

2019
n. 2

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro".

Comitato di direzione

Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Francesco Follieri, Libera Università Mediterranea – LUM "Jean Monnet" di Casamassima; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Massimo Monteduro, Università del Salento; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Redattore centrale

Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia

Comitato di redazione

Giuseppina Buia, Andrea Gemmi, Roberto Franco Greco; Lorian Maccari; Alberto Marcovecchio; Antonio Micello, Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Marina Roma; Federico Romoli.

Comitato internazionale di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Barone, Università di Catania; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor

Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria); Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli

Telefono: +39 0722 303223

e-mail: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell’Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050**. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**

SOMMARIO

I – SEZIONE MONOGRAFICA

BIAGIO GILIBERTI, La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo	p. 7
CHRISTINE FERRARI-BREEUR, Le droit d'action dans le procès administratif français: les récentes évolutions	p. 37
LUIS MEDINA ALCOZ, El derecho a la acción en el contencioso-administrativo español	p. 53
GIOVANNI LEONE, Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo	p. 73
FIorenzo LIGUORI, L'accesso alla tutela processuale avverso la s.c.i.a. nella recente giurisprudenza	p. 85
CHIARA CUDIA, Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo	p. 99
ANDREA CARBONE, Pienezza della tutela e modelli processuali differenziati	p. 127
AROGIO DE SIANO, Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il caso dell'azione di nullità	p. 145
CARLA ACOCELLA, Riflessioni in tema di accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti sociali	p. 165
SILVIA TUCCILLO, La legittimazione processuale delle autorità indipendenti. Il caso ANAC	p. 185
FILIPPO PATRONI GRIFFI, Profili di full jurisdiction: il diritto di azione nel processo amministrativo	p. 211
LUCA R. PERFETTI, La legittimazione processuale come parte della teoria del diritto di azione. Il problema della limitazione della tutela dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione e ritorno	p. 225

II – STUDI

LUCA R. PERFETTI, Introduzione	p. 243
PIERPAOLO FORTE, Il bene culturale pubblico digitalizzato: prime note per uno studio giuridico	p. 245
LUCA R. PERFETTI, Il bene pubblico ai tempi dell'assenza della cosa. Appunti per una possibile (contro)teoria dei beni pubblici	p. 303
GIUSEPPE TROPEA, Brevi riflessioni intorno al saggio di Pierpaolo Forte sui "beni culturali digitalizzati"	p. 311
DANIELE DONATI, La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela opere d'ingegno	p. 323
ENRICO ZAMPETTI, Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale	p. 339

III – OPINIONI E RECENSIONI

GUIDO CORSO, In ricordo di Pietro Virga	p. 367
GLORIA SDANGANELLI, Sulla legittimità costituzionale delle misure alternative alla demolizione per illecito edilizio	p. 371

I

SEZIONE MONOGRAFICA

BIAGIO GILIBERTI

Professore associato di diritto amministrativo presso l'*Universitas Mercatorum*
bgiliberti@gop.it

**LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE NEL PROCESSO
AMMINISTRATIVO DI LEGITTIMITÀ TRA POTERE
QUALIFICATORIO PUBBLICO E FORZA LEGITTIMANTE
DELLA SOVRANITÀ DELL'INDIVIDUO**

**RIGHT TO ACT IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS OF
ANNULMENT BETWEEN PUBLIC REGULATORY POWER AND
SOVEREIGNTY OF THE INDIVIDUAL**

SINTESI

Consistenti e perduranti incertezze ricostruttive connotano i tratti teorici e le modalità operative della legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità. Le ragioni possono essere individuate, almeno, nella difficoltà, storica e teorica, di definire canoni condivisi per condurre le verifiche di qualificazione e differenziazione degli interessi protetti, nella incidenza sulla ricostruzione della figura del limitrofo istituto processual-civilistico e nei retaggi della cultura pandettistica nell'ambito della riflessione in materia di rapporto giuridico amministrativo.

Lo scritto analizza ciascuno di questi profili, provando a rileggerli alla luce del principio di libertà dell'individuo nell'ordinamento, quale fonte di immediata legittimazione ad agire avverso il potere pubblico esecutivo.

ABSTRACT

Significant and persistent reconstructive uncertainties characterize the theoretical and operational features of the legitimation to act in the administrative process of legitimacy. The reasons can be identified, at least, in the historical and theoretical difficulty of defining shared canons for conducting the qualification and differentiation checks of the protected interests, which shall have access in the process, the impact on the reconstruction of the legal institute produced by the neighboring figure of the civil process and the legacies of the pandettistic culture in the context of the reflection concerning the administrative relationship.

The essay analyzes each of these profiles, trying to reread them in the light of the principle of freedom of the individual in the legal system, as a source of immediate legitimacy to act in the administrative process against the executive public powers.

PAROLE CHIAVE: legittimazione ad agire – qualificazione – legittimazione – Costituzione – libertà.

KEYWORDS: legitimacy to act - qualification - differentiation - Constitution - freedom.

INDICE: 1. Introduzione: oggetto, natura e disciplina processuale della legittimazione ad agire. Questioni aperte. - 2. La legittimazione ad agire tra sostanza e processo - 3. Legittimazione ad agire quale mera affermazione nel processo amministrativo di legittimità. Osservazioni critiche. - 4. La legittimazione ad agire quale funzione della libertà individuale avverso il potere pubblico.

1. Introduzione: oggetto, natura e disciplina processuale della legittimazione ad agire. Questioni aperte.

Si assiste, nella produzione scientifica nazionale, ad un rinnovato interesse per l'istituto della legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità. Si tratta di riflessioni eterogenee, tanto nelle critiche quanto nelle soluzioni prospettate, che oscillano – volendo stare ai più recenti lavori monografici – tra ricostruzioni della figura in chiave processual-civilistica quale mera affermazione del ricorrente¹, l'idea, sviluppata nel quadro di una rinnovata concezione solidaristica dell'interesse legittimo², del superamento dell'istituto in favore del riconoscimento della facoltà dei singoli di selezionare i propri interessi, i quali, per ciò stesso, diverrebbero giuridicamente rilevanti³ e quella di un più serrato ancoraggio al dato normativo (ampiamente inteso) ai fini della individuazione delle posizioni qualificate e differenziate dall'ordinamento⁴. Sono queste, come si è accennato, posizioni che poco hanno in comune le une con le altre, se non – significativamente – il testimoniare un generale stato di affanno dell'istituto e l'urgenza di ripensarne la stessa possibilità giuridica o, almeno, i contenuti e le dinamiche operative processuali, onde rendere giustizia di una figura che, per diffusa percezione, la mai realmente chiarita ibridazione tra i momenti di vaglio delle c.d. condizioni dell'azione e di valutazione nel merito del giudizio spingerebbe sovente ad operare quale filtro di ingresso alla tutela,

¹ Cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018 fin da p. 17: "Occorre restituire alla legittimazione a ricorrere una dimensione prettamente processuale, che le permetta di consistere, al pari dell'omologa figura processualcivilistica, nell'affermazione della titolarità della titolarità della situazione dedotta in giudizio". Cfr. altresì p. 189 in ordine alla possibilità di riconoscere accesso al processo, non al riscontro dell'interesse legittimo, ma di posizioni legittimanti – non ricostruite unitariamente – da intendersi quali "*fattispecie* [eterogenee] in cui un soggetto può affermare di essere titolare" del potere di azione a protezione di un "*interesse giuridicamente rilevante* [...] riconosciuto dall'ordinamento giuridico come meritevole di protezione".

² Cfr. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.

³ Cfr. nota 77.

⁴ Cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

assecondando esigenze deflative del contenzioso amministrativo a discapito del principio della pienezza di accesso alle difese di quel processo⁵.

Questo comune sentire, invero, non appare sorprendente se riguardato alla luce di una serie di indicatori storici e giuridici, che attengono quanto meno all'individuazione dei contenuti dell'istituto (in ultima analisi, e solo per quanti la ritengano giuridicamente utile e costituzionalmente necessitata, la definizione dei criteri onde condurre le verifiche di qualificazione e differenziazione degli interessi dedotti in giudizio⁶), alla sua natura (se intimamente processuale o, viceversa, a sola qualificazione processuale) e, di riflesso, alla coerenza tra quella natura e il suo trattamento processuale.

Si discorre di problematiche molto complesse, che, con sembianze cangianti, si ripropongono da tempo e sulle quali sembrano aver inciso e continuare a farlo alcuni fattori che, con sforzo di sintesi preliminare, possono individuarsi nel peso concettuale esercitato, sotto il profilo sostanziale, dalla pandettistica nel contesto della ricostruzione della nozione di potere pubblico e di rapporto giuridico amministrativo e, sotto quello processuale, dall'influenza prodotta dall'omologo istituto del processo civile.

Quanto alla prima questione, ci si riferisce al rapporto tra potere pubblico e terzi e, dunque, alle condizioni necessarie a riconoscere a questi ultimi legittimazione ad agire avverso provvedimenti amministrativi formalmente indirizzati in via diretta ad altri e, tuttavia, in grado di incidere comunque nella loro vita. Il tema è quello della multipolarità del potere pubblico⁷ (o del rapporto giuridico di diritto amministrativo⁸, che dir si voglia) e pare di assoluta rilevanza, in particolar modo nella discussione in ordine ai confini concettuali da scandire tra legittimazione ad agire dei terzi e loro intervento nel processo⁹.

⁵ Cfr. M. MAGRI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 330: "La legittimazione, dunque, rispetto all'interesse ad agire, assolve una distinta funzione «di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco»".

⁶ Sul punto ampiamente M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., *passim*.

⁷ Cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005. Si veda G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi*, cit., p. 175: "L'azione amministrativa va inquadrata in schemi non bipolari, bensì multipolari, tutte le volte in cui vi sono terzi qualificati, cioè titolari uti singuli di interessi che l'ordinamento tutela, distinguendoli dal generico beneficio che chiunque trae dalla promozione dell'interesse pubblico. Per verificare se e quando si delinea nell'ordinamento siffatta posizione autonoma, occorre avvalersi dei richiamati criteri della qualificazione e della differenziazione, indispensabili per tracciare una meno incerta linea di confine tra interesse meritevole di tutela e interesse semplice".

⁸ Cfr. M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁹ Cfr. L. CIMELLARO, *L'intervento*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 545.

Quanto alla seconda questione (la comparazione con il diritto della procedura civile), il profilo rileva per ciò che attiene alla possibilità di trasferire nel processo amministrativo l'idea che la legittimazione ad agire sia affermazione processuale di chi agisce e che l'adesione a questa prospettiva (in dissenso da quelle opinioni che fanno coincidere legittimazione ad agire e interesse legittimo¹⁰) consenta realmente di inverare il precetto costituzionale del pieno accesso alla tutela del giudice amministrativo (art. 24 Cost.).

Invero, fermo il rilievo delle tematiche appena citate, non par dubbio che sullo sfondo, a coprire ogni riflessione in materia di legittimazione ad agire nel processo amministrativo, si ponga, con tutta l'urgenza costituzionale che il tema evoca, questione di sovranità – ovverosia del rapporto tra essere umano (con il relativo portato di libertà), sue formazioni sociali e potere pubblico – quale canone per la individuazione delle posizioni giuridiche soggettive e, di riflesso, delle protezioni costituzionalmente necessitate, che il processo deve garantire, anzitutto prestando accesso a chi ne lamenti la violazione.

In merito a ciò, privilegiando da subito una prospettiva concreta, sembra utile ricordare che il tema si sia posto al centro della riflessione sugli interessi diffusi¹¹, senza invero che la soluzione offerta dal legislatore e dalla giurisprudenza al problema della loro legittimazione processuale abbia fornito, in modo appagante, risposta all'interrogativo più profondo ovverosia all'esigenza di riconsiderare (pur sempre – ma non necessariamente – nel perimetro di una ricostruzione soggettivistica del processo amministrativo) i patrimoni individuali non più in un'ottica puramente censuaria ma anche sociale, partecipativa e ideale. Pur a fronte di un soggettivismo che, nonostante le citate incertezze ricostruttive e la sua stessa continua evoluzione, certamente si fa strada¹² (si pensi alla teorica¹³ e alla pratica¹⁴ in materia di danni alla salute e all'ambiente ma,

¹⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 341.

¹¹ Cfr., anche per l'esautivo corredo bibliografico, C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; R. VILLATA, *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. Treccani*, 1990, p. 2. Si veda anche G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Annali VII, 214, p. 513.

¹² Cfr. C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., p. 24: "con riguardo agli interessi plurisoggettivi [...] fondati direttamente su previsioni di diritto sostanziale, potrebbe dirsi che chiunque può esserne titolare, ma il chiunque potrà esercitare il corrispondente diritto di azione solo nel momento in cui riuscirà a differenziarsi".

¹³ Cfr. M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro. It.*, 1987, V, p. 15: "Così come l'esistenza di una epidemia non significa che non vi siano malati singoli, ma che ve ne sono troppi di una stessa malattia, la diffusione di un interesse non comporta che non vi siano soggetti che ne hanno la titolarità, ma che ve ne sono troppi".

¹⁴ Ne riferisce ampiamente R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, cit., p. 5.

sia pur nei termini assai peculiari di quelle riflessioni, anche agli studi più recenti in materia di beni comuni¹⁵), la risposta al tema della crisi della rappresentatività (l'incapacità – ma meglio occorrerebbe dire l'impossibilità costituzionale – delle organizzazioni amministrative pubbliche di inglobare in se e soddisfare le istanze individuali in relazione a determinate categorie di beni quali, ad esempio, l'ambiente, il paesaggio e il patrimonio culturale) è stata a lungo ricercata, secondo le medesime logiche da cui quella crisi proveniva, nei postulati della rappresentatività stessa, trasferiti da una dimensione puramente pubblicistica (l'organizzazione pubblica) ad altra privata (l'associazionismo sociale). Ciò con il risultato di elidere o quanto meno di marginalizzare, se non altro nell'impostazione metodologica del problema, la centralità del valore costituzionale dell'individuo, con il suo portato di libertà, in una visione capace di far refluire la persona umana dell'art. 2 Cost., fulcro da cui ogni equilibrio costituzionale dovrebbe originare, nella congerie delle sue formazioni sociali¹⁶; formazioni sociali, tuttavia, che di quella personalità dovrebbero fungere solo da moltiplicatore¹⁷.

Nell'ambito di una riflessione che intenda – come, invero, risulta necessitato costituzionalmente (art. 24 Cost.) – tenersi ancorata ad una prospettiva soggettivistica del processo amministrativo, il nucleo principale delle questioni che ruotano attorno alla nozione della legittimazione a ricorrere – e che riguardano il destinatario diretto del provvedimento ma primariamente i c.d. terzi¹⁸ – pare, dunque, essere ancora essenzialmente quello della necessità di individuare

¹⁵ In materia, non si prescinda, almeno da F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1170; ID., *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 37. Inoltre nemmeno si prescinda da V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 3.

¹⁶ Cfr. L.R. PERFETTI-A. CLINI, *Class action, interessi diffusi e legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, p. 1462.

¹⁷ Cfr. C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., p. 90: “il diritto di azione non può che appuntarsi – di regola – sul singolo individuo, mentre il ruolo di entità collettive deve avere carattere di ausilio e complemento”.

¹⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva”*, cit., p. 341: “Ma c'è un altro punto di distinzione rispetto al processo civile. Qui il giudizio è inteso a risolvere una controversia insorta tra parti di un rapporto sostanziale (locatore e conduttore, mutuante e mutuatario, creditore e debitore di una somma di denaro, etc.), delle quali va accertata la reciproca posizione nell'ambito del rapporto e la consistenza delle relative pretese (il giudizio di merito, appunto). Mentre, le controversie di diritto pubblico si instaurano tra soggetti (possono instaurarsi) non legati tra loro da un rapporto giuridico sostanziale (può esserci o meno: v. la distinzione tra diretti destinatari del provvedimento e altri soggetti, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/90) e possono essere promosse, attraverso il ricorso giurisdizionale, da soggetti anche del tutto estranei al rapporto sostanziale in esito al quale è stato adottato l'atto che essi assumono lesivo”.

parametri giuridici a che le istanze presentate dai cittadini nel processo amministrativo, oggi certamente più articolate e complesse che in passato, siano vagliate in termini di qualificazione e differenziazione, prim'ancora che sotto il profilo della loro fondatezza sostanziale; che esistano, in definitiva, quali posizioni giuridiche sostanziali nell'ambito di uno specifico episodio di potere pubblico.

Cionondimeno, come accennato, non par dubbio che un approfondimento in merito a queste tematiche – quale approfondimento di diritto processuale – non possa prescindere da una più ampia indagine in relazione alla natura (propriamente processuale ovvero a qualificazione processuale) degli affari di legittimazione ad agire, al tipo e all'invasività delle incombenze gravanti sulle parti e sul giudice e, di conseguenza, al regime processuale applicabile. Tutte queste tematiche, che pur ruotano attorno al tema centrale dell'individuazione delle situazioni sostanziali protette, risultano non di meno basilari al fine della comprensione dell'istituto, specie considerando che ognuna di esse è in grado di indirizzarne la ricostruzione complessiva e, dunque, di incidere sulla effettiva realizzazione, nelle concrete dinamiche processuali, del principio della pienezza di accesso al processo amministrativo (art. 24 Cost.). Per queste ragioni, in ordine a ciascuno dei temi indicati innanzi, si proveranno delle riflessioni nel seguito.

Tanto chiarito, merita di essere comunque esplicitato, in via preliminare, che sebbene il tema della sussistenza della legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità coincida, di certo storicamente, con quello dell'esistenza di posizioni qualificate e differenziate di interesse legittimo¹⁹, la trattazione del primo può prescindere da molte delle questioni che riguardano il secondo. Può prescindere – non sembri un paradosso – proprio dalla questione centrale della riflessione attorno all'interesse legittimo ovvero sia dal tema della effettiva possibilità di individuare nell'interesse legittimo alcunché di diverso rispetto al diritto soggettivo²⁰. Ciò in quanto il definitivo abbandono

¹⁹ Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, cit., p. 1: “infatti, poiché la qualità in esame, in via di prima approssimazione, consente di rivolgersi al giudice amministrativo per ottenere una pronuncia concernente (il più delle volte) la legittimità o l'illegittimità di un provvedimento, ove ci si accinga ad effettuare un'analisi dei suoi caratteri appare subito evidente l'intreccio con i problemi della definizione dell'interesse protetto e dei rapporti con l'interesse al ricorso”.

²⁰ Cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850. Si vedano altresì nella recente produzione scientifica almeno N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo?* (Rileggendo Franco Ledda), in *Dir. amm.*, 2015, p. 1; ID., *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1527. Si veda F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, 1999, p. 2713.

Non si prescinde, ovviamente, da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017. Cfr. altresì G. SEVERINI, *L'interesse legittimo nella realtà attuale della giurisdizione*

dell'idea di una specificità contenutistica dell'interesse legittimo potrebbe avere tra le molte conseguenze certamente quella di rimettere al centro della discussione la necessità stessa della giurisdizione amministrativa²¹ ma non anche quello di risolvere il problema (o di ritenere per ciò stesso risolto il problema) della protezione del cittadino avverso il potere pubblico sotto il profilo della definizione di elementi condivisi che, all'atto dell'esercizio concreto, orientino il percorso di identificazione, nella vasta congerie degli interessi genericamente intesi degli individui, di posizioni sostanziali rilevanti per l'ordinamento²².

Del pari, ai fini di una discussione sui temi che si sono evidenziati, nemmeno pare necessario trattenersi sulla questione della effettiva possibilità di isolare, all'interno o a fianco della nozione di interesse a ricorrere, l'autonomo istituto della legittimazione. Ciò in quanto, per un verso, le questioni di legittimazione ad agire, per le ragioni meglio prospettate nel seguito, sembrano porsi quali passaggi processuali necessitati anzitutto logicamente, specie nel contesto di una giurisdizione di legittimità ricostruita soggettivisticamente, per altro, perché la ricostruzione che appare meglio capace di inverare il precetto costituzionale dell'azione avverso il potere pubblico risulta quella che riconduce in quest'ultima entrambe le figure (interesse e legittimazione), quali elementi coesenziali all'esistenza stessa del diritto di azione nel processo amministrativo²³.

Tutto ciò premesso, prima di prendere a trattare dei temi posti innanzi, pare necessaria un'ultima considerazione. Non sarebbe corretto, infatti, non dare atto della circostanza che molti degli affanni dell'istituto cui si è fatto cenno discendono non solo da un generale stato di incertezza ricostruttiva, aggravata dall'evoluzione delle sensibilità sociali, ma anche dall'incontro tra le tradi-

amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1197; L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 465; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 46; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 935.

²¹ Cfr. O. BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, Milano, Giuffrè, 2005. Ma sul tema si veda anche il recente lavoro di G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 889.

²² Supporto a questa impostazione, d'altronde, pare da rinvenire sia nelle considerazioni svolte nella famosa sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 sia nell'ampio dibattito dalla medesima ingenerato in ordine al giudice amministrativo quale giudice del potere pubblico (quest'ultimo oggettivamente inteso). Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 436.

²³ Cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, *passim*, con riferimento all'interesse a ricorrere ma con indicazioni valide per ambedue le condizioni dell'azione, si veda p. 270: "Per essere più espliciti, si deve ritenere che, essendo precisate, dall'art. 24 Cost. la funzione del giudizio e la causa dell'attribuzione del potere di agire, laddove l'azione venga posta in essere per obiettivi diversi da quelli protetti (vale a dire emulativi o meramente teorici) sembra del tutto assente il diritto di agire in giudizio, più che l'interesse".

zionali ricostruzioni della legittimazione ad agire disponibili in ambito nazionale e il diritto dell'Unione. Il riferimento, ovviamente, è alla nota e assai dibattuta questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nell'ambito del contenzioso di contrattualistica pubblica²⁴, in relazione al quale pare evidente la propensione dei giudici europei a ragionare della legittimazione ad agire secondo schemi diversi da quelli nazionali, in un'ottica che risulta invero più arbitrale-equitativa (o, comunque, (para)oggettiva)²⁵, che ispirata ad una puntuale attenzione per la figura in rapporto con quella dell'interesse ad agire e per le loro dinamiche di funzionamento processuale nel giudizio amministrativo di parti²⁶. In questo contesto, tuttavia, ciò che preme evidenziare è che, in ogni caso, l'apertura del processo amministrativo a istanze di giurisdizione oggettiva andrebbe valutato anche storicamente, nell'ottica di validare l'idea che il significato oggi ricercato in quella apertura (l'accesso al giudizio di sensibilità sociali difficilmente declinabili secondo i canoni classici della legittimazione e dell'interesse) è comunque ben diverso da quello che in passato determinò il

²⁴ Cfr. Corte Giustizia UE, Sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18: "L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi".

²⁵ Cfr. R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 41; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 9.

²⁶ Cfr. R. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 826; ID., Cfr. altresì F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 113 nonché B. SPAMPINATO, *Sui ricorsi "escludenti incrociati": uno sguardo "interno" ed uno "europeo"*, in *Urb. app.*, 2014, p. 328; G. SIGISMONDI, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'Adunanza Plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2014, III, p. 472; E. FOLLIERI, *Individuazione negli interessi protetti dell'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.*, 2014, p. 255; S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Roma, Dike, 2012, p. 111; A. POLICE, *Il ricorso incidentale*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, Cedam, 2014, p. 425; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 423. Non si prescinde infine dalla ricostruzione generale operata in C. GUACCI, *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013.

suo superamento in nome di un ampliamento delle tutele del cittadino *vis à vis* la pubblica amministrazione²⁷.

2. La legittimazione ad agire tra sostanza e processo.

Nel solco di quanto innanzi illustrato, pare opportuno prendere le mosse dalle tematiche di carattere più intimamente processuale, passando in rassegna alcuni tra gli argomenti maggiormente consolidati nella sistematica della legittimazione ad agire nei giudizi di legittimità. In particolare, occorre soffermarsi sull'idea che il principale distinguo tra la legittimazione ad agire nel processo amministrativo e l'omologo istituto processual-civilistico andrebbe rinvenuto nell'essere la legittimazione in quest'ultimo mera affermazione dell'attore²⁸ laddove, nel primo, la legittimazione ad agire si risolverebbe nella dimostrazione effettiva della titolarità di una posizione di interesse legittimo²⁹ (operata distinguendo il momento, puramente processuale, della verifica dell'esistenza di una posizione qualificata e differenziata, da quello di puro merito, concentrato

²⁷ Cfr. L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, nota 8; Cfr. M.C. ROMANO, *Linee evolutive del sindacato giurisdizionale europeo. Riflessi sulla legittimazione ad agire in Italia e in Germania*, in A. CARBONE-E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, p. 271.

Si veda altresì F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013, p. 107. Esamina la tematica anche M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2015; ID., *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 927.

Osservazioni anche in M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 557.

²⁸ Cfr. A. CARATTA-C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2017, vol. I, p. 53: "Ancora in chiave di affermazione va, infine, riscontrata l'esistenza della terza condizione dell'azione, vale a dire la legittimazione ad agire. Qui l'ipotetica accoglibilità viene in rilievo sotto il profilo soggettivo, [...] che la domanda non è accoglibile, neppure ipoteticamente, se il diritto affermato nella domanda non è affermato come diritto di colui che propone la domanda e contro colui nei cui confronti si propone la domanda".

²⁹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva"*, cit., p. 341: "Nel processo amministrativo (nel quale l'accoglimento del ricorso e perciò l'accertamento siccome fondata della domanda dell'attore dipende a sua volta dall'accertamento dell'illegittimo esercizio del potere nei limiti dei motivi dedotti) l'individuazione della sussistenza della situazione protetta in capo all'attore, è momento ben distinto dall'accertamento della fondatezza del ricorso (cioè del giudizio di merito); perché quest'ultimo si identifica, appunto, nell'accertamento della legittimità o meno dell'episodio di esercizio del potere di cui si tratta. Una volta stabilito che il soggetto vanta una situazione protetta a fronte di quell'episodio di esercizio del potere, si passa a valutare se questo si è svolto *injure* (come preteso dal ricorrente) ovvero *iure*, cioè legittimamente, e in tale secondo caso, la situazione protetta resta necessariamente insoddisfatta. Questo carattere del nostro processo (che è proprio anche dei processi civili di impugnazione, come ad esempio, in ordine alle delibere societarie, artt. 2377 ss., 2388, cod. civ., ovvero in ordine ai provvedimenti del datore di lavoro, art. 18, l. n. 300/88) deriva, appunto, dal suo primo oggetto (se così può dirsi) che è sempre l'accertamento della legittimità o meno dell'episodio di esercizio del potere, nei limiti dei motivi dedotti dal ricorrente".

sull'accertamento della legittimità del provvedimento amministrativo e, se del caso, sulla definizione del rapporto giuridico controverso³⁰).

Questa indagine si rende opportuna al fine di vagliare se effettivamente in questo distinguo tra processo civile e amministrativo (e, in particolare, nel richiedersi in quest'ultimo un doppio vaglio, prima processuale e poi di merito) debbano intravedersi ragioni di diniego o diminuzione di tutela³¹ e, di conseguenza, la necessità di favorire anche nei giudizi di legittimità la ricostruzione della legittimazione ad agire quale mera affermazione³².

