

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza, economia e scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

giuseppe.tropea@unirc.it

AMMINISTRAZIONE PER FINI PUBBLICI E GIURISDIZIONE

ADMINISTRATION FOR PUBLIC PURPOSES AND JURISDICTION

SINTESI

Nel saggio si analizzano i molti interessanti spunti in tema di organizzazione e tutela giurisdizionale provenienti dagli ultimi Convegni di Urbino dedicati al tema della "amministrazione per fini pubblici", e si esaminano pure numerosi scritti pubblicati sulla Rivista *Persona e Amministrazione*. Ad esempio, si considera in questa chiave il tema della legittimazione, i rapporti tra procedimento e processo nel contesto della progressiva rilevanza della cd. *full jurisdiction*, il regime processuale della competenza, i poteri del giudice in relazione alle scelte di tipo organizzativo. Ne esce un quadro in chiaroscuro, dove, a fronte di una solida coerenza di fondo del metodo, basato sulla centralità della sovranità della persona in Costituzione e sull'esigenza di una coerente ricostruzione complessiva dell'ordinamento in tal senso, si allenta la tenuta di alcuni tradizionali confini, come quello tra giurisdizione e amministrazione o tra procedimento e processo.

ABSTRACT

The essay analyzes the various and interesting ideas around the subject of organization and judicial protection, a topic discussed during the last Conference held in Urbino dedicated to the theme of "administration for public purposes"; it also examines numerous writings published in the magazine "Persona and Administration". For example, taking into account this theme, we can start an evaluation of the issue of legitimacy, of the relationship between proceeding and process in the context of the progressive importance of the so-called full jurisdiction, the procedural regime of jurisdiction, the powers of the judge in relation to organizational choices. The result is a contradictory picture, where, at the light of a solid underlying coherence of the method, based on the centrality of the sovereignty of the person in the Constitution and on the need for a coherent overall reconstruction of the legal system in this sense, some strict traditional boundaries are lifted, such as between jurisdiction and administration or between proceeding and trial.

PAROLE CHIAVE: Organizzazione amministrativa – tutela giurisdizionale – sovranità della persona – sussidiarietà – legittimazione a ricorrere – procedimento e processo – full jurisdiction – competenza amministrativa – discrezionalità organizzativa.

KEYWORDS: Administrative organization - judicial protection - individual sovereignty – subsidiarity - right to take legal action - proceeding and trial - full jurisdiction - administrative competence - organizational discretion.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il grande paradosso. – 3. (*Segue*) Ulteriori affinamenti e delimitazioni di campo. – 4. Verso una nuova legittimazione *uti civis*? – 5. Dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo. – 6. Il trattamento processuale del vizio di incompetenza. – 7. Riduzione della sfera pubblica e tutela: da dove iniziare? – 8. Poteri del giudice e organizzazione: alla ricerca della “giusta” tutela. – 9. Conclusioni

1. Premessa.

Non è agevole provare a compendiare la ricchezza degli spunti provenienti dagli ultimi incontri urbinati in tema di organizzazione pubblica del gruppo che ruota attorno all’instancabile attività di impulso e coordinamento di Luca Perfetti, e proporre quindi una ricostruzione autonoma.

Certo, ci si può avvalere dell’altrettanto importante pubblicazione degli stessi nella Rivista *Persona e Amministrazione*¹, ed è quello che in parte proverò a fare, ma probabilmente un lavoro di questo genere rischierebbe di essere per un verso banalmente descrittivo, per altro verso ineluttabilmente lacunoso.

Tanto più se il mio compito è quello di canalizzare tali studi in un discorso che consideri nello specifico il tema della giurisdizione. *Ergo*, viene da pensare: che esami le ricadute dell’impostazione di fondo derivante dalla linea culturale presa in esame sul fronte della tutela del cittadino nei confronti del potere.

Senonché, da un lato l’intero progetto editoriale della Rivista sopra menzionata contiene preziosi spunti che vanno al di là dei convegni considerati, essendo presenti anche in sedi convegnistiche che apparentemente trattano temi slegati da quello qui esaminato²; dall’altro, gli appartenenti al gruppo hanno spesso sviluppato le loro idee in lavori autonomi, anche di taglio monografico, che non possono essere trascurati³.

¹ Si vedano, in particolare, i numeri 1/2020, 1/2019, 2/2018, 1/2018.

² Penso, ad esempio, al Convegno di Napoli del 17 giugno 2019 su *Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo*, con molti contributi scritti reperibili sulla rivista *P.A. Persona e Amministrazione* n. 2/2019, ovvero al Convegno *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni in occasione dell’ottantesimo compleanno di Domenico Sorace* tenutosi a Firenze il 6 dicembre 2019, del quale si considererà in particolare il saggio di M. MONTEDURO, *L’organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 545 ss.

³ Cfr., ad es., B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2020.

Ecco perché ritengo metodologicamente più appropriato sviluppare la suggestiva linea di indagine che mi è stata assegnata considerando gli «enzimi personalistici»⁴ urbinati all'interno di un discorso più ampio, anche perché, non bisogna mai dimenticarlo, essi rappresentano il frutto di una tradizione culturale molto importante e tuttora influente, per cui a maggior ragione si impone un tentativo di ricognizione generale sulla più recente consistenza di tali sviluppi, e su eventuali profili di attrito rispetto ai capisaldi teorici della tutela giurisdizionale della *Persona* nei confronti dell'*Amministrazione*.

2. Il grande paradosso.

Non pare difficile indicare l'albero genealogico che ci ha condotto qui. Vi convergono essenzialmente due linee di pensiero.

Da una parte abbiamo la gloriosa tradizione benvenutiana, passata attraverso l'opera di sedimentazione di Giorgio Berti e di Giorgio Pastori, ed oggi sviluppata da autori come Luca Perfetti, Mauro Renna, Luigi Benvenuti, quest'ultimo di recente con un'interessante rivalutazione proprio della concezione oggettivistica⁵ che, come diremo, tanta influenza avrà anche in chiave di tutela.

Dall'altra, meno evidente ma altrettanto centrale, si scorge l'impostazione su organizzazione e tutela che discende dal pensiero di Mario Nigro.

Pur con le debite differenze, si tratta di autori tutti tendenzialmente fedeli ai presupposti ed ai connotati di fondo del processo amministrativo soggettivo e di parti, basti considerare, su tutte, l'inarrivabile monografia di Benvenuti sull'istruttoria⁶ o la voce di Nigro sul principio della domanda nel processo amministrativo⁷, ma che nei loro fondamentali studi sull'organizzazione e

⁴ P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, 63 ss.

⁵ L. BENVENUTI, *Potere e stato di diritto*, in *Scritti in onore di E. Picozza*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 1793 ss.

⁶ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953. Sul punto, per attente precisazioni, si v. L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss.

⁷ M. NIGRO, *Domanda (Principio della)*, *Diritto Processuale Amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, *ad vocem*.

sull'amministrazione oggettivata hanno dato il via a tendenze pan-partecipative e de-formalizzanti, che, traggurdate sul fronte della tutela, finiscono per lambire i lidi della giurisdizione oggettiva⁸.

Si pensi agli scritti di Nigro sulla tutela degli interessi diffusi⁹, che oggi vengono largamente impiegati, sviluppando spunti in tema di amministrazione paritaria ed art. 118 Cost., per teorizzare forme sempre più ampie di legittimazione *uti civis*¹⁰, oppure ai lavori di Berti che hanno prefigurato un saldo rapporto fra amministrazione oggettivata, complessità amministrativa e connessione in un processo amministrativo che deve adattarsi a tali fenomeni¹¹, o hanno dequotato il principio di competenza nell'ambito dello stato sociale, ove a prevalere è il principio di funzionalità¹².

Si consideri, poi, il cruciale tema dell'effettività della tutela.

Anch'esso, per un solo apparente paradosso, finisce per mostrare possibili derive oggettistiche, come in tempi non sospetti era stato evidenziato in una nota voce enciclopedica¹³. Sul punto, tra i tanti aspetti da considerare, se ne possono esemplificativamente evidenziare tre: *i*) il tema dell'effettività in chiave di rapporto fra ordinamento interno ed europeo, e le connesse insidie al principio di autonomia procedurale degli Stati¹⁴; *ii*) il tema del sindacato del g.a., con riguardo specialmente alla cd. *full jurisdiction* ed all'esecuzione della sentenza amministrativa in chiave conformativa; *iii*) la vicenda del litisconsorzio nel processo amministrativo, e dei rapporti fra questo e l'evoluzione del suo oggetto.

⁸ Cfr. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980 252 ss.; ID., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7 e in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, 1862.

⁹ M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 11.

¹⁰ Sul tema v. § 4.

¹¹ G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam, 1970. Dell'importanza dell'opera è testimonianza lo spazio ad essa dedicato nel più recente libro di M. RAMAJOLI, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002. V. pure L.R. PERFETTI, *Il cumulo di azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1261 ss.

¹² G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, 91-92. Per una critica v. M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, Torino, Giappichelli, 2004, 95.

¹³ M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffè, 1970, 243.

¹⁴ Emblematica, sul punto, l'annosa questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente in materia di gare d'appalto, su cui mi permetto di rinviare a G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1083 ss. Come noto di recente tale tematica ha portato alla molto discussa Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, sulla quale v. G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *www.giustizainsieme.it*, 7 ottobre 2020.

Quanto al controllo di *full jurisdiction*, esso è stato oggetto di importante Convegno organizzato a Napoli nel marzo 2018. Mi pare utile evidenziare come anche in quella sede si sia ben colto, come dimostra la raccolta di *Atti* pubblicata nel marzo 2019¹⁵, che il tema si presta a speculazioni teoriche che chiamano in causa proprio la rivisitazione dei rapporti fra amministrazione e giurisdizione¹⁶, procedimento e processo¹⁷, e che in realtà gli insegnamenti che vengono dalla giurisprudenza della Corte Edu in tema di *full jurisdiction* non avrebbero particolare innovatività, nella misura in cui si assumano determinate concezioni della pienezza della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e una declinazione del potere pubblico in linea con la realizzazione e tutela dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.)¹⁸.

Siamo così giunti al nucleo duro dell'impianto concettuale sopra abbozzato: l'idea-manifesto, cioè, che la sovranità della persona nell'impianto costituzionale ribalti la *vulgata* corrente della sovranità spettante alla persona giuridica pubblica "Stato" (cfr. art. 1 Cost.), e che ciò sia oggi confermato dall'art. 118 Cost., che suggella l'auto-amministrazione della società¹⁹.

Vorrei trattare nelle pagine che seguono quelle che sono le principali ricadute di tale teorizzazione dal punto di vista della tutela giurisdizionale.

