

GIOVANNI LEONE
Professore ordinario di diritto amministrativo presso
l'Università degli Studi di Napoli Federico II
giovanni.leone@unina.it

LEGITTIMAZIONE ED INTERESSE AD AGIRE TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVE E OGGETTIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

LEGAL STANDING AND INTEREST IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL REVIEW

SINTESI

Sino a qualche tempo fa, e quanto meno sino alla metà del secolo scorso, non si è posto in discussione il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, istituita per la tutela dei cd. diritti subiettivi. Tuttavia, alcuni interventi normativi fanno (ri)pensare a tale diffusa opinione dottrinarie e giurisprudenziale.

ABSTRACT

Until recently, and at least until mid of the last century, the subjectivity of administrative jurisdiction, established to protect the so-called subjective rights, wasn't questioned. However, some regulatory intervention helps in (re)thinking this conventional wisdom shared by Community case-law and legal writings.

PAROLE CHIAVE: legittimazione, interesse ad agire, giurisdizione amministrativa, potere di annullamento, aggiudicazione.

KEYWORDS: legal standing, interest in bringing proceedings, administrative jurisdiction, annulment power, public procurement procedures.

INDICE: 1. Premessa. – 1.1. Potere di intervento e oggettività del processo amministrativo. – 2. La “giurisdizione oggettiva” nella funzione nomofilattica del giudice. – 3. Ulteriori ipotesi di “giurisdizione oggettiva”. – 4. “Giurisdizione oggettiva” e potere di annullamento dell'aggiudicazione. – 5. Interesse generale alla sopravvivenza degli effetti del contratto viziato. – 6. Sanzioni pecuniarie per gravi violazioni: un caso di giurisdizione di merito. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Generalmente si fa risalire la nascita della Giustizia amministrativa nell'ordinamento nazionale all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato con la legge n. 5992 del 31 marzo 1889. Pur tuttavia, per essere più precisi, ovvero per aderire alla scuola di pensiero che fa comprendere nel sistema di Giustizia amministrativa tutte le forme di tutela del privato nei confronti della

pubblica amministrazione, non si può sottacere che anche la legge abolitrice del contenzioso amministrativo preesistente nei vari ordinamenti preunitari n. 2248, all. E del 20 marzo 1865, distinse i diritti soggettivi, tutelabili dinanzi al Giudice ordinario, giudice, quindi, unico (sistema monistico), dagli (altri) interessi, tutelabili solo in via giustiziale mediante i ricorsi all'autorità gerarchicamente superiore (art. 3). Come in maniera suggestiva riferisce Sambataro¹ «*La storia ufficiale del contenzioso amministrativo, in Italia, comincia dunque con la sua abolizione*». Alla stessa stregua possiamo però di certo dire che il Diritto processuale amministrativo, ossia il sistema di regole che disciplinano il processo volto alla tutela delle posizioni non tutelate dalla legge del 1865, denominate poi dal Costituente del '48, interessi legittimi, nasce con la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Ma già nel 1889 sorsero dubbi sul carattere giurisdizionale di piena tutela delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti degli atti amministrativi, dovuti alla mancata qualificazione da parte della norma, della natura della IV Sezione quale giudice a tutti gli effetti, con un sistema ordinamentale quindi duale; ciò in ragione della “aggiunta” alle tre preesistenti sezioni consultive. Di tal che, essa fu reputata quale nuovo mezzo di tutela del privato nell'ambito di un più ampio strumentario di garanzie per il sindacato sulla correttezza dell'operato dell'amministrazione, che si affiancava a quelli di carattere giustiziale ed accanto alla autotutela, nell'intento di garantire l'interesse pubblico. In altre parole un sistema di contenzioso amministrativo che contemplava sia la proponibilità del ricorso al superiore gerarchico e del ricorso straordinario al re, sia l'attivazione di un ricorso al massimo organo consultivo, che assumeva anche una funzione di organo di controllo di elevato livello (non dimentichiamo, in questo sistema, le giunte provinciali amministrative, istituite come espressione del potere di controllo dello Stato sugli enti locali, che conseguirono anch'esse, se all'uopo sollecitate, poteri di annullamento).

