova 2014, 1191 ss.

<sup>42</sup> Ovvero non ci si troverebbe innanzi ad attività amministrativa interamente vincolata che non necessita di ulteriori adempimenti istruttori al fine del rilascio del provvedimento.

<sup>43</sup> Con tutte le problematiche relative alla possibilità di accesso al fascicolo penale.

perviene con riferimento all'asseverazione tecnica. Anche in tal caso, l'incertezza è dovuta al difetto di legificazione del procedimento amministrativo implicato: la soluzione dovrà quindi rinvenirsi nella prassi applicativa e nella endodisciplina degli enti coinvolti.

Come si intravede con sempre maggiore nitidezza, è la pervasività della giurisdizione amministrativa che garantisce l'efficacia del giudizio penale, quale conseguenza necessitata del potere concesso agli uffici<sup>44</sup>.

Se fino ad ora si è dato conto delle possibili interferenze del procedimento amministrativo sul processo penale, occorre ora analizzare la possibile incidenza degli adempimenti giurisdizionali sulle verifiche spettanti alla P.A. Infatti, l'art. 318-*sexies*, comma 3, stabilisce che, anche in pendenza della sospensione processuale, si potrà procedere all'assunzione delle prove con incidente probatorio, agli atti urgenti di indagine preliminare e pure al sequestro preventivo ai sensi degli articoli 321 e seguenti c.p.p. Di particolare interesse risulta invero l'incidente probatorio, che consta di un accertamento tecnico non ripetibile. Questo mezzo potrebbe, infatti, portare alla modifica permanente del sostrato fattuale sul quale si innesta l'accertamento amministrativo, rendendo impossibile l'esecuzione delle verifiche necessarie per l'asseverazione ed il riscontro dell'adempimento. Se da un lato pare incontrovertibile come l'interesse all'adeguatezza dell'indagine penale sia preponderante rispetto al procedimento amministrativo in virtù del vincolo funzionale che li lega, è tuttavia evidente che se si consentisse *sic et simpliciter* l'immutamento irreversibile della realtà attraverso gli esperimenti processuali, si finirebbe con il precludere alla P.A. l'esercizio dei propri poteri, frustrando le finalità della novazione legislativa. Appare pertanto necessario che nella prassi si implementi un costante coordinamento tra gli uffici inquirenti ed amministrativi, poiché questo è il mezzo che meglio di ogni altro previene possibili criticità<sup>45</sup>. Ove poi non vi sia modo di far completare le verifiche alla P.A. prima dell'esperimento, i relativi risultati dovranno essere tenuti in considerazione ai fini dell'accertamento/prescrizione, anche previo accordo circa la presenza dei tecnici amministrativi coinvolti al momento dell'incidente giudiziale.

9. *Annotazioni conclusive: gli effetti della nuova disciplina tra repressione penale e pienezza del diritto proprietario.* – Il nuovo procedimento oblativo speciale dimostra la sua unicità più di tutto se osservato dal punto di vista delle ammini-

<sup>44</sup> Discorso analogo vale, infatti, per l'esecuzione delle verifiche di esecuzione della prescrizione, laddove l'art. 318-*quater* stabilisce un termine finale solamente per gli adempimenti dell'organo di vigilanza, tacendo invece del procedimento tecnico-amministrativo ad essi sotteso. Peraltro senza nemmeno stabilire le conseguenze dell'eventuale sfioramento del termine.

<sup>45</sup> Particolare attenzione alla necessità dell'interscambio costante di informazioni tra P.M. ed uffici è stata dedicata da L. RAMACCI, "Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015, n. 68", in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it).

strazioni pubbliche coinvolte. La disciplina disegna nuove attribuzioni e competenze, attraverso le quali contemperare intenti deflattivi e misure di tutela. Dall'incrocio tra procedimento e processo, dovrebbe infatti emergere una disciplina di dettaglio dei possibili illeciti ambientali "innocui"<sup>46</sup> che apprezzi e mitighi le posizioni di interesse.

Se da un lato l'attività proprietaria deve essere progressivamente sciolta da alcuni lacci che la costringono in maniera sproorzionata quanto irragionevole, dall'altro – *a contrario* – pare tuttavia non poter mancare anche su di essa un controllo efficace ed efficiente. È la stessa ricostruzione in senso naturalistico del bene "*ambiente sano inteso come limite all'attività umana*"<sup>47</sup> ad imporre il contemperamento di questi diversi interessi attraverso il procedimento giurisdizionale e, soprattutto, amministrativo. Ecco quindi che si è disvelata la reale pervasività del ruolo della P.A. in questa oblazione semplificata, il cui obiettivo primario, vista la collocazione nel T.U.A. non può essere – soltanto – la repressione attraverso l'esercizio giustiziale retributivo. Lo scopo di questo rimaneggiamento pare innanzitutto quello di garantire l'integrità ambientale attraverso la corretta valutazione delle circostanze fattuali e la conseguente eliminazione delle possibili fonti di pericolo. Il bene tutelato è, infatti, essenzialmente non riproducibile, donde l'inefficacia delle sanzioni che impongano soltanto un prezzo "per equivalente" alla sua compromissione<sup>48</sup>. Una ulteriore appendice di questo inquadramento giuridico consiste nella peculiare trasversalità dell'incidenza della tutela ambientale, che proietta il conflitto a livello di interesse collettivo, impedendo di poterlo identificare semplicemente come un confronto tra accusa e difesa nel processo penale. Queste le ragioni sistemiche delle conclusioni proposte circa l'apporto procedimentale e giurisdizionale amministrativo all'interno del nuovo procedimento oblativo del Codice dell'Ambiente.

L'impostazione teorica riverbera quindi i propri effetti non soltanto sui terzi coinvolti – anche indirettamente – dal reato<sup>49</sup>, che vedono così estesa la propria

<sup>46</sup> Ovverosia ipotesi di reato che non comportino una compromissione significativa del territorio, a mente dell'art. 318-*bis* T.U.A. Basti pensare all'art. 256-*bis*, d.lgs. n. 152/2006, solo di recente introdotto per sopperire alla cronica criticità dell'abbruciamento delle sterpaglie: strumento di riutilizzo e smaltimento della materia prima verde direttamente in agro di atavica risalenza eppure, fino a poco addietro, penalmente illecito quale trattamento/smaltimento non autorizzato di rifiuti.

<sup>47</sup> Cit. M. M. FRACANZANI, *L'ambiente tra tutela e (necessario) profitto nel d.lgs. n. 152 del 2006*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. III, Padova 2007, 297. Utile il richiamo al pensiero che l'Autore formula circa la peculiare poliedricità dinamica del bene-ambiente. Per una panoramica completa sul tema si rinvia a P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Principi generali*, Padova 2012.

<sup>48</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *La tutela coercitiva dell'ambiente: sanzione pecuniaria e ripristino* in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente – Teramo il 29-30 aprile 2005*, Milano 2006. L'Autore sostiene in particolare una "*duplice anima*" delle sanzioni in materia ambientale tra tutela ripristinatoria e tutela per equivalente.

