

FULVIO CORTESE

Ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
fulvio.cortese@unitn.it

AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE: POTERI DIVERSI O POTERI CONCORRENTI?

PUBLIC ADMINISTRATION AND THE JUDICIARY: ARE THEY DIFFERENT OR CONCURRING POWERS?

SINTESI

Il sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa è condizionato dal modo con cui si interpreta il principio di separazione dei poteri. A sua volta, questo principio funziona in modo diverso a seconda dell'ordinamento di riferimento e dei principi prevalenti in esso affermati. Il presente contributo prende spunto da alcune classiche elaborazioni dottrinali e da recenti orientamenti giurisprudenziali per illustrare le interazioni esistenti tra il principio di separazione dei poteri, l'ordinamento giuridico di riferimento e la profondità del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa. Tali interazioni sono destinate ad essere molto complesse allorché i contesti normativi di riferimento siano più di uno.

ABSTRACT

The judicial review on administrative action is influenced by the way in which the principle of separation of powers is interpreted. At the same time, the principle of separation of powers works differently depending on the legal system concerned and on the prevailing principles established therein. The essay is inspired by some legal scholars' classic elaborations and by some recent judgments. It aims at illustrating the interactions between the principle of separation of powers, the legal system concerned and the depth of the judicial review on administrative action. These interactions are bound to be very complex when legal systems involved are more than one.

PAROLE CHIAVE: Amministrazione, Giurisdizione, Separazione dei Poteri, Sindacato Giurisdizionale sull'Azione Amministrativa, Interazioni.

KEYWORDS: Public Administration, Judiciary, Separation of Powers, Judicial Review of Administrative Action, Interactions.

INDICE: 1. Premessa - 2. Punto di partenza: divagazione su *Gesetz und Richteramt* e su altri classici - 3. Organizzazione istituzionale e scopo dell'ordinamento: fisiologia delle interazioni - 4. Struttura e funzione nel contesto della pluralità dei sistemi normativi: il ruolo delle "alte corti" - 5. Conclusioni

1. Premessa.

La definizione del grado di profondità del sindacato del giudice sull'azione dell'amministrazione costituisce uno degli snodi più delicati della disciplina della tutela giurisdizionale amministrativa.

Il presupposto essenziale che ne ha sempre condizionato la fisionomia è rinvenibile in un assunto consolidato: di regola, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione; e ciò perché questa esercita prerogative, sulla realtà giuridica, che dal punto di vista istituzionale hanno una specifica giustificazione e corrispondono ad un potere che è diverso da quello sulla cui base il primo è legittimato ad intervenire. È il principio della separazione dei poteri, dunque, a venire in gioco; è la sua logica a risultare determinante¹. Ed è proprio sul modo di intenderla che questa riflessione vuole concentrarsi.

Per rendere al meglio il senso dell'approfondimento qui proposto, si riproducono di seguito alcuni estratti, selezionati da opere dottrinali o da pronunce giurisprudenziali in quanto idonei a fungere da spunti paradigmatici di discussione. Ad ogni estratto – che rappresenta una tappa dell'argomentazione complessiva – segue un breve commento esplicativo.

2. Punto di partenza: divagazione su *Gesetz und Richteramt* e su altri classici.

Il primo estratto, che può valere da ideale punto di partenza, è un passo di *Gesetz und Richteramt* (1885), saggio molto noto, e fondamentale, di O. von Bülow (1837-1907), uno dei padri della dogmatica del diritto processuale²:

«Lo Stato non rende manifesti le proprie norme, le autorizzazioni e i divieti soltanto attraverso la parola muta della legge, ma anche, e in maniera più determinante e incisiva, attraverso la bocca del giudice. Tanto la sentenza quanto la legge sono atti del potere ordinamentale dello Stato. Le determinazioni legislative, al pari di quelle giurisdizionali, sono rese esecutive dal potere e dalla forza coercitiva dello Stato».

Come si può osservare, ad essere al centro dell'attenzione, in queste affermazioni, è il rapporto tra la funzione legislativa e quella giurisdizionale.

¹ Sul principio di separazione dei poteri v., *ex plurimis*, la ricca, e ancora insuperata, voce di G. SILVESTRI, *Poteri dello stato (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 670 ss.

² O. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (1885), tr. it. a cura di F. Cortese, A. Sandri in O. VON BÜLOW, P. ZORN, *Legge e giurisdizione*, Seregno, Herrenhaus, 2012, p. 17-18 (corsivi aggiunti).