La consapevolezza assunta, però, sin dagli esordi, dai componenti della IV Sezione di essere investiti non tanto di un mero potere di annullamento, ma di una vera e propria potestà giurisdizionale, consapevolezza confortata dalla Corte di Cassazione romana, confermata, questa volta espressamente, dalla legge n. 62 del 7 marzo 1907, comportò una vera e propria sterzata nelle diffuse opinioni dei giuristi, che reputavano che la tutela giurisdizionale dei privati fosse assicurabile dal Consiglio di Stato solo se ed in quanto preordinata alla tutela

¹ S. SAMBATARO, *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It., Disc. Pubbl.*, vol. IV, Torino, UTET, 1989, p. 6 e ss.

di una più ampia e generale tutela dell'interesse pubblico; quindi, interesse legittimo da prendere in considerazione se coincidente con la tutela dell'interesse pubblico (tesi, peraltro, avversata sin da subito da Vittorio Emanuele Orlando). Concezione, questa, che in forma subliminale si rinviene, ancora oggi, in molte decisioni dei giudici amministrativi, che si sentono investiti della *potestas iudicandi* su un "affare" pubblico. Del resto, è questa la ragione che spinge autorevole dottrina (F. Benvenuti) ad inquadrare il processo amministrativo quale processo in cui una parte (privata) è svantaggiata rispetto all'altra (pubblica). In forza di questa consistente ed ineliminabile presenza dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento amministrativo, la dottrina è stata in larga misura indotta, quanto meno sino alla metà del secolo scorso, ad inquadrare il processo amministrativo nell'ambito della cd. *giurisdizione* (di tutela) *del diritto oggettivo* e, *tout court*, a ritenere che il processo amministrativo sia "di diritto oggettivo".

Il definitivo e formale riconoscimento operato dal Costituente nel 1948 dell'interesse legittimo del cittadino destinatario di atti amministrativi, mediante soprattutto gli artt. 24, 103 e 113 Cost., quale autonoma posizione giuridica soggettiva tutelabile preferenzialmente dal Giudice amministrativo, di primo e secondo grado (art. 125 Cost.), avrebbe dovuto fugare definitivamente la scuola di pensiero della giurisdizione amministrativa quale complesso ordinamentale teso soprattutto alla tutela di un interesse pubblico e, in particolare solo se coincidente con un interesse privato; quindi, una giurisdizione assai più vicina alla giurisdizione penale ed a quella contabile, ove scopo della norma è la tutela dell'ordine violato, nel primo caso, e alla reintegrazione del patrimonio pubblico, nel secondo (che, non a caso, vedono l'iniziativa del processo a cura del pubblico ministero).

Cionondimeno, ancorché il processo amministrativo sia riconducibile, secondo la dottrina

degli ultimi settant'anni, nell'ambito della "*giurisdizione soggettiva*", l'ordinamento ha conservato ed incrementato fattispecie in cui la tutela giurisdizionale amministrativa non è assicurata ad un interesse legittimo del privato, ma è volta in via principale alla tutela di un indubbio quanto oggettivo interesse pubblico. Di qui le azioni popolari, fra tutte quelle disciplinate dai riti elettorali, le azioni preordinate alla tutela di interessi collettivi e diffusi cd. *adespoti*, ove la tutela è prevista per la protezione degli interessi meta o superindividuali², le azioni di classe introdotte nel contenzioso amministrativo dal d.lgs. n. 198 del 20 dicem-

² Per tutti v. R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi. Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Dig. It., Disc. Pubblic.*, vol. VIII, Torino, UTET, 1993, p. 481 e ss.

bre 2009³, quelle volte alla tutela dei consumatori, ecc. In tutte queste azioni si registra l'attenuazione, se non l'annullamento della posizione *personalistica* del cittadino di cui all'art. 24 Cost., unitamente alla valorizzazione di una tutela che trova fondamento e riposa piuttosto sull'art. 2 Cost. («*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*» e «*richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*»). Si rintraccia più o meno espressamente il concetto di *giurisdizione amministrativa "oggettiva"* nel discorso che avrebbe dovuto essere pronunciato dal primo Presidente della IV Sezione del Consiglio di Stato, Silvio Spaventa, nonché propugnatore della giurisdizione amministrativa, che fu redatto per l'inaugurazione della IV Sezione, ma non pronunciato⁴, le cui idee principali è lecito immaginare che l'Autore abbia comunicato ai magistrati della Sezione.