<sup>49</sup> Così come sulla collettività nella sua interezza: sono coinvolti, ad esempio, il proprietario finitimo, ovvero all'associazione di tutela dell'ambiente.

legittimazione ad agire, ma anche rispetto al sospetto contravventore. La sottoposizione a procedimento penale (indi oblativo *ex art. 318-bis ss.*) di una proprietà ne decreta immediatamente il valore, rendendola di fatto quasi in-commerciabile. Fintanto che l'organismo di vigilanza – *rectius* la P.A. competente – non dia accesso, ovvero non porti a termine, la procedura semplificata, il supposto contravventore vedrà verosimilmente evaporare il valore numerario del bene, in via diretta per la diminuzione del prezzo di vendita, in via indiretta per la possibile riduzione della capacità produttiva, dei benefici o di eventuali certificazioni di qualità e per la compromissione sul mercato creditizio. A tacer del caso in cui il terreno venisse pure sottoposto a sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.*, poiché in tale ipotesi il cespite diverrebbe materialmente e giuridicamente indisponibile. E, dunque, pure il proprietario-imprenditore vede due profili di attenzione nella nuova disciplina: da un lato gli si deve concedere la possibilità di controdedurre validamente alle valutazioni tecniche errate, *ex art. 10 l. n. 241/1990* (si pensi, ad esempio, al caso in cui sia scorrettamente valutata come sussistente la compromissione ambientale ovvero sia assegnato un lasso temporale eccessivamente breve per la remissione ovvero ancora vengano prescritte misure ingiustamente gravose); dall'altro si deve pure dare garanzia della ragionevole durata del procedimento – che per converso si traduce in ragionevole durata del processo<sup>50</sup>, stante l'intreccio normativo creato dalle disposizioni. Forse proprio questo secondo profilo è quello che pare di maggiore rilievo per il proprietario fondiario. Se l'incertezza delle proprie situazioni giuridiche soggettive è già di per sé lesione delle stesse, l'ingiustificato prolungamento degli adempimenti amministrativi porta a danni forse addirittura maggiori dell'eventuale provvedimento illegittimo. È dunque con questa peculiare attenzione che si deve guardare alla neointrodotta disciplina, irreggimentando il procedimento in maniera da assicurarne la prevedibilità. Pare questa la sola adeguata garanzia dall'arbitrio che inevitabilmente rischia di ingenarsi, poiché l'introduzione di un margine discrezionale tecnico appannaggio della P.A. non trova un contrappunto diretto nel sistema di garanzie del processo penale. In tal modo rischiando di fa regredire la *property rule* a *liability rule*.

All'esito di queste riflessioni, pare a chi scrive che l'intervento legislativo, mosso forse dall'efflato di fiducia nel processo penale a scapito dell'apparato amministrativo, desti maggiori perplessità dei vantaggi che dovrebbe assicurare. Si è infatti visto che: l'ambito applicativo è quantomeno dubitativo ed incerto, finendo per giustificare possibilità interpretative sostanzialmente inique; non è data garanzia della ragionevole durata del processo – *rectius* del procedimento amministrativo; non sono chiari gli strumenti di tutela appannaggio tanto del

<sup>50</sup> Per una puntuale analisi sulla problematica valutazione circa il valore del bene-tempo, cfr. M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative – Varenna 2014, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1 ottobre 2014.

cittadino quanto dei soggetti terzi coinvolti; risultano problemi nel coordinamento tra uffici ed organo inquirente.

In conclusione, anche alla luce delle possibili indicazioni di auspicato rimangiamento della riforma<sup>51</sup>, è evidente come il primo presidio della legalità dovrebbe come sempre essere una prudente opera di applicazione delle nuove norme da parte degli uffici amministrativi e giudiziari. Tuttavia è bene ricordare come l'intero procedimento si basi in definitiva su di una presunzione di colpevolezza corredata da un riscontro fattuale che, se è sufficiente ai fini sanzionatori amministrativi, diviene progressivamente vincolante per il giudizio penale. E ciò finisce inevitabilmente con l'alterare l'assetto repressivo in ipotesi di reato – quelle contravvenzionali – che per qualità e quantità sono ancor oggi il vero baricentro del diritto penale ambientale.

<sup>51</sup> Sarebbe invero consigliabile un nuovo intervento legislativo, che modifichi innanzitutto la *rubrica legis* della Parte VI-bis coordinandola con il disposto dell'art. 318-bis. Lo stesso articolo dovrebbe dunque specificare in maniera puntuale le singole tipologie contravvenzionali che trovano accesso all'oblazione semplificata. Conseguentemente, si dovrebbe garantire la prevedibilità dell'azione amministrativa, precisando in via generale all'art. 318-ter la durata massima del procedimento di prescrizione ed asseverazione, anche richiamando le disposizioni di cui all'art. 2, l. n. 241/1990. Sarebbe poi apprezzabile allineare l'art. 318-quinquies, comma 2, alla disciplina giuslavoristica, stabilendo un termine massimo per la comunicazione delle notizie di reato al P.M. da parte dell'organismo di vigilanza, si da evitare possibili schepsi tra accertamento del fatto e persecuzione penale. Infine, sarebbe bene fare il punto sulle garanzie da apprestare a fronte dell'esercizio del potere discrezionale amministrativo, sancendo la sindacabilità degli atti della P.A. innanzi il giudice amministrativo – anche se questa, probabilmente, è questione appannaggio della giurisprudenza, più che del legislatore.



## RECENSIONI

R. Perrone,  
*Buon costume e valori costituzionali condivisi.*  
*Una prospettiva della dignità umana*  
Napoli 2015

Paolo Veronesi

È nota (e criticamente assai utile) la distinzione tra *law books* e *books about the law*. I primi seguono una prospettiva “orizzontale” (essendo ricchissimi di dati, note e informazioni); i secondi adottano invece un’ottica “verticale” e “trasversale” (sorretti, come sono, da solide tesi ricostruttive).

Il libro di Perrone è senza dubbio un *book about the law*, sviluppandosi attorno a un’idea forte ed esplicativa del problema che affronta (peraltro corredata da un’imponente mole di dati). Il suo obiettivo è di dare infatti sostanza giuridica alla clausola generale del “buon costume”, esplicitamente menzionata agli artt. 19 e 21 Cost.: precisare, cioè, il senso più profondo dell’unico limite esplicito alle libertà fondamentali di manifestazione del pensiero e di professare la propria fede religiosa.

Molto in breve, come approccia il problema Perrone?

Ricercando – sulla scia di un orientamento dottrinale sostanzial-

mente minoritario – i parametri definitivi del buon costume all’interno dello stesso testo costituzionale: senza cioè importare i significati attribuiti a tale clausola generale da altri settori dell’ordinamento (come diversamente avviene con le tesi c.d. “penalistiche” e “civilistiche”). Per l’autore andrebbe pertanto escluso che il buon costume previsto in Costituzione possa ridursi – secondo la tesi maggioritaria, d’impronta penalistica – alla sola morale sessuale. Analizzando nel dettaglio il dibattito costitutivo, praticando con attenzione la prospettiva comparata e mettendo a serrato confronto fonti legislative interne e sovranazionali (oltre che una corposa giurisprudenza multilivello), Perrone dimostra infatti come questa conclusione risulti sostanzialmente parziale, e come invece tale clausola sia stata e sia tuttora applicata in contesti molto diversi tra loro.