Il profilo che, di tale rapporto, VON BÜLOW mette in specifica evidenza è che i frutti delle due funzioni (la legge, da un lato; la sentenza, dall'altro) sono caratterizzati, pur nella loro diversità, dall'attinenza ad un'unica sorgente, della quale sono entrambi manifestazione, vale a dire dalla loro comune riconduzione al «*potere ordinamentale dello Stato*». Ciò che VON BÜLOW vuole sottolineare, in altri termini, è che la parola del legislatore e quella del giudice non sono altro che evoluzioni e precisazioni tra loro necessariamente coordinate di un'opzione strutturale preliminare, quella della sovranità statale, che esige un'attuazione progressiva e via via perfezionata.

Nel complesso discorso dell'Autore tedesco – che storicamente, peraltro, ha ispirato interpretazioni tanto importanti e rivoluzionarie quanto forse eccessive rispetto alla sua *ratio* più autentica³ – una prospettiva di questo tipo aveva una finalità molto chiara: accreditare l'esercizio del potere giurisdizionale quale frazione dell'esercizio del potere sovrano dello Stato e far sì, di conseguenza, che al primo fossero applicabili le categorie concettuali e il metodo di indagine elaborati per il secondo.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che, per ciò che qui interessa, la lettura di VON BÜLOW costituisce espressione di una visione necessariamente unitaria e “organizzativa” dell'ordinamento giuridico e delle istituzioni che lo animano; di una visione, cioè, nella quale la diversità dei poteri che vi vengono esercitati, se per un verso assolve al compito di radicare e garantire un certo modello dello Stato di diritto, con correlata affermazione di una sorta di progressivo gradualismo tra le sue distinte espressioni sovrane (legislativa, amministrativa, giurisdizionale), per altro verso non può mai negare la compartecipazione di ciascun potere, con pari dignità, al medesimo disegno di attuazione della volontà dell'ordinamento stesso. Da questo punto di vista, l'interpretazione del giudice non è altro che la legittima e piena progressione di un progetto normativo che, pur essendovi intermediato, non viene per nulla alterato.

Quanto questa ricostruzione sia potenzialmente decisiva anche nei distinti rapporti tra potere legislativo e potere amministrativo ovvero tra potere giu-

³ Gli stimoli offerti da VON BÜLOW sono serviti a molta dottrina per approfondire in modo estremamente accurato i caratteri fondamentali dei procedimenti interpretativi del diritto scritto e le dinamiche di autonoma e sostanziale “creazione” normativa che ad essi sono sottese. È per questo che, spesso, si è attribuita allo stesso VON BÜLOW la paternità spirituale dell'approccio sociologico del diritto avviato da E. EHRLICH (1862-1922) ed anche della cd. “Scuola del diritto libero” (*Freirechtsbewegung*), che avrà, tra i suoi maestri, G. RADBRUCH (1878-1949) ed H. KANTOROWICZ (1877-1940), e che, da quel momento in poi, costituirà l'oggetto di ampi e felici studi, così come di ricorrenti, e talvolta feroci, reazioni critiche (in Europa, come Oltreoceano).

risdizionale e potere amministrativo è aspetto che aveva messo in luce il primo recensore del saggio di VON BÜLOW, P. ZORN (1850-1928), dal cui contributo è opportuno trarre il seguente passaggio⁴:

«E ciò che viene detto quanto al rapporto tra il giudice e la legge, non vale forse anche per tutti gli altri funzionari pubblici che rappresentino il potere dello Stato? Ciò che concerne la pronuncia giurisdizionale, dovrebbe valere allo stesso modo per gli altri ambiti dell'attività statale, in particolare per quelli, estesi, dell'amministrazione? Per parte nostra rispondiamo in modo assolutamente affermativo a questi interrogativi; accanto alla legge, e nella cornice dalla stessa posta, ma non in conflitto con essa, il diritto viene prodotto da tutti gli organi che rappresentano la potestà statale, da tutti gli uffici: su questa acquisizione poggia la nozione pubblicistica di potere regolativo, sotto la quale deve essere sussunta anche la pronuncia del giudice».

Con queste parole, ZORN compie ufficialmente un “salto”, applicando la tesi di VON BÜLOW, in quanto di per sé concernente la relazione tra il giudice e la legge, alla ulteriore relazione tra l'amministrazione e la legge, e aggiungendo, peraltro, che, per quanto si tratti di poteri e di organi separati, sia il legislativo, sia la giurisdizione, sia l'amministrazione producono tutti *«diritto»*; anzi, essi esercitano prerogative che sarebbero tutte definibili come espressioni di un unico *«potere regolativo»*, che in quanto tale, quindi, emerge inevitabilmente come potere condiviso, come potere che ha alla sua radice un'insopprimibile e quasi naturale esigenza di collaborazione e di mutuo riconoscimento di tutte le entità che siano chiamate a realizzarlo.