A tal riguardo, occorre rammentare che uno dei principali argomenti utilizzati dalla dottrina processual-civilistica onde ricostruire la legittimazione in termini di mera affermazione³³ risiede nel fatto che l'affermazione del diritto contenuto nella domanda coinciderebbe esattamente con l'oggetto stesso del giudizio di merito, finalizzato proprio a vagliare l'esattezza di quella rappresentazione³⁴. In questa prospettiva, l'idea della pura affermazione risulterebbe essenzialmente imposta di fatto; dall'impossibilità di ritagliare per la legittimazione uno spazio giuridico autonomamente apprezzabile, data la piena sovrapposizione e coincidenza tra questione sostanziale di merito e questione processuale. E' ben chiaro, nondimeno, che, imposta dai fatti, l'utilità concreta dell'istituto - la cui funzione risiede nel vaglio della necessità stessa di svolgere

³⁰ Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; ID., *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 175.

³¹ Cfr. L. FERRARA, *Un errore di fondo? (nota a Cons. St., a. p., 25 febbraio 2014, n. 9)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 924: "[i]n discussione è la sussistenza (o meno) della situazione giuridica soggettiva (dell'interesse legittimo) dell'una e dell'altra parte, sulla base dell'esistenza (o meno) dei requisiti di partecipazione alla gara, che integrano il fatto costitutivo della pretesa vantata (mentre il "vizio" di legittimità nascente dalla mancata esclusione del concorrente, del quale ragiona la stessa Adunanza Plenaria, integra il fatto lesivo o l'inadempimento della p.a.): questa discussione dovrebbe a pieno titolo rientrare nel merito della controversia".

³² Cfr. nota 47.

³³ Cfr. Tribunale Milano sez. VI, 21 giugno 2019, n. 6051: "Il controllo del giudice sulla sussistenza della *legitimatio ad causam*, nel suo duplice aspetto di legittimazione ad agire e a contraddire, si risolve nell'accertare se, secondo la prospettazione dell'attore, questi e il convenuto assumano, rispettivamente, la veste di soggetto che ha il potere di chiedere la pronuncia giurisdizionale e di soggetto tenuto a subirla. Di conseguenza chi sostiene il difetto della titolarità dell'attore o propria rispetto ai diritti e agli obblighi al rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio solleva in realtà una "questione di merito" sulla titolarità attiva o passiva del rapporto controverso che si risolve nell'accertamento di una situazione di fatto favorevole all'accoglimento o al rigetto della pretesa azionata".

³⁴ Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, cit., p. 1: "Dunque non l'effettiva titolarità del diritto determina la legittimazione, ma la titolarità alla stregua delle affermazioni dell'attore (o, se si vuole, la titolarità della pretesa); ne consegue che le questioni relative non investono il merito della controversia, che richiede la verifica delle condizioni dell'attore, viceversa esaustive ai fini della legittimazione; quindi se l'attore asserisce di essere creditore o proprietario si è avverata la condizione necessaria e sufficiente ai fini della legittimazione, per temeraria che sia siffatta asserzione: la temerarietà induce non la carenza del requisito in esame, sibbene l'infondatezza della domanda".

un giudizio e rendere giustizia - si riduca fortemente, rilevando nella sostanza nei soli casi in cui l'attore si professi privo di legittimazione. Questa rappresentazione, in ogni caso, pare scandire correttamente le dinamiche giudiziali tutte le volte in cui non sia rintracciabile un *prius* logico rispetto all'accertamento stesso del diritto per il quale si chiede in giudizio certezza. Laddove, tuttavia, si ponga riguardo a vicende contenziose differenti dai giudizi di mero accertamento, l'idea della legittimazione quale mera affermazione non pare offrire una rappresentazione delle dinamiche giuridiche ugualmente appropriata: si pensi, per stare ad un esempio, a chi agisca in giudizio per chiedere il risarcimento di un danno per inadempimento contrattuale, non essendo parte del relativo contratto. In questo caso, la questione della "*legitimatio ad causam*" si ricollega direttamente all'art. 81 c.p.c. (nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio fuori dei casi espressamente previsti dalla legge) e il suo accertamento risulta assumere un significato giuridico autonomo rispetto al merito della vertenza e ben diverso dalla mera affermazione dell'attore: rileva, infatti, quale strumento processuale preliminare volto a prevenire che un giudizio, dopo essersi intrattenuto sul merito della questione controversa, si concluda con una sentenza "*inutiliter data*", perché resa tra soggetti non coincidenti rispetto a quelli del rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio. Di conseguenza, essa si traduce nella verifica, da condursi anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo ma, idealmente, in via preliminare al merito (inteso come vaglio delle domande presentate in giudizio; nel caso di specie l'accertamento e la condanna per inadempimento colpevole), della coincidenza dell'attore e del convenuto con i soggetti che saranno destinatari degli effetti della pronuncia richiesta.

Tanto illustrato, in aggiunta, per stare ancora a degli esempi, si pensi al caso del condomino che intenda impugnare una delibera del proprio condominio, il quale, secondo la giurisprudenza, ha onere di dimostrare, preliminarmente al vaglio della fondatezza della domanda, di non essersi presentato in assemblea o di essersi in quella sede astenuto o, in alternativa, di aver espresso voto contrario³⁵.

Le suesposte esemplificazioni, non infrequenti in giurisprudenza, suggeriscono che l'isolamento, nelle singole vicende processuali concrete, di un au-

³⁵ Cfr. Cass. civile, sez. II, 26 febbraio 2019, n. 5611: "*In tema di impugnazione di delibere condominiali annullabili, la legittimazione ad agire spetta al condomino che sia stato assente all'assemblea nel corso della quale la delibera contestata è stata assunta o che, se presente, abbia espresso in merito il suo dissenso o si sia astenuto, ricadendo sullo stesso l'onere di provare tali circostanze. Il difetto di detta legittimazione può, invece, essere rilevato d'ufficio dal giudice ed il relativo accertamento non è soggetto a preclusioni, non potendosi accordare la facoltà di opporre la menzionata delibera a chi non ne abbia titolo*".

tonomo momento da destinarsi alla verifica della sussistenza della legittimazione processuale – quale riscontro processuale preliminare – non dipenda da astratte declinazioni teoriche. Piuttosto, il discrimine tra la dissoluzione della questione processuale in quella sostanziale e l'isolamento di un momento processuale autonomo sembra consequenziale alla esistenza, direttamente connessa al tipo di giudizio instaurato, di margini concettuali e spazi logici (prim'ancora che giuridici) idonei ad isolare, rispetto al controllo sulla fondatezza nel merito delle domande agite, ulteriori, preliminari verifiche sostanziali (*e.g.* l'essere l'attore parte di un contratto, l'essere condomino e in una data situazione, *etc.*). Che quest'ultime verifiche assurgano poi, come è consolidato, a qualificazione processuale si spiega alla luce della loro estraneità rispetto al contenuto della domanda in senso stretto (gli esempi fatti ne illustrano la natura preliminare) e per via della possibilità di rilevare quali questioni afferenti alla regolare istaurazione del contraddittorio nell'ambito di giudizi di parti³⁶. L'appropriatezza della loro qualificazione processuale è scandita dalla stessa espressione che le descrive – legittimazione processuale –; dall'essere cioè questioni che si risolvono nell'attitudine ad essere parti del processo e, più in generale, nella dimostrazione dell'aver titolo a conseguire una pronuncia di merito.

Le questioni di legittimazione, tuttavia, restano, al contempo, questioni sostanziali preliminari in quanto volte all'accertamento dell'esistenza, in astratto, di una posizione protetta dall'ordinamento e, nel concreto, di un rapporto giuridico sostanziale. Esse si configurano quali verifiche direttamente di merito nella prospettiva della legittimazione come affermazione dei giudizi di accertamento puro nei termini anzidetti ovvero quali antecedenti logico-giuridici sostanziali rispetto alle verifiche proprie della domanda agita in giudizio, ad esempio nei giudizi di condanna.

In quest'ottica, l'istituto, che certamente declina la logica del giudizio di parti, si connota essenzialmente quale strumento di economia e razionalità processuale. Sempre in quest'ottica, peraltro, ben si comprende la possibilità che le questioni di legittimazione possano essere rilevate in ogni stato e grado del processo e anche d'ufficio mentre molto meno che la decisione definitiva attorno a questioni di legittimazione non debba tradursi in un divieto di ulteriori,

³⁶ Cfr. Cass. civile, sez. I, 27 marzo 2017, n. 7776: “La *“legitimatio ad causam”*, attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto, secondo la prospettazione della parte, mentre l'effettiva titolarità del rapporto controverso, attenendo al merito, rientra nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio dei soggetti in lite. Ne consegue che il difetto di *“legitimatio ad causam”*, riguardando la regolarità del contraddittorio, costituisce un *“error in procedendo”* ed è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo”.

nuove azioni (quest'ultimo tema, tuttavia, per via dei ristretti termini decadenziali propri del processo di legittimità, è poco rilevante ai fini di interesse)³⁷.

Alla luce di ciò, nell'economia dei discorsi che si intendono condurre in ordine alla legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità, è in ogni caso utile evidenziare che la natura sostanziale delle questioni di legittimazione importa che il regime istruttorio e decisionale su di esse non possa che essere identico a quello valevole per le questioni di merito. Ciò, invero, è ovviamente assai evidente nell'ipotesi in cui legittimazione e merito coincidono (relegando la legittimazione a mera affermazione di chi agisce) ma identiche considerazioni sembrano corrette anche nei casi di rilievo autonomo dell'istituto.

3. Legittimazione ad agire quale mera affermazione nel processo amministrativo di legittimità. Osservazioni critiche.

L'idea di un trasferimento nell'ambito del diritto processuale amministrativo della teorica della legittimazione quale mera affermazione non pare idonea a rivelarsi né corretta ai fini della ricostruzione delle dinamiche processuali proprie del giudizio di legittimità, né capace di produrre effetti apprezzabili sotto il profilo dell'incremento delle garanzie per i cittadini avverso il pubblico potere.

Non corretta non solo perché, per le ragioni innanzi rilevate, la stessa non appare esaustiva nemmeno nel contesto in cui è stata elaborata ma anche perché nel processo amministrativo è certamente possibile scandire il distinguo³⁸, anzitutto logico, tra momento processuale di verifica della legittimazione da quello propriamente di merito³⁹.

³⁷ Cfr. G. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, p. 69: “a nostro avviso, qualora si intenda la legittimazione come affermazione di titolarità, contrapponendola alla titolarità effettiva, e la si ponga in relazione essenziale e condizionante con il giudizio di merito, si effettua una operazione formalizzatrice della legittimazione, un trasferimento della legittimazione dal merito al processo, che non è destinata al successo in quanto contraria alla precisa natura dell'istituto e alla stessa realtà positiva: non è immaginabile, infatti, che l'affermazione del diritto altrui, senza il criterio legittimante di cui all'art. 81 c.p.c., possa condurre ad un risultato diverso dal rigetto della domanda nel merito, e non produca in capo all'agente un effetto negativo che gli impedisca in altro processo di far valere lo stesso suo diritto relativamente allo stesso rapporto altrui”.

³⁸ Cfr. C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 86: “La legittimazione va individuata nella titolarità di una posizione soggettiva esterna rispetto al giudizio, che, secondo la sistematica delle posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione, è qualificabile come diritto soggettivo o interesse legittimo”.

³⁹ Cfr. S. BUCELLO, *L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 215: “Attenta dottrina ha inoltre evidenziato come la legittimazione nel processo amministrativo agisca diversamente rispetto al giudizio civile: nel secondo, infatti, appare sufficiente l'affermazione della titolarità del diritto soggettivo, la cui verifica, secondo l'impostazione del rito ordinario, costituisce l'oggetto del giudizio; nel

Il primo attiene all'accertamento dell'esistenza di posizioni qualificate (convenzionalmente qualificate come di interesse legittimo), che nell'esperienza di una specifica vicenda di pubblico potere si siano anche differenziate⁴⁰; il secondo, viceversa, si risolve nella verifica della fondatezza della domanda di annullamento del provvedimento amministrativo e, all'evenienza, nella definizione del rapporto giuridico controverso⁴¹.

Questo distinguo⁴² può apprezzarsi molto agevolmente tutte le volte in cui il cittadino si ritrovi nella condizione di poter esigere che il potere pubblico venga esercitato in conformità con le norme e i principi dell'ordinamento, senza tuttavia che quell'esercizio gli garantisca l'utilità che aspira a proteggere o conseguire. In queste ipotesi, infatti, la soccombenza in giudizio per infondatezza della domanda non risale fino a contraddire l'esistenza della posizione sostanziale agita, che resta insoddisfatta solo nei fatti ma pienamente protetta giuridicamente⁴³ dalla conduzione di un'attività procedimentale dimostratasi legittima alla prova del giudizio di annullamento⁴⁴. Di contro, il difetto di legittima-

giudizio amministrativo, al contrario, l'esito del giudizio non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, bensì dall'illegittimità del provvedimento: motivo per cui la legittimazione a ricorrere è generalmente ricondotta all'effettiva titolarità (e non all'affermazione della titolarità) della posizione di interesse qualificato.

Di conseguenza si afferma che legittimato a ricorrere nel processo amministrativo è l'effettivo titolare di un interesse legittimo (o anche di un diritto soggettivo nei casi di giurisdizione esclusiva)".

⁴⁰ Cfr. E. PICOZZA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 41: "Essa [n.d.r. la legittimazione ad agire] normalmente coincide con la titolarità della situazione dedotta in giudizio".

⁴¹ Cfr. E. PICOZZA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 29: "l'oggetto del giudizio amministrativo può essere definito, dunque, come accertamento di un rapporto giuridico controverso, anche nella giurisdizione di legittimità".

⁴² Cfr. B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. Amm.*, 2019, p. 275: "Per altro aspetto, però, le stesse tesi possono rappresentare un'ulteriore prova di come, in particolare, nel processo amministrativo, interesse legittimo e legittimazione a ricorrere tendano a convergere e si aggiungono, pertanto, agli altri argomenti che spingono nella stessa direzione: si pensi alla tendenziale indistinzione tra la legittimazione ad causam (intesa come mera affermazione della titolarità dell'interesse legittimo) e la legittimazione processuale (intesa come effettiva titolarità dell'interesse legittimo) e alla «teoria» delle posizioni legittimanti, la quale radica la titolarità di un interesse legittimo su alcune situazioni tipiche".

⁴³ Cfr. L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 465: "Queste facoltà, di partecipazione, di influenza sull'esercizio del potere discrezionale, ecc., sono poste a protezione dell'interesse materiale o finale dell'interesse legittimo. Tanto che coglie nel segno l'anzidetta dottrina, quando rileva che nelle situazioni giuridiche soggettive definite «a risultato non garantito» o nelle quali «manca la certezza del risultato» (perché la certezza «è esclusa dallo spazio lasciato dalla legge all'ambito insindacabile del merito amministrativo») il suddetto interesse non può essere collocato «nel limbo del giuridicamente irrilevante». È, tuttavia, essenziale rimarcare che l'interesse materiale non è garantito nel suo soddisfacimento; che la facoltà è a protezione dell'interesse materiale, ma la garanzia della legge concerne la stessa facoltà, l'esercizio della facoltà, non l'interesse da essa protetto. Rispetto all'interesse materiale la garanzia legislativa concerne sempre e soltanto la chance della sua soddisfazione".

⁴⁴ Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, cit., p. 2: "In altre parole, l'elemento che rimane sul piano dell'affermazione in sede di verifica della legittimazione non è la titolarità della situazione protetta, ma

zione – quale difetto in capo al ricorrente della posizione sostanziale agita – configura un’ipotesi di inammissibilità e non anche di rigetto per infondatezza, in quanto questione afferente all’attitudine ad esser parte o, che dir si voglia, alla regolare istaurazione del contraddittorio tra le parti di una relazione qualificata dall’ordinamento e differenziata in concreto⁴⁵.

Al tempo stesso, tener ferma la teorica tradizionale che distingue i momenti autonomi della legittimazione e del merito nemmeno sembra, di per sé, comportare una diminuzione o un diniego di tutela⁴⁶. Le questioni di legittimazione, infatti, nei termini innanzi illustrati, rilevano come tematiche a qualificazione processuale ma conservano al tempo stessa natura sostanziale, sicché il loro trattamento processuale, sia in termini istruttori che decisori, non può che essere identico a quello prestato ai motivi di diritto specificamente sviluppati avverso il provvedimento amministrativo oggetto di impugnazione.

Sono tutte questioni sostanziali, sia quelle da trattare in sede di legittimazione sia quelle che investono la legittimità del provvedimento. Cionondimeno mentre le seconde attengono al merito del giudizio perché si sostanziano nella verifica della fondatezza della domanda di annullamento (o, laddove possibile, nella definizione della regola del rapporto sostanziale), le prime di quel merito costituiscono l’antecedente logico (di qui la qualificazione processuale), sostanzandosi nella verifica della sussistenza in capo al ricorrente di una posizione giuridica tutelata e differenziata che gli dà titolo per ottenere una pronuncia sulla domanda agita in giudizio.

l’illegittimità del provvedimento impugnato, che determina la fondatezza della lagnanza, poiché solo il provvedimento illegittimo concreta la lesione di quella situazione. La differenza rispetto al processo civile deriverebbe, dunque, dal fatto che là il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, mentre nel giudizio amministrativo l’esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sibbene dall’illegittimità del provvedimento impugnato”.

⁴⁵ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 194: “La legittimazione a ricorrere viene ancora interpretata dalla giurisprudenza amministrativa non come affermazione della titolarità della posizione qualificata necessaria ai fini del ricorso (ossia, di regola, l’interesse legittimo, nei casi di giurisdizione esclusiva anche il diritto soggettivo), ma come effettiva titolarità di tale posizione. Pertanto il giudice amministrativo, quando accerta che il ricorrente non è titolare di tale posizione qualificata, dichiara il ricorso inammissibile, e non infondato”.

⁴⁶ Ben diversa risulta viceversa l’opinione di S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., *passim* ma e.g. p. 86: “Individuando una condizione dell’azione, che consista nella mera affermazione astratta della titolarità di una posizione processuale di accesso al giudizio, si giungerebbe, infatti, a porre come oggetto del processo amministrativo l’indagine concreta ed effettiva sulla reale esistenza e sulla tutelabilità della situazione giuridica sostanziale cui la posizione processuale legittimante il ricorso risulti correlate”.

Questa continuità sostanziale tra le questioni di legittimazione e quelle di merito è comprensibilmente a rischio di ibridazioni⁴⁷, specie ogni qual volta l'azione amministrativa si presenti vincolata, perché in questi casi il rigetto della domanda sembra suggerire che il ricorrente non avesse a monte alcuna posizione sostanziale protetta (tant'è che non l'ha conseguita). Nell'ambito del diritto amministrativo, tuttavia, la dimensione sostanziale delle posizioni giuridiche soggettive avverso il potere pubblico non s'apprezza unicamente in nome della loro risarcibilità, né in ragione della possibilità di conseguire necessariamente l'utilità finale cui si aspiri ma anche, o meglio anzitutto, in virtù della loro natura, che prescinde dal carattere vincolato ovvero discrezionale del potere, di posizioni procedurali⁴⁸. Ed infatti, per determinate ragioni e a certe condizioni – sulle quali occorrerà nel seguito intrattenersi, fermo fin d'ora un genericissimo riferimento che alla nozione di *vicinitas*⁴⁹ - l'ordinamento riconosce al citta-

⁴⁷ Ibridazioni che la dottrina non ha mancato di denunciare cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 122: “Inoltre, mentre nel processo civile la verifica sull'esistenza della legittimazione è una questione di rito, nel processo amministrativo essa sconfina nel merito. [...] Qui, invece, ai fini della legittimazione a ricorrere si richiede la “effettiva titolarità della posizione qualificata ai fini del ricorso”, con la contraddittoria conseguenza che l'assenza di legittimazione comporta una pronuncia di merito”.

⁴⁸ Cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali*. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850: “In questa prospettiva, una volta che si siano riconosciute le posizioni procedurali essenziali come appartenenti al novero dei diritti fondamentali, la persona disporrà di un diritto fondamentale a che l'autorità decida espressamente e motivatamente, entro un termine prefissato e potendo contraddire circa la decisione nel corso del processo di formazione della medesima. È poco interessante che queste pretese siano qualificate come diritto soggettivo o interesse legittimo, giacché in questi termini la discussione sembra solo nominalistica. Quel che invece sembra importare è che queste pretese non sono comprimibili e potranno esser fatte valere con il loro corredo di garanzie primarie e secondarie”; ID., *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 668.

⁴⁹ Cfr. Cass., SS.UU. civili, 27 agosto 2019, n. 21740: “4. Per quel che concerne in particolare il requisito della “vicinitas” va, anzitutto, rilevato che già buona parte della giurisprudenza considera tale requisito sufficiente al fine di radicare l'interesse a ricorrere avverso la realizzazione di un'opera (si veda ad esempio Cons. di Stato sez. V, n. 5193 del 16.9.2011, che esclude che la legittimazione attiva possa essere subordinata alla prova puntuale della concreta pericolosità dell'opera da realizzarsi nelle vicinanze, nonché Cons. St., sez. V, n. 3904 del 13.7.2000 e n. 1183 del 27.9.1991).

5. Tra l'altro, la possibilità di localizzare l'interesse rende ultronea la ricerca di un soggetto collettivo che assuma la titolarità della corrispondente situazione giuridica, che può quindi trovare, come nella fattispecie, uno o più titolari, sia nelle persone dei singoli proprietari che dei legali rappresentanti dei condomini ubicati in prossimità dell'area di intervento interessata dall'impugnato provvedimento amministrativo. In tal senso/ lo stesso requisito incontestato della “vicinitas” aggiunge l'elemento della differenziazione ad interessi qualificati in virtù delle norme costituzionali o di quelle ordinarie nella materia che qui interessa del diritto alla salute.

6. In sostanza, si è in presenza di un interesse che appartiene a tanti soggetti facenti parte di una comunità identificata in base ad un prevalente criterio territoriale che emerge come autentica situazione giuridica tutelabile in giudizio, laddove l'attività conformativa della Pubblica Amministrazione incida su un determinato spazio territoriale, modificandone l'assetto nelle sue caratteristiche non solo urbanistiche, ma anche paesaggistiche, ecologiche e di salubrità, e venga nel contempo denunciata come fiera di rischi per la salute, diritto, questo, costituzionalmente protetto.

dino protezione sostanziale nella forma essenzialmente procedimentale⁵⁰, perché quel riconoscimento e la connessa tutela sono resi quali presidi avverso il potere esecutivo, indipendentemente dalla effettiva sussistenza di un diritto a conseguire da parte della pubblica amministrazione alcunché di diverso da quella stessa tutela in quanto tale⁵¹. In questa prospettiva, la funzione garantista del principio di legalità e del procedimento amministrativo si apprezzano pienamente⁵².

Non pare dunque che attraverso operazioni di ingegneria processuale, che trasferiscano alla fase del merito le questioni di legittimazione, si possano determinare maggiori sicurezze in termini di effettività della tutela per i cittadini; il problema, d'altronde, è processuale solo di riflesso, perché intimamente sostanziale.

7. Quanto alla condizione della necessità della prova del danno, che solo parte della giurisprudenza amministrativa considera necessaria ai fini della legittimazione, è sufficiente osservare che nella fattispecie i ricorrenti avevano specificamente contestato, per quel che concerneva il profilo della salute e dell'ambiente, che nella parte del S.I.A. dedicata ai rischi per la salute il problema non era stato minimamente preso in considerazione, così come nella relazione alla V.I.A., indicando nel dettaglio le conseguenze dannose derivanti da tale situazione, con ampio richiamo alla documentazione tecnica versata in atti a sostegno del loro assunto difensivo. Quindi, siffatto assolvimento dell'onere di allegazione dei fatti e dei documenti strumentali alla prova del danno paventato alla salute contribuisce a far emergere, contrariamente a quanto ritenuto dal T.S.A.P., una posizione differenziata dei ricorrenti atta a consolidare la loro legittimazione attiva all'impugnazione del provvedimento amministrativo oggetto del contendere, già sufficientemente supportata dalla sussistenza del summenzionato requisito della "vicinitas".

⁵⁰ Cfr. L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, cit., p. 465: "Ma le situazioni giuridiche soggettive non posso prescindere dalla statica. Non possono prescindere dalla statica perché esiste, usando le parole di Proto Pisani, la crisi o il fallimento della cooperazione tra le parti. Perché esiste la lesione delle garanzie. Perché esiste il processo. E il processo è il luogo della statica: è quello dove si stabilisce chi ha torto e chi ha ragione; dove si fissa cosa spetta e cosa non spetta (tutti concetti statici). Del resto, anche il termine « situazione » ha dal punto di vista etimologico un significato di carattere statico".

⁵¹ 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, p. 252; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in Dir. proc. amm., 1992, p. 184; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, Giappichelli, 1996.

⁵² Non pare, dunque, condivisibile, per le ragioni illustrate, l'opinione diffusa in dottrina secondo cui l'identificazione della legittimazione con la titolarità della posizione soggettiva agita in giudizio inciderebbe negativamente sul principio della effettività della tutela, dal momento che solo ad esito del vaglio delle questioni di merito l'indagine sulla sussistenza della posizione sostanziale agita potrebbe ritenersi esaustivamente compiuta cfr. C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., p. 155: "Al tempo stesso, per non vanificare il principio di effettività della tutela (che è, innanzitutto, effettiva possibilità di chiedere tutela), la legittimazione non può identificarsi con la titolarità della posizione sostanziale. Sia perché l'assetto sostanziale delle reciproche posizioni dell'amministrazione e del privato ricorrente può essere determinato (e spesso non del tutto) solo alla fine del processo, ragione per la quale anticipare al momento della domanda un giudizio prognostico sulla sua fondatezza equivarrebbe (o potrebbe equivalere) a negare l'accesso al processo. Sia perché il processo amministrativo non è nato come processo di accertamento ma come processo impugnatorio, per cui esigere che la posizione giuridica del ricorrente sia "accertata" al momento della proposizione della domanda al fine di vagliarne la ammissibilità appare come un aggravamento che contrasta anche con la prevalenza (quantomeno storica) dell'azione costitutiva".

Esso attiene, in definitiva, alla identificazione dei canoni, anzitutto costituzionali, capaci di condurre l'interprete nella individuazione, tra le molteplici aspirazioni individuali, delle posizioni soggettive giuridicamente tutelate a fronte del potere pubblico. Nel dir ciò bene si avverte quanto la questione subisca il retaggio della sua stessa storia, che è stata storia di un monopolio pubblico e che, in nome di una cultura propensa a risolvere l'individuo nelle organizzazioni collettive pubbliche (l'amministrazione) e private (sindacati, partiti, associazioni di vario genere), ha favorito l'affermazione dell'idea che la persona umana possa meritare protezione avverso il pubblico potere (e, dunque, in ultima analisi, giuridicamente esistere) essenzialmente a piacimento legislativo⁵³, salvo il retaggio di visioni proprietarie (i diritti di proprietà in senso stretto) in grado di giustificare sacche di protezioni rafforzate.

A prescindere da ogni enfasi, non può, peraltro, di certo sfuggire che quella propensione culturale si sia, da più di qualche tempo, aperta al rilievo costituzionale della persona umana ma ciò appare ancora avvenire in maniera episodica (si pensi alle norme sul diritto alla salute o alla libertà economica quali fonti immediate di qualificazione giuridica), con il risultato che l'intera elaborazione della teoria della legittimazione ad agire (ovvero, che dir si voglia, delle posizioni soggettive rilevanti) sembra ferma in un guado tra passato e futuro. Lo testimoniano, ancora una volta, i perduranti affanni in materia di interessi diffusi e l'idea, che muove da una peculiare visione della sussidiarietà orizzontale⁵⁴, dell'attitudine processualmente legittimante offerta dalla rilevanza giuridica dei beni comuni.