A questo scopo, Perrone – pur citando moltissima giurisprudenza costituzionale – attribuisce centrale

rilevanza alla sentenza n. 293/2000, avente a oggetto la punizione penale della pubblicazione di immagini raccapriccianti e violente “idonee a turbare il comune sentimento della morale”, prevista dalla legge n. 47/1948. Il relativo giudizio *a quo* – e ciò non è influente ai fini del suo ragionamento – verteva infatti sulla pubblicazione di una foto scattata in occasione della scoperta del cadavere di una vittima di omicidio: vicenda che non aveva quindi nulla a che fare con il pudore sessuale. Sulla scia di questa pronuncia (e di molte altre), l’autore sottolinea dunque la necessità che il buon costume venga oggettivamente ricostruito individuando un più ampio “minimo comune denominatore etico” proprio di una società democratica e pluralista, ovvero – come si legge nella stessa sentenza n. 293 – assegnandogli lo spessore di “ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea”. In questo *humus* andrebbero quindi individuati i valori morali condivisi di una data società, ossia quelli non già effettivamente accettati *erga omnes* – non è possibile pensarlo – ma che possano comunque essere imposti a tutti “in virtù del carattere coesistenziale dei medesimi alla forma di Stato prescelta”. E ciò anche quando non si riscontrino veri e propri danni od offese a terzi. Si tratta insomma – come già

si leggeva nella sentenza costituzionale n. 9/1965 – di quelle “regole di convivenza e di comportamento che devono [comunque] essere osservate in una società civile”. Un approdo che può pertanto mettere d’accordo le varie componenti e le diverse (ma pur sempre legittime) sensibilità del corpo sociale presenti nel momento storico in considerazione. Perché – afferma giustamente Perrone – “uno Stato non etico non è uno Stato eticamente neutrale”: un buon costume così ricostruito respinge dunque l’idea (peraltro assurda) che un ordinamento laico e pluralista sarebbe per definizione privo di valori morali e relativista per definizione; anch’esso ammette dunque certe dosi di *moral legalism*.

Nella sentenza costituzionale n. 293/2000, tale nucleo di valori costituzionali fondamentali – veicoli essenziali per una compiuta definizione del buon costume – è rinvenuto dunque nel *rispetto della persona umana* e nella *dignità*. Sono questi i principi che – secondo la Corte – disegnano quel “minimo comune denominatore” che può dar corpo all’altrimenti troppo impalpabile concetto di buon costume. Su questa strada si colloca dunque la fatica ricostruttiva di Perrone: tale prospettiva – benché certamente efficace – non è tuttavia esente da rischi e opacità, dei quali Perrone si mostra senz’altro consapevole. Con onestà occorre del re-

sto ammettere che si tratta di azzardi propri a tutte le ipotizzabili ricostruzioni di questa clausola generale.

In primo luogo, il rispetto della persona umana e la dignità – concetti apparentemente limpidi, liberali e ampiamente condivisi – presentano infatti anch’essi (come lo stesso concetto di buon costume che dovrebbero chiarire) la pericolosa possibilità di essere utilizzati per comprimere i diritti del singolo in un’ottica illiberale e paternalista. Anch’essi si prestano cioè a letture del reale (e a soluzioni giuridiche) addirittura antitetiche: pensate, per esempio, a come vennero branditi a fronte dei casi Welby ed Englaro. Tutti questi concetti sono infatti false idee chiare, le quali rimandano – come direbbe Cass Sunstein – ad “accordi parzialmente teorizzati” (ossia da precisare volta per volta).

Perrone si cimenta dunque nell’impresa di mettere a fuoco proprio questi profili.

La dignità – afferma l’autore – comporta l’indispensabile tutela dell’autonomia individuale, intesa come libertà di scelta da garantire all’individuo con riguardo ai comportamenti che incidono sulla sua autorealizzazione personale e sulla sua felicità (è la c.d. “*dignità-autonomia*”). Nel privato ciò non consentirebbe dunque alcuna coercizione giuridica della morale e dei relativi atteggiamenti individuali.

La stessa dignità evoca tuttavia la

contemporanea (e contrapposta) esigenza che il soggetto rispetti obblighi precisi nel momento in cui egli entrerà in contatto con altri consociati (a loro volta titolari di dignità). È l’altra faccia della medaglia: una società democratica e pluralista presuppone infatti un naturale dovere di rispetto reciproco, di tolleranza, di accettazione della diversità, di multiculturalismo razionale. È quanto scaturisce – appunto – dalla dignità assunta (questa volta) come “*dignità-rispetto*” dell’altro.

Alla luce della “dignità-autonomia” deve quindi ritenersi che ogni normativa la quale proibisca condotte che si esauriscono nella sfera privata della persona (in “camera da letto”, ad esempio, o entro i ristretti confini del proprio domicilio) sia lesiva della sua dignità-autonomia e non rappresenti un’interpretazione costituzionalmente accettabile del concetto di buon costume: l’autore analizza, ad esempio, quanto accaduto con le becere *sodomy laws* statunitensi.

Laddove, invece, la condotta fuoriesca dai confini della sfera privata dell’agente, la contemporanea azione congiunta della dignità-rispetto riconosce alla società uno specifico interesse a intervenire – e anche a sanzionare la condotta in discussione – se questa intacchi valori morali ritenuti pur sempre decisivi per la comunità di riferimento.

È una soluzione apparentemente limpida dal punto di vista teorico – anzi, forse l'unica possibile – la quale è però foriera di pur sempre inevitabili difficoltà applicative. Ne sottolineerò talune.

Un primo problema – che Perrone mostra comunque di conoscere – si rinviene nella circostanza per la quale non è affatto semplice distinguere nettamente tra sfera privata e sfera pubblica dell'azione individuale: tra questi estremi si stende infatti un'ampia zona grigia. Ad esempio, il “luogo aperto al pubblico”, il cui accesso sia però ben “presidiato” e circondato da particolari cautele, sarebbe assimilabile – in vista dell'applicazione della clausola del buon costume – a un luogo pubblico o a un luogo privato? Perrone sembra optare per la prima alternativa, ma allora come spiegare la motivazione della sentenza costituzionale n. 368/1992, riguardante la vendita di videocassette pornografiche, in cui la Corte – sulla scia della Cassazione – afferma che non hanno capacità offensiva le azioni destinate a raggiungere un pubblico selezionato, “tali da assicurare la necessaria riservatezza e da prevenire ragionevolmente il pericolo di offesa al sentimento del pudore di terzi non consenzienti o della collettività in generale”?