3. Ulteriori affinamenti e delimitazioni di campo.

La domanda di fondo da farsi, a questo punto, è la seguente: quali conseguenze ha la teorizzazione della sovranità della persona nelle dinamiche organizzative e sul modello attuale di processo amministrativo?

¹⁵ Cfr. AA.VV., *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019.

¹⁶ F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 99 ss.

¹⁷ M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 47 ss.; M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 25 ss.

¹⁸ L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 237 ss.

¹⁹ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, 7 ss.

È stato osservato che «*La posizione dell'organizzazione amministrativa nella dinamica dei poteri e nella relazione tra società ed autorità, è – in sé stesso – un problema politico*»²⁰.

Tale premessa metodologica può essere completata ricorrendo a un modello esegetico fornito da un importante studioso di strutture processuali comparate. Alludo alla distinzione²¹ fra Stato reattivo, ove il processo è visto come strumento di risoluzione dei conflitti, e Stato attivo, che si caratterizza prevalentemente come strumento di attuazione di scelte politiche. Si è osservato, sviluppando tale impostazione, che nel codice del processo amministrativo siano presenti disposizioni legate a un'idea di processo come attuazione di scelte politiche, ma in una cornice generale, anche di principi, che ne ribadisce la natura di processo di parti, e non di giurisdizione oggettiva²².

È questa la ragione per cui, in un modo o nell'altro, a seconda delle diverse sensibilità ed impostazioni, tutti coloro che provano a tradurre in chiave processuale e di tutela il modello dell'organizzazione amministrativa “esterna” all'autorità, superando anche lo schema tradizionale dell'amministrazione oggettivata, devono giocoforza fare i conti col tema dei caratteri di fondo del nostro sistema di tutela processuale.

Le pietre d'angolo teoriche del sistema, che azionano questi cortocircuiti più o meno apparenti una volta fatte interagire col tema del processo, sembrano essere le seguenti.

Prima di tutto, nelle posizioni di molte attente voci dei convegni di Urbino, riversate nelle pagine della Rivista *Persona e Amministrazione*, c'è una forte impronta del principio di continuità e delle tendenze aggiornate del gradualismo giuridico²³, che favorisce giocoforza la rappresentazione di “travasi” continui fra organizzazione e attività²⁴ e tra organizzazione e tutela²⁵.

²⁰ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., 19.

²¹ Cfr. M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 2002.

²² A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, Carocci editore, 2014.

²³ Cfr. M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, cit., *passim*; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 321 ss.

²⁴ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, cit., 555 ss.

²⁵ E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e protezione degli interessi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 51 ss.

Il secondo profilo da evidenziare, strettamente avvinto al tema del gradualismo, è dato dalla connessione procedimento-processo, anch'essa fortemente valorizzata nelle impostazioni di cui si sta dando conto. La teoria generale trova il sostegno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzioni "sostanzialmente" penali, e in questo senso si può inquadrare anche lo "spin-off" napoletano alle giornate urbinati, con un ritorno peraltro alle origini, nella misura in cui – come si è detto – si prenda sul serio la funzionalizzazione del potere ai diritti della persona. In questo cuneo di insinua l'intero discorso giurisprudenziale europeo, che in nome dei principi di effettività della tutela e di concorrenza porta ad una forte rimodulazione dei confini tra amministrazione e giurisdizione.

L'ottica persona-amministrazione ha ricadute sul piano processuale sotto un terzo e ulteriore profilo, meno indagato. Secondo alcuni, infatti, l'approccio che fa leva sul principio di sussidiarietà rischia di sfociare in forme di costruttivismo sociale, facendo perdere di vista proprio l'uomo in carne ed ossa. Si suggerisce così, nell'ottica marginalista e neo-liberale²⁶, di partire dalle esigenze delle persone, anche espresse dal ricorso a certe forme di tutela, specie risarcitoria, per misurare la «quantità» di potere e di funzioni necessarie a soddisfare le esigenze della persona stessa²⁷.

In quarto luogo, l'idea di fondo, debitrice del pensiero di Pastori, sembra fondare la presenza stessa dell'amministrazione nell'assetto istituzionale in un'ottica unitaria di servizio²⁸, anche

²⁶ Sarebbe interessante sviluppare quanto certi retaggi di quest'impostazione trovino oggi discutibili riflessi in nuove forme di potere, come nei casi del *nudge* e del paternalismo cd. libertario. Per una critica v. M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, IF Press, 2018. Inoltre, deve considerarsi che nei modelli neo-liberali le tutele delle situazioni soggettive, da mezzi posti al servizio del soggetto e della sua sfera patrimoniale, mutano in funzioni della massimizzazione del bene pubblico, volte, invece, alla riassegnazione dei diritti a "che ne fa l'uso migliore". Cfr. BARCELLONA M., *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, 757 ss. Per un primo tentativo di declinare gli assunti della biopolitica in chiave critica rispetto ai paradigmi della sovranità della persona, v. G. TROPEA, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, 39 ss.

²⁷ Cfr. G.D. COMPORI, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, cit., 14-15; ID., *Ragione e pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1999, 841. Per un simile approccio metodologico di fondo v. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 11 ss. In chiave monografica: G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014.

²⁸ Nel pensiero di Pastori l'attività amministrativa in senso stretto è sempre strumentale all'attività di produzione finale, intesa come attività che soddisfa gli interessi sociali fatti propri dall'ordinamento: G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in A. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, 577. Analoga sensibilità trapela da F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1959, 169 e successivamente in F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace, (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 258.

allorquando l'attività posta in essere in concreto si esprima nell'emanazione di atti unilaterali a contenuto sfavorevole nei confronti dei diretti destinatari. Da queste premesse deriva una precisa e coerente visione intersoggettiva del procedimento, e delle regole ad esso dedicate. La procedura costituisce, in questo ordine di idee, la sede in cui il potere amministrativo si struttura in senso democratico acquisendo, in una prospettiva dinamica, quella intrinseca legittimazione che la mera norma attributiva di per sé non è idonea a conferire.

Il gradualismo e il principio di continuità, in buona sostanza, mettono in campo, in nome di una sottesa logica accentuatamente "principalista"²⁹, una precisa strategia *lato sensu* "politica" dell'organizzazione amministrazione e comportano severi rivolgimenti dei capisaldi del processo amministrativo, con annesse ulteriori criticità in punto di effettiva tutela individuale discendente dalle impostazioni sopra indicate e con qualche perplessità sull'effettivo perseguimento dell'obiettivo democratico di partenza.

Se è vero, infatti, che l'effettività della tutela resta centrale per la giurisprudenza, alla dottrina spetta un importante compito di segnalazione e controllo, affinché i rischi della «*distorsione da desiderabilità sociale*»³⁰ non determinino un'alterazione eccessiva del confine, sì mobile, ma a un certo punto invalicabile, dell'assetto costituzionale tra Giudice e Amministrazione.

In alcuni casi si tratta di questioni ormai metabolizzate dal sistema, in altri, invece, si è di fronte perlopiù a proposte dottrinali che mancano del crisma della stabilizzazione normativa e/o giurisprudenziale.

Persona è amministrazione; persona è processo.

Il passaggio dalla congiunzione alla "copula" implica delle notevoli rivolgimenti di sistema, che vorrei a questo punto considerare più analiticamente, in una sorta di panoramico sguardo genealogico-diacronico, che parte dall'azione introduttiva del giudizio, passa poi per il tema del sindacato, e arriva a quello delle forme generali di tutela, sia rispetto ad alcuni vizi che più di altri rispecchiano la questione organizzativa, sia rispetto più in generale alla questione della sindacabilità

²⁹ Sulla distinzione tra logica "principalista" e logica "garantista" v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss.

³⁰ Cfr. R. VILLATA, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14 gennaio 2020; ID., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di F.G. Scoa*.

delle scelte organizzative, o, ribaltando la prospettiva, all'idea di misurare le strutture organizzative partendo dagli *input* che vengono dalle strategie di tutela messe in campo dalla persona.

Spesso, peraltro, questi due ultimi profili si intersecano, come nel caso in cui la tutela svela le inefficienze di un'organizzazione pubblica non adeguatamente tarata sulle esigenze della persona, magari non cittadino, e poi viene però contraddetta da scelte politiche che eludono tali *feedback*³¹. E così il cerchio si chiude, o resta sospeso in *loop*, come in uno “scherzo giuridico” infinito.

4. Verso una nuova legittimazione *uti civis*?

Negli ultimi anni il tema della legittimazione ad agire è vivacemente tornato al centro della riflessione dottrinale.

Possiamo isolare due filoni di pensiero fondamentali.

Da un lato c'è chi afferma che la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo abbia tradizionalmente coinciso con la titolarità concreta della posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo cui sarebbe giunta la dottrina maggioritaria; ciò avrebbe determinato uno snaturamento della figura della legittimazione, nella sua accezione civilprocessualistica, come condizione di accesso alla tutela giurisdizionale³². Rimuovendo il concetto di legittimazione sostanziale e quindi svincolando l'accesso in giudizio dalla titolarità effettiva dell'interesse legittimo, il ragionamento offerto verrebbe in realtà a dipanarsi lungo i più ordinari canoni processuali dello scrutinio sulla presenza delle condizioni dell'azione (legittimazione e interesse a ricorrere) e della successiva valutazione del merito della controversia.

Ho già avuto modo di considerare criticamente tale pur suggestiva ricostruzione³³, e non mi sembra il caso tornarvi in questa sede.

³¹ Emblematica la questione dei termini per ottenere la cittadinanza, sulla quale v. *infra*, § 8.

³² Cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, FrancoAngeli, 2018; concorde F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511 ss.

³³ G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, cit., spec. 1110 ss.

Anche perché mi pare che sia un'altra l'impostazione che si pone maggiormente in linea col pensiero di fondo maturato nel corso di questi ultimi anni negli incontri urbinati, e riversato nelle pagine della Rivista *Persona e amministrazione*.

E vengo così alla seconda proposta esegetica, critica rispetto all'impostazione giurisprudenziale maggioritaria, nella quale ancora mi riconosco³⁴.

La recente monografia di Giliberti sul tema, già condensata in un precedente scritto sulla testé menzionata rivista³⁵, mi pare offrire una esemplare sintesi.

Già nel primo capitolo di essa, infatti, si riscontra uno stretto collegamento fra ambito organizzativo e tutela. Nell'art. 118, comma 4, Cost. si ritroverebbe un parametro di organizzazione: alle persone ed alle loro formazioni sociali verrebbe «*accordata la natura di nuclei organizzativi di base del fenomeno amministrativo pubblico*»³⁶. L'idea dell'«*amministrazione diffusa nella società*»³⁷ informerebbe di sé il diritto della persona – di ogni persona – ad amministrare, anche agendo in giudizio³⁸. Si configura, così, un vero e proprio diritto civico alla legalità amministrativa quale espressione di sussidiarietà orizzontale, e si ritiene frutto di un fraintendimento concepire l'oggettivizzazione del processo amministrativo quale diminuzione di garanzie: in altre parole, l'inviolabilità del diritto di difesa delle posizioni individuali tradizionalmente intese potrebbe essere solo rafforzata dalla dimensione civica della nuova legittimazione così ricostruita, che si vuole più in linea con la centralità in Costituzione della persona nella sua dimensione civica.