⁵³ Cfr. E. PICOZZA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 29: "Ciò premesso, ai fini della definizione dell'oggetto del giudizio, occorre riprendere alcune considerazioni fatte nel paragrafo iniziale del volume: le situazioni giuridiche soggettive degli amministratori (ma anche quelle degli enti pubblici diversi dallo Stato) non sono più oggetto di automatica e discrezionale individuazione da parte del legislatore nazionale, ma vengono piuttosto riconosciute e garantite in funzione della posizione espressa dai c.d. ordinamenti multilivello (internazionale e comunitario, ma anche regionale e locale)".

⁵⁴ Sulla sussidiarietà orizzontale, in questa sede, essenzialmente per i richiami bibliografici, si veda B. GILIBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in questa Rivista, 2019, n. 1, p. 71.

Ampiamente sullo specifico tema delle connessioni tra sussidiarietà e legittimazione ancora S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit, 282. Sul tema specificamente, altresì, G. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 413; A. MAESTRONI, *Sussidiarietà orizzontale e vicinitas, criteri complementari o alternativi in materia di legittimazione ad agire?*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 527.

4. La legittimazione ad agire quale funzione della libertà individuale avverso il potere pubblico.

E' comune ed autorevolissimo⁵⁵ e solido in giurisprudenza⁵⁶ l'insegnamento per cui la protezione delle posizioni sostanziali andrebbe ricercata nelle stesse norme regolatrici del potere pubblico, cui – pertanto – andrebbe accordata la triplice funzione di individuare i fini pubblici perseguiti, le posizioni individuali protette e, infine, le condizioni e i limiti di soccombenza in occasione dei singoli, concreti atti di esercizio del potere⁵⁷. Nel tempo, quest'impostazione s'è fatta più ricca, perché ha ammesso che l'esercizio ermeneutico di ricerca delle posizioni qualificate dovesse essere condotto sulla norma fondativa del potere pubblico eppure non limitatamente ad essa ma nel più ampio contesto normativo di riferimento in cui la singola disposizione risulti calata, fino a risalire alle disposizioni costituzionali ritenute di immediata precettività⁵⁸.

Esistono diverse ragioni per dubitare della correttezza di questa ricostruzione. Anzitutto quelle che emergono dall'osservazione della giurisprudenza

⁵⁵ Cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. Vol. I - La struttura del giudizio e legittimazione al processo*, Milano, Giuffrè, 19062, p. 51: "L'azione non è altro se non la postulazione della tutela giurisdizionale in ordine ad un interesse riconosciuto degno di protezione dall'ordinamento".

⁵⁶ Ne riferisce F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005: "il giudice richiede anche che l'illegittimità denunciata derivi dalla violazione di una norma che sia interpretabile come norma protettiva (anche) dell'interesse sostanziale che muove il ricorrente. Non ha questo carattere la violazione delle regole per la scelta dell'impresa e, per questo, la violazione non può essere fatta valere dagli abitanti della zona; le illegittimità relative alle procedure per l'assegnazione dell'incarico potrebbero essere denunciate da chi aspirasse all'aggiudicazione — dice il giudice — non da altri. E le cose stanno così — potremmo aggiungere — perché le regole per il conferimento dell'incarico proteggono l'interesse di coloro che aspirano ad ottenerlo, e non l'interesse di altri soggetti".

⁵⁷ Cfr. G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in questa rivista, 2019, n.1, p. 223-224: "Una chiave per affinare il criterio del contenuto protettivo della norma è offerta dalla teoria generale delle situazioni soggettive, la quale ormai riconosce che per qualificare un interesse non basta che esso tragga un generico beneficio da una norma, ma è necessario che la sua protezione costituisca la ragione per porre un obbligo puntuale a carico dell'amministrazione. Si delinea, cioè, tra i (due o più) poli della relazione un peculiare rapporto di mezzo a fine: l'obbligo posto in capo alla amministrazione deve rappresentare il mezzo per la soddisfazione di un interesse individuale (in questo caso, del terzo), la cui promozione incarna il fine garantista posto dalla norma"; "Dunque, gli approdi della teoria generale in tema di posizioni soggettive forniscono all'amministrativista due indicazioni utili a reimpostare su basi più solide la riflessione sulla figura del terzo. La prima riguarda il versante della qualificazione: una posizione soggettiva può dirsi qualificata soltanto quando l'interesse di cui si invoca la tutela corrisponde a una scelta di valore dell'ordinamento, compiuta attraverso una norma che ha lo scopo di proteggere quell'interesse. La seconda indicazione riguarda invece il versante della differenziazione: una posizione soggettiva può dirsi differenziata soltanto quando l'interesse individuale tutelato dalla norma è distinto da quello della collettività (o da una sua frazione) e, dunque, assume un rilievo autonomo rispetto al generico interesse alla legalità" (p. 225-226).

⁵⁸ Cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., 198.

(ma non solo⁵⁹), la quale se appare assai solida nel prestare ossequio concettuale a quest'ordine di idee, al tempo stesso sovente se ne distacca, come, ad esempio, in tutte quei casi in cui riconosce protezione processuale unicamente alla luce del riscontro di posizioni concretamente differenziate, ricalibrando a seconda delle peculiarità del singolo settore disciplinare la nozione di *vicinitas*.

Occorre chiedersi se in questa deriva fattuale, in tutto questo materialismo giurisprudenziale debba riconoscersi nulla di più di un errore applicativo di metodiche pur astrattamente riconosciute come valide, ovvero molto di più e, in particolare, una distonia tra teoria e prassi, che disveli non tanto gli errori della seconda ma le insufficienze della prima. Gli interrogativi, peraltro, si affollano considerando che l'effettiva idoneità della ricostruzione in parola a costituire canone ermeneutico appropriato è posta in dubbio anche dalle oggettive difficoltà riscontrabili nel condurre, con il necessario livello di certezza, l'attività di individuazione delle posizioni giuridicamente rilevanti che fronteggiano il pubblico potere. Le norme di rango primario, infatti, non sono sempre esplicite nella individuazione delle situazioni protette, né un supporto ermeneutico decisivo, di per sé, può provenire delle sole finalità di pubblico interesse perseguite legislatore con le norme istitutive dei poteri amministrativi. L'esegesi, infatti, resta complessa non solo per l'oggettiva difficoltà di ritrarre le protezioni individuali protette dai fini pubblici prescelti ma anche considerando che le ambivalenze ermeneutiche tendono alle volte a coinvolgere la stessa individuazione delle finalità perseguite, in particolare tutte le volte in cui si difetti di un ancoraggio chiaro a disposizioni costituzionali⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, cit., p. 1005: "Faccio un altro esempio ancora più significativo: la legge prescrive che il presidente dell'Autorità portuale sia nominato dal Ministro dei trasporti, il quale lo sceglie in una terna proposta da Comune, Provincia e Camera di commercio. Accade che questi enti propongono un solo candidato, e il Ministro nomina quello. L'associazione degli operatori del settore impugna la nomina, perché il Ministro non ha potuto scegliere tra più candidature. Sia il Tar che il Consiglio di Stato affermano la legittimazione della ricorrente, perché — dice il Consiglio di Stato — gli operatori del settore hanno un interesse differenziato al corretto esercizio del potere di nomina. Il giudice ammette che, ove ci si attenesse ad una concezione "strettamente normativa" dell'interesse legittimo, la legittimazione dell'associazione dovrebbe essere esclusa, ma a questa concezione contrappone quella che ravvisa in capo ai soggetti che svolgono stabilmente la loro attività nell'ambito portuale, l'interesse differenziato al corretto esercizio del potere, e con esso "la possibilità di innestare il controllo" su tale esercizio". La conclusione che si può trarre da questi esempi è che non sempre è necessario che l'interesse sia qualificato da una norma; è sufficiente piuttosto che sia individuabile una cerchia di soggetti il cui interesse di fatto è differenziato rispetto a quello della generalità. Vale a dire che è sufficiente un interesse di fatto, abbinato ad un criterio fattuale che permetta di circoscrivere la cerchia di coloro nei cui confronti si concretizza questo interesse di fatto".

⁶⁰ Ne riferisce F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, cit., p. 1005: "È vero che, anche se si indagasse circa l'esistenza di una norma di protezione, non si otterrebbero sempre risultati certi, specialmente se si ammette che il carattere protettivo della norma sia ricavato in via interpretativa, anche da un insieme di norme".

Ferme queste non banali problematiche, e fermo restando che il perimetro dell'indagine sulla qualificazione normativa tende oggi giorno di certo ad ampliarsi oltre i confini della singola disposizione di potere interessata, si tratta di valutare se in un così serrato normativismo possa davvero dirsi colta, nel suo rilievo costituzionale, la dinamica delle relazioni tra poteri pubblici e libertà individuali. Tanto si dice considerando che la legittimazione ad agire è usualmente declinata come diade di qualificazione e differenziazione, di tal che in assenza anche solo di una delle due la legittimazione andrebbe sempre esclusa. Questa impostazione ammette, infatti, che, in assenza di un'operazione di qualificazione espressa (*id est* di individuazione legislativa – o, meglio, ordinamentale – di una posizione protetta), il potere amministrativo possa dispiegarsi nella vita dei singoli (*id est* differenziarsi), senza che a ciò corrisponda la disponibilità di strumenti processuali, che consentano di verificare la legalità di quell'incursione, ritenendola giuridicamente irrilevante. Il che appare quanto meno sorprendente non solo perché questa visione riecheggia fortemente il distinguo tra norme di azione e di relazione (e tutto quanto questo binomio sottrasse alla tutela del cittadino) ma perché non appare in armonia con il principio di legalità, con la sua essenza di presidio delle libertà individuali avverso il potere amministrativo⁶¹.

Qui, invero, non è di certo in discussione la facoltà del legislatore di disegnare potestà amministrative capaci di incidere sulle sfere individuali, quanto piuttosto di accettare l'idea che, nel definire funzioni e caratteri di quegli strumenti esecutivi, il legislatore si trovi tra le mani un foglio sostanzialmente bianco⁶² nel quale, a discrezione, individuare modalità di esercizio del potere e situazioni giuridiche protette. Ciò come se, prima che la funzione legislativa si espliciti, nell'ordinamento – salvo relevantissimi eppur episodici riconoscimenti costituzionali (diritto alla salute, ad esempio) – non sia da individuare alcunché di generale e preesistente con cui misurare il potere pubblico.

A tal riguardo, pare significativo che, nel chiedersi di quanto e quale afflato di libertà individuali sia intrisa la Costituzione italiana, sebbene se ne rinviangano di particolarmente pregnanti (art. 2 Cost.), risulta difficile selezionare

⁶¹ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in questa rivista, 2017, n. 1, p. 3.

⁶² Cfr. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 103: “Tornando ad espressioni più consone al diritto amministrativo, l'idea di ordinamento come potere e come sistema porta a ritenere senz'altro giuridicamente meritevoli di tutela gli interessi che la norma, , regolatrice delle modalità di esercizio del potere. Ma allo stesso tempo suggerisce prudenza prima di escludere che gli interessi non protetti da quella norma siano – per l'ordinamento stesso – ugualmente «meritevoli». In prospettiva scientifica, l'ordinamento è pensabile anche come sistema che ritiene meritevoli di tutela gli interessi a lui indifferenti, proprio perché consapevole di non avere il potere di decidere della protezione di alcuno”.

questa o quella disposizione particolare. La Costituzione, infatti, è essa stessa, nel suo intero, statuto di libertà.

Tutto questo, ovviamente, nulla toglie alla natura dei pubblici poteri, alla loro attitudine, ugualmente costituzionale e nei limiti imposti dalla Costituzione, a prevalere sulle stesse libertà individuali in nome del pubblico interesse. Si rendono possibili, però, almeno due osservazioni.

La prima è che, per quanto la libertà dell'individuo sia declinabile in singole articolazioni, essa mantiene una matrice unitaria⁶³; la seconda è che è nella libertà unitariamente intesa che va rintracciata la fondamentale posizione legittimante del cittadino avverso il potere pubblico (e tutto ciò, ancorandosi costituzionalmente, prescinde da singole fonti legislative legittimanti). La conseguenza è che ogni qual volta il potere pubblico si dispieghi, differenziandosi nelle sfere individuali, al soggetto interessato – per il fatto stesso di essere libero e di esser stato interessato da un episodio di potere – non potrà che essere riconosciuta (protezione procedimentale e) la facoltà di reclamare presso gli organi della giustizia amministrativa di legittimità la verifica della correttezza dell'attività amministrativa svolta nei suoi confronti⁶⁴. L'incontro tra il potere pubblico e l'individuo, infatti, genera l'attivazione dei presidi costituzionali della libertà avverso il potere, a cominciare dalla partecipazione al procedimento amministrativo. Si tratta essenzialmente di presidi strumentali nel senso che operano a prescindere dalla legittimità dell'operato dell'amministrazione o, il che è quanto dire, dal diritto del cittadino a conseguire, dall'incontro con il potere pubblico, tutto quanto di sostanziale aspiri ad ottenere o preservare.

In questa prospettiva, il materialismo giurisprudenziale che sovente rinuncia alla ricerca di una specifica voce qualificante, per soffermarsi unicamente sul profilo della differenziazione, acquista pregnanza costituzionale, se a quest'operazione – come appare di poter dire – si voglia intravedere sotteso il generalissimo potere legittimante della libertà individuale⁶⁵.

⁶³ Cfr. E. ROSSI, *Commento ad art. 2 Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO- M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, p. 57: “*Il principio personalista, «il primo dei principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali del mondo occidentale», trova il proprio fondamento nelle parole «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», pur non esaurendosi in esse: secondo qualcuno, anzi, detto principio caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera giuridica e morale», sottolineandosi come «il concetto stesso di Costituzione, in senso moderno, e la tecnica del costituzionalismo contemporaneo sono nati con un forte finalismo verso i diritti della persona».*”

⁶⁴ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, cit., p. 1009.

⁶⁵ Diversa, perché ancorata alla necessità che la legittimazione non provenga da un criterio così generale quale quello descritto nel testo ma da specifiche previsioni legittimanti, la posizione di G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, cit., p. 231-232: “*Sono da ritenersi non protette, anzitutto, le posizioni dei terzi non qualificate, oggi normalmente tutelate, come visto, facendo leva sul requisito della vicinitas. La prossimità a una determinata attività assentita dalla ammi-*

Non sfugge, ovviamente, che queste indicazioni, onde evitare di risolversi in poco più che petizioni di principio, necessitino di puntualizzazione. Occorre, in altri termini, provare a cimentarsi con cosa debba realmente intendersi per libertà, quale posizione giuridica legittimante avverso il potere pubblico. Come accennato innanzi, l'abitudine a ragionare di libertà costituzionali al plurale (di pensiero, di stampa, di insegnamento, economica per stare a degli esempi) può servire, come è servita, a porre in risalto i tratti propri di ciascuna (specie valorizzandone nel dettaglio gli specifici connotati di inviolabilità); tuttavia, quest'esercizio non può portare ad offuscare che, a fianco delle singole libertà (o meglio al di sopra di ognuna), si stagli un concetto genericissimo eppure giuridico e omnicomprensivo di libertà (questa volta declinabile al singolare), ovverosia quello che si sostanzia nella facoltà dell'individuo di indirizzare e realizzare la propria esistenza lecitamente ma secondo le sue più intime aspirazioni e sensibilità; di esprimere, in ultima analisi, in piena libertà, la propria personale identità (o la propria personalità, per stare al lessico prescelto dai costituenti per l'art. 2 della Costituzione).

Il potere amministrativo che intersechi tale libertà non può restare insindacabile, se non a patto di ritenere irrilevante quella libertà e specie tenuto conto che l'astratta definizione legislativa di ipotesi di prevalenza del potere amministrativo non incide sulle posizioni individuali fino a quando quel potere non si sia fatto vicenda concreta, sicché è in quel momento che il potere necessita di essere assoggettato a controllo⁶⁶. Questa prospettiva, invero, può essere declinata in termini ideali, per non dire romantici (si pensi a chi si decida ad agire avverso un provvedimento edilizio, per non perdere il tramonto che può ammirare innanzi casa, dopo aver tanto faticato per poterne godere) ovvero più propriamente mercatori (si pensi a chi intenda impugnare la decisione amministrativa che autorizzi un'attività concorrenziale alla propria) ma la sostanza non

nistrazione può certamente determinare un impatto su un interesse semplice (perché può, per esempio, accentuare il disagio provocato da un aumento del traffico o dalla presenza di un maggior numero di concorrenti in un determinato mercato), ma non può valere quale criterio di distinzione tra irrilevanza e rilevanza giuridica. Se il terzo non agisce a garanzia di una situazione protetta da una norma (per es. a tutela del diritto di proprietà o del diritto di esercitare la propria attività di impresa in assenza di intese tra concorrenti), questi non è legittimato a far valere la violazione della disciplina posta in essere dall' esercente: la vicinanza, cioè, non vale a rendere esigibile in processo il rispetto della legalità (oggettiva); la pubblica amministrazione non ha un obbligo puntuale nei suoi confronti, come non lo ha nei confronti degli abitanti in una certa zona, o degli operatori di settore”.

⁶⁶ Cfr. P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in questa rivista, 2017, n. 1, p. 69-70: “A tacer d'altro (ed è tanto), per le decisioni amministrative il principio personalistico è in grado di mettere progressivamente in crisi proprio la qualificazione autoritativa, poiché, sempre in breve, la dignità della persona copre anche i suoi interessi, i quali non possono essere relegati al margine, senza una ragione comprensibile e riconoscibilmente fondata, che non può ritrovarsi nel mero confronto con un interesse qual è quello pubblico, che è importante, ma non al punto da spazzar via tutto il resto apoditticamente”.

pare mutare perché in entrambe i casi portati ad esempio l'azione giudiziale si collega alla tutela delle condizioni individuali di esistenza, se del caso pienamente egoistiche⁶⁷ (eppur profondamente costituzionali nei termini anzidetti), che il singolo individuo è riuscito a costruirsi liberamente, affinché non vengano incise o compromesse dal dispiegarsi di una forza unilaterale di cui si contesti la legittimità⁶⁸. Se questa è la dimensione giuridica basilare del cittadino avverso il potere – il quale nel perimetro delle facoltà di legge ben può coartarla –, la sua garanzia si risolve (al netto dei noti problemi dati dalla perdurante limitata sindacabilità delle scelte discrezionali⁶⁹) per intero nel principio di legalità; quest'ultimo nelle dinamiche di autorità pubblica rileva come limite invalicabile, quale generale clausola di *neminem laedere*⁷⁰ e, pertanto, deve poter avere ingresso nel processo, azionato da chi lamenti una contrazione delle proprie condizioni di vita per come liberamente se le è costruite o se le ritrovava prima dell'esercizio del potere⁷¹.

In questa difesa della propria libertà, la legalità disponibile a protezione non dovrebbe essere dimidiata, in via di esegesi, in nome dei fini pubblici specificamente perseguiti (ogni qual volta nelle norme che li pongono non possa ritrarsi alcuna chiara volontà di tutela privata⁷²), senza che ciò non determini in

⁶⁷ *Contra*, se ben si comprende, M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 316 che imposta la sua rivisitazione dell'istituto della legittimazione ad agire su di una rinnovata concezione solidaristica dell'interesse legittimo.

⁶⁸ *Contra* G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, cit., p. 221-222: “La qualificazione è considerata irrilevante (o, secondo altra prospettiva, sussistente in re ipsa) tutte le volte che la legittimazione del terzo a impugnare si fonda su un mero interesse alla legalità, come accade nella giurisprudenza in materia di vicinitas. Quando si riconosce al vicino la legittimazione a impugnare una autorizzazione resa ad altri sulla base di un presunto diritto a trovare parcheggio o a preservare il panorama, si garantiscono beni che, in assenza di una espressa previsione, dovrebbero ritenersi privi di consistenza giuridica. La loro tutela è, invece, di fatto affidata alla sensibilità del singolo giudice, che liberamente (o meglio, arbitrariamente) decide se quel bene merita o meno di essere garantito”.

⁶⁹ Cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Milano, Cedam, 2013; cfr. altresì AA.VV., *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019.

⁷⁰ In merito alla protezione dei diritti fondamentali, si vedano le riflessioni di G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi*, cit., p. 322 in ordine alle tutele ritraibili dall'art. 2043 cc., dalle facoltà protettive offerte dall'istituto del del contratto a favore di terzo e dal principio di precauzione.

⁷¹ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, cit., p. 5-6: “Quel che si vorrebbe qui porre in evidenza, invece, è che ove si esamini l'ambito ristretto del decidere, se si appunta cioè lo sguardo sul momento in cui l'insieme delle possibilità che l'ordinamento offre all'amministrazione si consumano per lasciar posto al provvedimento puntuale, laddove la procedura termina e la decisione viene presa, apparirà che il potere si esprime sempre, anche nell'ordinarietà, con un significativo grado di violenza, di pura volizione non governata dalla legge. Volendosi esprimere diversamente, ciò che qui si vuol porre in evidenza è che lo Stato di diritto non garantisce affatto che la decisione del potere esecutivo sia assunta secondo legge”.

⁷² Cfr. nel senso avverso nel testo Tar Liguria, Sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1584: “l'interesse ad impedire l'esercizio dell'attività commerciale di operatori concorrenti non è meritevole di tutela

pratica un'aprioristica contrazione di quella stessa libertà e la rappresentazione, nel contesto delle problematiche teoriche afferenti la legittimazione ad agire, del distinguo tra norme a legalità piena (quelle di relazione) e a legalità parziale (quelle di azione), con tutto il relativo portato di privilegio ed immunità per il potere pubblico⁷³. Piuttosto chi agisce a difesa della sua libertà, proprio per questa ragione legittimante⁷⁴, dovrebbe poter usufruire in giudizio, per intero ma con le calmierazioni di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, delle tutele che l'ordinamento gli offre e che si sostanziano nell'approntamento di limiti contenutistici e procedurali al potere che si intende contestare.

Tanto illustrato, occorre accennare ad un tema ulteriore, che è quello di valutare quanto ampia sia la legittimazione offerta dalla libertà individuale (nei termini innanzi ricostruiti), in particolare sotto il profilo della possibilità di ascrivere, nella sfera ideale della personalità umana, la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, come istanza in quanto tale, non connessa ad alcuna incidenza diretta e effettiva (almeno nei termini materiali in cui la si ricostruisce tradizionalmente) sulle condizioni di vita dell'individuo che intenda agire avverso azioni amministrative avvertite come illegittime. Il tema ha una connotazione storica relevantissima almeno pari a quella giuridica. Storica dal momento che interseca il processo di trasformazione della rilevanza giuridica dei patrimoni individuali da una dimensione essenzialmente censuaria ad altra ideale. In quest'ottica, invero, non sembra nemmeno del tutto risolutivo l'art. 24 Cost. perché il tema attiene esattamente a cosa possa oggi intendersi per "*propri diritti*

secondo l'ordinamento giuridico, posto che la concorrenza, di per sé, non è fattore legittimante quando è invocata al fine di inibire l'esercizio della medesima attività ad altri operatori del settore".

⁷³ Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 134; G. FALCON, *Norme di relazione e norme di azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in *Dir. soc.*, 1974, p. 379.

⁷⁴ Diversa, sia pur con le rilevanti aperture evidenziate alla precedente nota 68, risulta l'opinione di G. MANNUCCI, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, cit., p. 223-224: "Una chiave per affinare il criterio del contenuto protettivo della norma è offerta dalla teoria generale delle situazioni soggettive, la quale ormai riconosce che per qualificare un interesse non basta che esso tragga un generico beneficio da una norma, ma è necessario che la sua protezione costituisca la ragione per porre un obbligo puntuale a carico dell'amministrazione. Si delinea, cioè, tra i (due o più) poli della relazione un peculiare rapporto di mezzo a fine: l'obbligo posto in capo alla amministrazione deve rappresentare il mezzo per la soddisfazione di un interesse individuale (in questo caso, del terzo), la cui promozione incarna il fine garantista posto dalla norma"; "Dunque, gli approdi della teoria generale in tema di posizioni soggettive forniscono all'amministrativista due indicazioni utili a reimpostare su basi più solide la riflessione sulla figura del terzo. La prima riguarda il versante della qualificazione: una posizione soggettiva può dirsi qualificata soltanto quando l'interesse di cui si invoca la tutela corrisponde a una scelta di valore dell'ordinamento, compiuta attraverso una norma che ha lo scopo di proteggere quell'interesse. La seconda indicazione riguarda invece il versante della differenziazione: una posizione soggettiva può dirsi differenziata soltanto quando l'interesse individuale tutelato dalla norma è distinto da quello della collettività (o da una sua frazione) e, dunque, assume un rilievo autonomo rispetto al generico interesse alla legalità" (p. 225-226).

e interessi legittimi?”, specie alla luce dell’art. 118, ult. co. Cost.. Storico-giuridica dal momento che la questione – senza che sia in questa sede possibile intrattenersi sull’istituto della azione popolare (e sulla possibilità di una sua ricostruzione in termini soggettivistici) – pare presentare rilevanti assonanze in special modo con l’azione popolare elettorale, con la relativa istintiva propensione ad immaginare risposte ricostruttive analoghe. Giuridica (ma, evidentemente, connessa con quella storica) in quanto chiama in causa, indirizzandola verso una sorta di astrazione (o presunzione), uno dei caratteri propri della differenziazione (quale elemento fondativo della legittimazione ad agire), ovverosia la concretezza dell’incidenza dell’azione amministrativa contestata sulla vita di chi avverso quell’azione intenda muoversi. Non si intende in questa sede prendere posizione sulla questione, rimandando ad altro momento una più articolata valutazione. Ciò senza mancare di osservare, fin da subito, che la giurisprudenza, come è noto, tende con convinzione a escludere che l’individuo possa vantare una legittimazione tanto ampia, financo nel contesto dell’accesso agli atti della l. 241/1990⁷⁵. La situazione, cionondimeno, risulta decisamente più in fermento di quanto appaia, specie alla luce dei più recenti indirizzi dottrinali che, viceversa, ammettono che il diritto ad una pronuncia giudiziale di merito si acquisti *uti civis*⁷⁶ o in ragione della mera selezione da parte del singolo degli interessi che reputa per sé rilevanti, i quali per ciò stesso diverrebbero interessi giuridicamente protetti (dunque da proteggersi giudizialmente)⁷⁷. Tra questi interessi che l’individuo può autoselezionare, sarebbe possibile ascrivere anche quello

⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1578: “La legittimazione attiva all’accesso a atti e documenti va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali, oggetto dell’accesso, abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica; per il legittimo esercizio del diritto di accesso è quindi necessaria la sussistenza di un interesse qualificato, specificamente inerente alla situazione da tutelare, che sia immediatamente riferibile al soggetto che pretende di conoscere i documenti, e di un collegamento attuale tra situazione giuridica da tutelare e la documentazione di cui si richiede l’accesso, che sia tale da implicare l’incidenza, anche potenziale, dell’atto sull’interesse di cui il soggetto istante è portatore; al riguardo il comma 3 dell’art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha introdotto il principio della massima ostensione dei documenti amministrativi, lascia salve le limitazioni giustificate dalla necessità di contemperare il suddetto interesse con altri interessi meritevoli di tutela ex art. 24 commi 1, 2, 3, 5 e 6 della medesima legge, e non ha introdotto un’azione popolare volta a consentire un controllo generalizzato sull’attività amministrativa; in conseguenza l’interesse all’ostensione deve essere finalizzato alla tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, a norma della lett. b), comma 1 del cit. art. 22 cit., e sono definiti “interessati” all’accesso non tutti i soggetti indiscriminatamente, ma soltanto i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso”.