Anche l'amministrazione, in definitiva, “intermedia” il progetto normativo; anch'essa lo fa legittimamente e pienamente.

Tracce di questa impostazione si ritrovano anche in una delle più affermate e tradizionali trattazioni del diritto pubblico italiano, qual è quella di C. MORTATI, nel cui contesto si sviluppa e si “completa” il medesimo disegno, corredandolo di un altro tassello, invero decisivo, come si può leggere nei due prossimi estratti⁵:

«Assolutamente primario, creativo in modo originario, ossia non esecutivo di un precedente precetto, è solo l'atto che fonda un singolo ordinamento positivo, quello che forma la “costituzione”. Tutti gli altri atti sono di fronte alla costituzione esecutivi di questa, direttamente o indirettamente, mentre, visti nella loro posizione reciproca, sono nello stesso tempo creativi ed esecutivi (...)».

⁴ Ibid., p. 47 (corsivi aggiunti).

⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1975 (9^a ed.), rispettivamente p. 296, p. 369-370 (corsivi aggiunti).

«[L]a concreta attuazione delle predisposizioni normative può avvenire attraverso l'esercizio di attività o amministrativa oppure giurisdizionale. (...)

L'attività amministrativa, intesa nel suo significato più generale, è quella che ogni entità, sia privata che pubblica (una volta costituita, con la determinazione dei fini da conseguire in relazione ai propri bisogni, e con la predisposizione almeno di un minimo delle modalità di azione necessarie ad un suo ordinato svolgimento), esercita per soddisfare in concreto i bisogni stessi».

Non solo, in queste puntualizzazioni, si conferma che l'amministrazione e la giurisdizione sono compartecipi della realizzazione della volontà normativa: esse concorrono, infatti, nella «concreta attuazione» dei precetti. Nell'argomentazione mortatiana si giustappone alla descrizione di questo quadro un duplice chiarimento:

(a) che, in uno Stato costituzionale, la predetta volontà non compete soltanto al legislatore, perché anch'esso è de-limitato dal solo «atto che fonda un singolo ordinamento positivo, quello che forma la "costituzione"»: quello, in altre parole, che organizza e legittima tutti i poteri nella prospettiva di renderli sinergici alla piena soddisfazione degli obiettivi teleologicamente irrinunciabili dell'ordinamento;

(b) che in un'articolazione di questo genere ad essere protagonisti della garanzia materiale del pratico e diffuso raggiungimento dei citati obiettivi costituzionali vi sono anche i soggetti privati, come «entità» che, nell'esprimere appieno gli spazi d'azione che la cornice costituzionale riconosce e intende invocarli, contribuiscono, sul piano di un'attività (sia pur diversamente) «amministrativa» all'attività unitaria e coordinata di «concreta attuazione delle predisposizioni normative».

Ciò premesso, l'elemento che qui occorre sottolineare non è il sostanziale, quanto evidente, organicismo di queste raffigurazioni. Di esse va enfatizzato l'*input* metodologico che evidentemente esprimono allorché si voglia correttamente impostare il tema della separazione dei poteri e della sua conseguenza sul piano del sindacato giurisdizionale sull'attività della pubblica amministrazione.

In altre parole, se la collocazione ordinamentale dei poteri e la sua unitaria funzionalità non si possono comunque trascurare, allora ciò significa che la profondità del sindacato del giudice sull'azione amministrativa è questione che non si potrà risolvere soltanto sulla base di ciò che è desumibile dalla teoria o dalla logica del giudizio che è chiamato a compiere (e, dunque, sulla base di che cosa possa significare, in astratto, l'accertamento che in esso si svolga), dovendosi, viceversa, ricorrere all'*analisi della dimensione teleologica* che il livello costitu-

zionale ha impresso all'ordinamento. Perché è da questa analisi che si potrà comprendere se l'attività concretizzante del giudice debba o meno prevalere su quella dell'amministrazione, e a quali condizioni.