Ciò posto, ed in disparte le fattispecie ora segnalate, emerge attualmente, sia pure sotto altre forme e causali, la teoria che la giurisdizione amministrativa abbia assunto, almeno in peculiari fattispecie, la natura di tutela del *diritto oggettivo*.

Un primo esempio è rinvenibile nelle controversie che vedono contrapposte due pubbliche amministrazioni⁵. In passato, queste liti venivano "gestite"

³ F. CINTIOLI, *Note sulla cd. class action amministrativa*, in www.giustamm.it.

⁴ In proposito è d'obbligo il rinvio al pensiero di E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. It., Disc. Pubbl.*, vol. VII, Torino, UTET, 1991, p. 508 e ss., che riporta alcuni esempi di giurisdizione ritenuta oggettiva, agli albori, dalla IV Sezione: circa atto di nomina di un segretario comunale, che pur partecipando della natura contrattuale, non si sveste del tutto di quel carattere giurisdizionale proprio degli atti con i quali una p.a. affida a qualche persona proprie funzioni (28.8.1890, n. 95); sulla nullità per mancanza di giurisdizione del decreto prefettizio, che abbia deciso una questione per delimitazione di confini tra comuni (4.12.1890, n. 160); in merito ad un decreto prefettizio, che non può riguardarsi come provvedimento amministrativo, ma costituisce una pronuncia in materia giurisdizionale, non essendo prevista la revocazione, laddove è ammesso soltanto il ricorso straordinario al Re (4.6.1891, n. 132); sulla inviolabilità del territorio giurisdizionale dei Comuni (19.5.1892, n. 150); in tema di non impugnabilità del provvedimento istruttorio disposto dalla G.P.A., sia che eserciti un potere in via di tutela, sia che lo eserciti in via giurisdizionale, perché il provvedimento emesso nell'uno e nell'altro caso non è definitivo (12.1.1893, n. 9); in materia di riparto per frazioni dei consiglieri eletti, la G.P.A. ha giurisdizione propria e il provvedimento emanato in tal veste non comporta che lo straordinario rimedio del ricorso per illegittimità al quale può essere contrapposto il ricorso alla sede contenziosa del Consiglio di Stato ex art. 24 (19.1.1893, n. 22); sulla natura giurisdizionale dell'ordinanza prefettizia per la rimozione di stabilimenti insalubri nei cui confronti è esperibile il ricorso alla IV Sezione (23.2.1893, n. 77); circa l'errore sulla definitività scusabile «*sempre quando lo sbaglio di giurisdizione non sia conseguenza di colpa grave*» (2.1.1893, n. 200).

⁵ Oggi sempre più spesso ed autorevolmente (F. Patroni Griffi, in pubblici convegni) si sente dire che la giurisdizione amministrativa, ancorché riguardi generalmente atti, provvedimenti e comportamenti amministrativi, dirime controversie che insorgono tra privati, di cui uno ha conseguito o vuole conseguire un provvedimento amministrativo attribuito ad un altro; tuttavia, all'evidenza, il maggior interesse è di una parte privata (alla pretesa o alla caducazione di un atto favorevole del suo avversario (privato)).

da autorità per così dire superiori, sino alla sede più elevata (Governo); soprattutto dopo la riforma costituzionale del 2001, è venuta meno e si è di molto attenuata l'autorevolezza dei livelli superiori, ovvero questi non sono stati capaci di arbitrare i conflitti. In disparte i conflitti di attribuzione rimessi al giudizio della Corte costituzionale, molte controversie tra enti pubblici vengono portate all'attenzione dei Giudici amministrativi.