Quello che c'è da evidenziare in questa ricostruzione è soprattutto il coraggio di rompere ogni collegamento col processo soggettivo e di parti, che invece presidia la prima linea esegetica sopra richiamata.

³⁴ Di cui è espressione il recente lavoro di M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, sul quale tornerò. Il tema della legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni riscuote negli ultimi anni un giustificato interesse. Cfr. anche AA.VV., *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Macchia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss.

³⁵ B. GILIBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità, tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 7 ss.

³⁶ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 29.

³⁷ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 33, che richiama G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario Aipda* 2009, 2010, 361.

³⁸ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 35.

Entrambe, sulla base di percorsi differenti, pervengono a teorizzare una maggiore «giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale», dando dignità teorica³⁹ ad alcuni spunti giurisprudenziali, per la verità ancora minoritari, che configurano appunto forme di legittimazione *uti civis*, specialmente in tema di interessi collettivi e diffusi, prospettando un definitivo superamento dell'empirico ed aleatorio riferimento giurisprudenziale al concetto di *vicinitas*⁴⁰.

Ma mentre la prima linea ricostruttiva avversa l'idea che si tratti di forme di legittimazione generale e oggettiva, ritenendo che si abbia a che fare con dimostrazioni, a livello sia normativo che giurisprudenziale, del superamento del tradizionale concetto “sostanziale” della legittimazione a ricorrere, la seconda vi perviene affrontando di petto il problema del carattere oggettivo del giudizio amministrativo che viene fuori da tale configurazione.

E può “permetterselo”, verrebbe da dire, in tanto e in quanto fa proprie determinate premesse costituzionali in tema di organizzazione amministrativa, secondo il seguente schema: nell'art. 118 Cost. si vede sia un modello di allocazione delle competenze (ultimo stadio di un percorso democratico di oggettivizzazione dell'amministrazione) sia un modello di giurisdizione avverso il potere esecutivo⁴¹.

Un pensiero di questo genere potrebbe autorizzare incursioni ancora più profondi nella “carne viva” dell'organizzazione amministrativa. Potrebbe, ad esempio, essere rivisto criticamente l'assunto giurisprudenziale che predica l'assenza di legittimazione dell'*intraeus* avverso le deliberazioni rispetto alle quali abbia votato rimanendo in minoranza, si sia astenuto dal voto o non abbia presenziato all'adunanza, salvo che sia denunciata una violazione di norme attinenti al procedimento collegiale che non l'ha posto in condizione di svolgere regolarmente il proprio

³⁹ Operazione avviata, fra gli altri, da A. CLINI, L.R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1443 ss.; P. DURET, *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2013, 3 ss.; F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 413 ss. Più di recente, si v. le eleganti e ricche consonanti riflessioni di P.G. PORTALURI, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di F.G. Scoca*.

⁴⁰ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 771 ss.

⁴¹ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 45.

ufficio⁴². La generalizzazione della legittimazione dell'*intranens* all'impugnativa degli atti dell'organo collegiale sarebbe invece coerente con gli assunti sopra riportati.

Tuttavia a me pare che tale impostazione metodologica risenta di un approccio “principalista” molto in voga negli ultimi anni che, lungi dall'apportare maggiori garanzie al privato, rischia di determinarne un ridimensionamento⁴³. Come è stato bene osservato: «*Che la costituzione sia da interpretare magis ut valeat è dunque anzitutto un programma di “politica del diritto” che ha avuto una precisa funzione storica in un momento in cui l'applicazione della costituzione segnava il passo; ma è poi anche una teoria dell'interpretazione costituzionale, che sembra aver mantenuto un certo seguito anche in tempi assai più recenti e corrispondere davvero ad una visione “totalizzante” della costituzione*»⁴⁴. Non mi sembra un caso che in un Convegno di qualche anno fa dedicato proprio al tema “Persona ed amministrazione”, obiezioni di tale tipo siano state avanzate da una certa dottrina, che, contro preconizzate derive illiberali di alcuni eccessi dell'amministrazione partecipata e aperta, provocatoriamente vagheggiava un ritorno al «*paradiso perduto dell'amministrazione “unilaterale”*»⁴⁵.

Si considerino, per tutti, due aspetti problematici.

Prima di tutto è opportuno riflettere sul fatto che tali operazioni di estensione della legittimazione, lungi dal configurarsi come sublimazione della sovranità della persona, siano in realtà, e al contrario, una celata forma di compressione del principio democratico⁴⁶: se non adeguatamente circoscritta, l'estensione della legittimazione a ricorrere può mettere in discussione il principio della divisione dei poteri, nella misura in cui la differenziazione non è operata in via eccezionale dal legislatore ma in via maieutica dal singolo giudice. Ciò dimostra l'avvento di una «*democrazia impolitica*»⁴⁷ nella quale i rappresentanti eletti non sono in grado di prendere decisioni

⁴² Cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2005, n. 832. In dottrina v. A. SQUAZZONI, *Ancora sulla legittimazione del consigliere ad impugnare atti del collegio di appartenenza*, nota a Tar Puglia, sez. I, 12 maggio 2006, n. 2573 e a Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 865 ss.

⁴³ Ho indicato questa linea metodologica nel mio *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, spec. 120 ss.

⁴⁴ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss. Cfr. anche M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 349 ss.

⁴⁵ M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, cit., 94.

⁴⁶ In questo senso L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 3 ss.

⁴⁷ P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, Castelvecchi Editore, 2015. Peraltro, che l'interessamento per la tematica degli interessi diffusi nasca come reazione alla crisi della rappresentanza politica è punto fermo nella più attenta dottrina. Cfr. per tutti G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc.*

giuste, nel contesto di una generalizzata sfiducia verso l'amministrazione⁴⁸. Al contrario, una concezione rigorosa del principio di legalità non ammette alcuna riserva originaria di potere dell'amministrazione e, di conseguenza, non consente neanche che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza⁴⁹.

In secondo luogo l'impostazione in esame finisce per aggirare possibili rilievi rispetto al rischio di sovraccarico del contenzioso, derivante dall'estensione della legittimazione ivi configurata, utilizzando come selettore la teoria della "meritevolezza della pretesa", *sub specie* di abuso del processo, istituito a sua volta controvertibile, limpido esempio di un'argomentazione per principi che finisce per svilire la regola processuale alla luce di un bilanciamento in cui non si ha un gioco "a somma zero", ma che vede sempre vincere la ragionevole durata del processo, non a caso inteso come "servizio pubblico", sull'effettività e pienezza della tutela⁵⁰.

Gli esempi, fra i tanti, che possono portarsi a conferma dell'aggiramento delle regole processuali derivanti dall'applicazione di tali assunti, riguardano il forte ampliamento dei poteri officiosi del giudice, sia in sede di istruttoria che di integrazione del contraddittorio.⁵¹ Quest'aspetto mi pare particolarmente rilevante.

La "giuridificazione"⁵² di interessi emergenti "dal basso", in base alla leva della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost., a sua volta fondata su di un approccio di metodo "per principi" sovvertitori di regole, sconta una serie di incoerenze anche nei rapporti fra legittimazione ed istituti positivi come l'intervento in giudizio, di cui all'art. 28 c.p.a. Si osserva, così, che è necessario

dir., Annali VII, Milano, Giuffrè, 2014, 516, 529, il quale, coerentemente, considera opinabile l'idea che la tutela degli interessi diffusi costituisca un'implicazione necessaria del principio democratico.

⁴⁸ Per una recente critica al fondamento positivo del principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come indebita mascheratura ideologica legittimante un limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.

⁴⁹ M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., 130. Così anche G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, cit., 530.

⁵⁰ G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 221 ss. Non è un caso che nel già richiamato recente lavoro di P.G. PORTALURI, *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, cit., *passim*, si invita il giudice amministrativo a un controllo sulla meritevolezza della tutela *in bonam partem*, diversamente da quanto è stato sinora fatto in base a uno spregiudicato utilizzo dell'argomento dell'abuso del processo.

⁵¹ B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., spec. 173 ss.

⁵² Cfr. AA.VV., *La giuridificazione. A 150 anni dall'unificazione amministrativa*, a cura di D. Sorace, L. Ferrara, B. Marchetti, Firenze, Firenze University Press, 2017.

ripassare al vaglio la teorica e la prassi giurisprudenziale in materia di intervento nel giudizio, che – nel collocare le posizioni mediate del terzo nella sfera dei poteri di intervento – sembrano riflettere una logica pandettistica non conforme alla struttura multilaterale delle relazioni amministrative tra pubblici poteri e individui. Interpretazioni di questo genere, infatti, pur animate da commendevoli tensioni rivolte a fondare il meccanismo della legittimazione in forme di qualificazione più ampia, comprensive di una certa rilettura del dato costituzionale, nella misura in cui ampliano i margini della legittimazione a posizioni mediate rispetto al potere, finiscono per rendere l'istituto previsto dall'art. 28, comma 2, c.p.a. un involucro vuoto. Ciò a meno di non volere completamente alterare l'impianto di fondo dell'intervento in giudizio del nostro ordinamento processuale, giocando magari sulla leva dell'intervento *iussu iudicis*, e facendo del giudice amministrativo una sorta di “responsabile del procedimento” processuale, figura di cui da tempo di è messa in luce – non a caso – proprio la rilevanza organizzativa⁵³.

Si pensi, ancora, ai processi “tra amministrazioni”, che vedono sempre più la presenza di altre amministrazioni in qualità di parti eventuali del giudizio. Ha fatto molto discutere, nel recente ampio contenzioso che si è formato sulle misure di contenimento all'emergenza Covid-19, un giudizio relativo a un'ordinanza della regione Calabria che ha disposto, in deroga al DPCM del 26 aprile 2020, la ripresa dell'attività di ristorazione, non solo con consegna a domicilio e con asporto, ma anche mediante servizio al tavolo, purché all'aperto e nel rispetto di determinate precauzioni di carattere igienico sanitario. Per restare a quanto qui di interesse, in tale giudizio, in cui si fronteggiavano Stato e Regione, si è vista una presenza in qualità di interventore sia *ad adiuvandum* che *ad opponendum* di vari comuni calabresi, interessati per motivi opposti alla caducazione o al mantenimento del provvedimento regionale più restrittivo⁵⁴. In questo caso l'intervento “incrociato” in giudizio, configurando una sorta di inedita conferenza di servizi processuale, mostra il difficile compromesso fra giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva, finendo per smentire

⁵³ Cfr. M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.