Anche questa non è una "lezione" nuova. Di essa vi è una programmatica formulazione in un testo molto conosciuto e autorevole, preso spesso ad esempio per ogni trattazione della disciplina del processo amministrativo⁶:

«Se (...) quella di qualificare la struttura di un processo è la questione fondamentale di ogni scienza processuale, tuttavia nessuna scienza processuale può pervenire a risolvere tale questione partendo soltanto dai dati processuali: perché questi non rappresentano se non, appunto, "un dato", il quale deve essere qualificato secondo un criterio e perciò nei confronti di un ordinamento più vasto di quello cui il dato dà luogo. Questo criterio è quello del diritto pubblico generale e questo ordinamento è perciò quello dello Stato».

Da quest'ultimo estratto si comprende, in estrema sintesi, che, dal punto di vista dell'approccio che l'interprete dovrebbe seguire, la connotazione dell'identità e della fisionomia dell'«ordinamento più vasto» – e dunque anche della cornice costituzionale complessiva – è l'operazione pregiudiziale senza la quale ogni interpretazione nella materia processuale rischia di incorrere nel più tipico Münchhausen-Trilemma, finendo per giustificarsi in base ad assunti che, in verità, consentono di essere razionalizzati soltanto in modo autoreferenziale e che, invece, dovrebbero trovare un appoggio su di un piano superiore ed unitario. Poiché è a *questo* piano, come si è visto, che compete naturalmente anche la definizione del senso della separazione e del contemporaneo e necessario coordinamento tra i poteri, sono gli svolgimenti concernenti l'individuazione di questo stesso piano, e la decifrazione dei suoi significati, a spiegare sia le oscillazioni che la concorrenza tra giudice e amministrazione produce storicamente in punto di determinazione del grado di tutela giurisdizionale realmente conseguibile dinanzi all'esercizio del potere amministrativo, sia gli effetti che la riflessione concreta, quasi microfisica, sui limiti di questo sindacato può a sua volta sortire sulla fisionomia e sulle modalità di quella concorrenza.

3. Organizzazione istituzionale e scopo dell'ordinamento: fisiologia delle interazioni.

Il percorso che in proposito ha svolto la giustizia amministrativa italiana è ben conosciuto.

In particolare, in merito al sindacato giurisdizionale e alla sua ampiezza – ed alla possibilità che esso si risolva, se del caso, anche nella immediata defini-

⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 13 (corsivi aggiunti).

zione concreta di ciò che l'amministrazione debba riconoscere *in positivo* al cittadino che chiede tutela al giudice, con episodica “rottura” del principio di separazione tra i poteri – un recente punto di approdo può essere sintetizzato da alcuni svolgimenti della motivazione di una delle prime e più pionieristiche sentenze pronunciate dal giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore, nel 2010, del codice del processo amministrativo⁷:

«L'ordinamento processuale amministrativo (...) si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto. Si tratta di un percorso che ha visto lungamente confrontarsi, da un lato, la visione che concepisce il giudizio amministrativo come strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa (e, conseguentemente, intende l'interesse legittimo come “regola di coesistenza”, volta a conciliare l'interesse privato con quello pubblico); dall'altro, l'idea di una giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali (...).»

«[S]enza dubbio, spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione».

«È ben possibile (...) che anche una 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, oramai “segnata” nel suo sviluppo. (...) Se pure non può dirsi attualmente condivisa dalla comunità giuridica l'opinione secondo cui l'amministrazione esaurirebbe con il primo provvedimento di rigetto la propria discrezionalità (...), essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza,

⁷ V. Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 (corsivi aggiunti). Cfr. il commento di D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 715 ss.

sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati».

Nella lettura di questi estratti l'aspetto che più rileva non è quello relativo alla combinazione simultanea di alcuni problemi ricorrenti e tuttora discussi (il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità; la tutela dell'interesse al provvedimento; l'esaurimento circostanziato del potere...). L'aspetto più significativo è il modo con cui l'esigenza di affermare, in punto di giurisdizione, un paradigma pre-dato di *«tutela delle pretese sostanziali»* giustifica e accompagna l'argomentazione volta a trasformare un regime di tendenziale e programmatica diversità, e quindi di alterità e non sovrapponibilità, di due distinti poteri (quello giurisdizionale e quello amministrativo), in un regime di combinazione/sequenza di prerogative che, al fondo, non possono che risultare tutte doverosamente coordinate in funzione del predetto paradigma. È l'influsso dell'*«ordinamento più vasto»* di cui si è ragionato al termine del precedente paragrafo a svolgere un ruolo decisivo in questa direzione. E non è un caso che questo influsso sia destinato a farsi tanto più forte allorché, con l'approvazione del codice del processo amministrativo, ad esso si è data una particolare ed esplicita emersione normativa: l'art. 1, come è noto, afferma che *«[l]a giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»*.