Un'altra perplessità è presto detta. Gli approdi e le definizioni proposte dall'autore non celano forse rischi di *slippery slope*, e cioè di un

“pendio scivoloso” che conduca a vincoli giuridici d'ordine morale sempre più serrati? Perrone lo nega, sostenendo che l'intervento repressivo dello Stato può esprimersi solo in presenza di violazioni del buon costume “sufficientemente gravi”. Non si può sottacere però l'indeterminatezza di una simile precisazione; un'astrattezza – ripeto – del tutto inevitabile allorché ci si cimenti nella definizione di una qualsiasi “clausola generale”, e che replica – come rammenta spesso Massimo Luciani – l'altrettanto naturale indeterminatezza del concetto di dignità (qui paradossalmente utilizzato proprio per chiarire il senso di un concetto ugualmente generico e flessibile).

Ad esempio, Perrone afferma che l'apologia di stragi e di genocidio, il negazionismo, la propaganda di idee intolleranti per ragioni razziali, etniche, nazionali o religiose, potranno essere perseguite perché offensive del buon costume *sub specie* di dignità-rispetto e dunque perché in contrasto con i valori etici di fondo dell'ordinamento (a prescindere dalla loro pericolosità concreta); le semplici esclamazioni e contumelie, per quanto sgradevoli, invece non lo sarebbero. Ma come meglio definire il confine tra le une e le altre condotte?

Che dire ad esempio – recupero un caso proposto nell'ultimo volume di Gianfranco Zanetti – di chi trova immorale i pantaloni a vita

sempre più bassa, che lasciano in vista zone via via più ampie del corpo femminile? Non vi sono dubbi che – allo stato attuale dei “costumi” – tali mode siano legittime, sempre che non si superino certe “soglie”; l’idea della dignità-rispetto potrebbe tuttavia stimolare il conio di un divieto troppo “anticipato”? E poi: il bacio in pubblico tra persone dello stesso sesso offende forse il buon costume, benché l’analogo comportamento eterosessuale – in astratto punibile – non si ritiene praticamente più tale? Insomma – per citare Martha Nussbaum – fino a che soglia il “disgusto” di taluno – provocato anche da comportamenti ritenuti del tutto innocui agli occhi di molti – può effettivamente contrastare con il concetto buon costume costituzionalmente significativo?

Un altro (classico) esempio delinato nel libro di Perrone – e sul quale possono sorgere non pochi dubbi – riguarda la pornografia. L’autore afferma che, alla luce della ricostruzione di buon costume da lui proposta, si potrà senz’altro vietare il materiale pornografico “degradante”. Ciò avverrebbe in tutti i casi in cui i partecipanti alla *performance* apparissero sottomessi e umiliati. Non invece in altre circostanze (ad esempio, ove si riprenda il coito in un contesto di reciproco rispetto). Qui (mi pare) i problemi aumentino non poco, evidenziandosi per l’ennesima volta – sia chiaro – la naturale aleatorietà delle ap-

plicazioni (e dei tentativi di definizione stretta”) di un qualsiasi concetto di dignità e di buon costume. Quanto affermato dall’autore è infatti senz’altro condivisibile allorché taluno sia costretto a partecipare a particolari rappresentazioni di stampo pornografico (a prescindere dalle azioni che vi venissero esibite). Qui entrano tuttavia in gioco principi costituzionali ben diversi dal mero buon costume. Ma che dire se tutte le parti della *performance* fossero consenzienti, e se la sottomissione-umiliazione – peraltro anch’essa da definire – fosse solo il frutto di una rappresentazione diegetica? Oppure se lo scopo ultimo della rappresentazione – comunque “spinta” – fosse addirittura positivo, cioè non già quello di esaltare ma di condannare certe degenerazioni comportamentali? Fermo – ovviamente – il divieto di proiettare, mettere in rete il film o distribuire la pubblicazione senza particolari accorgimenti (perché ciò rischierebbe di far assistere alle scene in discorso anche coloro che le trovano ributtanti o persone per le quali vi sia la diffusa e motivata convinzione che non sia opportuno ne possano usufruire: si pensi ai minori). Che è poi – mi pare – la conclusione cui sono giunte sia la Cassazione, sia – successivamente – la Corte costituzionale, nella già citata sentenza n. 368/1992: una pronuncia del tutto neutra rispetto ai contenuti dei prodotti pornografici la

cui distribuzione era allora messa sotto accusa. Anche perché è lo stesso Perrone che – concordo – afferma essere difficilmente ragionevole la conclusione cui è giunta la giurisprudenza straniera e sovranazionale con riguardo al “caso Omega”, giustificando cioè il divieto di praticare uno sport mediante il quale – in un luogo aperto al pubblico, nonché utilizzando false armi al *laser* – si simulava l’uccisione degli avversari in una sorta di battaglia virtuale, perché ritenuto offensivo della dignità umana. Anche in questo caso si dibatteva infatti di una rappresentazione evidentemente innocua e simulata della violenza e dell’omicidio. Qualcosa di simile può forse concludersi anche con riguardo alla vicenda passata alla storia come “il lancio del nano” (uno sport stravagante, praticato in luoghi attrezzati di Francia e Germania, in cui a vincere era colui che riusciva a lanciare il più lontano possibile un nano consenziente e retribuito, oltre che debitamente fornito di protezioni)? Cosa significa affermare – con Perrone – che questo “passatempo” sarebbe ammissibile se svolto in luogo privato, non invece se esercitato in luogo pubblico: e quando fosse praticato in un luogo aperto al pubblico (come, in effetti, avveniva)?

Non c’è invece di sicuro (o soltanto) rappresentazione fittizia nel caso della *boxe*, del *wrestling*, delle arti marziali. Perrone però ne am-

mette la pratica in pubblico almeno fintanto che la comunità non ritenesse queste pratiche intollerabilmente lesive della dignità umana e del buon costume. È una conclusione giusta ed evidentemente condivisa: ammetterle tuttavia in pubblico – e non ammettere invece (in luoghi privati o aperti al pubblico con cautele) rappresentazioni pornografiche “forti” – non è forse contraddittorio, oltre a essere debitore della più consueta definizione del buon costume secondo i canoni della morale sessuale e del “senso dei più”?

Tiriamo le fila: si possono certo accettare – in tutto o in parte – le brillanti (e documentatissime) ricostruzioni teoriche proposte Perrone; quando però si tratti di applicarle in concreto gli assunti le conclusioni possono differenziarsi non poco. Del resto, lo stesso Perrone ammette giustamente che “nessuna definizione è in grado di dissipare completamente i dubbi interpretativi che circondano la nozione di buon costume... I confini del buon costume tendono [infatti] a mostrarsi tanto più confusi e sbiaditi quanto più ci si allontana dal suo nucleo centrale”. Per meglio delimitarli siamo dunque (sempre) costretti a usare anche altri strumenti euristici (naturalmente flessibili), che sono poi quelli di sempre: la giurisprudenza consolidata, ad esempio, oppure le prese di posizione (e, talvolta, le battaglie) dei

gruppi sociali e intellettuali più “avanzati”, l’opinione pubblica in fermento, la “coscienza collettiva”, non a caso menzionata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 126/1968, la specificità del caso concreto e del contesto, la tutela del pluralismo come preconditione essenziale ecc.