⁵⁴ Tar Calabria – Catanzaro, 9 maggio 2020, n. 841. La diversa linea seguita da alcuni comuni calabresi, alcuni intervenienti *ad adiuvandum* a fianco allo Stato, altri *ad opponendum* a fianco alla Regione, rispecchia un diverso approccio, nel delicato bilanciamento di interessi fra tutela della salute e rilancio economico che ha connotato il passaggio dalla cd. “fase 1” alla “fase 2” durante l'emergenza Covid-19.

ricostruzioni, pur coraggiose, che sostengono il transito nella sfera della legittimazione attiva e/o passiva di tali posizioni sostanziali, pur sulla base di diverse premesse argomentative di partenza⁵⁵.

Torniamo così al problema della prefigurata oggettivizzazione del processo⁵⁶. Non sembra sufficiente, infatti, affrontare tali aporie sostenendo che la chiave di tutto è la «*sovranità dell'individuo ... che legittima l'azione in giudizio*»⁵⁷: bisogna varcare definitivamente i bastioni del processo soggettivo e di parti⁵⁸.

Dinanzi a tale questione “ultima” si pone anche l'evoluzione dei rapporti tra procedimento e processo, che non poteva non interessare proprio la linea culturale di cui si sta dando conto, se è vero, come detto, che l'impostazione gradualistica di fondo condivisa implica “travasi” reciproci fra organizzazione e attività e tra organizzazione e forme e modalità di tutela.

5. Dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo.

Altro tema importante più volte affrontato negli incontri di Urbino, e poi di Napoli in un focus dedicato alla *full jurisdiction*⁵⁹, è come detto appunto il rapporto fra procedimento e processo.

Le più recenti ricognizioni che sono state svolte in materia, mettono in luce una distinzione di fondo fra tutela procedimentale e giurisdizionale: essa si avrebbe non già sul piano strutturale, ove procedura sostanziale e processo vengono accomunate, ma su quello funzionale⁶⁰.

⁵⁵ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., *passim*; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, *passim*.

⁵⁶ Con un ritorno a quella che, in fondo, era una teorizzazione presente anche nella più autorevole dottrina. Si pensi, per tutti, ad ALB. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi c.d. diffusi*, in *Foro it.*, 1978, I 10. Per una recente rilettura critica v. invece C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012; ID., *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 99 ss.

⁵⁷ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 161.

⁵⁸ Per un'impostazione più moderata v. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., 111 ss., secondo la quale la legittimazione speciale non inciderebbe sulla natura della giurisdizione amministrativa, che resterebbe soggettiva, ma sulla funzione di tutela del processo.

⁵⁹ Cfr. *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018.

⁶⁰ F. APERIO BELLA, *Tra Procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, recensita da M. Bellavista in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2018, 281 ss.

Da qui l'idea che il tema della processualizzazione del procedimento sia un falso problema, almeno nella misura in cui era stato elaborato, partendo da riflessioni comparate, dai punti di riferimento del gruppo urbinato.

Penso, soprattutto, all'analisi degli ordinamenti stranieri in materia di procedimento amministrativo fatta da Giorgio Pastori⁶¹, il quale ne ritrae non solo e non tanto l'idea della necessità di una disciplina organica in tema di procedura amministrativa, ma soprattutto una più profonda consapevolezza dell'impostazione culturale da cui le norme procedurali italiane all'epoca vigenti erano scaturite. Ad affermarsi, nella cultura giuridica italiana, è stato cioè un atteggiamento di tipo difensivo, che ha indotto il legislatore a trascurare l'idea che il procedimento potesse essere la sede di una "costruzione" condivisa delle scelte pubbliche, prima che di protezione della sfera giuridica dei destinatari delle scelte medesime. Da ciò, secondo Pastori, la necessità di un processo di riforme che superasse il punto di vista meramente legalitario per accogliere un'idea di procedimento ispirata alla più ambiziosa cultura della legittimità in senso sostanziale.

Se è così, però, non è detto che il problema possa essere del tutto smarcato semplicemente distinguendo una procedura in senso strutturale e una procedura in senso funzionale.

Ciò in quanto oggi si assiste al diverso e più preoccupante fenomeno della proceduralizzazione del processo.

Questa tendenza si percepisce, ad esempio, proprio nelle sopra richiamate posizioni espresse dalla Corte di Strasburgo nel contenzioso relativo alla legittimità delle sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti. In tale occasione il sincretismo tra procedimento e processo si profila in chiave "bidirezionale": la Corte da un lato afferma il carattere sostanzialmente penale del procedimento sanzionatorio condotto dall'Autorità, dall'altro sostiene che gli eventuali deficit di imparzialità rintracciabili nel procedimento amministrativo possano essere adeguatamente compensati da una fase giurisdizionale contrassegnata dal pieno rispetto delle garanzie del giusto processo.

A prevalere, quindi, non è una logica di estensione al procedimento delle garanzie del processo, ma una più discutibile idea di compensazione delle garanzie, che ha ben presto trovato

⁶¹ G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, II, 553 ss.

nella giurisprudenza nostrana una ancora più chiara esplicitazione. L'assimilazione tra procedimento e processo si esprime perciò non in chiave di anticipazione della logica "difensiva" connessa al momento della tutela (come a suo tempo Pastori), ma in un ben più allarmante adeguamento al ribasso delle garanzie. Il tutto al prezzo della violazione dei principi costituzionali che regolano l'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento) ma anche di un sostanziale disconoscimento del principio del diritto alla tutela giurisdizionale. Se, infatti, il processo diviene una sorta di camera di compensazione delle violazioni procedurali, il risultato che inevitabilmente si ottiene è la paradossale trasfigurazione del diritto alla difesa in una specie di dovere, o meglio di necessità: la sede processuale diviene, infatti, l'unico contesto in cui il cittadino possa effettivamente pretendere il rispetto delle garanzie procedurali, che tali in definitiva non sono (più), giacché il loro rilievo finisce per manifestarsi a procedimento ormai concluso, e dunque con una grossa ipoteca già apposta riguardo la soddisfazione della cd. pretesa primaria, ossia quella relativa al bene della vita finale. Le garanzie procedurali perdono ogni autonomia: se la loro attuazione può legittimamente essere rinviata alla fase giurisdizionale giocoforza tali garanzie non possono considerarsi tutelabili in sé, ma solo nella misura in cui la loro violazione si abbini alla mancata corresponsione del bene della vita del quale si rivendichi in giudizio la spettanza. La *full jurisdiction* intesa in chiave compensativa comporta, in altri termini, un innegabile indebolimento del sistema delle garanzie.

Allo stesso risultato critico pervengono anche ulteriori manifestazioni del già descritto "sincretismo" tra procedimento e processo. Si pensi, ad esempio, alle aperture giurisprudenziali in tema di motivazione postuma dei provvedimenti amministrativi. Si tratta di posizioni che hanno premesse antiche, sostanzialmente riconducibili all'idea per cui la legittimità dell'atto si debba misurare soltanto in termini di "giustizia intrinseca" del suo contenuto decisionale. Il dato che rileva, nell'economia del ragionamento in corso, riguarda tuttavia il fatto che le tesi orientate alla dequotazione della motivazione stiano recentemente traendo linfa dall'idea della sostanziale "indifferenza" dei confini tra procedimento e processo. Si tende così a giustificare l'assenza o la carenza della motivazione facendo leva sulla evoluzione dell'assetto della tutela giurisdizionale intesa come passaggio dalla logica del giudizio sull'atto a quella del cosiddetto giudizio sul

rapporto⁶². Il tutto in forza di una duplice petizione di principio: l'arbitraria distinzione tra ciò che sarebbe “sostanza” e quelle che, invece, sarebbero vuote “forme” (ossia tutte le regole procedimentali) e, soprattutto, l'idea della necessaria alternatività tra pienezza della tutela delle situazioni di spettanza (intese come situazioni che si appuntano sul cd. bene finale) e tutela delle situazioni procedimentali.

L'analisi degli effetti collaterali insiti nella dilagante retorica antiformalista potrebbe proseguire. Il punto che in questa sede preme rimarcare concerne, tuttavia, il fatto che tale retorica trovi nelle suggestioni ispirate alla continuità tra procedimento e processo un inedito fattore di radicalizzazione. Lo scenario che si profila è allarmante: il cammino intrapreso dall'ordinamento processuale verso la pienezza della tutela rischia, paradossalmente, di compromettere l'effettività delle regole che presidiano, sul piano del *quomodo*, il legittimo esercizio del potere. Il tutto, ancora una volta, in forza di un discutibile gioco di compensazioni tra procedimento e processo.

Quando poi entra in gioco la giurisprudenza europea, anch'essa ispirata ad un'estrema valorizzazione del principio di effettività, i confini tra organizzazione-attività e tutela si fanno ulteriormente più labili.

Nelle prese di posizione degli ultimi anni della Cassazione e soprattutto della Corte di Giustizia sul tema, la clausola di effettività è stata spesso ultimamente usata come *passpartout* per ridisegnare i confini fra amministrazione e giurisdizione, sotto le insegne della *ratio iudicis* della concorrenza e del mercato⁶³. Che è *ratio legis* appunto eurounitaria, come è a tutti noto, tanto è vero che a questo punto è proprio al giudice europeo che si è fatto ricorso, *per saltum*, da parte di molti Tar “scontenti” delle soluzioni processualmente più ortodosse in origine espressa dal Consiglio di Stato. Un requiem per il principio di autonomia procedurale degli Stati. E probabilmente anche per il carattere soggettivo e di parti del processo amministrativo, coi suoi corollari della domanda di parte (art. 112 c.p.c.), della prova dell'interesse affermato (art. 2697 c.c.), dei limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti

⁶² Sia consentito, sul punto, il rinvio a G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, 239 ss.

⁶³ Cfr. sul punto G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, cit., *passim*.

estranei alla lite (art. 2909 c.c.), che l'Adunanza plenaria voleva conservare⁶⁴, ma che la Corte di Giustizia UE ha sdegnosamente rispedito al mittente.

Con la sentenza *Lombardi* del 2019, infatti, nella misura in cui si puntella l'interesse strumentale evocando l'autotutela dell'amministrazione verso le situazioni di imprese distinte dalle parti del giudizio, il tema organizzativo viene ineluttabilmente posto al centro della scena⁶⁵. Evidentemente tale approccio attenua anche la distinzione sul piano funzionale tra procedimento e processo, nella misura in cui finisce per erodere ulteriori profili di discrezionalità in capo all'amministrazione che è chiamata ad esercitare il proprio potere di autotutela decisoria.