Si tratta, a ben vedere, di un influsso che può avere intensità differenziate, e che, quindi, può palesarsi in forme all'apparenza non necessariamente coerenti od omogenee.

Vi sono esempi in cui l'influsso diretto a rafforzare o a promuovere determinate *«pretese sostanziali»* è così forte da portare, sempre sul piano della cornice dell'*«ordinamento più vasto»*, alla creazione di situazioni soggettive di nuova generazione e di natura privilegiata, capaci addirittura di alterare i comuni criteri di individuazione del potere giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulla specifica domanda di tutela. Si consideri il seguente estratto, ricavato da una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸:

«In presenza di normative che, al fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni contemporaneamente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inte-

⁸ Cass. Civ., SS.UU., 30 marzo 2011, n. 7186.

so configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come “diritto assoluto” in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa».

Il Supremo Collegio si occupa, nella fattispecie, della tutela giurisdizionale del “diritto a non essere discriminati” (di cui agli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998, e 4 e 4 bis del d.lgs. n. 215/2003), ossia di una super-situazione soggettiva, di matrice innanzitutto europea, che è quasi in grado di astrarsi dalla natura giuridica (di interesse legittimo o di diritto soggettivo) della posizione sostanziale di cui è titolare un determinato soggetto, e che, sulla base di questa astrazione, giunge anche ad individuare una giurisdizione *ab hoc*, costituzionalmente legittima⁹ e dotata di prerogative fortissime, capaci di spingersi anche all’annullamento di ogni confine tra il potere giurisdizionale e quello amministrativo. Qui l’esigenza di garanzia sostanziale è fortissima, al punto da connotarsi come generativa di un circuito del tutto autonomo tra diritto sostanziale e diritto processuale.

Vi sono, al contempo, altri esempi in cui la considerazione dell’«ordinamento più vasto», in ipotesi lo stesso (*i.e.* quello europeo), porta a configurare una sorta di pregiudiziale compressione dell’istanza di garanzia delle pretese sostanziali, e ciò anche laddove essa si possa giovare di principi e istituti tipici e strutturanti della tutela giurisdizionale e dell’esercizio del relativo potere.

Risulta emblematico, in proposito, il famoso pronunciamento della Corte di giustizia, tanto commentato e analizzato, sul caso *Lucchini*, nel quale il giudice europeo è parso mettere in dubbio – addirittura... – la tenuta dell’intangibilità del giudicato¹⁰:

«[L]a valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell’ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario.

⁹ Cfr. l’art. 113, comma 3, Cost.

¹⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 18 luglio 2007, nel procedimento C-119/05, *Lucchini* (corsivi aggiunti). Tra i diversi, numerosi, commenti v. specialmente C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225 ss., nonché A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti* (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1217 ss., e N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 559 ss.

Le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

L'impressione che questa sentenza abbia creato un “cortocircuito” con uno dei capisaldi della disciplina processuale nazionale (se non della disciplina processuale *tout court...*) è assai ingannevole. In questa pronuncia, infatti, si è voluta dare logica e prioritaria – e condizionante – considerazione al piano organizzativo dei rapporti tra poteri imputabili a sistemi normativi diversi. Sicché non vi è stata, a ben vedere, una limitazione degli effetti del giudicato, bensì una *pre-definizione* di ciò che il potere giurisdizionale di un organo giudicante nazionale può accertare a fronte di una competenza allocata in capo ad altri poteri, amministrativi, delle istituzioni europee. Qui, chiaramente, è il tema organizzativo dei poteri a venire direttamente in gioco e a comportare uno slittamento dell'assetto delle tutele.

Altre volte, poi (ma sempre rimanendo nel contesto europeo), si dà un effetto combinato del tema più schiettamente organizzativo e dell'istanza di tutela di specifiche pretese sostanziali, con la conseguenza, per il tramite di tale combinazione, di incidere sul comune modo di guardare ad altre nozioni essenziali del diritto processuale, come può essere quella della legittimazione processuale.

È questo il caso delle vicende concernenti la decifrazione degli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia sulla disciplina italiana del ricorso incidentale escludente nell'ambito del giudizio amministrativo, nella sentenza *Fastweb*¹¹ come nella successiva sentenza *Puligienica*¹², dal cui dispositivo si può riprendere il seguente passo:

«L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del

¹¹ Corte di giustizia, 4 luglio 2013, nel procedimento C-100/12, *Fastweb*. Cfr. la nota di E.M. BARBIERI, *Legittimazione ed interesse a ricorrere in caso di ricorsi reciprocamente escludenti dopo una recente pronuncia comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 802 ss.