In sintesi, il buon costume rientra tra quei concetti – come accade per la stessa dignità – che è assai più semplice “sentire” anziché definire con assoluta precisione. Del resto, l’ha rivelato la stessa Corte costituzionale, con riguardo al problema (più volte riproposto) dell’ipotetico contrasto tra le norme penali che

evocano il buon costume e la necessaria determinatezza delle relative fattispecie: si tratta di concetti – ha affermato la Corte – che sono diffusi e generalmente compresi sebbene non suscettibili di una categorica definizione. Tornano a tal proposito alla mente le parole di quel giudice statunitense: “non si può definire la pornografia, ma se vedo un film pornografico ve lo so dire”. Parafraiamo a nostro uso e consumo: “non si può definire il buon costume, ma se s’incrocia una sua pretesa violazione – e usando la bussola suggerita da Perrone – se ne potrà senz’altro discutere con maggiore costrutto”.



## RECENSIONI

E. Lamarque,  
*Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child  
nella prospettiva costituzionale*

Milano, 2016

Elisabetta Frontoni

Come si decidono casi difficili come quello dell'affidamento del figlio della cd. coppia dell'acido o del bambino cresciuto da genitori vegani arrivato sottopeso per la sua età all'ospedale di Milano? Ai genitori andrà tolta la custodia del bambino?

Si tratta di genitori molto diversi, i primi, sono una coppia di persone accusate di un ignobile reato, i secondi, al contrario, sembrano genitori che, alla luce delle loro più profonde convinzioni, e credendo di realizzare il benessere di loro figlio, hanno deciso di farlo crescere all'insegna di una rigida dieta vegana.

La risposta ormai più frequente è che, per risolvere il caso, il giudice farà applicazione del principio dei cd. *best interests of the child*. Principio che riuscirà senza dubbio a portare il giudice alla migliore decisione possibile in quel dato momento per quel minore. Ma sarà veramente così? Cosa si cela dietro l'applicazione di tale criterio e prima ancora qual è il suo contenuto?

Il bel volume di Elisabetta La-

marque si propone di ricostruire il principio dei *best interests of the child* e di analizzarne l'uso legislativo e giurisprudenziale.

Per indagare un tema tanto complesso, il lavoro prende le mosse da una disamina delle sue origini in ambito anglosassone e sottopone ad un esame critico la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo. Questa prospettiva sembra non tenere conto dell'uso che del principio si è fatto in Italia. Una possibile critica che, tuttavia, verrà chiaramente smentita dall'esito della analisi che, piuttosto che limitarsi all'ambito anglosassone e sovranazionale, offre una importante chiave di lettura della giurisprudenza italiana sia ordinaria che costituzionale.

I rimandi all'ordinamento italiano sono, infatti, costanti. Se la formula *best interests of the child* è inequivocabilmente di origine anglosassone, la nostra Corte costituzionale sin dal 1981, in una nota decisione, aveva riconosciuto alla si-

tuazione soggettiva del minore una posizione preferenziale<sup>1</sup>.

In Italia, come osserva l'autrice, il principio assume una natura «ancipite, perché da una parte esige rigidità, e cioè l'esistenza di istituti e di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori di età considerati astrattamente nel loro insieme [...]; ma dall'altra parte pretende flessibilità, perché obbliga ad attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta [...] la soluzione più idonea per lo sviluppo del minore»<sup>2</sup>.

Questa doppia natura ha come effetto un principio difficile da maneggiare, rispetto al quale, soprattutto quando la scelta è rimessa al giudice, finisce per avere molta importanza, direi forse più che rispetto ad altre formule legislative, quella che Gadamer chiamerebbe la precomprensione del testo che coinvolge direttamente il vissuto dell'interprete, o meglio le sue convinzioni personali, la sua cultura<sup>3</sup>. È il giudice, infatti, che, di volta in volta, dovendo attribuire un significato ad una formula priva di un significato determinabile a priori, definisce i *best interests of the child*, applicando, alla luce della sua sensibilità, il principio al caso concreto.

Tuttavia, «con che metro si può misurare cosa è davvero meglio per un bambino in una data situazione? Devono essere considerate le conseguenze a breve termine della decisione oppure la sua proiezione futu-

ra? Quali sono i parametri culturali, etici, psicologici, medici o religiosi a cui un giudice deve o può riferirsi? I propri, quelli dei suoi consulenti, quelli diffusi nella società, quelli dei genitori, o quelli del bambino stesso?»<sup>4</sup>.

Come ricorda l'autrice, prendendo a prestito una frase di Mnookin, «decidere che cosa sia la cosa migliore per un bambino pone una domanda non meno fondamentale (*ultimate*) di quanto non sia quella che riguarda gli scopi e i valori della vita stessa»<sup>5</sup>.

E questo è quello che tenta di fare anche Fiona Maye, giudice dell'Alta Corte Britannica, la protagonista dell'intenso romanzo di McEwan, la *Ballata di Adam Henry*, che, non a caso, la Lamarque richiama.

Nel romanzo, una attenta valutazione e definizione dei *best interests of the child* porta la protagonista a salvare da una morte certa un ragazzo figlio di testimoni di Geova, anch'esso testimone di Geova, che rifiutava una trasfusione di sangue. Il cd. *well-being* di una persona non è tuttavia così facilmente determinabile e la conclusione del romanzo rivela quanto la giudice dell'Alta Corte non avesse compreso affatto quali fossero gli effettivi bisogni del ragazzo che aveva davanti.

Insomma, lo standard dei *best interests of the child* deve essere maneggiato con cautela perché è possibile riempirlo di qualsiasi contenuto, anche in ragione del fatto che i

continui passaggi da un ordinamento all'altro lo hanno profondamente trasformato. Basti pensare a quello che è avvenuto in Italia in cui la formula inglese è stata tradotta con l'espressione "superiore interesse del bambino" o "preminente interesse del bambino". Traduzione che si discosta profondamente dall'espressione inglese che invece, più correttamente, si sarebbe dovuta tradurre "il migliore interesse del bambino" o "la soluzione migliore (tra quelle possibili) per il bambino". L'errore linguistico finisce così, come acutamente sottolinea l'autrice, per tradursi in un errore di prospettiva relativamente al peso che il principio deve avere in un ipotetico bilanciamento tra valori contrapposti. Nella prospettiva del superiore interesse del minore, infatti, gli interessi di quest'ultimo devono sempre prevalere, si tratta insomma di un principio o di un diritto che tiranneggia tutti gli altri.

Un principio che, peraltro, sembra *bon à tout faire* e che permette di giustificare, senza troppe motivazioni, decisioni dietro le quali spesso si celano altre valutazioni. Come sottolinea ancora l'autrice, la retorica del superiore interesse del minore riesce a fare sempre un'ottima presa sull'opinione pubblica.

E l'obiettivo polemico del volume, dichiarato in modo chiaro sin dalle prime pagine, è proprio quello di smascherare quest'uso retorico del principio.

Per far questo, come si è detto, l'autrice prende le mosse dal mondo anglosassone dove lo standard è sorto per risolvere le *custody disputes*. Si tratta, peraltro, di un ambiente molto diverso da quello europeo, perché nella tradizione giuridica anglosassone i minori non sono titolari di diritti. In quella prospettiva sembra assente, infatti, il tema della dignità umana intesa come dote innata di ogni persona, così che i minori non vengono considerati come titolari di diritti<sup>6</sup>.