Ci sarebbe da chiedersi, in questi casi, se la posizione che l'ente pubblico fa valere nei confronti di un altro ente pubblico sia di interesse legittimo. V'è anche da riferire che, in una delle prime decisioni (Cons. St., Sez. IV, 13 giugno 1890, n. 33) resa su un caso di contestazione di confini tra comuni, la IV Sezione del Consiglio di Stato affermò di essere stata istituita per salvaguardare gli interessi di *individui* o di *enti morali* che si ritenevano lesi da un atto o provvedimento amministrativo; dopo questa premessa, riassuntiva di parte dell'art. 24 della legge del 1889, essa enunciò⁶, con uno stile più alto, che palesa l'influsso del presidente Spaventa, che «*dove non avvii impugnativa di un fatto, di un atto, di un provvedimento amministrativo, non avvii competenza della IV Sezione*».

Alla stessa stregua riguarda interessi esclusivamente pubblici la contestazione che un ente pubblico voglia intraprendere per censurare la legittimità di una conferenza di servizi *ex art. 14* della legge n. 241 del 7 agosto 1990, oppure per chiedere di interpretare o far eseguire un accordo *ex art. 15* della medesima legge, oppure ancora per far accertare il silenzio assenso intervenuto tra pubbliche amministrazioni ai sensi del successivo art. 17bis; sono tutte liti che investono il giudice amministrativo nella sua funzione di arbitro supremo e imparziale, e, quindi, inappellabile, in sostituzione del soggetto pubblico (Governo) che in precedenza era di norma incaricato di comporre e risolvere le liti "pubbliche".

Ciò premesso, accanto a queste fattispecie, nell'ordinamento si rintracciano, a seconda dei casi, orme evidenti o labili di caratteri di tutela del *diritto oggettivo*; e questa tutela è particolarmente rilevante se il giudice esercita poteri officiosi, senza, pertanto, essere sollecitato dalle parti.

1.1. Potere di intervento e oggettività del processo amministrativo.

Taluno ha rinvenuto nel comma 3 dell'art. 73 del c.p.a. il potere del Giudice di rilevare di ufficio l'inammissibilità del ricorso non eccepita dalla parte

⁶ Come riferisce E. CANNADA BARTOLI, op. loc. cit.

intimata⁷. Senonché, si potrebbe opporre che tale potere officioso è presente anche nel processo civile, in cui il giudice ordinario ha il potere di rilevare l'inammissibilità, oltre che l'improcedibilità, la nullità e l'infondatezza della domanda ancorché non sollevate dalle parti intimare. Difatti, l'attribuzione al giudice (di qualunque ordinamento) di un qualsiasi potere di diretto intervento nella lite ed in particolare nella determinazione della domanda rileva senza alcun dubbio il carattere essenzialmente "oggettivo" del processo in cui esso sia previsto, perché ciò presuppone che il giudizio sia rivolto a realizzare non soltanto un interesse personale dei contendenti, ma anche un interesse sostanziale dell'ordinamento. Sicché, «*il positivo riconoscimento di rilevanti poteri officiosi del giudice nel campo della trattazione della causa non può ritenersi, con altrettanta sicurezza, sintomo di una caratterizzazione del processo in senso oggettivo*»⁸.

2. La "giurisdizione oggettiva" nella funzione nomofilattica del giudice.

È stata altresì ravvisata la *giurisdizione oggettiva* nel potere dell'Adunanza Plenaria allorché – pur in presenza di una riscontrata irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o anche di una causa che comporti la declaratoria di estinzione del processo, ritenendo che la questione ad essa sottoposta sia «*di particolare importanza*» – voglia «*comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge*» (comma 5 dell'art. 99 c.p.a.). Si potrebbe a ciò opporre che analogo potere è rinvenibile nell'art. 363 c.p.c., che attribuisce alle Sezioni Unite, sollecitate dal Procuratore generale, a pronunciarsi sulla questione che rivesta "*particolare importanza*". Tuttavia, a differenza della precedente fattispecie, nella quale il giudice si sostituisce alla parte intimata inerte nel rilevare carenze nell'atto introduttivo del giudizio, si può di certo ritenere che, mentre in quest'ultimo caso la verifica della sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione è compito che pertiene a qualsiasi giudice sia investito della controversia, per le *questioni di particolare importanza*, che meritano una trattazione a prescindere dalla riscontrata carenza del ricorso, è di tutta evidenza l'esistenza

⁷ Analogo potere esercitano il giudice amministrativo francese e quello tedesco.