¹² Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 aprile 2016, nel procedimento C-689/13, *Puligienica*. V. i commenti di A. GIUSTI, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2221 ss., e G. SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*, in *Foro it.*, 2016, V, p. 336 ss.

Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente».

Lo svolgimento delle argomentazioni spese dal giudice europeo, fondate sul principio della parità delle armi tra i soggetti che nel giudizio si affrontano per contendersi le utilità connesse all'aggiudicazione di un determinato appalto, conduce, come è noto, ad una conclusione che entra in rotta di collisione con il modo con cui la giurisprudenza nazionale concepisce tradizionalmente il ruolo paritario delle parti processuali e la possibilità, per le stesse, di sollevare questioni pregiudiziali capaci di portare il giudice alla definizione in rito della lite. Il fatto è che la “parità” cui pare alludere la Corte di giustizia è, innanzitutto, la *parità delle imprese concorrenti*: esigenza di diritto sostanziale così forte, nell’«ordinamento più vasto» di matrice sovranazionale, da non consentire che, in presenza di addebiti reciproci aventi potenzialmente analoghi effetti assolutori dell’obbligo di decidere nel merito da parte del giudice, il diritto processuale finisca per accreditare vincitore un soggetto che avrebbe potuto comunque non risultare legittimo vincitore secondo l’applicazione del diritto dell’Unione europea.

Va notato che, a tale riguardo, il tema organizzativo dei poteri è ben presente, poiché, nel momento in cui la Corte di giustizia, in questo filone giurisprudenziale, specifica che la conclusione cui è giunta, così come riassunta nel dispositivo sopra riprodotto, va confermata *anche in presenza di più imprese partecipanti e concorrenti*, intende probabilmente garantire che l’effettiva e uniforme applicazione del diritto dell’Unione possa passare anche, se non in primo luogo, dalla doverosa attivazione – anche dopo l’eventuale pronuncia del giudice amministrativo che dichiara l’esclusione di entrambe le parti in causa – dei poteri di autotutela dell’amministrazione aggiudicatrice.

4. Struttura e funzione nel contesto della pluralità dei sistemi normativi: il ruolo delle “alte corti”.

Dalle esemplificazioni da ultimo fornite, dunque, si fa strada una constatazione molto importante: il rapporto tra i poteri e le sue conseguenze sul piano dei modi e della profondità, oltre che della tipologia, del sindacato giurisdizionale.

zionale sono al centro, sul piano ordinamentale, della *competizione tra riferimenti teleologici differenti e non sempre facilmente componibili*. Ma si può anche aggiungere che la centralità di questi riferimenti in competizione non è altro che lo sviluppo e la realizzazione piena di una profonda mutazione nella concezione stessa dell'ordinamento e del diritto, e in particolare di una trasformazione che si è affacciata sin dalla prima metà del Novecento e che le costituzioni del Secondo Dopoguerra e la diffusione del diritto sovranazionale hanno ulteriormente enfatizzato.

Si tratta, segnatamente, del cambiamento che aveva traguadato, sia pur nel contesto di una riflessione forse oggi datata, N. BOBBIO, del cui pensiero è opportuno riprodurre un breve stralcio, tratto da uno dei suoi più noti studi sulla funzione promozionale del diritto, pubblicati nel 1977¹³:

«Mi sembra che una delle ragioni del disinteresse dei teorici del diritto per il problema della funzione stesse proprio nella sua presunta irrilevanza. Alla considerazione che il diritto fosse caratterizzato dall'essere uno strumento specifico che doveva servire allo svolgimento di più funzioni, si aggiungeva anche la considerazione che le stesse funzioni erano svolte in diverse società, ma anche nella stessa società, con altri mezzi, e che pertanto, mentre era legittimo parlare rispetto al diritto di alternative funzionali, non sarebbe stato altrettanto legittimo parlare di alternative strumentali. In sostanza il rapporto fra lo strumento e i suoi possibili usi non era univoco: lo stesso strumento poteva essere usato per fini diversi, così come ciascuno di questi fini poteva essere ottenuto ricorrendo anche a strumenti diversi dal diritto (cioè dal ricorso all'ordinamento della forza monopolizzata). Questa irrilevanza del problema della funzione faceva sì che si desse per ammesso: a) che il diritto avesse una o più funzioni; b) che avesse una funzione positiva (una eu-funzione); c) quale o quali funzioni avesse; d) come l'esercitasse. Chi voglia ora darsi una ragione dell'interesse attuale della teoria giuridica per lo studio della funzione o delle funzioni del diritto ritengo debba andare a cercare proprio nel fatto che tutte e quattro quelle verità tramandate, consolidate e accettate come indiscutibili o non degne di discussione sono al centro di un ampio e tutt'altro che esaurito dibattito».