⁷⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., p. 27.

⁷⁷ Cfr. M. MAGRI, *L’interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 101: “L’ultima parola compete a chi ha il potere di confrontare questa volontà con la correlativa volontà di tutela del singolo, il quale è allo stesso modo tendenzialmente portato a riconoscere, valendosi della propria capacità di autodeterminazione, quali tra i suoi interessi siano meritevoli di tutela (anzì, a dire il vero, è soltanto il singolo ad avere tale prerogativa)”.

alla legittimità dell'azione amministrativa⁷⁸. Merita, peraltro, di essere considerato che una volta che si sia ammesso, pur in assenza di un indirizzo legislativo, che associazioni private possano assumere, alle condizioni della giurisprudenza⁷⁹, la tutela di valori diffusi (e maturare per ciò stesso legittimazione), si dovrebbe anche – alla luce dell'art. 2 Cost. – valutare se, nei limiti possibili della comparazione tra individuo e sue formazioni sociali, al primo l'ordinamento non debba riconoscere le medesime prerogative accordate alle seconde.

Tanto illustrato si reputano necessarie, sia pur nel contesto limitato di queste pagine, due ulteriori considerazioni. La prima connessa al distinguo tra le posizioni giuridiche oppositive e quelle pretensive. La seconda in ordine alla rilevanza delle riflessioni che si sono svolte sulla posizione dei terzi.

Le riflessioni svolte innanzi sembra si attaglino alle ipotesi di situazioni oppositive al potere pubblico e, tuttavia, paiono ugualmente spendibili per quelle pretensive. A tal riguardo, si deve prescindere in questa sede dalla disamina dettagliata della questione – assai rilevante ma controversa tra giurisprudenza e dottrina – della possibilità o meno di immaginare una piena simmetria tra legittimazione processuale e legittimazione procedimentale. Cionondimeno,

⁷⁸ Cfr. M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 316: «l'interesse legittimo è un diritto alla modificazione giuridica da parte del giudice amministrativo, esercitabile da «chiunque vi abbia interesse», in quanto espressione della libertà di ciascuno di interessarsi alla legalità degli atti della pubblica amministrazione».

⁷⁹ Cfr. ex pluribus T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 5 aprile 2016, n. 378: «L'interesse alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio storico, artistico e culturale costituisca un interesse diffuso che assurge al rango di interesse collettivo attraverso l'individuazione di soggetti qualificati, e quindi di organismi collettivi che agiscono istituzionalmente e statutariamente per la sua tutela, e che di conseguenza, proprio per la particolarità del fine che perseguono, emergono dalla collettività indifferenziata e si fanno portatori delle istanze del gruppo sociale di cui sono esponenti, sicché dall'interesse diffuso — in cui ciascun membro del gruppo che fruisce del bene di uso collettivo è titolare di un interesse omogeneo rispetto a quello facente capo agli altri — si passa all'interesse collettivo, nel quale emerge un'organizzazione che agisce a tutela di quell'interesse e che, come tale, diviene portatrice di una posizione soggettiva giuridicamente rilevante che la legittima ad impugnare provvedimenti amministrativi o ad opporsi a comportamenti della pubblica Amministrazione che siano lesivi della posizione giuridica protetta, sicché, in ordine ai requisiti che gli organismi collettivi devono possedere perché siano legittimati a ricorrere avverso provvedimenti lesivi dell'interesse collettivo di cui sono portatori, l'interesse diffuso si trasforma in interesse collettivo, e diventa quindi interesse legittimo tutelabile in giudizio, nel momento in cui, indipendentemente dalla sussistenza della personalità giuridica, l'ente dimostra la sua rappresentatività rispetto all'interesse che intende proteggere; rappresentatività che deve essere desunta da una serie di indici: occorre, dunque, in primo luogo, che lo statuto preveda come fine istituzionale la protezione di un determinato bene a fruizione collettiva, cioè di un dato interesse diffuso o collettivo; occorre poi, in secondo luogo, che, per organizzazione e struttura, l'ente sia in grado di realizzare le proprie finalità ed essere dotato di stabilità, nel senso che deve svolgere all'esterno la propria attività in via continuativa, assumendo l'azione connotazioni tali da creare in capo all'ente una situazione sostanziale meritevole di tutela, al fine di escludere la legittimazione a ricorrere delle c.d. «associazioni di comodo», la cui attività non riflette effettive esigenze collettive; occorre, infine, che l'organismo collettivo sia portatore di un interesse localizzato, nella forma di uno stabile collegamento territoriale tra l'area di afferenza dell'attività dell'ente e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa, in applicazione del criterio della c.d. vicinitas».

ai fini di interesse, occorre comunque chiedersi in ragione di quale fondamento, il legislatore (*“Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo”*, art. 2 l. 241/1990⁸⁰) abbia ritenuto che le amministrazioni debbano comunque dar corso alla celebrazione di un procedimento amministrativo (sebbene da concludersi in forma semplificata), anche in caso di manifesta inammissibilità delle domande presentate loro. In altre parole, per quale motivo è prevalsa l'idea che la persona, che pure alla verifica dei fatti sia risultata responsabile di una condotta abusiva del procedimento, a quest'ultimo abbia comunque *ab origine* diritto?

Le ragioni profonde di una simile soluzione sono state evidenziate da dottrina sempre molto attenta⁸¹, sicché ad esse si fa rinvio. Si confida, tuttavia,

⁸⁰ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 13 settembre 2018, n. 5486: *“Ai sensi dell'art. 2, l. n. 241 del 1990, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le P.A. hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso e ciò anche se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità o infondatezza della domanda, nel qual caso il provvedimento sarà redatto in forma semplificata e sintetica”*.

⁸¹ Cfr. M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande « inammissibili » o « manifestamente infondate »*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103: *“La tesi che si intende prospettare è la seguente: - con riferimento tanto al processo giurisdizionale quanto al procedimento amministrativo, ad ogni domanda (fondata, infondata, inammissibile, manifestamente infondata, manifestamente inammissibile) corrisponde comunque un obbligo di provvedere da parte del pubblico potere (giudice o amministrazione); - l'obbligo di provvedere a fronte della domanda è inderogabile e comporta la necessaria apertura del procedimento (processo giurisdizionale o procedimento amministrativo) da parte del pubblico potere; - il procedimento aperto dalla proposizione della domanda è retto dai principi fondamentali del contraddittorio, della partecipazione, della trasparenza, il che implica, nel caso del procedimento amministrativo, il rispetto delle disposizioni di garanzia dettate dalla l. n. 241/1990 (comunicazione di avvio del procedimento, individuazione del responsabile del procedimento, adeguata istruttoria, diritto di difesa, motivazione obbligatoria, preavviso di rigetto ove ne sussistano i presupposti di legge, recettività del provvedimento limitativo, ecc.); - il procedimento amministrativo (come il processo per il giudice) è l'unica « forma di giudizio » cui l'ordinamento giuridico riconosca validità ai fini della valutazione, da parte della p.a., dell'ammissibilità e della fondatezza (manifeste o meno) della domanda del cittadino; - pertanto, fuori dal procedimento e prima del procedimento la p.a. non può legittimamente presumere l'inaccogliibilità a priori della domanda, né presupporre una sorta di « indegnità assoluta » della medesima a formare oggetto di vaglio procedimentale ad opera del potere pubblico; - il procedimento amministrativo, una volta avviato a seguito della domanda del cittadino, però, non comporta sempre l'esame analitico della medesima in termini di fondatezza o infondatezza sostanziale della pretesa dedotta; non deve cioè necessariamente concludersi, parafrasando il lessico processualistico, con un provvedimento « di merito » a cognizione piena; - il procedimento, infatti, può anche chiudersi anticipatamente con un provvedimento negativo « di rito », ove la p.a. rilevi l'inammissibilità o l'improcedibilità della domanda, senza entrare « nel merito » della pretesa sostanziale; - in alternativa, il procedimento può concludersi con un provvedimento negativo « di merito » ma a cognizione semplificata, allorché la p.a. rilevi un livello di infondatezza sostanziale della pretesa del cittadino talmente manifesto da giustificare un'istruttoria più rapida e snella ed una motivazione più stringata rispetto all'ordinarietà dei casi; - l'atto conclusivo del procedimento amministrativo non muta la sua qualificazione giuridica di « provvedimento » per il fatto di avere ad oggetto, anziché i) l'accertamento dell'infondatezza non manifesta della domanda, ii) l'accertamento dell'infondatezza manifesta della stessa o iii) l'accertamento dell'inammissibilità della domanda per carenza di presupposti di legittimazione, di forma o di procedura; - in tutti tre i casi*

di compendiarle correttamente osservando che, avviato d'ufficio o ad istanza di parte, il procedimento amministrativo declina pur sempre una vicenda di potere, attiva una relazione giuridicamente rilevante, che attribuisce, a colui che ne abbia fatto richiesta o che ne sia comunque parte necessaria, il diritto a veder considerata la sua posizione in applicazione di tutte le tutele offerte dall'ordinamento. Che gli esiti del procedimento abbiano dimostrato l'inammissibilità della domanda (fino alla sua assurdità) non sembra dirimente, dal momento che anche in caso di istanze pretensive la dinamica che *ex ante* descrive la relazione tra proponente e amministrazione è pur sempre ricostruibile in termini di libertà/potere mentre *ex post* la decisione in forma semplificata, con cui il procedimento si sia concluso, costituisce atto di esercizio concreto di quel potere, quale decisione nel merito dell'istanza (*id est* sulla possibilità giuridica del suo accoglimento). Trattandosi di vicenda esecutiva che decide su di una posizione individuale, l'incontro tra il potere pubblico decisorio e la persona genera una posizione giuridica sostanziale data dall'attivazione in favore di quest'ultima dell'intero statuto normativo (*in primis* procedimentale) posto a garanzia della persona avverso i potenziali abusi del potere. Quale presidio di libertà avverso il potere, l'infondatezza della domanda e financo la sua inammissibilità sono evenienze che il sistema nel suo complesso deve accettare in nome di quella stessa libertà, con l'unica differenza che il procedimento, comunque obbligatorio, avrà nel secondo caso forme semplificate dalle circostanze.

Traslata processualmente, questa situazione può descriversi nei termini innanzi prospettati del distinguo tra legittimazione processuale e giudizio di merito, dal momento che la legittimazione si sostanzia nella differenziazione che discende dal contatto tra potere e persona mentre il merito del giudizio è costituito dalla richiesta di un pronunciamento sulla legittimità della vicenda procedimentale sfociata nella decisione semplificata⁸².

sub i), ii) e iii), infatti, vi è comunque una decisione di segno negativo della p.a. circa la domanda, con cui l'amministrazione adempie all'obbligo di provvedere imposto dall'art. 2 della l. n. 241/1990 e, disponendo il rigetto (sotto il profilo procedurale o sostanziale) della domanda, sbarra nell'immediato al cittadino la strada per il conseguimento del bene della vita cui lo stesso aspira; - se così è, a prescindere dal fatto che il provvedimento negativo si ascriva alla fattispecie sub i) o a quelle sub ii) e iii), il cittadino non può essere espropriato né, a valle, dei propri diritti di reazione giurisdizionale avverso la decisione negativa una volta emessa, né, a monte, dei propri diritti partecipativi rispetto al procedimento amministrativo propedeutico all'adozione della decisione negativa; proprio per questo, il procedimento amministrativo deve sempre essere avviato e celebrato dalla p.a. che riceva una domanda di provvedimento da parte di un cittadino, non potendosi giustificare inattività (il non provvedere) che dipendano da un'arbitraria «prognosi pre-procedimentale» circa il contenuto del provvedimento finale».

⁸² Con tinte differenti da quelle illustrate nel testo, approfondisce la distinzione tra pretese procedimentali e posizione sostanziale agita A. CARBONE, *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 Cedu*, in questa rivista, 2019, n.1, p. 194-195: "Si è accennato come le situazioni giuridiche di carattere sostanziale che si

Quanto alla seconda e ultima questione (la legittimazione ad agire del terzo⁸³) ci si limiterà in questa sede ad un breve accenno. Risulta ormai consolidata l'idea che le relazioni di diritto amministrativo non seguano lo schema bilaterale proprio dei negozi civili, sicché se proprio una assimilazione – puramente oleografica e invero poco significativa – si volesse ricercare potrebbe al più essere quella con la responsabilità aquiliana. Resta il fatto che l'essenza stessa del potere pubblico esecutivo è data dall'attitudine autoritativa ad incidere nelle sfere individuali, indifferentemente del diretto destinatario e dei terzi⁸⁴. Se questa prospettiva è corretta⁸⁵, allora, le considerazioni innanzi esposte circa la forza processualmente legittimante della libertà individuale incisa dal potere paiono spendibili anche per i terzi, con la conseguenza, tuttavia, di dover 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 (dalla quale, viceversa, sembra discendere direttamente il diritto del terzo a coltivare azione autonoma).

confrontano nel quadro dell'esercizio del potere si vengano a porre sul piano procedurale. Sulla loro puntuale declinazione non è possibile in questa sede soffermarsi, ma può dirsi che in capo al privato sia da ravvisare una situazione giuridica sostanziale, espressa nella relativa pretesa, che si relaziona con una situazione effettuale, concernente il potere, che si vuole che la P.A. ponga o non ponga in essere. Rispetto a detta situazione soggettiva, vengono riconosciuti strumenti procedimentali al fine, appunto, di mettere il privato in condizione di poterne affermare la sussistenza nel procedimento. Questi strumenti, in relazione al soggetto che si afferma titolare della situazione di carattere sostanziale, si pongono come pretese procedimentali aventi ad oggetto beni strumentali (nello specifico, le garanzie del contraddittorio, la conclusione del procedimento entro un termine, ecc.) rispetto all'interesse sotteso alla pretesa sostanziale stessa. Le pretese procedimentali, così individuate, sono quindi strumentali a far valere la situazione giuridica sostanziale in ambito procedimentale. Esse rilevano, tuttavia, autonomamente quali situazioni giuridiche di carattere procedurale, la cui lesione può essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, di modo da ottenere i rimedi giurisdizionali idonei a conferire la tutela che ad esse deve essere riconosciuta in relazione al modello procedurale corrispondente”.

⁸³ Cfr. M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1006.

⁸⁴ Cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., p. 183.; B. SORDI, *Interesse legittimo (voce)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, Tomo 2, 2008, p. 724.

⁸⁵ Cfr. F. CARANTA, *Una lacuna nel sistema della tutela giurisdizionale dei singoli: provvedimenti dell'Antitrust e (carenza di) legittimazione ad agire di fronte al giudice amministrativo del concorrente*, in *Giur. it.*, 2002, p. 630.

CHRISTINE FERRARI-BREEUR

Maître de Conférences (HDR) en droit public à l'Université de Lyon Université Jean Moulin

Lyon 3

christine.ferrari@univ-lyon3.fr

IL DIRITTO DI AZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO FRANCESE: LE RECENTI EVOLUZIONI

LE DROIT D'ACTION DANS LE PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS: LES RECENTES EVOLUTIONS¹

SINTESI

Après une présentation des différents types de recours administratifs dans le système français, l'Auteure dessine les principales évolutions vers la subjectivation du jugement administratif. À cette fin, réalise une analyse jurisprudentielle et législative nationale et communautaire, notamment sur la question des marchés publics. Ces considérations permettent à l'Auteure de souligner la raison d'être des récents mécanismes de limitation de l'accès au juge et les criticités d'un juge administratif "modulable".

ABSTRACT

After to have carried out a recognition of different administrative reviews in French legal system, the Author illustrates the main developments towards the so called "administrative adjudication subjectivity". She realizes a jurisprudential and regulatory analyses at national and Community level for this purpose (especially in the field of public procurement). The Author, then, underlines the mechanism limiting access to administrative justice, their logic, and the criticalities of a "adjustable" judicial office.

PAROLE CHIAVE: excès de pouvoir, subjectivisation du jugement administratif, motivation, irrecevabilité des recours, accès au juge.

KEYWORDS: misuse of powers, administrative adjudication subjectivity, recital, inadmissibility of action, access to justice.

INDICE: 1. Introduction. – 2. Une extension de la recevabilité des recours. – 3. Une subjectivisation dans l'office du juge.

¹ L'auteure souhaite remercier le Professeur François Lichère pour l'ensemble de ses conseils qui ont permis de rédiger cette contribution.

1. Introduction.

Le modèle du recours pour excès de pouvoir français s'est longtemps voulu un examen objectif de la légalité des actes administratifs. Il s'agissait alors de mettre en place un juge opérant un contrôle purement abstrait. Toutefois, ce modèle tend à évoluer, à l'instar de ce qui se passe dans d'autres pays européens, pour transformer le juge français en un juge des situations litigieuses et non plus des décisions désincarnées de l'administration. Ce recours a donc tendance à passer d'un procès fait un à acte à un procès entre parties, ce qui n'est pas sans le rapprocher du recours de pleine juridiction (ou de plein contentieux).

Pour mieux comprendre cette affirmation, il convient, à titre préliminaire, de rappeler quels sont les différents recours contentieux existant en France.

Selon la classification la plus communément admise depuis Edouard Laferrière, les recours se répartissent en quatre catégories selon les pouvoirs exercés par le juge. Outre le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de légalité et celui de la répression, il existe le contentieux de pleine juridiction et celui de l'annulation. Dans le cadre de ce dernier, il est demandé au juge de se prononcer sur la régularité d'un acte; il ne peut alors que rejeter le recours s'il estime l'acte légal ou annuler l'acte pour illégalité. Le principal recours en annulation est le recours pour excès de pouvoir qui n'a été expressément prévu par aucun texte mais qui a été progressivement construit par le Conseil d'Etat. Il en a d'ailleurs fait un principe général du droit par son arrêt *Dame Lamotte* du 17 février 1950². Quant au recours de pleine juridiction, il se caractérise par le fait que le juge dispose de larges pouvoirs comparables à ceux du juge judiciaire dans les procès entre particuliers: il peut réformer l'acte administratif, voire lui en substituer un nouveau. A cette branche se rattachent notamment les contestations relatives aux contrats administratifs.

Une autre présentation est toutefois possible en s'attachant à des critères propres au litige. Ainsi, Léon Duguit préférait une classification matérielle en fonction de la nature de la question posée. Selon lui, une distinction fondamentale devait être établie entre le contentieux objectif dans lequel le requérant invoque la méconnaissance d'une question de droit (le recours pour excès de pouvoir en serait l'illustration majeure) et le contentieux subjectif dans lequel le requérant invoque une atteinte portée à une situation juridique et à des droits

² CE Ass. Min. Agriculture c/ *Lamotte*, Lebon 110, in *RDP*, 1951, p. 478, note Waline.

individuels (notamment dans le cadre du contentieux contractuel). Le premier type de recours est alors largement ouvert et l'autorité de la chose jugée est absolue. Le second n'est accessible qu'aux seuls requérants ayant un intérêt personnel direct et l'autorité de la chose jugée n'est que relative.

Ces schémas, complémentaires et non rivaux, sont anciens (1887 pour la classification de Laferrière et 1923 pour celle de Léon Duguit)³. Ils demeurent cependant pertinents en tant que base de description de la situation française actuelle qui se caractérise par l'acceptation d'un intérêt à agir toujours plus large, que l'on se situe en présence d'une décision unilatérale ou dans le cadre d'une relation contractuelle. Cette ouverture est toutefois relative: en effet, l'extension de la recevabilité peut s'accompagner d'une limitation des moyens invocables et même d'une modulation des conséquences d'une illégalité. En d'autres termes, certaines avancées en matière de recevabilité ne se traduisent pas forcément en définitive par la « victoire » des requérants.

A qui profite alors cette double évolution? Au juge administratif lui-même qui non seulement étend le champ de son intervention (I) mais aménage l'application des règles en fonction des circonstances, si bien que l'on peut parler de subjectivisation de son office (II).

2. Une extension de la recevabilité des recours.

En France, le droit d'exercer un recours juridictionnel est un principe à valeur constitutionnelle reconnu tant par le Conseil constitutionnel⁴ que par le Conseil d'Etat⁵. Ce droit, également consacré au niveau européen, est garanti par les cours de Strasbourg⁶ et de Luxembourg⁷. Les juges français vont alors œuvrer à permettre une plus grande ouverture de l'ensemble des recours en assouplissant les conditions de recevabilité. Or, cette tendance ne se constate

³ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault 2^e éd. 1896, t.1, p. 15 ss.; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Boccard 3^e éd. t.1 à 3, 3^e éd. 1927 et 1928 dont t.2, p. 458 ss. On citera également la classification de René Chapus qui distingue le contentieux des recours contre une décision du contentieux des poursuites contre une personne: R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, in LGDJ - *Précis Domat droit public*, 13^e éd. 2008, p. 211 ainsi que celle élaborée par Fabrice Melleray qui distingue les recours «holistes» visant à valoriser prioritairement la collectivité des recours individualistes qui tendent à valoriser prioritairement les requérants potentiels: F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, in LGDJ, in coll. «Bibl. Droit public», 2001, t. 212, p.165 ss.

⁴ Cons. Const. 9 avr. 1996, n° 96-373 DC.

⁵ CE 29 juill. 1998, Synd. des avocats de France, Lebon 313.

⁶ Not. CEDH 26 oct. 2000, Kudla c/ Pologne, Rec. CEDH §157 et sur l'effectivité du recours, not. CEDH 27 juin 2000, Ihlan c/ Turquie, Rec. CEDH §97.

⁷ CJCE 15 mai 1986, Marguerite Johnston, aff. 222/84, ECLI:EU:C:1986:206.

pas seulement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (A) mais aussi en matière de plein contentieux (B).

A- Par le juge de l'annulation

En premier lieu, c'est le domaine des libertés publiques et plus précisément de l'expression cinématographique qui retiendra notre attention⁸. Pour être diffusé publiquement en salles, un film a besoin d'obtenir un visa d'exploitation délivré par le Ministre chargé de la culture⁹. Or, il était communément admis que la décision¹⁰ de classification d'une œuvre ne pouvait être défavorable qu'à la personne destinataire, à savoir le producteur. Par conséquent, lui seul semblait pouvoir invoquer un défaut de motivation. Ainsi, le Conseil d'Etat, analysant le visa octroyé en 2009 au film *Antichrist* de Lars Von Trier, aurait pu s'en tenir à la constatation que cette décision tendait à une restriction de l'exploitation du film en ce qu'il interdisait la projection aux mineurs de seize ans et considérer qu'un défaut de motivation était un moyen inopérant lorsqu'il était soulevé par un tiers. Ce n'est pas ce qu'il a fait puisqu'au contraire, il a jugé que, s'agissant d'un régime de protection de l'enfance et de la jeunesse, toute personne directement intéressée à cette protection était recevable à se plaindre d'un défaut de motivation de la classification¹¹.

Or, cette obligation de motivation vise également l'avis de la Commission de classification des œuvres cinématographiques (CCOC) qui est obligatoirement préalablement consultée¹². Pour le juge administratif, cette motivation est aussi utile au ministre qu'au public qui doit être informé sur les circonstances prises en considération pour délivrer le visa. Ainsi, «*d'insuffisance de motivation (...) est susceptible (...) de priver les différents intéressés d'une garantie au regard des limitations à la liberté d'expression que constitue toute mesure restreignant la diffusion d'une œuvre cinématographique*». Il en déduit que «*les associations requérantes sont (...)*

⁸ Sur cette thématique, voir notamment C. FERRARI-BREEUR, *Visa d'exploitation: le règne du paradoxe*, in *Juris Art etc.*, Dalloz, 5/2013, p. 38 ss.; R. MEDARD, *De la jurisprudence à la réforme réglementaire: le visa d'exploitation cinématographique à l'épreuve d'un effet ciseau*, in *Rev. des Droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 2016; J. MERCIER, *Le juge administratif et le sens des images. Les mutations des techniques contentieuses du contrôle des visas d'exploitation*, in *Rev. Des droits de l'homme*, 11/2017; M. LE ROY, *Nouvelles dispositions sur la classification des films: une réforme en trompe l'œil*, in *Légipresse*, 348/2017, p. 218 ss.

⁹ Art. L. 211-1 du Code du cinéma et de l'image animée.

¹⁰ Qui ne présente pas un caractère réglementaire selon le Conseil d'Etat, Juge des référés, 6 déc. 2010, n° 344567.

¹¹ CE 25 nov. 2009, Association Promouvoir et autres, n° 328677 et n° 328769, Rapport d'activité de la CCOC 1^o janv. 2007 - 31 déc. 2009, p. 152 et s., note in *AJDA*, 2010, p. 614.

¹² Art. R. 211-10 du Code du cinéma et de l'image animée; sur l'ensemble de la procédure cf arts. R. 211-1 et s.

*fondées à demander l'annulation pour ce motif de la décision attaquée*¹³. Là encore, les tiers sont donc en droit d'invoquer ce motif antérieurement réservé au destinataire de la décision prise sur la base de l'avis de la CCOC.

Cette évolution pourrait s'expliquer du fait que l'on situe dans le domaine des libertés et que l'objectif de protection conduit à ouvrir le prétoire à un maximum de requérants. Pourtant, la même évolution va se retrouver notamment en matière économique.

En second lieu, ce sont en effet les actes pris par les autorités de régulation qui ont conduit le Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence en matière de recevabilité des recours. Traditionnellement, la possibilité de contester un acte administratif devant le juge était soumise à la condition que celui-ci produise des effets juridiques. Or, cette exigence a connu un aménagement notable par deux arrêts d'Assemblée de 2016¹⁴.

En principe, ni les communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers (AMF), ni la prise de position de l'Autorité de la concurrence ne créant, par eux-mêmes, de droit ou d'obligation juridique, le Conseil d'Etat aurait dû rejeter les requêtes comme dirigées contre des actes *«ne faisant pas grief»*. Mais face à l'importance croissante de la régulation par de tels instruments dits de *«droit souple»*¹⁵, le Conseil d'Etat a alors pris en compte les conséquences que les actes attaqués étaient susceptibles d'avoir, dans les faits, sur la situation des acteurs concernés. Il a ainsi décidé d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre les actes des autorités de régulation qui *«sont de nature à produire des effets notables»*, ou qui *«ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent»*.

Ainsi, le Conseil d'Etat a considéré dans la première espèce que les communiqués de l'AMF *«sont destinés aux investisseurs et ont pour objet de les mettre en garde contre les conditions dans lesquelles sont commercialisés plusieurs produits de placement, précisément identifiés (...) et de leur adresser des recommandations de vigilance; qu'ils (...) ont*

¹³ CE 29 juin 2012, Association Promouvoir et autres, n° 335771 et n° 335911, in *AJDA*, 2012, p. 1957, note B. Pacteau; in *AJDA*, 2013, p. 1733, chron. X. Domino, A. Bretonneau.

¹⁴ CE Ass. 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, Lebon 76 et Société NC Numericable, Lebon 88. Sur la première espèce, voir notamment in *AJDA*, 2016, p. 572; in *AJDA*, 2016, p. 717, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET; D. 2016, p. 715, obs. M.-C. DE MONTECLER; in *AJCA*, 2016, p. 302, obs. S. Pelé; in *Rev. Sociétés*, 2016, p. 608, note O. Dexant - de Baillencourt; in *RFDA*, 2016, p. 497; in *RTD civ.*, 2016, p. 571, obs. P. Deumier; in *RTD com.*, 2016, p. 298, obs. N. Rontchevsky; in *RTD com.*, 2016, p. 711, obs. F. Lombard. Sur la seconde, in *AJDA*, 2016, précité; D. 2017, p. 881, obs. D. Ferrier; in *AJCA*, 2016, précité; in *Rev. Sociétés*, 2016, précité; in *RFDA*, 2016, p. 506; in *RTD civ.*, 2016, précité; in *RTD com.*, 2016, précité.