Senza considerare come questa valenza pervasiva dell'interesse a ricorrere strumentale si abbini, ormai, a una tendenza a considerare rilevante, ai fini della lesione, la scelta metodologica-organizzativa dell'amministrazione. Emblematica la materia dei servizi pubblici e del rapporto tra gara e gestione *in house* del servizio. Si è ritenuto, partendo dal presupposto per cui ormai nel nostro ordinamento l'affidamento *in house* ha pari dignità rispetto alla gara, che sia necessaria sempre la relazione prevista dall'art. 34 d.l. n. 179/2012, nella quale l'ente è chiamato a dar conto anche delle ragioni della scelta in favore della gara. Quando intreccia questioni di organizzazione l'interesse strumentale è, se possibile, ancora più sfumato, poiché l'annullamento della procedura per mancanza della relazione ben potrebbe determinare l'amministrazione all'affidamento del servizio senza gara, ovvero *in house*⁶⁶.

Altra questione è se il giudice, esercitando la *full jurisdiction*, violi il divieto di farsi amministratore (art. 34, co. 2, c.p.a.). In questo caso autori che sono passati da Urbino⁶⁷ o hanno scritto nella rivista *Persona e Amministrazione*⁶⁸, hanno sovente sdrammatizzato la questione: da un lato ritenendo che il divieto di cui all'art. 34, co. 2, non sia una novità introdotta dal codice, ma

⁶⁴ Cons. Stato, Ad. plen., n. 6/2018.

⁶⁵ F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, cit., 109. Sui rapporti fra autotutela e organizzazione v. anche C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, 241 ss.

⁶⁶ Tar Lazio, sez. II-quater, 6 maggio 2020, n. 4272, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1113, con nota di G. TROPEA, *L'orizzonte degli eventi: quando l'interesse strumentale incontra l'abuso del processo*.

⁶⁷ M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 82 ss. Sul tema cfr. anche P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94 ss.

⁶⁸ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2018, 321 ss.

l'ennesima incarnazione dei limiti intrinseci del contenzioso amministrativo e della tutela costitutiva, dall'altro considerando la disposizione compatibile col modello della *full jurisdiction*, nella misura in cui venga preservato il carattere successivo dell'intervento del giudice e non si svolga uno scrutinio in relazione a profili ulteriori rispetto a quelli che emergono dal provvedimento impugnato, anche in ossequio al principio della domanda. Altro discorso riguarda l'impiego di questa disposizione in relazione al problema del carattere più o meno assorbente del vizio di incompetenza.

6. Il trattamento processuale del vizio di incompetenza.

L'incompetenza è tema evidentemente centrale ai nostri fini: in essa si intersecano la dimensione oggettiva dell'organizzazione, l'elemento soggettivo dell'attività, il parametro di validità degli atti, la misura di garanzia degli amministrati⁶⁹.

Questo almeno dal momento in cui, a partire dal De Valles, si opera una netta inversione dei termini perché la logica non è più quella per cui la garanzia sorge in relazione alla violazione di una regola normativa di organizzazione, ma sono le esigenze legate alla tutela degli interessi che fondano il modello organizzativo e le conseguenti garanzie. Tale impostazione resterà dominante, anche se darà luogo a sviluppi diversi: dalla teoria dell'amministrazione oggettivata di Berti⁷⁰, che assorbe l'attività nell'organizzazione, alla concezione di Nigro sulla funzione organizzatrice come funzione di indirizzo⁷¹, che torna a distinguere il momento organizzativo come preliminare rispetto a quello dell'attività.

Come è noto, nel nostro ordinamento è stato ancora una volta il sistema di tutela a determinare le nozioni di diritto sostanziale, ed è stato il carattere peculiare della giurisdizione amministrativa a delineare gli stati di invalidità degli atti sotto il segno dell'interesse pubblico anziché di quello privato. È stato questo il profilo essenziale che ha distinto il nostro da altri

⁶⁹ A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, *Premessa*, I, ove pure una precisa avvertenza metodologica circa la relatività del tema in questione, collegato alla dinamicità del sistema amministrativo.

⁷⁰ G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*.

⁷¹ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

ordinamenti (come quello tedesco e quello spagnolo), in cui la prospettiva è rovesciata. È qui che, anche nel nostro ordinamento, si determina in tempi recenti una crisi del vizio di incompetenza in una duplice direzione: la tendenza ad ancorare la tutela ai suoi presupposti sostanziali e la minore rigidità nell'identificazione delle fonti la cui violazione dà luogo all'impugnabilità⁷².

Senonché, al netto del problema relativo alla privatizzazione del pubblico impiego, anche tale crisi oggi è in discussione: l'ondata neo-oggettivista nel processo sembra riscontrarsi pure nel trattamento rafforzato del vizio di incompetenza.

Si segnala, innanzi tutto, una certa interpretazione giurisprudenziale, seppure non univoca, secondo cui il vizio di incompetenza ha natura sostanziale, non risultando pertanto opponibile la regola della sanatoria dei vizi formali o procedurali prevista per i provvedimenti vincolati dall'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990⁷³.

Ma vi è di più.

Secondo la nota Ad. Plen. n. 5/2015, anche nel caso di espressa graduazione dei motivi di ricorso, il vincolo della parte non può valere in caso di vizio di incompetenza. In tal senso il Supremo collegio, reputando l'art. 34, comma 2, c.p.a. espressione del principio costituzionale di separazione dei poteri, dà a quest'ultima disposizione una lettura "soggettiva", ritenendo, anche a garanzia del principio di integrità del contraddittorio altrimenti lesa, che il riferimento contenuto nella norma sia anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente. Anzi, i giudici percorrono fino in fondo tale strada, arrivando ad assimilare al vizio di incompetenza anche i casi in cui sia stata dedotta la mancanza dell'autorità competente in fasi precedenti all'emanazione del provvedimento finale (es. mancanza di proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile; carenza di parere obbligatorio).

In questa pronuncia l'Adunanza plenaria, dopo aver preso le mosse dalla centralità del processo di parti e dal principio della domanda: *1)* per un lato limita la domanda stessa nel perimetro del provvedimento, definendola attraverso quest'ultimo e non per ragione dei motivi proposti, con una depotenziazione evidente dell'effetto conformativo e la totale pretermissione della disciplina

⁷² A. ORSI BATTAGLINI, *Recensione ad A. PIOGLIA, La competenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 366.

⁷³ Tar Lazio, sez. III, n. 8220/2015, Tar Puglia, Lecce, sez. I, n. 1536/2016. In dottrina *contra* G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 62 ss.

del cumulo di domande come strumento di soluzione della questione; *ii*) per altro lato, così identificata la domanda, rende del tutto astratto — e per larghi tratti, inutile — l'esercizio della graduazione, giacché essa corre tra provvedimenti e non tra mezzi di impugnazione di un provvedimento, sicché l'ordine sarà definito dalla relazione tra decisioni dell'autorità nel diritto sostanziale e non dalla parte; *ii*) per altro ancora, travolge ogni graduazione a favore dell'annullamento per incompetenza, luogo di massima cura della legalità e di minimo riguardo per la protezione delle posizioni sostanziali per le quali si domanda tutela⁷⁴.

Orbene, sul punto si potrebbe dubitare di una serie di passaggi argomentativi: a) della effettiva conformità di tale tesi all'art. 34, co. 2, c.p.a.⁷⁵; b) del fatto che in tal modo sfumano le differenze tra incompetenza assoluta e relativa; c) della iperprotezione del vizio di incompetenza, che innesca un processo volto soprattutto a tutela della legalità oggettiva più che dell'interesse delle parti; d) del fatto, connesso al precedente, che la domanda non è qualificata dalla funzione del giudizio di assicurare protezione alle posizioni soggettive sostanziali, ma dal provvedimento al cui annullamento aspiri⁷⁶.

In ogni caso, anche coloro che hanno ritenuto tali aspetti superabili, sono stati invece concordi nel ritenere che due delle tre argomentazioni ulteriori addotte dalla Plenaria a sostegno della sua tesi fossero incongrue⁷⁷.

Il riferimento è alla tesi dell'inderogabilità dell'ordine legale di attribuzioni e competenze (art. 97 Cost.) e al richiamo al principio di separazione dei poteri e riserva di amministrazione.

Orbene, si è osservato come queste due giustificazioni siano particolarmente deboli. Quanto alla riserva di amministrazione, esso non è un principio costituzionalizzato (es. leggi provvedimento)⁷⁸, e inoltre ci sono varie eccezioni a tali principi, a tutela di una maggiore effettività

⁷⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, G. TROPEA, "Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 273.

⁷⁵ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati*. *Brevi note*, cit., 329.

⁷⁶ L.R. PERFETTI, G. TROPEA, "Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi, cit., 272.

⁷⁷ Cfr. L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2018, 17 ss.

⁷⁸ Sul tema, fortemente critico, L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1021 ss.

(es. azione di adempimento; full jurisdiction)⁷⁹. La stessa Plenaria non sembra dare tutta questa centralità all'inderogabilità dell'ordine legale delle attribuzioni, ove “suggerisce” al ricorrente di omettere la deduzione del vizio di incompetenza.

Più solido sarebbe, invece, il richiamo alla tutela del contraddittorio, a sua volta volto a scongiurare una lesione del diritto di difesa delle parti⁸⁰. Proprio qui potrebbe entrare in gioco l'integrazione del contraddittorio con altri enti su ordine del giudice, possibilmente su richiesta di parte, ai sensi dell'art. 28, co. 3, c.p.a.

Sul punto potrebbero svolgersi alcune osservazioni di replica.

Si potrebbe da un canto ritenere che l'obiezione richiami un caso essenzialmente “di scuola”, poiché in genere la violazione del diritto di difesa non sussiste in quanto l'amministrazione tenuta a dare esecuzione alle regole di condotta individuate in sentenza non è un soggetto diverso da quella che è stata parte del giudizio in cui è stata accertata l'incompetenza, poiché questo vizio attiene a rapporti interorganici e non intersoggettivi⁸¹.

D'altra parte, pur a voler prescindere da tale obiezione, valorizzando l'art. 27, co. 2, c.p.a., in combinato disposto con l'art. 49 c.p.a., e il rapporto di *genus a speciem* sussistente tra nel c.p.a. tra litisconsorti passivi necessari e controinteressati in senso tecnico, anche sulla base di una lettura costituzionalmente (art. 24 Cost.) e convenzionalmente (art. 6 Cedu) orientata, non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla graduazione del ricorrente, con ciò che ne conseguirebbe in termini di *full jurisdiction*, stabilità di un giudicato volto a garantire finalmente la pretesa della parte, conciliando tutela piena dell'interesse pubblico, anche in giudizio, e giudizio soggettivo e di parti.