Nell'analisi della nascita e dell'evoluzione del criterio dei *best interests of the child*, il libro offre notevoli e felici suggestioni provenienti dal mondo extragiuridico. Del resto, ci si muove in un'area in cui l'apporto di altre discipline è naturale. Come perfettamente naturale appare per ricostruire la genesi e l'evoluzione del principio la bella contrapposizione tra la posizione di Korczak, scrittore, giornalista medico e pedagogo di Varsavia, e quella di Eglantyne Jebb, fondatrice di *Save the children Fund*, che l'autrice tratteggia con efficacia nelle prime pagine del volume e che poi riprende per tutto il corso del lavoro.

Le due concezioni sono alla base della Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989. Il primo documento internazionale in cui compare la formula *best interests of the child* e non a caso il primo documento utilizzato dalla nostra Corte costituzionale come parametro interposto

per sanzionare una violazione indiretta dell'art. 117, comma primo, Cost., dopo l'apertura alle norme Cedu, realizzata dalle note sentenze gemelle n. 347 e 348 del 2007.

Oltre alla Convenzione sui diritti del fanciullo, il principio dei *best interests of the child* è espressamente codificato dall'art. 24 della Carta di Nizza. In modo del tutto inaspettato, tuttavia, come sottolinea l'autrice, la Corte di Lussemburgo, nel motivare le sue decisioni, fa un uso decisamente parco del principio o evita addirittura di prenderlo in considerazione, anche in quei casi in cui evidentemente non potrebbe farne a meno. Inoltre, anche quando il criterio entra in gioco, esso non assume mai un «valore assoluto e incompressibile»<sup>7</sup>, ma entra nel bilanciamento con altri diritti e interessi di pari rango.

La Corte europea dei diritti dell'uomo assume invece un atteggiamento del tutto diverso, facendo ricorso in maniera quasi eccessiva al principio, pure in assenza di una espressa previsione di quest'ultimo nella convenzione, perché la Corte ritiene che lo stesso possa desumersi in via di interpretazione evolutiva dalla stessa Cedu.

Le ragioni di questo diverso approccio, osserva l'autrice, vanno rintracciate nella diversa prospettiva assunta dalle due Corti. La Corte di Lussemburgo si preoccupa della portata dirompente e potenzialmente travolgente dei *best interests*; il

giudice di Strasburgo, al contrario, mira a rendere più convincenti le sue decisioni facendo un uso retorico di tale principio. Le motivazioni della Corte europea avrebbero potuto fondarsi, infatti, anche solo sui diritti espressamente garantiti dalla Cedu, ma la Corte le «rinforza» richiamando sapientemente il superiore interesse del minore.

L'analisi della giurisprudenza delle due Corti e l'ampia e ricca ricostruzione della nascita del principio permettono all'autrice di centrare il suo obiettivo polemico e di smascherare l'uso retorico dei *best interests*. Dopo aver letto il libro non si può non avere un approccio disincantato al tema e non si può non convenire con la Lamarque che il principio debba essere usato con estrema cautela.

Volendo trovare qualche argomento a favore del cd. superiore interesse del minore si può tuttavia ricordare che il suo ingresso nella giurisprudenza delle Corti ha coinciso con una maggiore attenzione alle relazioni tra le persone. Nella sentenza n. 7 del 2013, che per la prima volta ha sanzionato la violazione indiretta dell'art. 117, comma 1, Cost. per violazione della Convenzione dei diritti del fanciullo, il giudice costituzionale si esprime esplicitamente in termini di relazione tra genitore e minore che non deve essere interrotta, e per questa ragione dichiara l'illegittimità costituzionale dell'automatismo legisla-

tivo che, impedendo qualsiasi valutazione al giudice, prevedeva l'automatica decadenza dalla potestà genitoriale in caso di soppressione di stato da parte del genitore<sup>8</sup>.

Allo stesso modo è l'importanza della relazione tra genitore e minore, figlio naturale o adottato, che ha fatto fare un vero e proprio salto di qualità alla giurisprudenza costituzionale in materia di astensione obbligatoria per maternità. Proprio in considerazione del rapporto che si instaura, e non della sola salute della madre, il giudice costituzionale ha riconosciuto in importanti sentenze dapprima il diritto della madre di godere del periodo di astensione obbligatoria in caso di parto prematuro e successivamente il diritto a tale periodo anche in caso di adozione. L'ingresso di un bambino in una famiglia è sempre un momento delicato e, soprattutto, è il momento in cui si cominciano ad instaurare le relazioni affettive<sup>9</sup>.

Il superiore interesse del minore è inoltre l'argomento cardine della motivazione di alcune importanti decisioni di quello che rappresenta ormai un vero e proprio filone giurisprudenziale in tema di cd. *stepchild adoption*, inaugurato dal Tribunale dei minori di Roma, seguito da diverse Corti di appello e definitivamente consolidato dalla stessa Corte di Cassazione in una recentissima decisione<sup>10</sup>.

Nel silenzio della politica, infatti, sono i giudici ad essersi fatti carico

della mancanza di alcuni elementari diritti di bambini che già vivono in famiglie composte da genitori dello stesso sesso e del loro ormai compiuto "processo di attaccamento" a quei genitori.

Questa soluzione forse non sarà la migliore possibile, e potrebbe essere criticata sotto più di un profilo, non ultimo quello della disparità di trattamento tra minori che inevitabilmente si può produrre lasciando il compito di decidere soltanto ai giudici, ma ad oggi appare l'unica praticabile dopo l'approvazione della cosiddetta legge Cirinnà in materia di unioni civili<sup>11</sup>.

Dal disegno di legge è stata, infatti, stralciata, dopo una vicenda tormentata fuori e dentro il Parlamento, che ha visto contrapporsi opposti schieramenti proprio in nome dello stesso *best interest of the child*, la norma che prevedeva la cd. *stepchild adoption*, ovvero la possibilità di adottare il figlio del partner.

A fronte di questa rinuncia del Parlamento a disciplinare una materia tanto delicata, il principio, per sua natura ancipite, perché, come si è visto, esige una sintesi tra rigidità delle regole per tutti e flessibilità per il caso concreto, ha finito per diventare strumento dei giudici, ovvero per essere rispettato solo in uno dei suoi due profili. Ha perso così la prospettiva della *legis-latio* a tutto vantaggio di quella della *jurisdictio*, mentre una virtù che deve es-

sergli riconosciuta è proprio quella che nel dibattito dottrinale vengono di tenere insieme questi due aspetti, molto spesso contrapposti<sup>12</sup>.

## NOTE

<sup>1</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 11 del 1981.

<sup>2</sup> Cfr. p. 16 del volume.

<sup>3</sup> Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. di G. Vattimo, Milano 1995, 342 ss.

<sup>4</sup> Cfr. p. 75 del volume.

<sup>5</sup> Cfr. R. MNOOKIN, *Child-custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of indeterminacy*, in *Law and Contemporary Problems*, 1975, 260.

<sup>6</sup> Sul tema cfr., per tutti in dottrina, M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli 2011, 3123 ss.