⁸ Si esprime in tal modo, con la consueta lucidità, il compianto A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra giudizio amministrativo ed interesse pubblico*, in *Atti del Convegno annuale dell'AIPDA Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, tenutosi a Trento nelle date del 5 e 6 ottobre 2012 sul *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, pubblicati dalla Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 244, il quale aggiunge: «*L'eventuale attribuzione al giudice di estesi poteri officiosi nel governo del processo amministrativo non implica, quindi, di per sé, che tale processo abbia natura oggettiva*».

di un potere officioso. In entrambi i casi (Adunanza Plenaria e Sezioni Unite⁹), la *ratio* delle disposizioni richiamate è ricondotta e collegata alla funzione di nomofilachia che tradizionalmente caratterizza l'attività di tali supremi giudici.

3. Ulteriori ipotesi di “giurisdizione oggettiva”.

Sono riconducibili alla giurisdizione di diritto oggettivo gli interventi normativi (art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 che consentono ad alcune Autorità indipendenti (Antitrust, ANAC¹⁰) la legittimazione a proporre azioni; nonché al Ministero dell'Economia e delle Finanze ad impugnare gli atti delle amministrazioni regionali e locali (art. 52 d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446) ed al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca a rivolgersi al giudice amministrativo per contestare la legittimità degli statuti approvati dagli Atenei universitari (art. 6 della legge 9 maggio 1989, n. 168).

4. “Giurisdizione oggettiva” e potere di annullamento dell'aggiudicazione.

Potere indubbiamente officioso è quello esercitato dal giudice amministrativo che, in presenza di “gravi violazioni”, dopo aver annullato l'aggiudicazione definitiva, “dichiara l'inefficacia del contratto”, ancorché non sia chiesta dal ricorrente (art. 121, co. 1, c.p.a.). Dottrina e giurisprudenza appaiono sul punto, però, divisi. Difatti la prima, nel distinguersi sulla natura san-

⁹ Dopo l'entrata in vigore dell'art. 363 c.p.c. nella sua attuale forma, come introdotta dall'art. 4 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, la Corte di Cassazione ha iniziato ad applicare frequentemente l'istituto, che ha assunto un ruolo decisamente rilevante, sia quantitativamente che qualitativamente (sul punto v. M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 32), che contribuisce a creare il diritto vivente, ancorché non vincolante come quello creato dal legislatore, nell'ottica di garantire l'uniforme interpretazione della legge e dell'unità del diritto oggettivo nazionale di cui parla l'art. 65 ord. giud. V., altresì, L. SALVANESCHI, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, p. 65 e ss.). Esprime forti perplessità sulla norma G. SCARSELLI, *Circa il (supposto) potere della Cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Foro It.*, 2010, I, p. 3339 e ss., secondo il quale la norma non andrebbe interpretata estensivamente.

¹⁰ Riferisce E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2011, che la Commissione affari costituzionali del Senato chiese, in sede di esame del testo del codice, la previsione della legittimazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ad impugnare gli atti illegittimi dei procedimenti delle gare di appalto, non accolta nel testo finale del codice perché la relazione governativa aveva rilevato che si sarebbe arrivati ad una surrettizia introduzione della figura del pubblico ministero nel processo amministrativo, incompatibile con la natura strutturale di processo di giurisdizione soggettiva.

zionatoria o meno della pronuncia¹¹, afferma che l'accertamento delle gravi violazioni comporta l'inefficacia del contratto quale conseguenza necessaria correlata alla pronuncia; la seconda, viceversa, reputa che là dove la parte non abbia avanzato la domanda di subentro nel contratto, oltre a quella di risarcimento del danno in forma equivalente, il giudice «*debba esimersi, in ragione del carattere soggettivo del processo amministrativo, dal dichiarare d'ufficio e senza espressa domanda dell'interessato l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm.*»¹².