Le perplessità o gli attriti che sono cagionati dai rivolgimenti “processuali” del tema del rapporto tra i poteri e della sua attinenza alla definizione degli scopi dell'ordinamento – perplessità e attriti che si sono plasticamente constatati, in quanto visti in alcune sintomatiche interazioni, nel paragrafo precedente – dipendono largamente dall'acquisizione di un punto di vista che è ancora e prevalentemente “mono-strutturale” (dandosi ancora per scontata, come direbbe BOBBIO, l'*irrilevanza del problema della funzione*), e ciò nonostante una

¹³ N. BOBBIO, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, ed. 2007, p. 77 (corsivi aggiunti).

realtà giuridica che, invece, si è di fatto *aperta*, e da molto tempo, anche sotto l'influsso dell'interpretazione costituzionale (prima) e del diritto dell'Unione europea (poi), ad una dimensione “pluri-funzionale”; una dimensione che pone in diffusa competizione scopi e organizzazioni differenti.

Non deve stupire, quindi, che vi siano delle “reazioni” a questa trasversale fisiologia competitiva, né deve sorprendere che siano le “alte corti” (l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ad esempio; o la Corte di cassazione; o la Corte costituzionale; oppure, ancora, la Corte di giustizia o la Corte europea dei diritti dell'uomo) a ritagliarsi il ruolo di “regolatori” o “coordinatori” dei possibili conflitti e, con essi, dell'azione di individuazione della *funzione* prevalente (che equivale a dire “dell'ordinamento più vasto da prendere a riferimento”).

Si prendano in esame, sul punto, altri due estratti, selezionati, rispettivamente, da una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁴ (che si rivolge alla Corte di giustizia) e da una pronuncia della Corte di cassazione¹⁵ (che si rivolge alla Corte costituzionale):

«Deve essere rimessa alla Corte di giustizia UE la questione se l'art. 1, paragrafi 1, comma 3, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 – che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 – possa essere interpretato nel senso che esso consente che, allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione), sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 c.c.)».

«Ritiene il Collegio che l'imposizione del dovere di cooperare all'esercizio delle funzioni di vigilanza della CONSOB (ossia di non ritardarne lo svolgimento e di ottemperare tempestivamente alle richieste provenienti dalla Commissione) anche in capo al soggetto al quale,

¹⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., ord. 11 maggio 2018, n. 6.

¹⁵ Cass. civ., Sez. II, ord. 16 febbraio 2018, n. 3831.

nell'esercizio di dette funzioni di vigilanza, la stessa CONSOB ascriva illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate possa risultare in contrasto con l'art. 6 p. 1 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU ed assunto come fonte integratrice del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost., comma 1, laddove tale articolo prescrive che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali».

Le due ordinanze in questione sono molto utili per la comprensione dei meccanismi qui illustrati.

Nella prima il Consiglio di Stato pone nuovamente alla Corte di giustizia alcune questioni collegate a quelle affrontate dalla stessa nella giurisprudenza *Fastweb* e *Puligienica*, di cui si è già detto, chiedendo chiarimenti sulla problematica situazione in cui, come si è parimenti ricordato, a partecipare alla gara controversa siano stati più soggetti, anche diversi da quelli che hanno effettivamente promosso un rimedio giurisdizionale a tutela della propria posizione sostanziale.

Il profilo meritevole di interesse, in questo caso, consiste nella circostanza che il Consiglio di Stato cerca di trovare un rafforzamento delle prerogative dell'organo giurisdizionale rispetto a quelle dell'amministrazione aggiudicatrice che possa intervenire in autotutela, “suggerendo” (quasi) alla Corte di giustizia che una soluzione diversa da quella auspicata potrebbe porsi in contrasto con elementi irrinunciabili della logica – o, se si vuole, del “dato” – processuale, quali il principio della domanda, l'onere della prova, il regime del giudicato.

Ancor più interessante è la fattispecie affrontata alla Cassazione nella seconda delle ordinanze parzialmente riproposte in questa sede.