¹⁵ Voir Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013 - *Le droit souple*, La documentation française.

connu une large diffusion (...); que la société Fairvesta (...) fait valoir des éléments sérieux attestant que la publication de ces communiqués a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions (...); qu'ainsi les communiqués contestés doivent être regardés comme étant de nature à produire des effets économiques notables et comme ayant pour objet de conduire des investisseurs à modifier de manière significative leur comportement vis-à-vis des produits qu'ils désignent; que, dans les circonstances de l'espèce, ces communiqués (...) doivent être regardés comme faisant grief à la société».

Dans la seconde affaire, le même raisonnement va être repris concernant la prise de position de l'Autorité de la concurrence reconnaissant à la société Groupe Canal Plus la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive des chaînes de télévision sur la plateforme de Numericable. Ici, le Conseil d'Etat a considéré que cette prise de position avait pour effet la modification de la situation concurrentielle qu'elle permettait. Par conséquent on était bien en présence d'acte «faisant grief» pouvant être contesté par un recours pour excès de pouvoir.

Cette évolution jurisprudentielle permet, selon la rapporteure publique dans ses conclusions sur l'affaire Fairvesta, de soumettre l'ensemble de l'exercice non contraignant de régulation à un contrôle de légalité. Cela relève d'une démarche active de la part du Conseil d'Etat qui, avec ces deux arrêts, étend sa compétence afin de contrôler l'ensemble des orientations économiques impulsées par les autorités indépendantes de régulation. Là encore, cette démarche pourrait se justifier car elle se situe dans un contentieux objectif¹⁶. Or, le contrôle du juge va également s'étendre dans le cadre du recours de pleine juridiction.

B- En matière de plein contentieux

La première espèce concerne les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)¹⁷. Sont soumises à autorisation celles qui présentent les plus graves dangers ou inconvénients notamment pour la protection de la nature¹⁸. Une société désirant exploiter un centre de stockage et un centre de tri pour différents types de déchets introduit donc une demande qui sera refusée par le Préfet. Le demandeur va alors s'adresser au juge administratif qui, dans ce cadre, dispose d'une pleine compétence pour annuler ou confirmer la décision mais aussi la réformer ou la compléter. En d'autres termes, le juge a le

¹⁶ Le Conseil d'Etat vient d'ailleurs de transposer la jurisprudence *Fairvesta* dans un arrêt du 19 juill. 2019, n° 426389: il a considéré que l'appréciation dont la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) juge utile d'assortir la déclaration de situation patrimoniale d'un parlementaire fait grief à celui-ci.

¹⁷ Définies à l'art. L. 511-1 du Code de l'environnement.

¹⁸ Art. L. 512-1 du Code de l'environnement qui renvoie à l'art L. 511-1 précité.

pouvoir d'autoriser la création et le fonctionnement d'une IPCE et, dans cette situation, les tiers intéressés sont susceptibles de ne pas être partie à l'instance au cours de laquelle le juge accorde le droit d'exploitation. C'est ce qui va se passer dans l'espèce puisqu'un jugement du tribunal administratif (TA) va permettre à la société d'obtenir l'autorisation en février 2011¹⁹, les juges laissant le soin au préfet de fixer les conditions de l'exploitation. Or, des riverains ou des associations pourraient légitimement vouloir critiquer cette décision. Mais ils n'ont pas la possibilité d'interjeter directement appel, faute d'avoir été parties au jugement; ils ne peuvent pas davantage introduire de recours contre cette autorisation délivrée par un juge. Est ce à dire qu'aucune voie contentieuse n'est ouverte à ces tiers, pourtant hostiles au projet dès le départ?

En application du code de justice administrative²⁰, les associations vont pourtant contester le jugement de 2011 et les arrêtés préfectoraux de prescriptions. Alors qu'en première instance la tierce opposition est rejetée²¹, la Cour administrative d'appel (CAA) décide, avant de statuer, de transmettre le dossier au Conseil d'Etat²² afin qu'il rende un avis sur la possibilité et les conditions de l'utilisation du mécanisme de la tierce opposition²³. Le Conseil va répondre précisément en considérant d'abord que l'article R. 832-1 du code de justice administrative énonce une règle générale et que, dès lors, les jugements rendus en matière d'installations classées peuvent faire l'objet d'une tierce opposition. Quant à l'article R. 514-3-1 du code de l'environnement²⁴, s'il permet bien aux tiers de contester la légalité des autorisations délivrées par l'administration au titre de la législation sur les ICPE, il implique pour ceux-ci le droit d'exercer également un recours lorsque l'autorisation est délivrée par le juge de plein contentieux. Surtout, après avoir affirmé que, *«pour former tierce opposition, une personne qui n'a été ni présente ni représentée à l'instance doit en principe justifier d'un droit lésé»*, le Conseil d'Etat précise que *«afin de garantir le caractère effectif du droit au recours des tiers en matière d'environnement et eu égard aux effets mentionnés à l'article L. 511-1 du code de l'environnement»*²⁵ de la décision juridictionnelle délivrant une autorisation

¹⁹ TA Caen, 18 février 2011, n° 1000405.

²⁰ Art. R. 832-1.

²¹ TA Caen, 5 juin 2012, n° 1102136.

²² En vertu de l'art. L. 113-1 du Code de justice administrative.

²³ CAA Nantes, 27 juin 2014, n° 12NT02190.

²⁴ Dont la rédaction en vigueur en 2015 a été modifiée depuis par le décret n°2018-1054 du 29 novembre 2018.

²⁵ Pour rappel, l'art. L. 511-1 dispose que *«Sont soumis aux dispositions du présent titre les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologiques»*.

d'exploiter», cette voie est, dans la configuration de l'espèce, «ouverte aux tiers qui justifieraient d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation de la décision administrative d'autorisation, dès lors qu'ils n'ont pas été présents ou régulièrement appelés dans l'instance»²⁶. On est ainsi passé de la nécessité d'un «droit lésé» à la reconnaissance d'un «intérêt suffisant», ce qui conduit à une réouverture du prétoire. Ainsi, le juge administratif ouvre une nouvelle voie pour se contrôler soi-même! Cette solution tend surtout à une unification du contentieux en ce qu'elle le rapproche du recours en annulation de la décision administrative d'autorisation.

La seconde espèce semble encore plus novatrice puisqu'elle revient sur une jurisprudence ancienne en matière de contestation d'une convention²⁷.

Traditionnellement, seules les parties signataires pouvaient remettre directement en cause la validité devant le juge du contrat. Les tiers, quant à eux, ne pouvaient qu'attaquer les actes administratifs dits «détachables» du contrat, c'est-à-dire les actes préalables à sa conclusion, qui l'ont préparée et rendue possible. De plus, l'annulation d'un acte détachable ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation du contrat lui-même, afin de protéger au maximum la stabilité des relations contractuelles. Toutefois, depuis quelques années deux évolutions avaient fragilisé cette construction. D'une part, une catégorie particulière de tiers, les candidats évincés lors de la passation, s'est vu ouvrir des voies de contestation directe du contrat du fait du Conseil d'Etat²⁸ puis du législateur²⁹. D'autre part, la jurisprudence ayant doté le juge du contrat de nouveaux outils lui permettant d'en sanctionner les irrégularités autrement qu'en l'annulant rétroactivement de manière systématique³⁰, une ouverture plus large des voies de recours pouvait être compatible avec l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

C'est pourquoi par une décision du 4 avril 2014³¹, le Conseil d'Etat va créer une nouvelle voie de recours direct contre le contrat ouverte sans distinc-

²⁶ CE 29 mai 2015, n° 381560.

²⁷ Sur cette question, voir notamment Conseil d'Etat, Dossier thématique, *Le juge administratif et la commande publique*, 3 juin 2014.

²⁸ CE Ass. 16 juill. 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, Lebon 360; in *AJDA*, 2007, p. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher; in *AJDA*, 2007, p. 1964, note D. Cassia; in *RFDA*, 2007, p. 917, notes F. Moderne, D. Pouyaud, M. Canedo-Paris.

²⁹ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 modifiant les arts L. 551-13 et s. du code de justice administrative en application de la directive 2007/66/CE recours en matière de marchés publics du 11 décembre 2007.

³⁰ CE Ass. Société Tropic précité et CE Ass. 28 déc. 2009, Commune de Béziers, cf *infra* et note 48.

³¹ CE Ass. Département de Tarn-et-Garonne, Lebon 70; in *AJDA*, 2014, p. 764; in *AJDA*, 2014, p. 1035; in *AJDA*, 2014, p. 945, tribune S. Braconnier, chron. A. Bretonneau, J. Lessi; D. 2014, p. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet, A. Dizier; in *RDI*, 2014, p. 344, obs. S. Braconnier; in *AJCT*, 2014, p. 375, obs. S. Dyens; in *AJCT*, 2014, p. 380, interview S. Hul; in *AJCT*, 2014, p. 434, Pratique O. Didriche; in *AJCT*, 2014, p. 2015. 32, Pratique S. Hul; in *AJCA*, 2014, p. 80, obs. J.-D. Dreyfus; in *RFDA*, 2014, p. 425; in *RFDA*, 2014, p.

tion à tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts, par sa passation ou ses clauses. Elle se substitue totalement au recours *Tropic* et ferme également aux tiers la voie du recours direct contre les actes «*détachables*», dont l'illégalité ne pourra être invoquée que devant le juge du contrat. En revanche, compte tenu des intérêts dont il a la charge, le Préfet de département peut continuer de demander devant le juge de l'excès de pouvoir l'annulation des actes détachables du contrat tant que celui-ci n'est pas signé. Cette exception permet de relever que tous les requérants ne sont pas traités de la même façon par le juge de plein contentieux: alors que le représentant de l'Etat et, dans une certaine mesure, les élus des collectivités territoriales sont favorisés, les requérants non privilégiés vont certes avoir accès au prétoire mais seront limités quant aux moyens invocables.

Ainsi, si l'on constate bien une ouverture plus grande du recours pour excès de pouvoir et du plein contentieux, ces extensions n'excluent pas une certaine restriction de la recevabilité des moyens³², ce qui contribue à la subjectivisation du droit administratif français.

3. Une subjectivisation dans l'office du juge.

Il s'agit ici de démontrer que les évolutions récentes du contentieux contractuel ou d'annulation ont eu pour objectif d'élargir la palette d'instruments dont disposent les juges. Leur marge d'appréciation va ainsi s'en trouver accrue lors de la mise en œuvre des recours en fonction de la situation des parties, que l'on se situe au moment où le juge doit analyser l'existence ou non d'une illégalité ou au moment où il doit en déterminer les conséquences. En d'autres termes, le juge administratif va non seulement parfois limiter les moyens invocables par certains requérants (A) mais aussi moduler, si nécessaire, les conséquences d'une illégalité (B).

A- Limitation des moyens invocables

Ceci est particulièrement notable en matière contractuelle. Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, le législateur a ouvert aux candidats évincés une procédure d'urgence spécifique, le référé précontractuel³³ afin de donner la possibilité aux opérateurs économiques de saisir le juge administratif à un stade où les éventuelles violations aux règles de publicité et de mise

438, note P. Delvolvé; in *RTD com.*, 2014, p. 335, obs. G. Orsoni; in *Rev. UE*, 2015, p. 370, étude G. Eckert.

³² L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, *La recevabilité des moyens en contentieux administratif*, in *AJDA*, 2016, p. 479.

³³ Art. L. 551-1 et s. du code de justice administrative.

en concurrence peuvent encore être empêchées ou corrigées. Cela permet ainsi de donner sa pleine effectivité à l'intervention du juge en favorisant la prévention, en amont, des manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique, avant que la relation contractuelle soit installée et que le contrat ne commence à être exécuté. Mais afin d'éviter qu'un excès de formalisme conduise à une annulation systématique des procédures, le Conseil d'Etat a précisé en 2008 qu'une entreprise ne peut invoquer tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence; elle ne peut se prévaloir que de ceux «susceptibles de l'avoir lésée ou qui risquent de la léser»³⁴.

Et si une voie de recours au profit de tous les tiers à une convention est créée, elle est encore plus strictement encadrée dans ses modalités: par la décision *Département de Tarn-et-Garonne* de 2014 précitée, le Conseil d'Etat souligne ainsi que, pour pouvoir saisir le juge du contrat, les tiers non privilégiés doivent justifier que leurs intérêts sont susceptibles d'être lésés «de façon suffisamment directe et certaine». Sur le fond, ils ne peuvent se plaindre que des vices du contrat «en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou de ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office»³⁵. On rappellera en outre que les tiers ordinaires perdent la possibilité d'utiliser un recours pour excès de pouvoir (REP) contre un acte détachable du contrat, alors qu'il reste utilisable par le préfet. Cette solution peut alors être considérée comme une régression des voies de recours ouvertes aux concurrents évincés, d'autant que l'intérêt pour agir était plus ouvert dans le cadre d'un REP. C'est d'ailleurs exactement le même schéma qui va être repris dans un autre arrêt en 2017 dans lequel le Conseil d'Etat crée un nouveau recours direct tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat³⁶: il sera ouvert au seul tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande. Une telle condition est alors par exemple susceptible d'entraîner l'irrecevabilité des recours portés par les entreprises concurrentes de celle ayant obtenu le contrat³⁷. En outre, le juge a énuméré de manière exhaustive les

³⁴ CE Sect. 3 oct. 2008, SMIRGEOMES, Lebon 324; in *AJDA*, 2008, p. 1855; in *AJDA*, 2008, p. 2161, chron. E. Geffray, S.-J. Liéber; in *AJDA*, 2008, p. 2374, étude P. Cassia; in *RDI*, 2008, p. 499, obs. S. Braconnier; in *RFDA*, 2008, p. 1128; in *RFDA*, 2008, p. 1139, note P. Delvolvé.

³⁵ Alors que, selon ce même arrêt, le préfet et les élus locaux peuvent, quant à eux, invoquer «tout moyen» à l'appui de leur recours.

³⁶ CE Sect. 30 juin 2017, SMPAT, Lebon 209; in *AJDA*, 2017, p. 1359; in *AJDA*, 2017, p. 1669, chron. G. Odinet, S. Roussel; in *AJCT*, 2017, p. 455, obs. S. Hul; in *AJ Contrat*, 2017, p. 387, obs. J.-D. Dreyfus; in *RFDA*, 2017, p. 937, concl. G. Pellissier; in *RTD com.*, 2017, p. 587, obs. F. Lombard.

³⁷ Voir l'analyse de O. MAMOUDY, *L'ouverture du recours*, in *RFDA*, 2019, p. 669 ss.

moyens susceptibles d'être soulevés par les requérants³⁸ et à la lecture du considérant de principe, on en déduit que ceux tirés de l'illégalité formelle de la décision de refus de résilier le contrat ne seront pas accueillis.

La limitation des moyens invocables pourrait s'expliquer par la volonté de ne pas porter une atteinte excessive aux relations contractuelles. Or, elle va se retrouver dans le cadre du contentieux de la légalité.

Le recours ouvert à l'encontre des actes de «droit souple» est ainsi soumis à des conditions particulières pour qu'il puisse utilement prospérer. En particulier, seuls sont recevables à agir les requérants justifiant d'un «intérêt direct et certain» à demander l'annulation de ces actes. Ceci révèle un niveau d'exigence inhabituel en matière d'intérêt à agir dans le contentieux de l'excès de pouvoir. De plus, il appartient au juge «d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation»³⁹. Si cette jurisprudence illustre la volonté pour le juge administratif d'étendre son contrôle, elle révèle donc aussi que le Conseil d'Etat va opérer un tri entre les vices susceptibles d'affecter la légalité des actes de «droit souple» et qu'en définitive, au moins dans l'affaire Fairvesta, c'est à un contrôle restreint qu'il se livre en recherchant l'erreur manifeste d'appréciation.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'est plus possible de soulever des moyens tirés de l'illégalité formelle et procédurale d'un acte réglementaire devenu définitif⁴⁰. Cette restriction s'applique à la contestation par voie d'exception de la légalité de l'acte réglementaire en question, dans le cadre d'un recours contre un de ses actes d'application. Elle joue également dans le cadre d'un recours contre une décision refuser d'abroger un acte réglementaire. Cette jurisprudence a donc comme conséquence de limiter l'invocabilité de certains moyens mais pour le Conseil d'Etat, cette «limitation peut être justifiée par le risque d'instabilité juridique pesant sur certaines décisions, à condition qu'elle ne porte pas une atteinte substantielle au droit au recours»⁴¹.

Les limitations peuvent également être temporelles. Elles sont présentes dans le cadre du plein contentieux des installations classées pour la protection

³⁸ Ceux «tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général».

³⁹ Arrêts du 21 mars 2016 précités, note 14.

⁴⁰ Soit deux mois après sa publication, CE Ass. 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, Lebon 187; in *AJDA*, 2018, p. 1009; in *AJDA*, p. 1206, chron. S. Roussel, C. Nicolas; in *AJFP*, 2018, p. 278; in *AJCT*, 2018, p. 528, obs. G. Le Châtelier; in *RFDA*, 2018, p. 649.

⁴¹ Cité par O. Mamoudy qui considère que cette jurisprudence est contraire à l'article L. 243-2 du code des relations entre le public et l'administration, article précité, in *RFDA*, 2019, p. 676.

de l'environnement. Certes, il suffit pour le tiers non présent ou régulièrement appelé dans l'instance de justifier d'un intérêt suffisant; il lui est également possible d'invoquer tout moyen à l'appui de sa tierce opposition. Une telle solution peut d'ailleurs être analysée comme participant de l'exigence de loyauté de la procédure⁴². Mais est-ce à dire que la juridiction administrative introduit un déséquilibre dans les intérêts qu'elle doit sauvegarder? Il n'en est rien puisque le Conseil d'Etat dans son avis précité de 2015 n'en oublie pas pour autant le pétitionnaire⁴³. Il est en effet tout aussi nécessaire «*de garantir la sécurité juridique du bénéficiaire de l'autorisation*». C'est pourquoi, il considère qu'une tierce opposition ne peut être admise après «*écoulement des délais prévus par les dispositions de l'article R. 514-3-1 du code de l'environnement*»⁴⁴. Dans ce cadre, il ne s'agit plus de faire un tri dans les moyens invocables; il s'agit de poser une limitation temporelle qui va permettre de contenir le nombre de recours potentiels. En d'autres termes, une telle solution participe d'une politique de désencombrement du prétoire.

C'est cette même analyse qui a été faite dans l'arrêt Czabaï⁴⁵. Le Conseil d'Etat a jugé qu'une décision administrative individuelle notifiée à son destinataire ou connue de lui, ne mentionnant pas les voies et les délais de recours, ne pouvait être contestée indéfiniment. Concrètement, il a encadré la possibilité d'attaquer de telles décisions dans un délai d'un an et donc fermé son prétoire au-delà, sauf en présence de circonstances particulières. Or, auparavant, ce type de recours était recevable sans conditions de délai ; cette solution illustre donc bien la volonté de restreindre l'accès au juge en utilisant cette fois-ci une limitation temporelle. Pour la Haute juridiction, la règle énoncée «*tend seulement à éviter que l'exercice du recours, au-delà d'un délai raisonnable, ne mette en péril la stabilité des situations juridiques et la bonne administration de la justice, en exposant les défendeurs potentiels à des recours excessivement tardifs*»⁴⁶. On peut comprendre cette position mais il n'empêche qu'elle conduit, à terme, à protéger l'administration alors que cette

⁴² Ce principe n'existe pas en tant que tel en droit français; il est en revanche consacré par le droit anglais. On signalera toutefois, que l'art. 763 du Code de procédure civile prévoit que le juge veille «*au déroulement loyal de la procédure*».

⁴³ Qui, dans cette affaire, rappelons-le était pleinement satisfait et n'avait donc aucune raison de contester l'autorisation délivrée par voie juridictionnelle.

⁴⁴ «*Les décisions (...) peuvent être déférées à la juridiction administrative: 1° Par les tiers intéressés (...) dans un délai de quatre mois à compter du premier jour de la publication ou de l'affichage de ces décisions (...)*».

⁴⁵ CE Ass. 13 juill. 2016, Lebon 340; in *AJDA*, 2016, p. 1479; in *AJDA*, 2016, p. 1629, chron. L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet; in *AJFP*, 2016, p. 356; in *AJCT*, 2016, p. 572, obs. M.-C. Rouault; in *RDT*, 2016, p. 718, obs. L. Crusoe; in *RFDA*, 2016, p. 927; in *RTD com.*, 2016, p. 715, obs. F. Lombard.

⁴⁶ Cité par O. Mamoudy, article précité, in *RFDA*, 2019, p. 674; l'auteur juge d'ailleurs cette jurisprudence contraire à l'article R. 421-5 du code de justice administrative.

dernière n'a pas respecté la réglementation. Une volonté de protection se manifeste également dans la manière dont le juge va conduire son office.

B- Modulation des conséquences d'une illégalité

Ce pouvoir de modulation, extérieur au requérant, traduit la dimension collective des recours dont les effets peuvent affecter les équilibres, non seulement juridiques mais aussi économiques et sociaux. On peut alors estimer, que le pouvoir de modulation conduit le juge à opposer au requérant des intérêts contraires, y compris extra juridiques, au terme d'une analyse globale qui n'est «*plus de pur droit*»⁴⁷.

Ce constat est évident en matière contractuelle. Dès 2009, le Conseil d'Etat a redéfini l'office du juge pour lui permettre de tenir un meilleur compte de l'objectif de stabilité et de l'exigence de loyauté de ces relations⁴⁸. Ainsi, lorsqu'il est saisi d'un recours contestant la validité d'un contrat et qu'il constate une irrégularité, il peut soit décider que la poursuite de l'exécution de la convention est malgré tout possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation, soit prononcer, le cas échéant avec un effet différé, la résiliation du contrat après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Ce n'est donc qu'en cas d'irrégularité particulièrement grave⁴⁹ que le juge prononcera l'annulation du contrat. Et désormais, l'ensemble de ces possibilités est applicable à la voie de recours directe ouverte sans distinction à tous les tiers susceptibles d'être lésés, par la passation d'un contrat ou ses clauses⁵⁰. De même, dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution du contrat, il incombe au juge en principe de faire application de la convention et ce n'est que dans les mêmes hypothèses d'irrégularités graves qu'il peut écarter le contrat pour régler le litige. Enfin, par sa décision dite *Béziers II*⁵¹, le Conseil d'Etat a aussi permis au juge saisi par une partie d'un recours dirigé contre

⁴⁷ J. SIRINELLI, *Les annulations d'application différée*, in *RFDA*, 2019, p. 797, spéc. p. 798 ss. sur la définition du pouvoir de modulation.

⁴⁸ CE Ass. 28 déc. 2009, Commune de Béziers (dite *Béziers I*), Lebon 509; in *AJDA*, 2010, p. 4; in *AJDA*, 2010, p. 142, chron. S.-J. Liéber, D. Botteghi; D. 2011, p. 472, obs. S. Amrani-Mekki, B. Fauvarque-Cosson; in *RDI*, 2010, p. 265, obs. R. Noguellou; in *AJCT*, 2010, p. 114, Pratique O. Didriche; in *RFDA*, 2010, p. 506; in *RFDA*, 2010, p. 519, note D. Pouyaud; in *RTD com.*, 2010, p. 548, obs. G. Orsoni; Rev. UE 2015. 370 précité note 31.

⁴⁹ Caractère illicite du contenu du contrat ou vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

⁵⁰ Jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* précitée, 4 avril 2014.

⁵¹ CE Sect. 21 mars 2011, Commune de Béziers, Lebon 117; in *RFDA*, 2011, p. 507, note D. Pouyaud. Cette solution fait ainsi exception, pour les décisions de résiliation, à la règle selon laquelle le juge du contrat, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, ne peut pas remettre en cause cette mesure elle-même mais peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité.

la mesure de résiliation du contrat de tenir compte, pour déterminer les conséquences à tirer d'éventuels vices de la résiliation, de la gravité de ces vices et de l'intérêt général. Il peut notamment ordonner la reprise des relations contractuelles.

Or, des mécanismes similaires permettent également au juge de l'excès de pouvoir de dire qu'une irrégularité n'implique pas l'annulation. On peut qualifier cette technique de «*neutralisante*»⁵². Si l'on savait qu'un vice de procédure non substantiel affectant un acte ne justifiait pas nécessairement son annulation, la jurisprudence Danthony⁵³ a précisé l'office du juge de l'excès de pouvoir dans ce cas : sans nier l'erreur commise par l'administration, il doit en apprécier la nature et ce n'est que si elle «*a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision*» ou qu'elle «*a privé*» les intéressés «*d'une garantie*» qu'elle entraînera l'annulation de l'acte, objet de la contestation. Ainsi, la procédure administrative se doit «*de rationaliser mais non de corseter (...) l'élaboration des décisions publiques*»⁵⁴.

Cette technique d'appréciation s'est illustrée en matière cinématographique. Dans l'arrêt Association Promouvoir et autres précité⁵⁵, ce n'est que parce que les critères de la jurisprudence Danthony étaient réunis que le Conseil d'Etat a accueilli les prétentions des requérantes. Il a en effet estimé que l'avis insuffisamment motivé de la CCOC a privé «*le ministre d'un élément essentiel*» pour déterminer le choix lui incombant entre les diverses restrictions pouvant être imposées à la diffusion d'un film. La motivation de ladite commission doit «*lui permettre, compte tenu de la pluralité de sa composition reflétant les différents intérêts en cause, d'apprécier les modalités de conciliation*» entre les nécessités de la protection des mineurs, du respect de la dignité humaine et de la liberté d'expression. L'absence de motivation est «*également susceptible de priver le public d'un élément d'information sur les circonstances qu'il [le ministre] a prises en considération pour délivrer le visa*».

⁵² Pour une analyse récente, voir A. FRANK, *Les irrégularités neutralisées*, in RFDA, 2019, p. 785.

⁵³ CE. Ass. 23 déc. 2011, Lebon. 649; in AJDA, 2012, p. 7; in AJDA, 2012, p. 195, chron. X. Domino, A. Bretonneau; in AJDA, 2012, p. 1484, étude C. Mialot; in AJDA, 2012, p. 1609, tribune B. Seiller; D. 2013, p. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot; in RFDA, 2012, p. 284; in RFDA, 2012, p. 296, note P. Cassia; in RFDA, 2012, p. 423, étude R. Hostiou; in JCP Adm., 2012, n° 2089, note C. Broyelle; in JCP G, 2012, p. 558, note D. Connil et in JCP G, 2012, p. 723, chron. G. Eveillard.

⁵⁴ B. PACTEAU, *Danthony au cinéma*, in AJDA, 2012, p. 1957. Selon l'auteur, «*il y a un paradoxe à voir aujourd'hui à la fois renforcer les obligations formelles (...) et affaiblir leur sanction*».

⁵⁵ Voir note 13.

Enfin, le juge peut décider de moduler dans le temps les effets d'une nouvelle règle qu'il vient de poser. Alors que l'on comprend la logique présidant à l'application différée de certains revirements en raison de la préservation des relations contractuelles constituées⁵⁶, d'autres vont recevoir un effet immédiat comme la jurisprudence *Czabaf*⁵⁷. On peut alors estimer que le Conseil d'Etat fait une application rétroactive de l'arrêt en appliquant aux justiciables une règle procédurale de recevabilité dont ils n'avaient pas connaissance au moment de l'introduction du recours. On soulignera que, en l'espèce, cela a eu pour résultat de priver au moins ce requérant de tout accès au juge.