Stesso discorso potrebbe farsi con riguardo ai rapporti fra giurisdizione e amministrazione all'indomani della sentenza *Lombardi*, che come detto valorizza molto l'autotutela eventuale della stazione appaltante. Pare dunque che, anche per evitare la moltiplicazione di contenzioso che ne deriverebbe, in una materia che tende a rifuggirlo come quella degli appalti pubblici, si potrebbe valorizzare proprio l'istituto dell'intervento *iussu iudicis* (art. 28, comma 3, c.p.a.). Il giudice potrebbe, in buona sostanza, integrare il contraddittorio con le altre imprese non toccate dalle

⁷⁹ Su questi temi v., da ultimo, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁸⁰ L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, cit., 24.

⁸¹ M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, cit., 330.

censure incrociate, al fine di verificare la sussistenza di cause di esclusione relative anche ad esse, e disporre così eventualmente l'annullamento della gara.

Attraverso l'istituto dell'intervento *inssu iudicis*, particolarmente negletto nel processo amministrativo, il giudice finirebbe per divenire una sorta di “responsabile del procedimento processuale”, attestando così il definitivo superamento di ogni confine tra procedimento e processo, e quella che forse è la meno percepita, ma forse più autentica, natura oggettiva del giudizio sul rapporto, ben lungi dall'edulcorata visione soggettiva e di parti che la maggioritaria dottrina *mainstream* è portata tuttora ad attribuirgli.

7. Riduzione della sfera pubblica e tutela: da dove iniziare?

I rapporti tra organizzazione e tutela, accantonate le questioni sinora considerate, possono essere esaminati sotto due residui punti di vista.

Il primo, più tradizionale, è quello che parte dal diritto sostanziale e considera l'impatto delle riforme sul piano organizzativo sul tema delle tutele. Particolarmente oggetto di dibattito negli ultimi anni, in questo senso, è stato il tema dell'impatto delle semplificazioni e delle liberalizzazioni sulla tutela dei terzi.

Se nella logica della sovranità della persona «*occorre prendere atto del superamento della centralità della persona giuridica pubblica (dell'ente pubblico), non tanto per ragione dell'affermazione dell'organizzazione pubblica come realtà oggettiva ed obiettivata, quanto, piuttosto, perché l'organizzazione appare per tratti essenziali esterna all'autorità*»⁸², con ciò che ne consegue sulla forte ripermetrazione in chiave riduttiva della soggettività pubblica, ciò comporta una serie di questioni sul fronte della tutela.

Sorte non troppo diversa, sul piano delle tutele, presenta quella ridiscussione delle categorie riflessa da un approccio scettico e decostruzionista sulla imperatività del provvedimento, che emerge da un noto saggio di qualche anno fa⁸³: sia il comma 1-*bis* dell'art. 1 l. n. 241/1990, che la

⁸² L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., 32.

⁸³ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000.

progressiva trasformazione del giudizio dall'atto al rapporto controverso, per non parlare della vita breve della ricostruzione di Corte cost. n. 204/2004 sulla nozione di autoritatività fondante il sistema di riparto (oggi superata dall'art. 7 c.p.a.), confermerebbero che il concetto di imperatività non è più in grado di rappresentare lo stato complesso del diritto amministrativo presente, anche alla luce del fatto che lo schema del diritto potestativo stragiudiziale accomuna ogni atto esercizio di potere, e che spesso i poteri privati sono ben più insidiosi di quelli pubblici.

Senonché tali impostazioni, nelle loro ricadute in punto di tutela, presentano persistenti problemi⁸⁴, aggravati dalla ancora controversa individuazione dell'interesse pubblico dell'amministrazione che ricorre a strumenti di diritto privato⁸⁵.

Si pensi alla riserva della tutela dei terzi avverso gli accordi *ex art. 11 l. n. 241/1990* (per superare il principio civilistico della *res inter alios acta*) all'impugnazione di una "determinazione" preliminare, che però da un lato non presenta i caratteri della diretta lesività, dall'altro potrebbe non determinare integralmente il contenuto dell'accordo, così accedendo a un modello di tipicità "debole" e alterando i connotati tradizionali del processo all'atto. Oppure al sindacato sugli atti nel pubblico impiego. O, ancora, alla tutela dei terzi di fronte alle liberalizzazioni: nel caso emblematico della S.C.I.A., alla posizione pan-civilistica sulla tutela si è opposta quella pan-pubblicistica che vede al centro il terzo, fino alla "resa" della Consulta che ha ritenuto non alterabile il quadro normativo relativo ai termini di intervento inibitorio o repressivo dell'amministrazione, ferma restando la tutela risarcitoria e quella civilistica, e ha quasi auspicato una ulteriore riforma legislativa a tutela del terzo. Si consideri, sempre a titolo esemplificativo, il delicato settore della contrattualistica pubblica e la posizione dell'amministrazione mai completamente rapportabile a quella del privato, specie con riguardo alle norme relative alla fase dell'esecuzione del contratto⁸⁶; oppure alla tutela nell'ambito

⁸⁴ Cfr., *amplius*, G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, spec. 387 ss., anche per più dettagliati riferimenti giurisprudenziali e bibliografici.

⁸⁵ Superfluo a questo punto notare come, adottando la coerente e suggestiva proposta ricostruttiva in questa sede descritta, l'interesse pubblico vada declinato nel perimetro dei doveri pubblici di cui la Costituzione grava l'amministrazione e nella massimizzazione del godimento dei diritti della persona, e ciò anche ove l'amministrazione agisca attraverso metodi privatistici, senza alterazioni giudiziali che sfigurino (come è spesso accaduto in passato) tale regime. Cfr. L.R. PERFETTI, *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di V. Cerulli Irelli*.

⁸⁶ A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

dei servizi pubblici, sulla quale tornerò, ove resta attuale l'esigenza di un ampliamento dei poteri del giudice nei riguardi della cd. "discrezionalità organizzativa" e una maggiore coordinazione tra g.a. e g.o. (criticità purtroppo non completamente risolte né dalla cd. *class action* pubblica, né dai persistenti incerti criteri di riparto in materia).

D'altra parte, il tema dei collegamenti fra organizzazione e sistema delle tutele può essere visto partendo da una prospettiva inversa, che parta dalla tutela e arrivi al piano della organizzazione e delle funzioni.

Esso infatti implica l'assunzione di un punto di vista che consideri non semplicemente l'elemento tradizionale della tutela dei privati, ma si spinga a inquadrare il sindacato giurisdizionale come più generale strategia volta a ridurre il rischio di deviazioni e inefficienze nella fase di attuazione delle leggi. In buona sostanza il giudice non sarebbe chiamato esclusivamente a tutelare gli interessi giuridicamente protetti dei cittadini, ma anche a verificare i meccanismi predisposti dal diritto amministrativo per assicurare la corretta attuazione della legge, compresi quelli di tipo organizzativo⁸⁷.

In questo senso si torna di fatto alla logica di tipo marginalista o neo-liberale. È stato detto che: «a fronte della inattuazione del programma normativo di riduzione della sfera del potere, l'unica via attualmente praticabile per la conquista della libertà dei moderni appare allora quella decentrata, anonima e diffusa, della fuga dalle procedure attraverso l'esercizio della semplice azione risarcitoria. Così come in un sistema di libero mercato i prezzi rappresentano i principali indici di valutazione dei beni da parte dei consumatori, si può immaginare che, in una analoga condizione di apertura, libertà e piena concorrenzialità del mercato delle tutele esperibili verso una amministrazione non più considerata come potere indefettibile dell'ordinamento, l'azione di danni costituisca un importante segnale del livello di soddisfazione che i soggetti interessati all'esercizio del potere medesimo esprimono in ordine al modo in cui sono stati presi in considerazione e trattati nel corso delle procedure»⁸⁸.

Tale impostazione implica che l'estensione della responsabilità dell'amministrazione non rilievi solo come momento di espansione della tutela per il privato, ma anche come corretto incentivo alla riduzione (se non eliminazione radicale, sul piano delle riforme dell'amministrazione)

⁸⁷ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 274.

⁸⁸ G.D. COMPORTELLI, *Amministrazione e cittadino*, cit., 52.

dei «costi degli incidenti pubblici»⁸⁹. Si tratta, del resto, di una modalità di approcciare il fenomeno organizzativo in linea con quella di chi evidenzia come l'approfondimento delle tematiche organizzative possa attingere alla ricca letteratura che investiga fenomeni di opportunismo e asimmetria informativa⁹⁰.

Invero, anche su tale profilo il dibattito resta aperto.

Prima di tutto sul piano teorico-generale: basti pensare a coloro che, pur partendo dai medesimi presupposti neoliberali circa la “riduzione della sfera pubblica”, effettuano poi una “apologia del diritto amministrativo e del suo giudice”, guardando con rinnovato favore alla tradizionale tutela di stampo costitutivo⁹¹.

La persistente incertezza del dibattito è ben riflessa dalla questione dei rapporti tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria, oggi ravvivata dal d.l. n. 76/2020, che estende l'applicazione del comma 3 dell'art. 125 c.p.a. a tutte le procedure soprasoglia svoltesi in forma negoziata (anziché secondo le ordinarie procedure di gara) per ragioni di urgenza derivanti dalla crisi sanitaria o dal periodo di sospensione delle attività amministrative disposto per fronteggiare la crisi medesima. Per questa via, in buona sostanza, si dispone che per tali (eccezionali) procedure valga il regime processuale ordinariamente previsto per le infrastrutture strategiche, e dunque l'annullamento dell'aggiudicazione disposto in sede giurisdizionale non comporti la caducazione del contratto⁹².

A tale disposizione sono state rivolte critiche sul piano dell'opportunità, come quella che evidenzia come il rito processuale in materia di appalti sia già contrassegnato da particolari doti di speditezza, tali da contenere la durata del giudizio estremamente contenuto ovvero quella che chiama in causa l'identità del giudice amministrativo: quest'ultima, secondo la prospettiva in questione, sarebbe in qualche misura depauperata dalla transitoria regola della non caducazione del contratto all'esito della pronuncia di annullamento. Si sono anche registrate obiezioni sul piano

⁸⁹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 309.

⁹⁰ M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 36.

⁹¹ Si è cercato così, evidentemente per difetto, di sintetizzare la suggestiva parabola di pensiero di M. MAZZAMUTO, da *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, a *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

⁹² Si v. sul tema, se si vuole, G. TROPEA, A. GIANNELLI, *L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una “semplificazione” in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, n. 2/2020, 277 ss.

strettamente giuridico, che chiamano in causa la compatibilità della surriferita disposizione con la carta costituzionale e con le previsioni europee in tema di appalti.

Ma già con riferimento alla norma progenitrice di tale recente riforma, ovvero all'art. 14 d.lgs. n. 190/2002 relativo alle infrastrutture strategiche, si è osservato che l'interesse alla rapida realizzazione dell'opera pubblica non sempre ha un valore economico superiore al costo del risarcimento per equivalente spettante all'impresa illegittimamente pretermessa⁹³.