<sup>7</sup> Cfr. p. 125 del volume.

<sup>8</sup> Sempre utilizzando il criterio del *best interest of the child*, nella sentenza n. 239 del 2013, la Corte ha sanzionato un altro automatismo legislativo che imponeva il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario. Su questa importante decisione, v. i commenti di F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari* e L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, entrambi in *Giur. cost.*, 2014, 3940 ss.

<sup>9</sup> Cfr., tra le molte, Corte cost., sent. n. 495 del 2002, in tema di parto prematuro, su cui, sia consentito rinviare a E. FRONTONI, *Le limitazioni dell'indennità spettante alle lavoratrici autonome. Ancora una interpretativa di rigetto "a valenza additiva"*, in *Giur. cost.*, 2002, 4079 ss. e Corte cost., sent. n. 205 del 2015, in tema di adozione.

<sup>10</sup> Cfr. Cassazione, prima sezione civile, sent. n. 12962 del 2016.

<sup>11</sup> Cfr. l. n. 76 del 2016 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze).

<sup>12</sup> Sul tema v. R. CALVANO, *Dopo Lisbona, il dialogo tra le Corti e l'attesa di un recupero del ruolo della politica*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, cit., 471 ss.; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2013, 14 ss.; M. DOGLIANI *Costituzione e antipolitica. Il Parlamento alla prova delle riforme*. Con un saggio di Roberta Calvano, Roma 2016, 164 e, a proposito di alcuni casi difficili, M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Nuova edizione aggiornata, Milano 2016, in particolare, 290 ss.

## ABSTRACT

**Riccardo Chieppa**, *“Prassi” interpretative di norme nel diritto pubblico (con riguardo alle “prassi” nei rapporti relativi a soggetti od oggetti costituzionalmente rilevanti e alle nomine)*

Partendo da un esame e precisazioni preliminari su prassi, convenzioni e consuetudini e sui limiti dell'indagine nell'ambito del diritto pubblico, viene compiuta una analisi sulle varie tipologie di prassi, sul loro valore interpretativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, sulle prassi mediante atti amministrativi a contenuto generale e sulle prassi con interpretazione costituzionalmente orientata. Vengono affrontati una serie di aspetti particolari, relativi all'esercizio di poteri di nomine a cariche pubbliche, con riguardo anche ai componenti di Autorità indipendenti e alle nomine ai vertici di Istituti ed enti pubblici o di organi dotati di autonomia ed indipendenza, quali le giurisdizioni speciali, in presenza di vincoli e garanzie poste da leggi e da principi costituzionali. Infine sono esaminati gli effetti e conseguenze, sul piano della sindacabilità nelle sedi appropriate (conflitti di attribuzione o giurisdizione ordinaria o amministrativa), in caso di eventuali scostamenti dalle prassi.

*“Practices” of Interpretation of Norms in Public Law (With Regard to “Practices” in the Relationships among Constitutionally Relevant Subjects or Objects and to Nominations)*

Moving from a preliminary examination and clarification on practices, conventions and customs and on the limits of the inquiry in public law, is carried out an analysis of the various types of practices, on their official interpretation in the jurisprudence of the Constitutional Court administrative practices, by means of general content and practice with interpretation constitutionally oriented. Finally the writing addresses a number of specific aspects relating to the exercise of powers of appointments to public offices, with regard to components of independent Authority and appointments at the top of public institutes or bodies with autonomy and independence which the special courts, in the presence of constraints and guarantees posed by laws and constitutional principles. At last are examined effects and consequences, on the plan of the control (conflicts of competences, ordinary or administrative jurisdiction), in case of possible deviations from the usual procedures.

**Guido Greco**, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*

Il saggio tende a verificare un'opinione ampiamente diffusa, secondo la quale il giudizio amministrativo di legittimità si sarebbe trasformato da giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto. E affronta la problematica, partendo da talune precisazioni in ordine al concetto di rapporto amministrativo e alla consistenza della situazione giuridica del cittadino.

L'analisi è condotta lungo direttrici che distinguono tra interessi che si confrontano con poteri amministrativi restrittivi e interessi correlati a poteri amministrativi ampliati. Le maggiori difficoltà riguardano questa seconda categoria di rapporti, ove la discrezionalità amministrativa è sempre stata considerata un ostacolo pressoché insormontabile.

Tuttavia la molteplicità delle azioni e dei mezzi istruttori ormai ammessi dal nuovo codice inducono a ritenere che, pur nella varietà delle fattispecie ipotizzabili, il giudizio amministrativo consenta sovente di definire il rapporto tra cittadino e amministrazione, ove le domande delle parti siano dirette a tale risultato. E ciò vale anche nel caso di interessi c.d. pretensivi, soprattutto se, accanto all'azione di annullamento, sia proposta anche quella di adempimento.

*Judicial Review and the Substance of the Disputed Decision: An Update*

The essay verifies the widely held opinion according to which judicial review in recent years has become a judgment on the substance of the disputed decision, rather than on the mere administrative act. The Author addresses the problem first by analysing the notion itself of "substance of the decision", and then its consistency in relation to the position of the private party involved in the administrative procedure.

The analysis is conducted by taking into account multiple perspectives, starting from the distinction between cases in which administrative powers impose limits on the position of private parties, and those in which administrative powers have the opposite effect. The most relevant challenges concern the latter category; as administrative discretion has traditionally been considered an almost insurmountable obstacle to judicial review.

However, the multiplicity of actions and measures of inquiry now allowed by the new Code of Administrative Procedure suggest that, despite the variety of conceivable cases, judicial review often allows to identify a clear definition of the substance of the disputed decision, where the claims of the private party allow such analysis. And this also applies in those cases in which private parties seek an adjudication of any sort, especially if, along with the action for annulment, it is sought also an action of fulfillment.

**Chiara Cacciavillani, *La cosa giudicata***

L'indagine sulla cosa giudicata è da sempre incentrata sul suo oggetto e sul suo perimetro di vincolatività, nell'incessante oscillazione tra le antitetiche – ma al contempo ambedue imprescindibili – esigenze di stabilità e di giustizia dell'accertamento giurisdizionale.

Oggi questo secolare assetto è entrato in crisi: sia per effetto di spinte volte ad allargare, in nome della certezza e dell'economia processuale, la sfera giuridica vincolata o toccata dal giudicato, quali la problematica figura del giudicato implicito, a sua volta differenziandosi tra rito e merito, e le riflessioni giurisprudenziali sull'efficacia esterna del giudicato che coinvolge rapporti giuridici preteriti fondati sulle medesime questioni di fatto o di diritto e sull'effetto espansivo esterno nei confronti di atti amministrativi consequenziali ma rimasti inoppugnati; sia per effetto di opposti afflitti verso la ragione più liquida o più preclusiva che temperano la pervasività delle tendenze espansive. Tutte figure prive di sicuri contorni e limiti e, specie nella loro combinazione, foriere di gravi sconnesioni e incertezze.