Plus généralement, toute modulation peut induire une imprévisibilité des décisions juridictionnelles, ce qui peut apparaître comme un paradoxe au regard du principe de sécurité juridique qui est constamment mis en avant par le juge lui-même ! Or, depuis 2013 a été abandonnée la mention de dérogation «*à titre exceptionnel*» au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses⁵⁸. Souplesse et adaptabilité du juge administratif risquent donc de s'opérer au détriment du requérant, voire des autorités publiques au sens large qui peuvent aussi faire les frais de cette politique jurisprudentielle. Mais le juge administratif français, malgré sa volonté d'étendre son contrôle, n'est pas tout puissant ne serait ce que du fait de l'intervention possible des juges européens.

⁵⁶ Voir ainsi le considérant n° 5 de l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* précité note 31.

⁵⁷ CE Ass. 13 juill. 2016 précité note 45; dans le même sens on peut citer la jurisprudence CFDT finances, CE Ass. 18 mai 2018 précité note 39. Sur cette question, voir S. HOURSON, *Les revirements d'application immédiate*, in *RFDA*, 2019, p. 805.

⁵⁸ Selon J. Sirinelli précité, in *RFDA*, 2019, p. 798. La voie avait été ouverte dès 2004 avec CE Ass. 11 mai 2004, Association AC !, Lebon 197; in *AJDA*, 2004, p. 1183, chron. C. Landais, F. Lenica; in *AJDA*, 2004, p. 1049, tribune J.-C. Bonichot; in *AJDA*, 2004, p. 1219, étude F. Berguin; in *AJDA*, 2014, p. 116, chron. J.-E. Schoettl; D. 2004, p. 1499; in *AJDA*, 2014, p. 1603, chron. B. Mathieu; in *AJDA*, 2005, p. 26, obs. P.-L. Frier; in *AJDA*, 2005, p. 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet, V. Antoine-Lemaire; in *Just. et cass.*, 2007, p. 15, étude J. Arrighi de Casanova; in *Dr. Soc.*, 2004, p. 762, étude P. Langlois; in *Dr. Soc.*, 2004, p. 766, note X. Prétot; in *RFDA*, 2004, p. 438, note J.-H. Stahl, A. Courrèges; in *RFDA*, 2004, p. 454.

LUIS MEDINA ALCOZ

Profesor Titular de Derecho administrativo en la Universidad Complutense de Madrid

Letrado del Tribunal Constitucional

luismedinaalcoz@hotmail.com

EL DERECHO A LA ACCIÓN EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

THE RIGHT TO SUE IN SPANISH ADMINISTRATIVE PROCEEDING

SINTESI

El presente estudio aborda sumariamente el problema del control judicial de la administración en España a fin de contextualizar la cuestión de la acción en nuestro contencioso-administrativo. Ilustra cómo, en el marco del humanismo europeo de la segunda postguerra mundial y del nuevo constitucionalismo, el ordenamiento español viene reconociendo el derecho a la acción en muy amplios términos. Concluye que el Derecho de la Unión Europea no ha sido un factor particularmente relevante a este respecto. También que la Constitución libra amplios márgenes para que el legislador ajuste el orden contencioso-administrativo a criterios de eficiencia, evitando el colapso por acumulación de asuntos, salvo en lo que afecta, precisamente, al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

ABSTRACT

The present essay summarily addresses the problem of judicial review of administration within Spanish Law in order to contextualize the issue of action in our *contencioso-administrativo*. It illustrates how, in the framework of the European humanism following the Second World War and the new constitutionalism, the Spanish system has recognized the right to action in very broad terms. It concludes that European Union law has not been a particularly relevant factor in this regard. Also that the Constitution frees ample margins for the legislator to adjust the *contencioso-administrativo* to criteria of efficiency, avoiding collapse due to the accumulation of cases, except in what affects, precisely, the fundamental right of access to the jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: derecho español, justicia administrativa, jurisdicción contencioso-administrativa, derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, derecho a la acción.

KEYWORDS: spanish Law, administrative justice, judicial review of administration, fundamental right to access to the jurisdiction, right to action.

INDICE: 1. Planteamiento. – 2. Contexto del derecho a la acción: el problema del control judicial de la administración en España. A. Orígenes de la justicia administrativa española. B. Tendencia histórica a la sobreprotección de la administración en la justicia administrativa. C. Tendencia actual a la protección judicial plena frente a las extralimitaciones del poder. – 3 El reconocimiento del derecho a la acción en

muy amplios términos. A) El impulso humanista. B) El impulso constitucional. C) El impulso europeo. –
4. Consideraciones finales.

1. Planteamiento.

El alcance del derecho a la acción frente a la administración depende sustancialmente de tres factores: el alcance de la actividad administrativa impugnada; el alcance de las normas que se pueden hacer valer en el proceso administrativo; y el grado de conexión exigido entre la esfera de intereses del titular del derecho a la acción y la infracción normativa que se quiere remediar. De acuerdo con estas variables, el contenido del derecho a la acción será mayor o menor según que el ordenamiento jurídico correspondiente permita o impida, por ejemplo, la impugnación de actos políticos, reglamentos, actos de trámite o actividades materiales; según que permita o impida la invocación de normas puramente organizativas o destinadas exclusivamente a la protección de intereses generales; y según que permita iniciar el proceso a quien no se juega nada verdaderamente dentro de él o, a la inversa, únicamente a quien arriesga un interés claro o directo.

El presente trabajo tomará en consideración estas variables a fin de mostrar que el Derecho administrativo español responde desde los años cincuenta del siglo pasado a una clara tendencia a reconocer el derecho a la acción en términos muy amplios. Comoquiera que este estudio se dirige a estudiosos italianos, debo necesariamente contextualizar la cuestión de la acción, introduciendo algunas nociones básicas sobre cómo ha resuelto el ordenamiento español el problema más general del control judicial de la administración pública.

2. Contexto del derecho a la acción: el problema del control judicial de la administración en España.

A) Orígenes de la justicia administrativa española

A principios del siglo XIX, al tiempo que se combate en España al ejército napoleónico, se adoptan medidas destinadas a transformar la sociedad estamental del Antiguo Régimen en consonancia con los postulados básicos del liberalismo. Entre ellas, una Constitución, aprobada por las Cortes extraordinarias constituidas en Cádiz en 1812, que, en lo que aquí importa, establece un sistema de control judicial de la administración pública. Tras abolir los señoríos jurisdiccionales y los fueros privilegiados, el texto constitucional previó la unidad jurisdiccional (art. 248), la separación de los

poderes ejecutivo y judicial, así como la independencia judicial plena; el ejecutivo «no puede en ningún caso ejercer las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los procesos fenecidos» (art. 243); la facultad de juzgar «pertenece exclusivamente a los tribunales» (art. 242). Todas las funciones judiciales (asuntos contenciosos), antes atribuidas órganos también encargados del gobierno o administración (asuntos gubernativos), quedan ahora en manos del poder judicial (arts. 261.7, 274 CE 1812; Reglamento de las Audiencias y los Juzgados de primera instancia de 9 de octubre de 1812).

Sin embargo, gobiernos sucesivos acabaron otorgando a la administración amplios privilegios jurisdiccionales: sustracción de ámbitos sectoriales al control judicial; recursos o reclamaciones administrativas previas; *solve et repete* en materia fiscal; prohibición de interdictos contra acciones de la administración; inembargabilidad de los bienes públicos; exigencia de autorización para procesar a los empleados públicos¹. Finalmente, las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 (de los Consejos Provinciales y el Consejo Real, luego llamado de Estado) instauran un sistema de justicia *administrativa* y *retenida* de inspiración francesa, con antecedentes en las justicias privativas del Antiguo Régimen². El Consejo Real administraba justicia *retenida* porque carecía de jurisdicción propia, esto es, porque, aunque ejerciera funciones contenciosas, operaba siempre como órgano consultivo; la decisión final correspondía al Rey. No obstante, los Consejos provinciales disponían de jurisdicción *delegada* al

¹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el Siglo XIX (1812-1845)*, reimpresión de la primera edición de 1973, Madrid, Iustel, 2006, pp. 48-58, 80-117, 165-175. En la misma línea, con relevantes matices: C. GARRIGA, M. LORENTE, *Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión*, en J. M. INURRITIGUI, J. M. PORTILLO VALDES, *Constitución en España, orígenes y destinos*, Madrid, CEP, 1998, pp. 215-272; C. MUÑOZ DE BUSTILLO, F. MARTÍNEZ PÉREZ, “Justicia y administración en el primer experimento constitucional”, *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, CGPJ, 2009, pp. 184-221.

² El Estado absoluto, al incrementar la intervención pública en la vida social, trasladó la gestión íntegra de determinadas materias (tributos, patrimonio real, montes), incluidas, por tanto, las controversias judiciales o contenciosas, a órganos monocráticos o comisariales, llamados “justicias privativas”; y lo hizo liberando de las solemnidades propias de los enjuiciamientos, imponiendo el método expeditivo e informal característico de los asuntos gubernativos y excluyendo el régimen ordinario de recursos (p. ej., el recurso de segunda suplicación o injusticia notoria ante el Consejo de Castilla). Se trataba de una suerte de jurisdicción especializada, antecedente directo de los regímenes de justicia administrativa (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La formación histórica del principio de autotutela, Moneda y Crédito*, núm. 128, 1974, pp. 59-87). Por esta razón, nuestros tratadistas del siglo XIX, aunque reconocían la inequívoca influencia francesa, afirmaban que «lo contencioso de la administración no es nuevo entre nosotros, sino que se le ha apellidado con nuevo nombre al deslindarlo y sujetarlo á fórmulas más precisas y determinadas»; «no es mas que una continuación mas desarrollada y perfecta de lo que siempre se ha reconocido como una necesidad» (M. MALO DE MOLINA, *Conferencias sobre lo contencioso-administrativo*, pronunciadas en el Ateneo de Madrid en el curso de 1860 a 1861, Madrid, Arcas y Sánchez, 1861, p. 11).

disponer de poderes decisorios respecto de las controversias que tenían legalmente atribuidas.

El sistema funcionó con normalidad, salvo durante el Sexenio Democrático (1868-1873), cuando, en consonancia con la ortodoxia liberal, se recuperó por poco tiempo la unidad de fueros³. Luego fue sustituido por otro régimen de justicia administrativa, en este caso *delegada*, previsto en la Ley de 13 de septiembre de 1888 (en adelante, LJCA 1888), llamada Ley Santamaría de Paredes. La nueva justicia administrativa fue calificada de *armónica* o *mixta* porque pretendía conciliar los modelos funcionarial y judicialista: un magistrado presidía los Tribunales provinciales, que contaban con cuatro vocales más elegidos por sorteo, dos magistrados y diputados provinciales los restantes (art. 15). En el caso del Tribunal contencioso-administrativo, integrado en el Consejo de Estado, todos los miembros eran elegidos por el ejecutivo de entre quienes cumplieran las condiciones requeridas para ser consejero de Estado o magistrado del Tribunal Supremo (art. 13), si bien contaban con ciertas garantías de inamovilidad (art. 14). En virtud de la Ley de 5 de abril de 1904, el Tribunal contencioso-administrativo pasó a integrarse formalmente en el Tribunal Supremo, convirtiéndose en su Sala 3ª, llamada de lo contencioso-administrativo⁴.

B) Tendencia histórica a la sobreprotección de la administración en la justicia administrativa

Avanzado el siglo XIX prospera en toda Europa la tendencia a rechazar al ciudadano que sufre las extralimitaciones del poder la posibilidad de acceder a una jurisdicción subjetiva y plena (varios Estados alemanes); se le concede todo lo más el recurso a una jurisdicción *objetiva* (Prusia) o a una justicia *administrativa* destinada a proteger bien la legalidad (Francia) bien posiciones subjetivas de segunda categoría sin los remedios característicos del proceso civil (España, Italia). Era una expresión técnica tanto del liberalismo ecléctico que traducían las Cartas y textos constitucionales como de las doctrinas estatistas dominantes a finales del siglo. El compromiso entre los principios

³ Ciertamente, durante el llamado Bienio Progresista (1854-1856), funcionaron los denominados “Tribunales administrativos” en sustitución del Consejo Real y los Consejos provinciales. Sin embargo, se trataba también de órganos administrativos sin jurisdicción propia (Reales Decretos de 7 de agosto de 1854).

⁴ Se trató de un cambio meramente orgánico que, sin embargo, contribuyó a que más adelante se asumiera con naturalidad el sistema de control propiamente judicial de 1956. Cfr. A. NIETO GARCÍA, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 50, 1960, pp. 27-50, especialmente pp. 49-50; I. BORRAJO INIESTA, *Constitución canovista y jurisdicción contencioso-administrativa*, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, CGPJ, 2009, pp. 407-421.

liberal (individualista) y monárquico (estatalista) legitimaba soluciones intermedias entre la plena protección judicial del administrado y la plena inmunidad judicial de la administración. Por virtud del principio liberal, el ciudadano podía demandar a la administración, pero, debido al principio monárquico, solo respecto de la actividad administrativa de pura gestión realizada en pie de igualdad. El ciudadano podía, en su caso, recurrir los actos administrativos de autoridad, pero solo ante una jurisdicción objetiva o administrativa incapacitada para dispensar protección plena. En última instancia, la normalización de la desigualdad de armas y la concepción del proceso como mecanismo de protección del orden jurídico (o de posiciones subjetivas de segunda categoría) evidenciaba que el Estado disponía de un poder ilimitado (esto es, sin límites de Derecho natural o constitucional) para decidir si, y hasta qué punto, los ciudadanos han de contar con derechos subjetivos⁵.

En España, cabía demandar a la administración ante la jurisdicción ordinaria en defensa de un «derecho de carácter civil» (art. 4.2º LJCA 1888), esto es, de un derecho atribuido al ciudadano frente al Estado «*en cuanto persona civil*» situada «*en relación de igualdad con él*»⁶. El contencioso-administrativo de 1888 se afirmaba en oposición a la jurisdicción ordinaria como justicia destinada a la protección del «derecho de carácter administrativo» (art. 1.3º), esto es, del derecho del ciudadano enfrentado a la «*potestad*» de la administración (arts. 1.2º, 2, 4.1º). El “derecho de carácter administrativo” era el *correlatum* de la condición normativa impuesta al ejercicio de la potestad administrativa. Según la ponencia XI del Congreso jurídico español de 1886, el contencioso-administrativo debía reparar la violación del derecho subjetivo administrativo; violación que se produce cuando la «*Administración, en uso de su potestad establecida por las leyes, infringe un derecho particular nacido de la regla administrativa que debe servirle de norma, ley, reglamento o contratos*»⁷. De modo que la LJCA 1888 presuponía que

⁵ Sobre este planteamiento y la teoría del derecho subjetivo correspondiente en España, Italia, Francia y Alemania, L. MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

⁶ Esta definición puede leerse en el discurso de V. Santamaría de Paredes ante el Congreso (*Diario de Sesiones* núm. 11, de 14 de diciembre de 1887, pp. 221-223), reproducido en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 515-542, de donde tomo la cita (p. 519). Ahora bien, correspondía a la justicia administrativa la reparación de algunos derechos que podían asimilarse a los de carácter civil. Así, los relativos al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos para obras y servicios públicos de toda especie (art. 5 LJCA 1888).

⁷ La indicada ponencia se halla recogida íntegramente en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, p. 578.

las obligaciones legales de la administración son los derechos correlativos del ciudadano perjudicado por su incumplimiento y que estos derechos pueden hacerse valer frente al poder administrativo, configurando una organización especializada para protegerlo.

Sin embargo, por más que el recurso contencioso-administrativo estuviese formalmente configurado como remedio *subjetivo*, funcionó en la práctica como instrumento de protección del Derecho objetivo esencialmente destinado a anular actos ilegales⁸. El sistema careció siempre de garantías de imparcialidad e independencia análogas a las de la justicia ordinaria. El ciudadano podía oponer posiciones casi homónimas (“derechos de carácter administrativo” y “derechos de carácter civil”) en el contencioso-administrativo y en el proceso civil, pero en cierto modo las prerrogativas del monarca justificaban que fueran esencialmente distintas porque unas estaban mucho menos protegidas que otras. Limitaban con carácter general los hechos relevantes a los apreciados por la administración en el expediente gubernativo (art. 327 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1889), excluían el control de la discrecionalidad basado en razones de fondo (p. ej., abuso de poder) (art. 1.2º LJCA 1888) y reputaban discrecionales por naturaleza y, por tanto, infiscalizables los poderes atribuidos en determinadas materias, como orden público, salud, defensa del territorio y «*concesiones de toda especie*» y ello con entera independencia del grado efectivo de programación normativa (arts. 4 y 6 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1890). Entre nosotros hubo literatura sobre las diferencias entre los derechos de carácter civil, que se pueden hacer valer con plenitud de tutela ante la jurisdicción, y los derechos de carácter administrativo, cuya protección queda atribuida a la justicia administrativa⁹. Sobresale la influyente aportación de Santos Alfaro y Lafuente¹⁰. En su concepto, la obligación de la administración comporta el correlativo derecho

⁸ En este sentido, F. GARRIDO FALLA, *El recurso subjetivo de anulación*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 8, 1952, pp. 177-192; J. GONZÁLEZ PÉREZ, “La pretensión procesal administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 12, 1953, pp. 95-96.

⁹ Así, J. M. CABALLERO Y MONTES, *Lo contencioso-administrativo*, t. I, Zaragoza, Escar, 1902. pp. 199-200; V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Imprenta española, 1914, pp. 66-69, 749-762; J. CIUDAD Y AURIOLES, *La revisión de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo*, Madrid, Reus, 1920; J. GASCÓN Y MARÍN, *Las garantías jurídicas del ciudadano y la evolución del recurso contencioso-administrativo*, Madrid, 1917; J. GUASP DELGADO, *El ‘derecho de carácter administrativo’ como fundamento del recurso de contencioso*, en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 2, 1940, pp. 11-23.

¹⁰ S. ALFARO Y LAFUENTE, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo ó sea lecciones dadas sobre los principios generales, legislación, jurisprudencia y procedimientos en estas materias en la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación durante el curso 1873 a 1874*, Madrid, Imprenta Nicolás González, 1875, pp. 17-58, 247-250.

del ciudadano; y este derecho subjetivo, si es verdaderamente tal, precisa de una justicia administrativa, especializada e independiente que brinde protección plena.

En el contexto de la crisis de la democracia liberal de principios del siglo XX, los regímenes autoritarios europeos confirman y desarrollan esta tendencia autoritaria. En España, se suprime nada menos que el recurso contencioso-administrativo contra todas las resoluciones de la administración central (Ley de 27 de agosto de 1938). Acabada la Guerra Civil, instaurada la Dictadura franquista, la Ley de 18 de marzo de 1944 restablece el recurso, salvo en determinadas materias (depuraciones, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa, propaganda y determinadas cuestiones de personal). Se crea después un recurso administrativo especial (llamado de “agravios”, sucesivo al ordinario de reposición) en una de las materias excluidas del contencioso-administrativo (cuestiones de personal) por “vicio de forma o infracción expresa de una Ley, un reglamento o precepto administrativo”; lo resolvía el Consejo de Ministros previo informe del Consejo de Estado (art. 4). Se regresaba así a una justicia administrativa *retenida* destinada a la protección de la legalidad objetiva¹¹ o, todo lo más, de una posición activa menor penetrada por el interés general (interés legítimo)¹².

C) Tendencia actual a la protección judicial plena frente a las extralimitaciones del poder

Tras la Segunda Guerra Mundial, cambia el espíritu del tiempo. Europa occidental rechaza firmemente los horrores de la guerra, el totalitarismo y la estadolatría de la cultura político-jurídica del siglo XIX. En su lugar recupera abiertamente los postulados básicos de la ilustración y el iusnaturalismo racionalista a través de un nuevo constitucionalismo. Ciertamente, la reafirmación de la libertad como derecho anterior al Estado no impone estrictamente un credo iusnaturalista o individualista. Los derechos fundamentales gozan de una posición de *anterioridad*, no porque sean naturales, sino porque son *constitucionales*¹³. Supone el radical rechazo de las ideologías que degradan al hombre a la condición de mero instrumento del poder, sin establecer positivamente una concepción del mundo de entre las muchas

¹¹ Cfr. A. PÉREZ HERNÁNDEZ, *Naturaleza jurídica del recurso de agravios*, Madrid, Publicaciones del Consejo de Estado, 1954.

¹² Tal era la tesis de F. GARRIDO FALLA, *El interés para recurrir en agravios*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 9, 1952, pp. 157-174.

¹³ A este respecto, baste citar a M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2016.

compatibles con la dignidad personal¹⁴. En lo que aquí importa, supone la afirmación del derecho a residenciar los conflictos con la administración ante una instancia imparcial e independiente y con igualdad de armas.

España no se incorpora al constitucionalismo europeo tras la Segunda Guerra Mundial. La Dictadura se prolonga durante décadas. El General Franco conserva hasta su fallecimiento en 1975 los plenos poderes tomados en 1936. Entre tanto, el régimen mantuvo siempre el firme rechazo a la democracia liberal, al pluralismo político y a la libertad política. Es verdad que, a fin de superar el aislamiento internacional, el régimen abandonó pronto el proceso de fascistización, introduciendo algunos cambios para hacerse más presentable exteriormente¹⁵; entre ellos, el reconocimiento de “la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana” (art. 1 del Fuero de los españoles de 1945) y la construcción de una apariencia de legitimidad monárquica (Ley de sucesión en la Jefatura del Estado de 1947) y participativa (Ley de Cortes de 1942 y Ley de referéndum nacional de 1945). Sin embargo, se trataba de cambios cosméticos que no alteraban la estructura autoritaria del régimen. Los cambios verdaderos y profundos, vinculados a la ansiada rehabilitación internacional y a las políticas de desarrollo económico, se produjeron en el terreno infraconstitucional, precisamente en el Derecho administrativo.

Al igual que los demás Estados europeos, el nuestro emprendió en los años cincuenta un proceso de refundación del Derecho administrativo. Adopta en un periodo corto de tiempo una serie muy relevante de leyes estructurales: las de régimen local (1950), desarrollada en seis reglamentos (entre ellos el de servicios de las corporaciones locales de 1955); expropiación forzosa (1954); suelo (1956); jurisdicción contencioso-administrativa (1956); régimen jurídico de la administración del Estado (1957); régimen jurídico de las entidades estatales autónomas (1958); y procedimiento administrativo (1958). El régimen construye así una especie de “Estado de Derecho administrativo” con el indudable propósito de combatir su ilegitimidad originaria, concitar apoyos dentro y fuera de España y lograr crecimiento económico¹⁶. Ahora bien,

¹⁴ L. RECASENS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, 3ª ed., México, 1965, pp. 497-511.

¹⁵ E. MORADIELLOS GARCÍA, *La España de Franco (1939-1975). Política y sociedad*, Madrid, Síntesis, 2000, p. 104.

¹⁶ A. NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre administración y Derecho administrativo*, Madrid, Inap, 1986, pp. 8-9) lo ha expresado gráficamente: «Por así decirlo, el Derecho administrativo era el puente que enlazaba, un tanto inesperadamente, al franquismo con las democracias occidentales: un sucedáneo democrático, ciertamente, pero cabalmente por ello más valioso y más necesario que el producto auténtico [...]. Durante el franquismo, el Derecho administrativo se situó deliberadamente entre los parámetros de la legalidad,

influyó significativamente también el espíritu del tiempo, esto es, la cultura humanista europea dentro la que, inevitablemente, se movían los profesores universitarios, los estudiantes, los abogados, los jueces, los funcionarios y los ministros. El papel de los estudiosos del Derecho administrativo fue decisivo a este respecto. Aglutinados en torno a la Revista de Administración Pública, fundada por García de Enterría en el seno del Instituto de Estudios Políticos (1950)¹⁷, los influyentes trabajos académicos que publicaban y los borradores normativos que se les encargaba traslucían el mismo sesgo liberalizador que empezaba a caracterizar –no se olvide, también por vez primera– a la Ciencia del Derecho administrativo de los países vecinos. Si hoy produce asombro la labor de “desescombro” llevada a cabo por los juristas alemanes para dar la vuelta al Derecho administrativo del pasado¹⁸, resulta aún más admirable la realizada en el mismo sentido por los profesores españoles dentro del contexto dictatorial.

Una pieza fundamental del “Estado de Derecho administrativo” fue, precisamente, la citada Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (en adelante LJCA 1956). En el contexto de una dictadura alumbró un sistema de control judicial más garantista que el de muchas democracias liberales. La jurisdicción contencioso-administrativa, plenamente integrada en el sistema judicial común, pasó a ser servida por magistrados profesionales e independientes. No obstante, la letra de la ley no llegó a apartarse enteramente del anterior modelo. La ejecución de Sentencias seguía correspondiendo al propio «*órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso*» (art. 103). En consonancia también con la concepción objetiva o revisora del proceso, el recurso contencioso-administrativo debía dirigirse necesariamente contra una resolución administrativa previa e interponerse en un breve plazo (arts. 37, 52, 58). Del mismo modo, quien sólo pudiera esgrimir un “interés directo” merecía una protección judicial limitada, reducida a la anulación del acto ilegal [arts. 28.1 a) y 41]; el restablecimiento pleno era sólo para el titular de un “derecho derivado del ordenamiento” [arts. 28.1 a) y 42]. Aplicada la Ley en el nuevo contexto social y cultural, alguno de esos elementos de raigambre autoritaria desapareció pura y simplemente de la práctica judicial; en particular, las

marginando la legitimidad del sistema: la legalidad era el instrumento formal de combate frente a la ilegitimidad originaria».

¹⁷ El propio García de Enterría cuenta los orígenes y significación de la Revista en A. NIETO GARCÍA, *Para una Historia interna de la RAP*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 611-621.

¹⁸ R. WAHL, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 37.

pretensiones de protección plena y la consiguiente posibilidad de exigir condenas a hacer a la administración se reconocieron desde el principio con toda normalidad, también respecto de los actos administrativos de autoridad, sin las dificultades experimentadas hasta hace muy poco por el Derecho administrativo francés e italiano¹⁹.

En los años setenta del pasado siglo, España, junto a los demás países que superan regímenes dictatoriales (Portugal, Grecia), se incorpora plenamente a la cultura político-jurídica europea. La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) afirma el Estado como social, democrático y de Derecho (art. 1.1). En consecuencia: residencia la «*soberanía nacional*» en el «*pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado*» (art. 1.2); reconoce la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes [y] el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), entre ellos el que tiene por objeto una tutela judicial efectiva (art. 24); y establece la garantía jurisdiccional de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional encargado de resolver conflictos competenciales, controlar la constitucionalidad de las leyes y garantizar los derechos fundamentales a través del recurso de amparo (Título IX, arts. 159-165).

La Constitución permite el mantenimiento de un orden jurisdiccional focalizado en el Derecho administrativo y regular dentro de él procesos objetivos destinados a canalizar *tutela judicial colectiva*, lo que el legislador establece con cada vez más frecuencia mediante acciones populares y legitimaciones especiales en consonancia con los beneficios «*que trascienden el interés del justiciable considerado aisladamente*» (Sentencia del Tribunal Constitucional – en adelante STC o SSTC, si son varias – 20/2012, de 16 de febrero). Ahora bien, dentro del sistema constitucional, el contencioso-administrativo está fundado en razones esencialmente organizativas; no puede ser ya el reflejo procesal de aquella teoría material de las situaciones activas que negaba la protección plena²⁰. A su vez, la regulación de procesos *objetivos* debe hacerse sin perjuicio del derecho fundamental de todo ciudadano ha residenciar sus

¹⁹ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007.