Peraltro, quanto al danno ritardo, considerato in quest'ottica come modello per rivedere l'organizzazione amministrativa sulla base di quelli che sono i *claims* dei cittadini danneggiati dal ritardo dell'amministrazione, nel senso di eliminare o ridurre o accorpate quelle funzioni che finiscono per manifestare più frequenti disfunzioni, anche sul punto occorre riflettere.

Il tema del silenzio, in effetti, è particolarmente emblematico.

Le riforme degli ultimi anni, infatti, sono tornate ad affrontare sul piano sostanziale e organizzativo la tutela delle posizioni soggettive pregiudicate dall'inerzia, si pensi al potere sostitutivo e alla responsabilità disciplinare⁹⁴. Si pensi, inoltre, alla fortunata tesi⁹⁵ che, inserendosi nel quadro dei rapporti fra procedimento e processo, ha preconizzato l'intervento del legislatore del 2012 sull'art. 2 l. n. 241/1990 in tema di obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate, dando il via al rifiorire degli studi in materia⁹⁶.

Tuttavia non è detto che un trend di rafforzamento delle tutele su questo fronte possa far conseguire i risultati sperati, se non recuperando proprio quella logica oggettiva che come stiamo vedendo fa sempre capolino quando si affrontano le intersezioni fra organizzazione amministrativa e tutela giurisdizionale.

Si pensi al problema della convivenza nel nostro ordinamento fra danno e indennizzo da ritardo. Si è osservato come l'ordinamento nel caso di specie abbia previsto un caso di indennizzo relativo a una condotta antigiuridica dell'amministrazione, che, salvo a non inquadralo in chiave

⁹³ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 314.

⁹⁴ Cfr. S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela. Profili organizzativi e sostanziali*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁹⁵ M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili o manifestamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, 103 ss.

⁹⁶ S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

spiccatamente oggettivo-sanzionatoria, sconta una serie di perplessità nella convivenza tra indennizzo e risarcimento, bene espressa da quella giurisprudenza che, in un'ottica "riduzionista", nega la risarcibilità del danno da mero ritardo argomentando sul fatto che per il privato che non possa dimostrare la spettanza del provvedimento favorevole l'ordinamento avrebbe predisposto, come ristoro onnicomprensivo, l'indennizzo automatico di cui al co. 1 *bis* dell'art. 2 bis della legge generale sul procedimento (in disparte della perdurante inattuazione della norma da ultimo citata). Sicché la presenza di due strumenti che, in tesi, dovrebbero condividere la natura riparatoria (indennizzo e risarcimento) ha determinato, grazie ad una giurisprudenza non particolarmente sensibile agli obiettivi di piena ristorabilità dei pregiudizi arrecati dalle amministrazioni, un tangibile arretramento del sistema delle tutele.

Una possibile via d'uscita dal punto di vista sistematico è prospettare la natura sanzionatoria e non riparatoria dell'indennizzo in questione⁹⁷, ma così ritorniamo sulla prospettiva oggettivistica che – come sinora detto – è sempre latente in ogni tentativo volto a declinare l'obiettivizzazione organizzativa, se non il definitivo superamento del dogma autoritativo derivante dalla centralità della persona, sul piano delle forme di tutela.

8. Poteri del giudice e organizzazione: alla ricerca della "giusta" tutela.

Si accennava sopra alla delicata questione dei poteri del giudice in relazione alle scelte di tipo organizzativo dell'amministrazione.

Il tema è legato a quello relativo alle possibilità di partecipazione dei cittadini alle scelte amministrative di tipo organizzativo, le quali molto spesso pongono le premesse concrete per l'effettivo godimento dei diritti sociali. In tal senso, è stato tradizionalmente trattato nella prospettiva della (in)giustiziabilità delle scelte in questione⁹⁸: in un sistema di tutela incardinato sul

⁹⁷ Cfr. A. GIANNELLI, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova "rete di contenimento"?*, in *Dir. soc.*, 2020, 509.

⁹⁸ Anche nel dibattito della rivista ve ne è traccia. Cfr. C. ACOCELLA, *Riflessioni in tema di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti sociali*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 165 ss.

presupposto della personalità della lesione è chiaro che la sindacabilità delle scelte di organizzazione non ha potuto trovare un significativo spazio.

In tale quadro una certa linea metodologica che si fonda sull'impiego delle categorie derivanti dalle scienze comportamentali, suggerisce di prevenire il tema della tutela giurisdizionale partendo dalla effettività, già sul piano sostanziale, della regolazione. Tale approccio implica l'abbandono della tradizionale cultura "legalistica", e un maggiore coinvolgimento dell'amministrazione – sempre più flessibile – nel disegno delle funzioni e delle procedure, con metodo multidisciplinare, tarato sulle caratteristiche dei destinatari, e in modo che resistano in modo quanto più possibile saldo al sindacato giurisdizionale. Un'amministrazione "effettiva", insomma, risulta indispensabile per l'effettività del diritto⁹⁹.

L'introduzione della *class action*, non a caso non particolarmente investigata dagli studi urbinati qui passati in rassegna¹⁰⁰, non ha rappresentato un punto di svolta, anche al netto dei limiti intrinseci di tale azione sia sul fronte della tutela risarcitoria, sia su quello relativo ai limiti di essa rispetto a nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica: attraverso essa, infatti, vengono rese giustiziabili le omissioni di atti generali, ma non il contenuto intrinseco di atti organizzativi puntualmente adottati. Ciò, ovviamente, sulla scorta di una autentica presunzione, quella per cui gli atti in questione di per sé non sarebbero idonei, in quanto tali, a cagionare una lesione immediata e diretta nella sfera giuridica dei potenziali ricorrenti. Si può, ovviamente, discutere sulla coerenza di un sistema di questo tipo, che consente apertamente la sottoposizione al sindacato dell'omesso esercizio del potere organizzativo ma non del "cattivo" esercizio del potere medesimo, come se solo la prima ipotesi fosse in grado di riverberarsi negativamente sull'effettività dei diritti sociali. Ancora più a monte si potrebbe ragionare sul problema della concreta esigibilità dei diritti sociali, rispetto al quale la dottrina costituzionalistica non ha mancato – da tempo¹⁰¹ – di levare un grido di allarme, sollecitando al contempo il ruolo attivo della giurisprudenza, in primis di quella costituzionale.

⁹⁹ M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni e fatti*, in *Dir. pubbl.*, 2109, 747 ss.

¹⁰⁰ Qualche accenno in si trova in A. CARBONE, *Pienezza della tutela e modelli processuali differenziati*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 127 ss. e in G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 2/2019, 73 ss.

¹⁰¹ Cfr., per tutti, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000; più di recente ID., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.

Il profilo importante, nella riflessione in corso, risiede tuttavia altrove, e precisamente nelle interferenze tra il tema della giustiziabilità e quello della partecipazione. Il fatto che l'odierno sistema di tutela non offra agevoli percorsi di giustiziabilità dei cd. diritti di organizzazione¹⁰² ha sortito, come effetto indiretto, la collocazione del (diverso) tema della partecipazione (alle scelte di organizzazione) in una sorta di persistente cono d'ombra.

In concreto, il problema della tutela giurisdizionale (difficile, se non addirittura preclusa) rispetto alle scelte di organizzazione ha travolto quello della partecipazione. Ciò, ancora una volta, sulla scorta della visione para-giurisdizionale del procedimento avvertita da autori come Giorgio Pastori: fintantoché nel procedimento si è vista una sorta di piccola "anticamera" del processo si è giocoforza affermata l'idea per cui laddove il processo non potesse esservi (il riferimento è sempre al sindacato sulle scelte di organizzazione prive di effetti diretti) la partecipazione al procedimento fosse strutturalmente priva di ragion d'essere. In sintesi: il fatto che l'ordinamento non consenta (o comunque non consenta ancora) percorsi di accesso diretto alla tutela rispetto alle scelte di organizzazione prive di effetti diretti è un dato che non dovrebbe interferire con il diverso profilo dell'interesse dei consociati a prendere parte al processo di assunzione delle decisioni in questione.

Ma tale considerazione lascia insoddisfatti coloro che si interrogano sul tema specifico della tutela.

Sul punto si deve osservare che, nei rari casi in cui l'impegno della *class action* ha portato a importanti effetti nei rapporti tra sovranità della persona e organizzazione, l'"ordinaria violenza" della decisione amministrativa, che negli ultimi anni si è manifestata soprattutto nel campo delle politiche migratorie¹⁰³, ha di fatto azzerato tali acquisizioni. Si pensi, fra i tanti, all'emblematico esempio fornito dal deprecabile fenomeno dei ritardi in materia di conclusione del procedimento di concessione della cittadinanza. Sul punto, se da un canto proprio la *class action* pubblica ha consentito un ampliamento della tutela proprio in tema di ritardo dell'amministrazione nel perfezionamento dei procedimenti di concessione della cittadinanza¹⁰⁴, successivamente il d.l. n.

¹⁰² Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), trad. it., 2012, Bologna, Il Mulino, 500.

¹⁰³ PERFETTI L.R., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1/2017. *Amplius*, con ampi svolgimenti e aggiornamenti all'emergenza pandemica, ID., *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2020.

¹⁰⁴ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 6 settembre 2013, n. 8154 e 26 febbraio 2014, n. 2257.

113/2018 ha esteso a 48 mesi (rispetto ai 24 precedenti) il termine per la conclusione del procedimento per il riconoscimento della cittadinanza italiana per matrimonio e per residenza.

La strada da percorrere, allora, è probabilmente un'altra.

Anche la pandemia¹⁰⁵, e tutti i sacrifici che essa ha implicato sui diritti e sulle libertà delle persone, dovrebbe determinare un ripensamento sui confini che talvolta impoveriscono il dibattito giuridico, ad esempio quello tra organizzazione e attività ma anche, e forse ormai soprattutto, tra libertà civili e diritti sociali¹⁰⁶.

In questo quadro gli spunti per ripensare sulla opportunità di un approccio “olistico”, anche in tema di libertà personali, sono chiari. Quello più diretto è connesso alla (discussa) decisioni di ripartire il territorio nazionale in “zone cromatiche”, a ciascuna delle quali si accompagna un diverso grado di restrizione delle libertà individuali funzionale a limitare il propagarsi del virus. Il profilo che qui più interessa sta nel fatto che la connotazione cromatica, e quindi il grado di compressione delle libertà individuali, non è diretta ed esclusiva conseguenza del tasso di diffusione del virus, ma risente anche in modo rilevante della presenza sul territorio di strutture sanitarie in grado di fronteggiare le esigenze di cura e dunque, in sostanza, della effettività del diritto dei cittadini presenti in un determinato territorio del diritto alle prestazioni sanitarie.