5. Interesse generale alla sopravvivenza degli effetti del contratto viziato.

Identico potere è esercitato dal giudice laddove non dichiara l'inefficacia del contratto, ancorché sia chiesta dal ricorrente, sempre in presenza di gravi violazioni commesse dalla stazione appaltante, se accerta «*che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*» (art. 121, co. 2, c.p.a.). Questa norma enfatizza ancor di più il potere del giudice amministrativo in quanto gli attribuisce il compito di accertare quali siano le esigenze imperative che rientrano, fra l'altro, tra quelle «*imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*»; e di prendere in considerazione gli interessi economici «*come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara*»; escludendo, al contempo, tra le esigenze imperative, «*gli interessi economici legati direttamente al contratto, che*

¹¹ Per l'affermativa M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lg. n. 53 del 2010*, in *Foro amm.* – T.A.R., 1/2010; per la negativa, F. LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53 del 2010*, Intervento alla tavola rotonda su «*Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 534*», Seconda Università degli studi di Napoli, San Leucio, 24 maggio 2010.

¹² Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2017, n. 4812. La dottrina 'giurisprudenziale' (R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, III ed., Milano, Wolters Kluwer, 2015, dopo aver affermato che «*l'inefficacia del contratto è conseguenza immediata e diretta dell'annullamento dell'aggiudicazione, a prescindere dalla domanda di parte, ma gli spazi che la direttiva*» (ricorsi) «*lascia per salvare il contratto sono affidati dal legislatore italiano al giudice amministrativo, chiamato a compiere delicate valutazioni sugli interessi pubblici e privati in gioco*» (p. 2084), e prospettato le tesi che militano a favore della soluzione affermativa (i considerando 13 e 14 della direttiva ricorsi e l'art. 121 c.p.a., che «*per le violazioni gravi prevede come regola generale la dichiarazione della privazione di effetti*» e contro la caducazione automatica, che risiede nel «*generale principio della domanda*» e negli artt. 122 e 124 c.p.a., «*che fanno riferimento alla domanda di subentro nel contratto*», sembra aderire a quest'ultima opinione, sul rispetto del principio dell'onere della domanda, richiamando, peraltro, in tal senso Consiglio di Stato, V Sez., 5 novembre 2011, n. 5591 (p. 2087).

comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia». A mio avviso trattasi di un compito tipico spettante alla pubblica amministrazione, che fa ascrivere l'esercizio di questo potere giudiziario nel novero della giurisdizione di merito.

6. Sanzioni pecuniarie per gravi violazioni: un caso di giurisdizione di merito.

Sempre nell'ambito del rito speciale degli appalti pubblici, e sempre dopo l'accertamento di gravi violazioni di cui al precedente art. 121, l'esercizio del potere giudiziario di elevare sanzioni pecuniarie nei confronti della stazione appaltante variabili tra lo 0,5 ed il 5% del valore del contratto e, in alternativa o cumulativamente, di disporre *«la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo»* (art. 123 c.p.a.)¹³. Anche in questa ipotesi di potere officioso, la giurisdizione sembra sussumere nella giurisdizione di merito.

7. Conclusioni.

Ancora in tema di appalti, ma di infrastrutture strategiche, si sostiene che il comma 2 dell'art. 125 appartenga alla giurisdizione *oggettiva* in quanto *«in sede di pronuncia del provvedimento cautelare»* il giudice deve tener *«conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare»*, e della *«irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure»*. A mio avviso questa disposizione non pare espressione di un potere officioso, tale, quindi, da meritare d'essere compresa nella giurisdizione di diritto obiettivo), esercitabile anche in assenza di una deduzione di tal genere sollevata dall'amministrazione resistente e/o dal controinteressato, per la semplice ragione che, da tempo, il giudice amministrativo non si limita a valutare il pregiudizio grave ed irreparabile allegato dal ricorrente (comma 1 dell'art. 55), ma esamina e compara anche gli interessi confliggenti e contrapposti

¹³ Anche secondo E. FOLLIERI, *Le sanzioni alternative*, op. cit., con tale istituto si apre una fase del processo diversa in cui la giurisdizione, da soggettiva, diventa oggettiva.

dell'amministrazione e del controinteressato, che potrebbero essere lesi dalla decisione della domanda cautelare favorevole al ricorrente, ancorché la norma di riferimento (il citato art. 55) formalmente sia *'tarata'* sulla sola posizione soggettiva del ricorrente¹⁴. Invero, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha costantemente letto la normativa che consente di sospendere gli effetti dell'atto amministrativo – sin dall'art. 12 della l. 5992/1889 – nel senso di dover comparare i gravi motivi, il danno grave ed irreparabile ed il pregiudizio grave ed irreparabile con l'interesse pubblico sotteso. Oggi, si può dire che questa comparazione volge spesso in favore dell'amministrazione, soprattutto per la riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi lesi dal provvedimento amministrativo: se il ricorrente, nelle more del processo, subisce un danno grave (a meno che non sia irreparabile), potrà essere opportunamente risarcito dopo l'esito della vertenza, sempre che sia per lui favorevole¹⁵.