²⁰ Se ha dicho en este sentido que el legislador dispone de un amplísimo margen para configurar el proceso contencioso-administrativo, pero si consagrarse una desigualdad relevante – en beneficio de un poder público –, el artículo 24.1 CE exigiría «*una especial justificación*» y debería ajustarse al “principio de proporcionalidad”: RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT, *Derecho a la tutela judicial efectiva y posición peculiar de los poderes públicos*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, 1982, pp. 183-208.

conflictos con la administración en igualdad de armas y ante un juez imparcial e independiente obligado a brindar protección plena.

La LJCA 1956 se ajustaba sustancialmente a estos parámetros. No obstante, el nuevo marco constitucional tuvo sobre ella consecuencias no exentas de relevancia. Por ejemplo, por imperativo constitucional (art. 117.3), la titularidad de la potestad de ejecución de las decisiones judiciales pasó a corresponder exclusivamente a los propios órganos judiciales (SSTC 32/1982, de 7 de junio y 167/1987, de 28 de octubre. En todo caso, en 1998 una nueva Ley reguló la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA 1998), partiendo del régimen precedente y de acuerdo con los nuevos parámetros constitucionales. Sin entrar en mayores detalles, baste destacar que el contencioso-administrativo está configurado como un orden estrictamente jurisdiccional de jueces y magistrados independientes y especializados cuya función primaria es tutelar al ciudadano frente a las «*extralimitaciones de la Administración*» (Exposición de Motivos de la LJCA 1998). Quien denuncia estas extralimitaciones tiene abierta la jurisdicción siempre que el (eventual) incumplimiento incide realmente en su esfera de intereses y, por tanto, si arriesga verdaderamente algo en el proceso [art. 19.1 a)]. A su vez, el demandante puede “pretender del órgano jurisdiccional que condene a la administración al cumplimiento de sus *obligaciones* en los concretos términos en que estén establecidas” (art. 32.1) porque le asisten los correlativos *derechos* o “situaciones jurídicas individualizadas” merecedoras de restablecimiento pleno [art. 71.1 b)]. La LJCA 1998 autoriza la restitución de estos derechos o situaciones jurídicas mediante medidas típicas [anulación del acto ilegal, cese de la vía de hecho, cumplimiento de la actividad material obligatoria: art. 71.1 a)] y cualesquiera otras que sean «*necesarias*» [art. 71.1 b)], entre ellas, la condena a la «*emisión de un acto*» o la «*práctica de una actuación jurídicamente obligatoria*» [art. 71.1 c)]. Afirma así el principio de *atipicidad* de los remedios en el sentido de que el proceso, en cuanto mecanismo destinado a la realización efectiva en el caso concreto de las obligaciones y derechos que regula la ley, debe permitir el ejercicio de cualesquiera acciones que sean precisas para hacer realidad la voluntad de esa ley²¹.

²¹ No obstante, siguen apreciándose algunas asimetrías favorables a la administración en el texto de la ley y en la práctica judicial. Cfr. R. O. BUSTILLO BOLADO, *Tutela judicial, Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa y práctica forense: viejas dificultades y nuevas propuestas*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, pp. 159-180; y A. HUERTO LORA, *Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, pp. 41-73.

3. El reconocimiento del derecho a la acción en muy amplios términos.

A) El impulso humanista

El alcance del derecho a la acción en la LJCA 1888 era reducido, en consonancia con la cultura estadólatra que venía desarrollándose en toda Europa, según se ha ya indicado. La actividad discrecional y los reglamentos gubernamentales no eran impugnables. Es verdad que, frente a la tradición germánica²², el ordenamiento español admitió siempre la invocación de normas con entera independencia de que su finalidad fuera pública o privada. No obstante, conforme al legalismo imperante, las normas que se podían hacer valer eran, sustancialmente, reglas escritas; los principios jurídicos ingresaban más difícilmente en el proceso administrativo. En fin, se exigía una relación concreta entre el demandante y la administración, esto es, la concurrencia de perjuicios claros asociados al incumplimiento de los límites que afectaban al ejercicio del poder, lo que se apreciaba con mucho rigor. Por ejemplo, se negaba en todo caso que el particular que no hubiera sido parte en el expediente pudiera reclamar contra las decisiones administrativas (Sentencia de 27 de noviembre de 1906)²³.

Tras la Segunda Guerra Mundial, cambió el espíritu del tiempo y con él, la justicia administrativa, según ha quedado ya registrado. El legislador español amplió la legitimación procesal en consonancia al admitir la acción popular en materia urbanística²⁴, al vincular la legitimación individual con carácter general a una relación de lesividad entre la acción administrativa y el interés del recurrente y al admitir la impugnación de los actos discrecionales y los

²² En el Derecho alemán, viene entendiéndose que, frente a la infracción de la norma dirigida a fines de interés general, el ciudadano atesora, no un derecho subjetivo, sino un mero interés de hecho carente en cuanto tal de protección judicial. Tal es la doctrina esbozada embrionariamente por Ihering (en el marco de su concepto de derecho como interés privado jurídicamente protegido, en R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Granada, Comares, 1998, pp. 1025-1051, especialmente pp. 1040-1043; el original alemán consta de dos volúmenes publicados en 1852 y 1865); formulada por Georg Jellinek [como teoría del derecho público subjetivo (*subjektives öffentliches Recht*) en *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Libreria, Milano, 1912, traducción italiana a partir de la segunda edición alemana de 1905 (1ª ed. de 1892)]; y desarrollada por Ottmar Bühler [bajo la denominación de teoría de la norma protectora (*Schutznormtheorie*) en *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, W. Kohlhammer, Berlin, 1914].

²³ Cfr. J. A. UBIERNA EUSA, *Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Castro S. A., 1935, pp. 105-106.

²⁴ La Ley del Suelo de 1956 consagró la acción pública «para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística» (art. 223). Al respecto, L. COSCULLUELA MONTANER, *Acción pública en materia de urbanismo*, en *Revista de Administración Pública*, 1973, pp. 9-57.

reglamentos. Ciertamente, la LJCA 1956 establecía aún relevantes límites al derecho a la acción: el interés legitimador debía ser “directo”; algunos actos administrativos seguían excluidos de la vía contencioso-administrativo (los dictados en función de policía sobre la prensa, la radio y la cinematografía, los relativos a ascensos y recompensas en el ámbito militar; y otros indicados por la ley, como el acuerdo de necesidad de ocupación a los efectos de la expropiación forzosa); y solo las entidades públicas podían impugnar los reglamentos, excluyendo respecto de ellos, por tanto, la legitimación individual. No obstante, dentro del nuevo contexto humanista, los órganos judiciales desactivaron en buena medida esta serie de límites. El concepto de interés directo se interpretaba con mucha flexibilidad a fin de justificar una amplia legitimación procesal [entre muchas, Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), Sala 3ª, de 12 de noviembre de 1965]²⁵. Logró evadirse también la exclusión legal de la legitimación individual para impugnar reglamentos por la vía de afirmar que eran actos administrativos generales (p. ej., STS, Sala 3ª, de 25 de enero de 1966)²⁶. En fin, cobró una importancia capital el control de la discrecionalidad a través de los principios generales del Derecho (STS, Sala 3ª, de 6 de julio de 1959)²⁷.

B) El impulso constitucional

La aprobación de la Constitución de 1978 tuvo consecuencias muy relevantes para el derecho a la acción. El acceso a una jurisdicción se convierte en derecho fundamental. La obtención de una primera resolución judicial de fondo constituye la «*sustancia medular*» (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 90/2013, de 22 de abril, FJ 3) o «*vertiente primaria*» (SSTC 89/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 93/2004, de 24 de mayo, FJ 3) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; su «*primer contenido*» en un orden lógico y cronológico (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre, FJ 1; 220/1993, de 30 de junio, FJ 2; 165/2011, de 3 de noviembre, FJ 3). El derecho a dirigirse a un juez en busca de protección, al «*nacer directamente de la propia Ley suprema*», tiene más consistencia constitucional que la revisión de la respuesta judicial ya obtenida, que «*es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes*» (STC 209/2013, de 16 de enero,

²⁵ Cfr. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *La inmediatez del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa*, en *Revista de administración pública*, núm. 82, 1977, pp. 211-228; y J. SÁNCHEZ ISAC, *El interés directo en los derechos español y francés*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

²⁶ Cfr. J. LEGUINA VILLA, *Legitimación, actos administrativos y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizativas*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966, pp. 193-224.

²⁷ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, pp. 131-166.

citando las SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 241/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

El reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción prohíbe que el legislador asegure a la administración ámbitos de inmunidad, excluyendo la impugnabilidad de determinadas actuaciones administrativas. Por tal razón el Tribunal Supremo declaró que el art. 24 CE derogó las limitaciones para recurrir que incluía la legislación de expropiación forzosa (STS, Sala 3ª, de 11 de junio de 1997). Por lo mismo, al reconfigurar la jurisdicción contencioso-administrativa, la LJCA 1998, considera impugnables cualesquiera actos, disposiciones y reglamentos administrativos, vinculando la legitimación individual a un interés en la acción que ya no debe ser “directo”. Por lo mismo, los requisitos o condiciones que la ley imponga al acceso a la jurisdicción (p. ej., el abono de tasas judiciales), han de estar justificados en términos de proporcionalidad (STC 140/2016, de 21 de julio).

La consagración del acceso a la jurisdicción como derecho fundamental supone, a su vez, la proscripción del rigorismo en la aplicación y la interpretación de los requisitos de admisión del recurso contencioso-administrativo. El control constitucional de las decisiones judiciales de inadmisión deba realizarse de forma especialmente intensa con el fin de *«evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida»* (SSTC [207/1998](#), de 26 de octubre, FJ 3; [63/1999](#), de 26 de abril, FJ 2; [172/2002](#), de 30 de septiembre, FJ 3; [184/2004](#), de 2 de noviembre, FJ 3; [79/2005](#), de 4 de abril, FJ 2; y [244/2006](#), de 24 de julio, FJ 2; 135/2008, de 27 de octubre, FJ 4, entre otras muchas). El art. 24 CE *«está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales»* (STC 24/1987, de 25 de febrero).

La doctrina constitucional ha desarrollado esta exigencia de un control más amplio o penetrante mediante la elaboración de un canon o test especial para el acceso a la jurisdicción, distinto del ordinario o general de la razonabilidad característico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Interpretaciones altamente discutibles de la legalidad ordinaria son compatibles con el artículo 24.1 CE con tal que no se basen en errores fácticos patentes ni sean manifiestamente irrazonables ni arbitrarias. En cambio, si está en juego el acceso a la jurisdicción, interpretaciones aceptables o razonables pueden llegar a reputarse lesivas en aplicación de este singular canon, que es el condensado en el denominado principio *pro actione*. La jurisprudencia constitucional

entendió inicialmente que, ante dos interpretaciones posibles de la regulación aplicable, el *pro actione* obligaba al juez ordinario a optar necesariamente por aquella más favorable al acceso a la jurisdicción. A partir de los años noventa del pasado siglo, ha venido a identificarlo con el canon de proporcionalidad corrientemente utilizado para el examen de las injerencias de los poderes públicos en derechos fundamentales de carácter sustantivo. De modo que el señalado canon no exige ya «*la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles*» (entre muchas, SSTC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 141/2011, de 26 de septiembre, FJ 4); pero sí obliga a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales sin sacrificio desproporcionado del derecho a acceder a la justicia. El canon *pro actione* prohíbe «*aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican*» (SSTC 38/1998, de 17 de febrero, FJ 2; 17/2011, de 28 de febrero, FJ 3, entre otras). Se trata en todo caso de un «*escrutinio constitucional especialmente severo*» (STC 7/2001, de 15 de enero, FJ 4), ya que conduce a apreciar la vulneración del artículo 24.1 CE por parte de resoluciones judiciales incursas en un rigorismo desproporcionado, aunque puedan reputarse razonables y «*sin perjuicio de su posible corrección desde una perspectiva teórica*» (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3). Es más, el principio *pro actione* es en rigor decisivo para afirmar la vulneración del derecho fundamental a acceder a la jurisdicción cuando la interpretación judicial no es claramente errónea ni irrazonable ni arbitraria. Como afirma la STC 209/2013, «*la entrada en juego del pro actione como canon autónomo de enjuiciamiento presupone, justamente, la ausencia de manifiesta irrazonabilidad en la decisión judicial impugnada*».

La STC 119/2008, de 13 de octubre, es un buen ejemplo de aplicación del canon de proporcionalidad inherente al reconocimiento constitucional del acceso a la jurisdicción como sustancia medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La empresa recurrente disfrutó de una concesión administrativa para el abastecimiento de agua potable hasta que el ayuntamiento la dio por finalizada, convocando nuevo concurso para la adjudicación del servicio. La recurrente no participó en el nuevo concurso, pero impugnó su convocatoria. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana inadmitió el recurso por considerar que la empresa, al no haber participado en el concurso, carecía de un interés legítimo, entendido como interés en la acción. Interpuesto el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional recuerda que «*aunque la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende de la legitimación activa para recurrir, es, en principio, cuestión de*

legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales», le corresponde «velar ex art. 24.1 CE por que las normas procesales que la regulan sean interpretadas y aplicadas no sólo de manera que no sea manifiestamente irrazonable sino también de un modo que no conduzca a una decisión de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón resulte desproporcionada en la apreciación del equilibrio entre los fines que aquellas normas pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso». En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional declara que la inadmisión del recurso vulneró el derecho fundamental de acceso a la justicia: «Si, como antes hemos señalado, respecto de la legitimación activa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, siendo incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta, resulta evidente en el presente caso que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción».

C) El impulso europeo

En materia de contratos públicos, el Derecho europeo ha obligado a algunos Estados miembros a ampliar el alcance del derecho a la acción reconocido a los licitadores o empresarios perjudicados. Destaca particularmente las consecuencias que en este plano ha tenido en el ordenamiento alemán. De acuerdo con la denominada teoría de la norma tuitiva (*Schutznormtheorie*)²⁸, el licitador perjudicado por el incumplimiento del régimen de selección de contratistas no puede hacer valer la norma infringida como un derecho subjetivo, por lo que carece de acción. Comoquiera que este planteamiento es radicalmente contrario al Derecho europeo de la contratación, se admite la existencia de derecho subjetivo y acción, pero solo cuando la norma incumplida trae causa de la normativa comunitaria. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Federal en un conocido asunto (Sentencia de 13 de junio de 2006). El *Land* de Sarre adjudicó a un empresario un contrato para medidas de seguridad vial. El candidato perdedor, que había presentado la mejor oferta, denunciaba varias irregularidades. Tras recurrir sin éxito en la vía administrativa, acudió al Tribunal Superior del *Land*, quien aplicó la teoría de la norma protectora. Consideró que las reglas que imponen

²⁸ *Vide supra* nota 22.

límites a la adjudicación de contratos públicos persiguen solo finalidades de interés general de modo que el competidor perjudicado por su incumplimiento carece de derechos subjetivos correlativos y, por tanto, de toda protección judicial. El Tribunal consideraba que el Derecho europeo ha alterado este planteamiento al introducir limitaciones formales que, destinadas también a la protección de intereses individuales, atribuyen derechos subjetivos y, por tanto, reclaman protección judicial. No obstante, precisó que el Derecho europeo no era aplicable al caso porque la cuantía del contrato en cuestión no superaba el umbral comunitario. Por eso el Tribunal desestimó el recurso; por debajo de los umbrales europeos no hay el derecho subjetivo cuya efectiva protección jurisdiccional garantiza el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF). Interpuesto recurso de amparo fue desestimado por el Tribunal Constitucional Federal. Descartó que fuera de aplicación el derecho constitucional a la tutela judicial (art. 19.4 LF); también que pudiera interpretarse que las reglas de adjudicación de genética no europea atribuyan derechos subjetivos leídas en conexión con el reconocimiento constitucional de las libertades de empresa (art. 3.1 LF) y ejercicio profesional (art. 12.1 LF). De modo que pudo existir incumplimiento de las normas de adjudicación y el licitador pudo por ello sufrir un perjuicio. Sin embargo, a la vista de la finalidad pública de aquellas normas, ese empresario tenía sólo un “interés de hecho” en la regularidad de la acción administrativa por lo que no merecía protección judicial²⁹.

Reconociendo el contencioso-administrativo español el derecho a la acción en muy amplios términos, la legislación europea de la contratación pública no ha tenido una repercusión semejante. Cabe destacar, no obstante, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha obligado a ampliar la impugnabilidad de los actos de trámite. Conforme a una regla tradicional de nuestro Derecho procesal administrativo, los actos de trámite son impugnables solo si deciden directa o indirectamente el procedimiento o causan indefensión. La admisión de la oferta de un licitador es un acto de trámite que, no cumpliendo tales requisitos, no podía ser impugnada directamente, sin perjuicio de la posibilidad de denunciar los vicios que le afectan al recurrir de la resolución definitiva. Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal de Justicia (Sentencia de 5 de abril de 2017, C-391/15), la imposibilidad de recurrir autónomamente la decisión administrativa por la que se admite la oferta del

²⁹ S. DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 312-319) se refiere con mucho más detalle a esta Sentencia, así como a las controversias doctrinales que ha suscitado.

competidor violaba la Directiva 89/665. La normativa vigente se ha ajustado a este pronunciamiento [art. 44.2 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público].

4. Consideraciones finales.

Desde los años cincuenta del pasado siglo nuestro contencioso-administrativo viene experimentando una tendencia a reconocer un derecho a la acción lo más amplio posible, en consonancia con el paradigma humanista y constitucionalista desarrollado en Europa, en general, y con el sistema español de protección judicial subjetiva y plena, en particular. Ello es compatible con la constatación de que subsisten líneas jurisprudencias restrictivas aún no corregidas por el Tribunal Constitucional. Me refiero, en particular, a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que rechaza la legitimación de los laboratorios farmacéuticos para recurrir las autorizaciones de comercialización de “genéricos” libradas por la Agencia Española del Medicamento. Aunque la farmacéutica denuncie infracciones (p. ej., el incumplimiento de la obligación de que haya prueba de bioequivalencia) y aunque alegue que como consecuencia de ellas sufre evidentes perjuicios (p. ej., la bajada del precio de venta de sus fármacos), la indicada Sala le niega acceso a la jurisdicción porque las normas reguladoras de la autorización protegen sólo intereses sanitarios, siendo los intereses de la actora de carácter económico o comercial y, en definitiva, privados. Se afirma entonces que el particular carece de un “interés legítimo” (entre muchas, la Sentencia de 26 de diciembre de 2012 desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra el Auto 5/2012, de 27 de enero, del Juzgado central de lo contencioso-administrativo núm. 9). A mi juicio, esta interpretación “a la alemana” de la exigencia del interés en la acción es claramente incompatible con el canon de proporcionalidad resultante del reconocimiento constitucional del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.

Ciertamente, no cabe desconocer que una litigiosidad muy alta puede llegar a colapsar la capacidad de resolución de los tribunales³⁰. Sin embargo, dentro del marco constitucional, el terreno más abierto a la política legislativa y

³⁰ Insiste en ello A. B. GÓMEZ DÍAZ, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 135-136: «Esta explosión de litigiosidad ha desbordado ampliamente la capacidad de resolución de los órganos de tramitación de recursos administrativos y ha desbordado y ha colapsado a los tribunales...No resta otra salida, que actuar sobre la demanda y operar una reducción del número de asuntos que acceden a los juzgados y tribunales contenciosos...Una configuración de la legitimación distinta de lo que hoy rige en nuestro ordenamiento puede ser un método natural para realizar una tarea de esta naturaleza».

a las consideraciones de eficiencia no es el acceso a la jurisdicción; se halla en otros muchos aspectos de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluido el sistema de recursos contra decisiones judiciales previas; sistema que el legislador puede configurar muy diversamente y respecto del que la interpretación judicial está sujeta a un canon de razonabilidad mera (STC 37/1995, de 7 de febrero). De modo que el artículo 24.1 CE da un amplísimo margen al legislador para establecer una regulación procesal que asegure la *efectividad* de la protección judicial plena y, al propio tiempo, la *eficiencia* del servicio público de justicia (art. 103.1 CE), tomando en consideración tanto sus elevados costes como el riesgo de colapso derivado de una extraordinaria acumulación de asuntos³¹. Ahora bien, ese amplísimo margen está, sobre todo, en lo que no tenga que ver con la posibilidad de que el ciudadano pueda obtener protección plena frente a la administración a través de una primera resolución judicial de fondo.

La idea puede ilustrarse cabalmente a través del trabajo de la Sección Especial para la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, presidida por el profesor Francisco Velasco Caballero e integrada por otros expertos provenientes de la Universidad, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Abogacía del Estado: *Informe explicativo y propuesta de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, disponible también online (www.mjusticia.gob.es). A la vista del elevado número de asuntos que en España ingresan en la jurisdicción contencioso-administrativa en comparación con otros países, el Informe propone penetrantes reformas. Lo interesante, a nuestros efectos, es que tales propuestas se refieren a la vía administrativa o a los recursos contra decisiones judiciales previas, pero no al acceso a la jurisdicción. No es que el legislador no pueda intervenir sobre ese acceso, es que puede hacerlo de manera mucho más penetrante en las etapas precedentes y consiguientes. Respecto de las primeras, la Sección persuade de la conveniencia de crear órganos administrativos independientes de carácter sectorial (similares a los tribunales económico-administrativos y a los tribunales especiales contractuales); su instauración no impediría el recurso judicial, pero las garantías asociadas de profesionalidad e

³¹ Un análisis empírico de las tasas de resolución de asuntos, de pendencia y de congestión en el contencioso-administrativo y la vía administrativa previa, en *Informe sobre la Justicia Administrativa 2017*, dir. S. Díez Sastre, CIJA Madrid, UAM, 2017.

independencia podrían reducir la conflictividad jurisdiccional. Respecto de las segundas, postula una profunda revisión del recurso de casación³².

³² La reforma de 2015 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, y de la LJCA 1998, singularmente en lo que hace al nuevo recurso de casación, se ajusta parcialmente a estas propuestas.

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

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

LEGAL STANDING AND INTEREST IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL REVIEW

SINTESI

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

ABSTRACT

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

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

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

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

1. Premessa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1. Potere di intervento e oggettività del processo amministrativo.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Ulteriori ipotesi di “giurisdizione oggettiva”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Conclusioni.

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

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

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

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

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

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

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

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

FIorenzo LIGUORI
Professore ordinario di diritto amministrativo presso
l'Università degli Studi di Napoli Federico II
fiorenzo.liguori@unina.it

ACCESSO ALLA TUTELA PROCESSUALE AVVERSO LA S.C.I.A. NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA

RECENT CASE LAW IN CERTIFIED NOTICE OF COMMENCEMENT OF WORK LITIGATIONS

SINTESI

La sostituzione delle autorizzazioni non discrezionali con il diverso modello del controllo ex post di attività liberamente avviate continua, a distanza di quasi trent'anni dalla sua introduzione, a produrre negli interpreti una sorta di spaesamento. Anche dopo che il comma 6-ter dell'art. 19 della legge 241 ha segnato la fine della ricerca affannosa di qualcosa da impugnare i modelli culturali tradizionali continuano ad emergere, specie con riguardo alla non ancora del tutto metabolizzata decadenza del potere di controllo e divieto. La Corte Costituzionale, recependo le letture più liberali e innovative, chiarisce che la fase amministrativa è solo una parentesi "a tempo" della s.c.i.a., modello non riducibile a logiche integralmente di diritto amministrativo; e che la riduzione della tutela del terzo in sede di giurisdizione amministrativa è compatibile con i principi costituzionali.

Lo scritto, nell'analizzare la recente giurisprudenza in materia, ripropone l'idea, ora avallata dalla Corte Costituzionale, che il processo non può far rivivere poteri che andavano esercitati entro un termine perentorio già interamente decorso nel momento della proposizione del giudizio. L'apparato rimediale risultante dalla corretta lettura del comma 6-ter, anche alla luce delle innovazioni volute dalla legge 124 del 2015, è lo specchio fedele della disciplina sostanziale. Le garanzie giurisdizionali per il terzo, come ricorda del resto la Corte, non si esauriscono davanti al giudice amministrativo, ma sono completate dalla fondamentale tutela civile dei diritti.

ABSTRACT

The replacement of non-discretionary authorizations with the different model of ex post control of freely started activities continues, almost thirty years after its introduction, to produce in the interpreters a sort of disorientation. Even after paragraph 6-ter of the art. 19 of Law 241 marked the end of the search for a measure to challenge, traditional cultural models continue to emerge, especially with regard to the not yet completely metabolized decadence of con-

trol and prohibition powers. The Constitutional Court, assimilating the most liberal and innovative interpretations, clarifies that the administrative phase is only a parenthesis of the discipline of s.c.i.a. and that the limitation of judicial protection of third parties is compatible with constitutional principles. The paper reiterates the idea that the judgment cannot dredge up elapsed powers. The protection system resulting from the correct interpretation of paragraph 6-ter, also in the light of the innovations required by law n. 124 of 2015, is the faithful mirror of the substantive rules. The jurisdictional guarantees of third parties rights, do not end with the administrative process, but are completed by the civil enforcement of rights.

PAROLE CHIAVE: tutela del terzo, azione del terzo, tutela civile, silenzio-inadempimento, tutela giurisdizionale.

KEYWORDS: third protection, third court proceedings, civil enforcement, non-compliance by silence, judicial protection.

INDICE: 1. La tutela del terzo tra giudizio amministrativo e giudizio civile. – 2. Alla ricerca di qualcosa da impugnare. – 3. Il termine per l'azione del terzo e il problema dell'affidamento del segnalante. – 4. La natura dei poteri ed i termini per il loro esercizio. La tutela civile dei diritti. – 5. La concorrenza delle tutele e gli effetti possibili della sentenza sul silenzio-inadempimento.

1. La tutela del terzo tra giudizio amministrativo e giudizio civile.

La semplificazione del meccanismo diretto a produrre l'effetto giuridico abilitante all'esercizio delle attività private non subordinate a valutazioni discrezionali ha, nella percezione comune, finito per rendere più complicato l'accesso alla tutela giurisdizionale. La Corte Costituzionale, di recente, ha dovuto ancora una volta occuparsi dell'art. 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241, affrontando direttamente il problema dell'accesso al giudice da parte del cd. terzo¹.

La decisione interviene in una controversia che riguarda l'apertura di una finestra in dedotta violazione di un regolamento condominiale; ed anche l'altro grande arresto in tema di s.c.i.a., l'Adunanza plenaria n. 15/2011², investiva una questione di marca civilistica, e cioè dei lavori che avrebbero comportato l'aggravamento di una servitù.

Entrambe le controversie ben avrebbero potuto essere sottoposte alla cognizione del giudice ordinario, ma invece sono state instaurate davanti al

¹ Corte Cost., sent. 13 marzo 2019, n. 45, in www.cortecostituzionale.it. Per un primo commento cfr. C. LAMBERTI, *La SCLIA tutela le attività economiche non il terzo*, in *Giur. It.*, 2019, p. 917 e ss., anche per la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di d.i.a.-s.c.i.a. L'ordinanza di remissione è T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, in *Riv. Giur. ed.*, 2/2017, p. 328.