Queste indubbie tendenze espansive, lette in disagevole coordinamento con i loro malcerti temperamenti, unite allo spesso disinvolto impiego dello strumento della *denegatio actionis* da abuso del processo e alle contorsioni di cui è preda la giurisprudenza (soprattutto amministrativa) nel riconoscere la natura e i caratteri del processo in rapporto all'interesse da tutelare, non soltanto mostrano una incomprensione e una inadeguata recezione degli stimoli della Corte di giustizia volti a ricostruire il sistema delle tutele in un'ottica rimediale più che dogmatica, ma, in ultima analisi, rendono ragione dell'improprietà dell'integrale scardinamento della nozione strutturale del giudicato in favore dell'opzione (meramente) funzionale.

*Res Judicata*

Research on *res judicata* is from time immemorial centred on its object and its binding perimeter, in an unceasing oscillation between antithetical – but in the meantime both inescapable – needs of steadiness and justice of judicial assessment.

Nowadays this centuries-old arrangement has come into a state of crisis: both owing to spurs turned to extend, for the sake of certainty and trial economy, the legal field bound or hit by *res judicata*, such as the problematic figure of implicit *res judicata*, in its turn differentiating between trial one and merits one, and the case-law deliberations about the external effect of *res judicata* involving past legal relationships founded on the same fact or law questions and about the external expansive effect towards administrative acts consequential but remained undisputed; and owing to opposite leanings towards the readier or more preclusive reason which temper the pervasivity of expansive trends. The whole of figures devoid of sure borders and limits and,

especially in the combination of them, presaging serious disconnections and uncertainties.

These undeniable expansive trends, read in hard coordination with their halting temperings, combined with the often cheeky use of the tool of *denegatio actionis* for abuse of trial and with the contortions to which case-law (above all the administrative one) falls a prey in acknowledging the nature and the features of trial with reference to the good to safeguard, not only show a lack of understanding and an inadequate receipt of stimuli by the E.U.C.J. turned to reconstruct the system of protections in a remedial rather than dogmatic light, but, in conclusion, bear ground to the impropriety of the full undermining of the structural notion of *res judicata* in favour of the (merely) functional option.

**Sebastiano Licciardello**, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo*

La questione del metodo sta a monte di ogni problema che deve affrontare un giurista; ed è in concreto nelle discussioni sul metodo che vengono convogliati profili che attengono alla stessa concezione del diritto. Oggi una riflessione sul metodo viene sicuramente sollecitata dalla preoccupazione di costruire il sistema a diritto amministrativo in una aggiornata cornice di coerenza. L'aspirazione alla sistematicità che ha portato Vittorio Emanuele Orlando alla fine dell'ottocento a far coincidere sistematico con scientifico è la stessa che ha mosso più di recente Antonio Romano Tassone e deve a maggior ragione muovere oggi i giuristi di fronte alla profonda crisi che sta attraversando il diritto. Crisi che richiede un nuovo impegno del giurista che dismettendo l'abito di esegeta e abbandonando vecchi e tralattizi schemi categoriali, deve vivere nella storia la sua missione, consapevole di una nuova responsabilità etica.

*Juridical Method and Administrative Law System*

The question of method is a priority for jurists and concerns the conception of law. Today a study on method is needed to build the administrative law system coherently. Vittorio Emanuele Orlando at the end of Eighteen Century brings together the orderliness and the scientific knowledge, alike Antonio Romano Tassone recently. The problem arises again today considering the crisis of law. The jurist must combine the law with the history, aware of a new ethical responsibility.

**Fabio Giglioni**, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*

Il saggio si sofferma sulle potenziali implicazioni che il principio di sussidiarietà può produrre sulle forme di cittadinanza, valorizzando soprattutto il signi-

ficato giuridico della sua introduzione nell'ordinamento giuridico italiano. A partire da questa prospettiva, l'a. analizza la forza di legittimazione espressa dal principio con riferimento a esperienze che vanno oltre il mero rispetto del principio di legalità. La tesi viene condotta verificando le ricadute del principio nelle attività di interesse generale condotte con la collaborazione dei cittadini, nelle forme di organizzazione dei servizi pubblici e, perfino, nella legittimazione processuale attiva. Infine, l'a. si sofferma anche sui limiti del principio di sussidiarietà, tema tanto più sensibile quanto più il principio ha la forza di andare oltre il principio di legalità.

*Citizenship Rights Legitimized by the Principle of Subsidiarity*

The paper focuses on potential implications of the principle of subsidiarity with regard to the citizenship rights, by emphasizing mainly the legal meaning of the introduction of the principle in the Italian Constitution in 2001. From this perspective, the A. analyzes the legitimacy force of this principle with regard to the legal experience going beyond the mere principle of legality. The argument is that of a significant number of experiences where the legal value does not hinge from the principle of legality, but from the principle of subsidiarity: collaboration of citizens for general interest, arrangement of public service, and even the extension of *locus standi*. At the end, the A. deals with the limits of the principle of subsidiarity, a very crucial issue given the lessened role of legality.

**Giacomo Biasutti**, *Nuove procedure obblative nel Codice dell'Ambiente: tra amministrazione attiva ed accertamento giudiziale*

Il contributo fa il punto sulla nuova disciplina dell'oblazione semplificata delle contravvenzioni ambientali, introdotta dalla legge 22 maggio 2015, n. 68. Approfondendo il dipanarsi del procedimento alla luce del raffronto dinamico con analoghe formule di estinzione dei reati già presenti nell'ordinamento, si cerca di proporre una ricostruzione sistematica del modulo deflattivo all'interno della materia del diritto ambientale. Circoscritto l'ambito di applicazione della novella, vengono lumeggiate le principali criticità che pare ingenerare l'istituto di nuovo conio, ove l'attività di amministrazione attiva viene ad incrociarsi con l'accertamento giurisdizionale. Ed, alla fine del percorso, si tentano alcune prime conclusioni su di un modello di tutela dell'ambiente e dell'imputato che vada oltre il – solo – processo penale.

*New Out of Court Settlement in the Code of the Environment: Between Active Administration and Judicial Investigation.*

The paper analyzes the out of court settlement of environmental offences, newly introduced in the Italian judicial system by May 22<sup>nd</sup> 2015, n 68, law. By means of in-depth examination of the procedure in comparison to different ex-

inction formulas already existing in the system, the essay tries to systematically reconstruct the new procedure. Once defined the reference environment, the dissertation sums up the main criticalities and points of interest of the procedure, which seems to be placed between active administration and judicial investigation. And, at conclusion, the paper aims to introduce a model of legal protection – both of the environment and of the indicted person – beyond just the criminal suit.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

RICCARDO CHIEPPA, Presidente emerito della Corte costituzionale

GUIDO GRECO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano

CHIARA CACCIAVILLANI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Padova

SEBASTIANO LICCIARDELLO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Catania

FABIO GIGLIONI, Professore associato di Diritto amministrativo, "Sapienza" Università di Roma

GIACOMO BIASUTTI, Cultore di Diritto amministrativo, Università di Trieste

PAOLO VERONESI, Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

ELISABETTA FRONTONI, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Cacciavillani, Licciardello, Giglioni e Biasutti.

#### Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

#### Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2016: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

#### Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di settembre 2016  
da *La Buona Stampa* – Napoli