Da questa rapida carrellata di fattispecie in cui parte della dottrina¹⁶ ha rinvenuto la sussistenza della giurisdizione di diritto oggettivo, la cui sussistenza non è generalmente accolta, in omaggio alla tradizione dottrinarica che, da Vittorio Emanuele Orlando in poi, ha costantemente parlato, riferendosi alla giustizia amministrativa come di una giurisdizione di diritti soggettivi, si può concludere che v'è un tentativo, da parte del nostro legislatore, di minare questa granitica convinzione introducendo fattispecie nelle quali è incerta la tutela delle posizioni giuridiche soggettive del privato.

¹⁴ Tant'è che il legislatore, nel preoccuparsi degli eventuali effetti irreversibili della concessione della misura cautelare, ha contemplato la possibilità che quest'ultima sia subordinata alla prestazione di una cauzione (comma 2 dell'art. 55). Istituto questo, peraltro, di scarsa applicazione.

¹⁵ Tuttavia, c'è da chiedersi se sia risarcibile (e sia rinvenibile la colpa o il dolo) quel danno che deriva da un provvedimento amministrativo di cui il giudice non ha sospeso l'esecutività.

¹⁶ Si rinvia per maggiori approfondimenti al volume che raccoglie gli *Atti del Convegno annuale dell'AIPDA Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, op. cit., sul *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, pubblicati dalla Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, ed in particolare le relazioni di G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del Giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*; M. SICA, *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri ufficiosi*; F. VOLPE, *Spunti di giustapposizione tra il sistema processuale tedesco e quello italiano, in materia di poteri d'ufficio del giudice amministrativo*; M. A. SANDULLI, *Premessa: il ruolo del giudice amministrativo e i limiti del potere giurisprudenziale di interpretazione*; A. POLICE, *L'inevitabile temperamento del principio della domanda nei giudizi sull'esercizio del potere pubblico. Italia e Spagna a confronto*. Nonché successivamente M. A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto, in federalismi.it*; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione 'soggettiva' e legittimazione 'oggettiva' ad agire nel processo amministrativo*, in M. A. SANDULLI, F. FRANCARIO (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 75; M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano Giuffrè, 2017, p. 147.

Tuttavia, si può di certo convenire che il cd. potere conformativo delle sentenze (di accoglimento) sia espressione di una giurisdizione che, pur non sostituendosi all'amministrazione, vuol dire qualcosa in più della mera declaratoria di illegittimità dell'atto amministrativo e del suo annullamento, in quanto il giudice si sente investito di un potere di indirizzo o di orientamento sulla successiva attività dell'amministrazione nella riedizione del suo potere. Questa funzione del giudice amministrativo è una sua prerogativa nel nostro quadro ordinamentale, atteso che né il giudice ordinario né i giudici speciali possono, nella motivazione della sentenza, suggerire alla parte soccombente come comportarsi. Che sia o meno un potere officioso, ossia se va esercitato il potere conformativo in assenza di una espressa richiesta del ricorrente, non è rilevante; anzi, il più delle volte, il ricorrente non avanza una espressa richiesta in tal guisa, ancorché la conformazione sia evincibile dal contesto dei motivi di ricorso dedotti. Ciò che è rilevante è che il potere di indirizzare l'attività futura dell'amministrazione trova origine proprio nella funzione che da sempre esercita il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza dello Stato, preposto a fornire indicazioni e suggerimenti alle amministrazioni pubbliche che chiedono a tale organo ausiliario quale debba essere il *modus operandi* in particolari vicende; vicende che, pur se caratterizzate e sollecitate da un contenzioso promosso dal privato, non perdono però la primaria e congenita natura.