La competizione tra funzioni e sistemi di norme diversi, infatti, è ancor più accentuata, visto che la Suprema Corte chiede alla Corte costituzionale di accertare il contrasto tra la configurazione del diritto di difesa procedimentale quale essenziale prerogativa del soggetto passibile di sanzioni amministrative (configurazione che la Corte individua come dominante nell'assetto costituzionale e nella disciplina posta dalla CEDU, rilevante quale parametro interposto *ex art. 117, comma 1, Cost.*) e la configurazione di quel medesimo diritto quale situazione soggettiva bifronte e contrassegnata, come tale, da un compresente obbligo di collaborazione con l'amministrazione procedente (configurazione che la Corte riconosce nella lettura che di questa forma di difesa procedimentale tendono a dare il diritto dell'Unione europea e la Corte di giustizia).

Va notato che, in entrambe le situazioni (quella conosciuta dal Consiglio di Stato e quella conosciuta dalla Cassazione), le “alte corti” cercano tra loro un dialogo, in una rete di interlocuzioni che non è per nulla semplice, poiché, vertendosi di principi che hanno un'indubbia rilevanza sul piano della garanzia co-

stituzionale di determinati diritti e del correlato sistema di “stato di diritto” che è preordinato a tutelarli, si può porre facilmente il tema di quale sia, nell’ordinamento interno, il giudice per così dire “privilegiato” ad intervenire sulla individuazione – come si avvertiva – della “funzione prevalente”. Ciò va precisato perché, in materia, sussistono, soprattutto nei confronti del ruolo del giudice costituzionale nazionale, sia sostanziali spinte centrifughe¹⁶, sia espresse indicazioni centripete¹⁷: nell’uno come nell’altro caso si tratta della ricerca di quale sia (come si precisava dianzi) l’«ordinamento più vasto» al quale riferirsi, ossia il quadro di riferimenti teleologici concretamente predominante.

5. Conclusioni.

Il breve itinerario qui percorso, se da un lato non consente di offrire risposte dogmaticamente univoche al problema della separazione/concorrenza dei poteri quale chiave di lettura essenziale per definire il connesso problema del sindacato giurisdizionale sull’attività dell’amministrazione, dall’altro permette di evidenziare con chiarezza che il primo problema non è di pronta definizione, e ciò per il fatto che esso assume declinazioni storicamente e normativamente differenti, a seconda del quadro (del “dato”) fondamentale (ordinamentale) nel quale si iscrive e dei principi di tutela sostanziale e organizzativi che lo reggono.

Inoltre, si è anche compreso che la decifrazione del regime puntuale ed effettivo di coordinamento tra dati ordinamentali diversi e compresenti è lasciata al dialogo tra le “alte corti” e al modo con cui esso si sta via via affermando, nel gioco delle interpretazioni che queste di volta in volta stanno for-

¹⁶ È questo il caso, ad esempio, di Tar Piemonte, ord. 17 gennaio 2018, n. 88, che si rivolge direttamente alla Corte di giustizia per valutare la “conformità” della disciplina di cui all’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che impone all’operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l’ammissione/la mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l’ammissione/l’esclusione dei partecipanti.

¹⁷ V. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, nella quale si riconduce alla sfera di preliminare attrazione del giudizio (nazionale) di legittimità costituzionale la valutazione sulle norme che violino contemporaneamente i principi della Costituzione e della Carta di Nizza in tema di diritti della persona. Si tratta di pronuncia già pluri-commentata. V., ad esempio, C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (17 dicembre 2017), A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, ibid., e D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, ibid. (24 gennaio 2018). Ma v. anche A. RUGGERI, *Una prima, canta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta Online*, I/2018 (23 febbraio 2018), che mette in relazione, correttamente, la sentenza della Corte costituzionale con quella della Cassazione, già cit. *supra* a nt. 15.

nendo, per lo più in via di attuazione unilaterale del reciproco quadro normativo, concepito sempre quale «*ordinamento più vasto*» e, come tale, preminente.

Se queste conclusioni corrispondono al vero, l'interprete e l'operatore del processo amministrativo non possono che acquisire che la fisionomia della tutela di cui si occupano è racchiusa in un meccanismo pregiudiziale di riconoscimento della norma sostanziale applicabile e dei suoi "scopi", la cui individuazione e interpretazione consentiranno di orientare funzionalmente il significato del rapporto tra il potere amministrativo e quello giurisdizionale ora in una direzione, ora nell'altra.