Si realizza, in tal modo, un inconsueto “circuito di collegamento” tra organizzazione amministrativa, diritti sociali e libertà individuali, le quali rappresentano il “terminale” su cui si ripercuotono scelte di organizzazione più o meno efficienti. Il dibattito sui temi di organizzazione merita, dunque, di essere condotto non solo nella prospettiva del “chi fa cosa”, ma anche per permettere che l'organizzazione sia intesa come cerniera tra diritti sociali e diritti di libertà e non solo come il terreno entro il quale si consuma un conflitto ideologico (elegantemente dai noi giuristi ribattezzato “bilanciamento”)¹⁰⁷ tra i suddetti diritti.

Nei messaggi che in questi mesi di pandemia le autorità hanno rivolto alla popolazione per invitare al rispetto delle regole di profilassi, la rinuncia all'esercizio (di alcune) delle libertà

¹⁰⁵ La Rivista *P.A. Persona e amministrazione* ha iniziato a riflettere sulla tematica nel n. 2/2020.

¹⁰⁶ Quasi ultroneo il richiamo al noto saggio di S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2000.

¹⁰⁷ Si v. il sempre attuale noto saggio di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffè, 1992.

individuali è stata presentata come sacrificio necessario per garantire il diritto alla salute. C'è un indubbio nucleo di verità in questa immagine. Per un giurista, tuttavia, lo sforzo deve essere quello di allargare questa visione in qualche modo binaria, anche per evitare le secche della retorica e dell'angusto disincanto. Non è possibile limitarsi ad osservare che l'effettività dei diritti sociali implica una parziale rinuncia alle libertà: ragionando in questi termini si rischia di riportare il dibattito alla vetusta alternativa tra liberismo e welfare state, senza dubbio inadeguata a guidare le scelte di politica del diritto in una fase di emergenza come quella in corso. La pandemia ci ha svelato uno scenario molto più complesso, in cui i problemi di organizzazione diventano questioni di libertà, oltre che, come già sapevamo, di accesso alle prestazioni sociali. Anche per questo andrebbero seriamente valutate le prospettive di ampliamento di vie di accesso diretto alla tutela giurisdizionale rispetto alle scelte di organizzazione.

È qui certamente la riflessione svolta negli ultimi anni nei convegni di Urbino, e sulla Rivista *Persona e Amministrazione*, può essere preziosa.

Va in definitiva ripensato il tema centrale della discrezionalità amministrativa, sottraendo tale antica categoria giuridica dal persistente spazio della “pura” decisione e ricostruendo il sistema dei poteri pubblici come funzionale al godimento dei diritti individuali e l'interesse pubblico come funzionale alla massimizzazione del loro godimento¹⁰⁸.

Tale indicazione metodologica si salda a un pensiero non del tutto nuovo, non a caso giustamente ricordato ancora sulle pagine della rivista *Persona e Amministrazione*¹⁰⁹.

Mi riferisco alla suggestiva nozione di “discrezionalità organizzativa” coniata da Domenico Sorace¹¹⁰, intesa come il potere di assumere un «insieme di scelte» tra le quali, ad esempio, «quale e quanto personale impiegare, insieme a quali e quanti mezzi materiali; come approvvigionarsene, se necessario; secondo quale disegno aggregarli in diversi apparati»¹¹¹. L'idea, tanto semplice quanto rivoluzionaria, è quella di trovare nel primato costituzionale dei diritti inviolabili della persona umana corrispondenti doveri

¹⁰⁸ PERFETTI L.R., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in P.A., *Persona e amministrazione*, cit., *passim*; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit., *passim*.

¹⁰⁹ Da M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, cit., 562. Un cenno anche in G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, cit., 388.

¹¹⁰ D. SORACE, *Gli interessi di servizio pubblico tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro. It.*, 1988, V, 205 ss.

¹¹¹ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, cit., 563.

inderogabili di organizzazione amministrativa¹¹². Doveri, in questo senso, giustiziabili, nella misura in cui «l'ambito delle possibili scelte discrezionali è delimitato non solo da divieti ma anche da doveri positivi» che consistono nella «finalizzazione delle scelte» organizzative alla piena «realizzazione dei diritti a prestazioni»¹¹³.

9. Conclusioni.

Tirando le fila del discorso, si può rilevare, in prima battuta, la tendenziale ineluttabilità di un legame di fondo tra organizzazione e oggettivizzazione del processo.

Evidentemente si tratta di un discorso che va alle radici della nostra disciplina, in un contesto in cui l'agire legale corrispondeva all'agire efficiente¹¹⁴.

Tanto è cambiato, evidentemente, come sta a dimostrare la parabola della cd. amministrazione di risultato¹¹⁵, oppure la vicenda emblematica della dequotazione dei vizi formali.

Il tema della competenza amministrativa esprime bene tali trasformazioni. Dalla logica per cui la garanzia sorge in relazione alla violazione di una regola normativa di organizzazione si è passati, negli ultimi venti anni, ad una rinnovata tendenza ad ancorare la tutela ai suoi presupposti sostanziali e ad una minore rigidità nell'identificazione delle fonti la cui violazione dà luogo all'impugnabilità. Senonché negli ultimi tempi il pendolo pare oscillare verso una rinnovata rilevanza oggettivistica della figura: si pensi alla questione dell'esame dell'ordine dei motivi di ricorso, pur nel contesto di un giudizio che si vorrebbe integralmente sostanziale e sul rapporto controverso.

¹¹² Per un ulteriore affinamento cfr. M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A., Persona e amministrazione*, n. 2/2020, 523 ss.

¹¹³ M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, cit., 563.

¹¹⁴ Cfr., con la consueta limpidezza, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, II, 822.

¹¹⁵ Anche sul tema dell'efficienza il gruppo urbinato ha avuto modo di soffermarsi, inquadrando tale principio a partire dalla sovranità della persona, e quindi configurandolo come misura di massimizzazione dei diritti delle persone. Cfr. D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Padova, Cedam, 2018.

Anche per una serie di equivoci che continuano ad addensarsi attorno a quest'ultima perplessa locuzione, mi pare che le più attuali tendenze in tema di “amministrazioni per fini pubblici” ben compendiate negli eventi urbinati degli ultimi anni e leggibili sulle pagine della rivista *Persona e amministrazione*, contengano una serie di spunti che finiscono per confermare, sublimandola in chiave costituzionalmente orientata e centralizzata sulla sovranità della persona e sul principio di sussidiarietà orizzontale, questa *nouvelle vague* dell'oggettivizzazione del processo amministrativo.

Gli ambiti considerati in questa sede appaiono paradigmatici: la prospettazione di una nuova legittimazione *uti civis*, il passaggio dalla processualizzazione del procedimento alla procedimentalizzazione del processo, il tema della *full jurisdiction*, il problema della giustiziabilità delle scelte organizzative, il rinnovato rilievo del vizio di incompetenza che assurge allo statuto di *moyen d'ordre public*¹¹⁶. Si tratta di profili che, in un modo o nell'altro, riflettono una tendenza a un ritorno, su basi completamente nuove rispetto al modello tardo ottocentesco, al processo oggettivo¹¹⁷.

In tale modello processuale l'ampliamento dei margini di accesso alla tutela dei terzi, la forte embricazione tra procedimento e processo, fra amministrazione e giurisdizione, sono fenomeni che, in nome del principio di effettività della tutela, determinano questa grande trasformazione.

Beninteso: non tutti coloro che si occupano di tali questioni concordano su tale scenario, e, anzi, ritengono che dette trasformazioni siano non solo conciliabili, ma anzi pienamente in armonia col processo soggettivo e di parti, retto dal principio della domanda. A mio avviso appare maggiormente condivisibile quella lettura che, al contrario, ritiene tali spinte dissonanti rispetto al modello.

Altro discorso è poi capire la ammissibilità di un processo di tal fatta, la sua conciliabilità col dato costituzionale. Vi è chi crede di poter rispondere affermativamente, valorizzando disposizioni come l'art. 118 Cost., ritenendo che la Costituzione si sia limitata a individuare un minimo di tutela, nel modello soggettivo, senza precludere la tutela oggettiva¹¹⁸; vi è chi, al contrario, continua a

¹¹⁶ Cfr. R. NOGUELLOU, *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif. Le cas français*, in *Annuario AIPDA 2012, Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 167 ss.

¹¹⁷ Sul tema v., da ultimo, N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 237 ss.

¹¹⁸ Cfr. G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, cit., 530.

ritenere che l'art. 24 Cost. configuri un unico tipo di tutela, quella soggettiva, mettendo in luce l'inammissibilità sistematica delle frizioni sopra indicate, acuite dalle pressioni all'autonomia procedurale degli Stati che discendono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Non a caso mi pare che il tema dell'interesse strumentale, su cui è di recente tornata la Cassazione a Sezioni unite¹¹⁹, possa costituire un importante banco di prova per misurare la tesi di taluni secondo cui il modello soggettivo di tutela possa operare come controlimite costituzionale. Peraltro, i nodi problematici dell'effettività della tutela vengono al pettine soprattutto nella misura in cui il momento giudiziario, concepito alla stregua di servizio pubblico, finisce per liberarsi delle sovrabbondanti domande di tutela – che originano da tali *input* – attraverso teorie altrettanto principialiste, come quelle della “meritevolezza” della tutela e dell'abuso del diritto e del processo.

Non si vuole né si può in questa sede andare oltre la mera *descrizione* del fenomeno, scendendo nella *valutazione*, anche se gli spunti critici, come detto, non mancano.

Gli antichi francesi dicevano che giudicare l'amministrazione è anche amministrare. Gli amici del gruppo urbinato che mi hanno invitato a esprimere queste idee (in parte) critiche ritengono, al fondo, che *Persona è amministrazione; persona è processo*.

Tra il primo e il secondo scenario storico-culturale il mondo è radicalmente cambiato, ma mi sembra che la talora ingombrante presenza della sovranità della persona, nel campo prima dell'organizzazione e poi del processo, rischi di consolidare, lungi dal rimuovere, una persistente antica anima oggettiva della procedura e del giudizio amministrativo.

Insomma, pur nella nobiltà degli assunti di fondo e nella lungimiranza sistematica di molte proposte ricostruttive, si scorge in prospettiva il rischio dell'aggiunta di un ulteriore tassello al fenomeno culturale di lungo periodo consistente nella «*espunzione del soggetto giuridico dall'ambito della fenomenologia giuridica*»¹²⁰. Come in ogni mitologia giuridica, l'eterogenesi dei fini è sempre dietro l'angolo¹²¹.

¹¹⁹ Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

¹²⁰ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 429.

¹²¹ Cfr. S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 126 ss.