² Cons. St., A.p. 29 luglio 2011, n.15, in *Riv. Giur.ed.*, 2011, p. 533 e ss., con commento di M. A. Sandulli. In tema, di recente, anche per ogni ulteriore riferimento, cfr. R. BERTOLI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: decadenza del potere inhibitorio e pretesa del suo esercizio*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.*, 6/2017, p. 1381 e ss.

giudice amministrativo, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva di cui si sarebbe forse potuto fare a meno, e che si è rivelata fonte di ulteriori equivoci nella decifrazione della attuale s.c.i.a., questa strana creatura che cambia spesso anche il nome, ma sulla cui vera identità si coltivano ancora misteri.

Non è qui il caso di ritornare sulle tante contraddizioni di questo istituto, se non per ricordare che sono state determinate anche dall'instabilità del quadro normativo, ma più ancora, è da credere, dalla strenua resistenza dei modelli culturali tradizionali, incentrati sulla presenza di un atto autorizzativo³.

La spiegazione fantastica più interessante dell'acronimo mai ascoltata è quella formulata in un convegno non giuridico di "strana creatura indubbiamente aliena"⁴, ma forse l'avverbio si può scegliere meglio, giacché la resistenza degli stilemi tradizionali fa sembrare fin qui più appropriato "inutilmente" che "indubbiamente"; con riguardo a questo istituto, del resto, di indubbio c'è stato a lungo, e forse ancora c'è, nella percezione di molti, ben poco.

In punto di tutela un aspetto, però, dovrebbe essere chiaro, specie dopo Corte Costituzionale n. 45/2019, e cioè che si tratta di un caso nel quale la piechezza della giurisdizione va assicurata dalla concorrenza dei diversi rami del sistema giurisdizionale, e non solo dal (già peraltro sovraesposto) giudice amministrativo.

La giurisdizione esclusiva non può comunque estendersi ai rapporti interpretati, anche se sorprendentemente in qualche caso il Consiglio di Stato si è spinto anche in questa direzione, ordinando al privato, in sede di reintegrazione in forma specifica, la demolizione d un fabbricato realizzato sulla base di una s.c.i.a. prodotta in assenza dei predetti requisiti⁵.

Il privato, è il caso di ricordarlo ancora, ha il diritto di rimanere privato e perciò il giudice amministrativo non ha alcun titolo, neppure in sede di giurisdizione esclusiva, che investe pur sempre i rapporti tra cittadini e amministrazione, per ordinarli alcunché, ma può solo intimare all'Amministrazione, se ne ricorrono i presupposti sostanziali e processuali, di assumere le determinazioni consequenziali all'accertamento dell'insussistenza dei presupposti legittimanti l'attività di cui alla s.c.i.a..

³ A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 17 e ss. In tema anche F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 1223 e ss.

⁴ Ne parlò Gianni Comporti in un incontro di studi bocconiano di qualche anno fa.

⁵ IV, 22 dicembre 2014, n. 4764. La sentenza si può vedere in www.giustizia.amministrativa.it ed è commentata in F. LIGUORI, *Le incertezze*, op. cit., pp. 1242-1243. Nello stesso senso cfr. R. BERTOLI, op. cit., 1385 e n. 25.

La giurisdizione esclusiva si affianca senza sostituirsi a quella ordinaria e ricomprende unicamente le controversie circa l'esercizio o il mancato esercizio dei poteri riconosciuti all'Amministrazione, poteri tipici e limitati nel tempo, come ha ricordato da ultimo anche la Corte Costituzionale. Si tratta di una parentesi importante, ma pur sempre di una parentesi di natura amministrativa che si inserisce in un rapporto più lungo tra privato e privato: il che dovrebbe anche sdrammatizzare le problematiche relative al consolidamento dell'affidamento, se è vero che la posizione del segnalante è naturalmente esposta alle iniziative che il cd. terzo può intraprendere entro il termine di prescrizione⁶.

Il privato, è il caso di ricordarlo ancora, ha il diritto di rimanere privato e perciò il giudice amministrativo non ha alcun titolo, neppure in sede di giurisdizione esclusiva, che investe pur sempre i rapporti tra cittadini e amministrazione, per ordinargli alcunché, ma può solo intimare all'Amministrazione, se ne ricorrono i presupposti sostanziali e processuali, di assumere le determinazioni consequenziali all'accertamento dell'insussistenza dei presupposti legittimanti l'attività di cui alla s.c.i.a..

2. Alla ricerca di qualcosa da impugnare.

È ben noto che l'introduzione di questo istituto ha generato una sorta di spaesamento degli operatori specie sul fronte dell'accesso al giudice. Ha preso forma così un evidente paradosso: un istituto nato per liberarsi dell'atto ha determinato sul piano processuale la necessità di recuperarne anche solo una finzione per garantire al terzo una tutela effettiva e in forma specifica.

Il presupposto è che l'atto integri una garanzia di giustizia e che – profilo per vero tutto da dimostrare – la tutela da assicurare nelle ipotesi di s.c.i.a. non possa essere meno incisiva di quella che avrebbe garantito al terzo l'impugnativa di un atto autorizzatorio⁷.

I diversi modi di concepire il modello e le diverse soluzioni in tema di tutela del terzo – dall'impugnativa dell'atto del privato alla “invenzione” di un silenzio-diniego – hanno, infatti, tutti un tratto comune: la ricerca di un atto da impugnare.

⁶ S. CAPOZZI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la Consulta chiarisce*, in *Riv.giur. ed.*, 2-2019, p. 318 e ss..

⁷ R. BERTOLI, op. cit. In tema, cfr. anche M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, spec. pp. 329-330; M. A. SANDULLI, *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2017.

L'attuale disciplina, sulla quale è intervenuta la recente decisione della Consulta, contenuta nel comma 6 *ter* dell'art. 19, a questa ricerca del provvedimento eponimo, vero o finto, ha invece inteso porre finalmente fine.

La disposizione, introdotta nel 2011, precisa infatti che «*La D.I.A. e la S.C.I.A. non costituiscono provvedimenti impugnabili*» e aggiunge che «*gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del d.lgs. 2 luglio 2010 n.104*».

Non è comune che una norma si impegni a dettare qualificazioni giuridiche e ad indicare gli strumenti processuali da utilizzare in via esclusiva, ma in questo caso è chiaro che il legislatore ha voluto porre un freno alla creatività della giurisprudenza, che rischiava di rendere ingestibile un istituto ritenuto strategico.

La legge n. 124 del 7 agosto 2015 ha poi provveduto anche a “sfoltire” la gamma degli altri poteri riconosciuti all'Amministrazione riscrivendo i commi 3 e 4 dell'art. 19: viene così esclusa, con la sola eccezione della materia edilizia (co.6 *bis*), l'applicabilità del sistema sanzionatorio ordinario (precludendo in tal modo ai terzi la possibilità di agire nel procedimento e nel processo per l'adozione delle relative misure), mentre si chiarisce che il potere inibitorio generale sopravvive trasformato alla consumazione del termine di 60 gg., potendo l'Amministrazione intervenire anche dopo, ma solo se ricorrono le condizioni di cui all'art. 21 *novies*. L'ambiguo e fuorviante richiamo agli istituti tipici dell'autotutela cede dunque il passo ad una diversa e più cauta previsione dalla quale si ricava che il potere è pur sempre quello di controllo e di inibizione-conformazione, ma condizionato, nella sua seconda fase temporale, alla stregua del potere di annullamento d'ufficio, dalle esigenze di tutela dell'affidamento.

3. Il termine per l'azione del terzo e il problema dell'affidamento del segnalante.

Il rimedio individuato dall'art. 6 *ter* va riferito al potere di controllo e di inibizione-conformazione, come rimodellato dalla l. 124/2015, e deve ritenersi esperibile soltanto fino a che questo potere, sottoposto a termini perentori, esiste nella sua duplice e successiva declinazione: prima quella piena e di natura vincolata durante i primi 60 (o 30) giorni; poi quella più limitata e a matrice discrezionale durante i successivi 120 (o 150) giorni⁸.

⁸ F. LIGUORI, *op. cit.*, p. 1252 e ss.

L'unico modo ammissibile per chiedere al giudice amministrativo di pronunziarsi sul mancato esercizio del controllo è, inoltre, parso quello di inoltrare un sollecito prima della scadenza del termine, proponendo poi l'eventuale ricorso entro l'anno. Non si può infatti condividere l'idea⁹, per quanto autorevole e ispirata all'effettività della tutela dei terzi, che il giudice possa far rivivere un potere già estintosi.

Il TAR Firenze ha invece sposato la tesi della resurrezione del potere con un ragionamento un po' obliquo: ci si preoccupa, e perciò si investe la Corte della questione, dell'affidamento del segnalante rispetto ad un potere vincolato *sine die*. Si vede cioè il problema "a valle" mentre sarebbe stato agevole superarlo "a monte", fermandosi all'idea basica che il potere, se si è estinto nel procedimento, perché sottoposto a termine perentorio, non può poi essere riesumato nel processo.

Sarebbe bastato aver chiaro che la tutela si modella sulle posizioni sostanziali e non può dare più di quanto riconosca il diritto obiettivo. Tanto più che la diversa ricostruzione invece recepita presenta non secondarie implicazioni problematiche quali: i) la dissociazione tra l'oggetto delle sollecitazioni e quello della tutela (se è vero che non si può sollecitare un potere non più in titolarità dell'Amministrazione, ma solo quelli residui); ii) la trasfigurazione del giudizio sul silenzio, che avrebbe ad oggetto, in contraddizione con la sua stessa natura, un potere che l'Amministrazione non può più esercitare.

Ma tant'è, anche in questo campo, che dovrebbe essere ispirato alla semplificazione e alla prevedibilità, la creatività dei giudici pare proprio irrefrenabile.

Basti pensare a quanto si è detto nel corso del tempo sulla cd. autotutela, che ha conquistato il centro della scena nella disciplina di un istituto che, se correttamente utilizzato, non dovrebbe proprio presentare manifestazioni provvedimentali: autotutela ampliata ben oltre la sua naturale estensione e che, secondo una certa ricostruzione, recepita anche dalla giurisprudenza, avrebbe dovuto contaminare anche il potere sanzionatorio, stravolgendone i connotati doverosi e vincolati per trasformarlo in una espressione di natura discrezionale¹⁰.

⁹ L'idea è stata espressa da G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6 ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 645 e ss. In tema, criticamente, F. LIGUORI, op. cit., pp. 1255-1256.

¹⁰ A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (dir.amm.)* in *Enc.dir.*, Milano, Annali, vol. II, 2008, p. 363. Per una diversa idea si può vedere F. LIGUORI, op. cit., p. 1247 ss., anche per gli essenziali riferimenti di giurisprudenza e dottrina.

In questo solco di fraintendimenti va ascritta a pieno titolo l'ordinanza di rimessione del TAR Toscana, che muove dall'azzardato presupposto che un potere non più nella disponibilità dell'Amministrazione per il decorso del termine perentorio possa tuttavia essere sollecitato dal terzo e riprendere vita nel processo da questi promosso.

4. La natura dei poteri ed i termini per il loro esercizio. La tutela civile dei diritti.

Il TAR Toscana si era, dunque, interrogato sulla natura dei poteri sollecitabili dal terzo controinteressato: se cioè fossero quelli inibitori e vincolati da esercitare nei sessanta giorni dalla presentazione della s.c.i.a. o, invece, quelli che implicano una valutazione discrezionale per effetto del richiamo alla disciplina dell'annullamento d'ufficio: la natura non doverosa di questi ultimi ha indotto il TAR a propendere per i primi.

Da tale lettura discendeva la censura all'art. 19, comma 6 *ter* nella parte in cui non individua il termine entro il quale il terzo può sollecitare le verifiche dell'amministrazione, termine che non sarebbe desumibile nemmeno dal sistema normativo complessivo. Tale carenza consentirebbe un'interpretazione «*in base alla quale il terzo resterebbe sempre libero di presentare l'istanza sollecitatoria dei poteri amministrativi inibitori nonché di agire ex art. 31 c.p.a.*»¹¹ con la conseguenza che verrebbe compromesso l'affidamento del segnalante circa la legittimità dell'attività intrapresa.

La Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale ed ha anche provveduto, con pochi tratti precisi, a definire l'istituto in continuità con i suoi precedenti arresti.

In merito alla natura dei poteri sollecitabili dal terzo la Corte afferma che «*sulla base del dato testuale la locuzione "verifiche spettanti all'amministrazione" lascia chiaramente intendere che la norma rinvia a poteri già previsti*» e cioè quelli indicati nel medesimo art. 19 da esercitarsi entro i 60 giorni dalla presentazione della s.c.i.a. ovvero nei successivi 18 mesi in caso di autotutela. La Corte ha anche aggiunto che la volontà del legislatore del 2011 «*in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*» aveva «*la finalità di escludere l'esistenza di atti amministrativi impugnabili (il cosiddetto silenzio-diniego) e quindi di limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento*».

¹¹ T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 11 maggio 2017, n. 667.

Del resto, un potere vincolato “*sine die*” non sarebbe coerente con la nuova previsione che fissa un termine anche per l’esercizio del potere di autotutela e, su un piano più generale, contrasterebbe con il principio di legalità-tipicità.

Secondo la Corte la s.c.i.a. rappresenta un istituto di liberalizzazione che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere dall’area amministrativa tradizionale e quindi «*la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una – sia pur importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi*». Una volta decorsi i termini per le verifiche amministrative «*la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell’amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all’esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l’interesse si estingue*».

I termini previsti per l’esercizio delle verifiche dell’amministrazione (60 o 30 per le prime e 18 mesi per quelle supplementari) sono, dunque, perentori e, una volta scaduti, l’amministrazione non può più intervenire, nemmeno in caso di tempestiva sollecitazione. La Corte ha, dunque, avallato la posizione di chi aveva sostenuto che, rispetto ad un interesse generale delineato nei termini dettati dall’art. 19, il terzo non può ottenere più dell’attuazione del diritto obiettivo ed il giudice non può fare più di quanto non possa la stessa amministrazione cui la cura di quell’interesse è affidata; con condizioni e tempi che tengono conto del contemperamento degli interessi operato in sede normativa. Tra questi, l’affidamento del segnalante ha un suo specifico rilievo, imponendo un onere di tempestività e dell’azione amministrativa e della eventuale iniziativa in opposizione del terzo.

Sarebbe comunque opportuno, ad avviso della Corte, un intervento del legislatore «*quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell’attività segnalata e, dall’altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo di sottrarlo al rischio del ritardo nell’esercizio del potere da parte dell’Amministrazione e al conseguente effetto estintivo del potere*».

La sentenza riconosce che una ricostruzione così fatta potrebbe comportare un affievolimento della posizione del terzo ma ritiene che non basti questo per mettere in discussione le conclusioni raggiunte. Anche perché va considerata l’ulteriore tutela prevista dall’art. 21, e cioè la sollecitazione dei poteri di verifica in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni (co.1) e dei poteri di vigilanza, prevenzione e controllo previsti da leggi di settore (co. 2 *bis*), non-

ché l'azione di condanna al risarcimento del danno per mancato esercizio del doveroso potere di verifica (sulla base del co.2 *ter*).

I rimedi, che sono previsti in forme articolate anche in sede di giudizio amministrativo, non devono, del resto, essere necessariamente dello stesso tipo e presentare l'identica efficacia di quelli previsti nelle vicende di diritto amministrativo "integrale". La s.c.i.a. è una cosa diversa, con una fase amministrativa provvedimento solo eventuale e circoscritta. Ed infatti, la Corte ha voluto ricordare che, a fronte di attività illecita, *«valgono le ordinarie regole di tutela civilistica del risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica»*.

I poteri amministrativi sono solo successivi e rigidamente limitati nei contenuti e nei tempi: unicamente nell'arco di vita di questi poteri, comunque successivi all'avvio dell'attività, è possibile riconoscere e tutelare la posizione dei terzi.

Un rapporto giuridico così fatto sfugge agli schemi classici del diritto amministrativo. Del resto, le sue peculiarità attengono, a ben vedere, più alla tutela degli interessi dei terzi che alla tutela dell'interesse generale, che può ritenersi comunque assicurato dai doverosi obblighi di verifica e dalla possibilità di intervenire anche oltre lo spirare del primo termine, mediante il controllo con le modalità dell'autotutela.

Se poi l'Amministrazione si manifesta attraverso l'emanazione di atti, ne va da sé che chi ha interesse a contestarli (il segnalante, ma anche il terzo, se attraverso tali atti l'Amministrazione avalla anche solo in parte la liceità dell'attività avviata) può ovviamente avvalersi degli ordinari strumenti di reazione. La mancanza di un previo potere autorizzatorio non rende possibile la configurazione di un interesse legittimo oppositivo al suo rilascio, bensì unicamente dell'interesse pretensivo "a termine" rispetto al potere inibitorio, anch'esso "a termine".

I rapporti giuridici tra terzi e segnalante vanno dunque prevalentemente collocati nell'ambito civilistico e attengono essenzialmente ad interessi che danno vita a posizioni di diritto (concorrenza, proprietà, sicurezza, salute, ecc.).

Il rimedio è dunque quello indicato dalla Corte: l'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario, eventualmente anche in forma specifica.

Ed è rilevante notare che, se la r.f.s. in danno del segnalante non può trovare, per le ragioni già dette, alcuno spazio nella giurisdizione amministrativa esclusiva, in un giudizio tra privati sarebbe invece sicuramente ammissibile, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 2058 c.c.

L'apparato rimediale si confà alle caratteristiche sostanziali dell'istituto come disegnato dal legislatore; e la Corte è come se volesse dire agli interpreti

di rassegnarsi, di interrompere il flusso della creatività, di prendere finalmente atto di una scelta che si distacca dal modo tradizionale di concepire il rapporto tra autorità e libertà, ma in realtà la riporta all'originaria visione liberale¹².

5. La concorrenza delle tutele e gli effetti possibili della sentenza sul silenzio-inadempimento.

Per chi da sempre professa l'idea dell'irriducibilità della s.c.i.a. alle logiche tradizionali dei rapporti amministrativi, la soluzione elaborata dalla Consulta non può non apparire come un importante punto di arrivo per la ricostruzione sistematica dell'istituto e del complesso dei rimedi esperibili. Ma la valorizzazione del ruolo del giudice ordinario tocca un punto delicato. Deve infatti esserci una ragione se il giudice amministrativo viene comunemente e quasi esclusivamente investito della tutela in tema di s.c.i.a. mentre la giurisdizione ordinaria resta ai margini. Si è posto, evidentemente, un problema di effettività, di rendimento del giudizio civile, che fa preferire la tutela amministrativa, nell'ambito della quale, tra l'altro, è più ampia la legittimazione e le risposte più rapide ed efficaci. Ma siamo nel mondo dell'opportunità empirica non della coerenza sistemica.

La Corte Costituzionale ha avallato la ricostruzione secondo la quale la riduzione dello spazio di tutela amministrativa del terzo è un costo sociale ammissibile e voluto nella logica della liberalizzazione: non si tratta di una contraddizione, ma di una scelta coerente con il quadro generale¹³.

Sul piano del diritto sostanziale e della sua analisi economica la riduzione della tutela amministrativa del terzo è lo specchio fedele della conformazione che si è inteso imprimere all'istituto¹⁴.

Di fronte alla chiara scelta legislativa di limitare nei modi e nei tempi la tutela amministrativa si deve auspicare che il giudice civile, quando investito di

¹² E. BOSCOLO, *I diritti soggetti a regime amministrativo*, 2001, p. 53 e ss.; A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività*, op. cit., 343 ss.

¹³ A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a.*, op. cit., p. 26; F. LIGUORI, op. cit., p. 1256.

¹⁴ Non sembra perciò da condividere la proposta avanzata a conclusione del suo pregevole studio da E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 650 e ss. di «consentire tutte le azioni ammissibili nel giudizio amministrativo» sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata che dovrebbe portare al superamento del dato letterale, chiaro invece nel senso della esclusività del rimedio avverso il silenzio-inadempimento. Di fronte ad una tale disposizione - assunta peraltro in «aperta dialettica» con le diverse opzioni della giurisprudenza - l'attività interpretativa deve autolimitarsi. Del resto, la norma costituzionale invocata riguarda la tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi, che qui è fuori campo, trattandosi invece di una ipotesi di inerzia, con riferimento alla quale l'art. 31 cit. prevede un rimedio tipico.

tali questioni, non perpetui quell'atteggiamento che ancora traspare se deve conoscere dell'attività amministrativa (qui peraltro assente) e che Giannini definiva di "untorello acculato in un vicolo". Più in generale i tempi della giustizia civile dovrebbero avvicinarsi a quelli della giustizia amministrativa.

Occorre anche, per altro verso, considerare che, se è vero che il termine per l'esercizio del potere è perentorio e se è, del pari, vero che tale potere una volta consumato quel termine non può rivivere in giudizio, allora è chiaro che la tutela specifica diventa inattuabile anche davanti al giudice amministrativo.

Non si può infatti ammettere un intervento del giudice che imponga all'Amministrazione di esercitare un potere che non le spetta più¹⁵. La conseguenza è che residua unicamente il rimedio risarcitorio, ma condizionato in punto di fondatezza dalla mancata tempestiva sollecitazione (art. 30 c.p.a.).

Va fatta però una precisazione. E' vero infatti che le conseguenze dell'accertamento dell'inadempimento non possono spingersi¹⁶ fino al punto di dare nuova vita ad un potere già estinto nel momento in cui il giudizio viene proposto¹⁷. Ma le cose cambiano se il giudizio viene proposto prima che il termine per l'esercizio del diritto sia decorso. Il fatto che l'azione nei confronti del silenzio sia di norma esperibile solo quando sia decorso il termine per la conclusione del procedimento, non può essere d'ostacolo, perché in questo caso i poteri inibitori sono da esercitare immediatamente ed è previsto un termine finale di natura perentoria. Del resto tale lettura è avvalorata dall'estensione (di cui al primo correttivo al CPA) dell'azione *ex* art. 31 anche ai casi previsti dalla legge diversi dall'infruttuosa decorrenza del termine.

L'effetto retroattivo della pronuncia di accertamento dell'inadempimento nello svolgimento della funzione di controllo è, dunque, in grado di far rivivere il potere solo se il terzo si è attivato entro il termine: unicamente in questo caso la pronuncia del giudice, ancorché intervenuta a termine scaduto, può avere effetti retroattivi laddove negli altri casi incontra il "limite esterno" costituito dalla irreversibile decadenza del potere per il decorso di termini perentori¹⁸. L'azione per attivare il potere generale di inibire l'attività può dunque essere

¹⁵ In tema, cfr. ora R. BERTOLI, op. cit., spec. par. 7. Cfr. inoltre, L. S. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19 comma 6 ter della legge n. 241/90*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, p. 250.

¹⁶ In senso opposto, si veda, peraltro, Cons. Stato, IV, 15 aprile 2010, n. 2139, in *www.giustizia-amministrativa.it*

¹⁷ F. LIGUORI, op. cit., pp. 1254-1258. Per A. TRAVI, *La tutela del terzo*, op. cit., p. 519 «il processo non può "inventare" figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale».

¹⁸ Il punto affrontato in F. LIGUORI, *Annullamento dell'atto negativo di controllo: decadenza del potere o del processo?*, commento a Cons. Stato, Sezione V, 8 luglio 1995, n. 1034, in *Dir.proc.amm.* 1996, p. 719.

proposta soltanto qualora il terzo abbia sollecitato entro il termine l'esercizio del potere: la tutela accordata costituisce il fedele riflesso della configurazione del potere e delle situazioni soggettive coinvolte, e quindi anche i canoni costituzionali possono dirsi rispettati. Questa lettura, proposta a suo tempo, sembra ora in qualche misura recepita dal Giudice delle Leggi che, nella sua scarsa decisione, non tralascia di richiedere al legislatore soluzioni per l'immediata conoscenza dell'attività segnalata e per *«impedire il decorso dei termini in presenza di una sollecitazione»*, presupponendo evidentemente che il sollecito debba prodursi prima della scadenza del termine. Mentre le iniziative successive alla scadenza del primo e del secondo termine possono mettere in moto unicamente i poteri residui *sine die* enumerati dalla Corte.

La Corte Costituzionale, con la recente pronuncia, completa l'opera di salvataggio dell'istituto della S.C.I.A. e di delineazione della sua irriducibilità alle logiche del diritto amministrativo, trattandosi di *«un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica»*¹⁹ si tratta di una prestazione specifica, *«cirscritta all'inizio della fase procedimentale»* che rientra tra i livelli essenziali delle prestazioni esprimendo il principio di un aggravamento *sub specie* di non duplicabilità delle scelte discrezionali già effettuate²⁰.

La sentenza n. 35 si occupa (anche) dello snodo relativo alla tutela del terzo e lo fa in continuità con la sentenza n. 49 del 2016²¹, secondo la quale l'individuazione della consistenza e dell'efficacia delle modalità di intervento *ex post* dell'Amministrazione *«è parte integrante del titolo abilitativo e costituisce con essa un tutt'uno inscindibile»*, esprimendo la *«capacità di resistenza»* del titolo stesso. E se l'obiettivo è agevolare l'iniziativa economica, è ragionevole che il titolo si debba consolidare e non restare esposto a tempo indeterminato alle verifiche tardive dell'Amministrazione: quei poteri sono "a tempo" e non è concepibile che possano rinascere per iniziativa del terzo: *«Una dilatazione temporale dei poteri di verifica, per di più con modalità indeterminate, comporterebbe, invece, quel recupero dell'istituto all'area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere»*.

¹⁹ Corte Cost., sent. 9 maggio 2014, n. 127 in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ Corte Cost., sent. 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. Cost.*, 2003, 5; Corte Cost., 20 giugno 2012, n.164, in www.federalismi.it.

²¹ Corte Cost., sent. 9 marzo 2016, n.49, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, p. 8 ss., con nota di Strazza.

Basterà quest'ennesimo chiarimento a rimettere in sesto un istituto che doveva servire al rilancio economico e che, trasformato in un rebus, è ormai visto malissimo dal mercato?

L'impressione è che l'operazione di salvataggio posta in essere dalla Corte potrà funzionare soltanto se si daranno finalmente per fermi alcuni punti, invero chiari da tempo, ma che la riproposizione dei modelli culturali tradizionali ha continuato a porre in discussione, da ultimo con le ordinanze di rimessione del TAR Toscana.

Questi presupposti ormai acclarati sono: la natura privata della s.c.i.a., la rigida delimitazione dei poteri sollecitabili, la perentorietà dei termini, anche per il terzo, l'impossibilità di far rivivere nel processo poteri già estintisi nel procedimento, l'ammissibilità di una scelta legislativa che comporta un "costo sociale" in termini di tutela del terzo, l'irriducibilità, in definitiva, dell'istituto all' "area amministrativa tradizionale".

Solo così s.c.i.a. potrà finalmente voler dire "strana creatura indubbiamente (e non inutilmente) aliena", nel senso proprio di altro da, e cioè dal provvedimento, anche tacito, e dalle sue forme di tutela.

CHIARA CUDIA

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di scienze giuridiche
dell'Università degli studi di Firenze

chiara.cudia@unifi.it

**LEGITTIMAZIONE A RICORRERE, CONCEZIONE
SOGGETTIVISTICA DELLA TUTELA E PRINCIPIO DI
ATIPICITÀ DELLE AZIONI
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

***LOCUS STANDI* AND PLURALITY OF ADMISSIBLE LEGAL
JUDICIAL REQUESTS
IN ITALIAN ADMINISTRATIVE PROCESS**

SINTESI

Nel processo amministrativo, la legittimazione a ricorrere viene correntemente configurata come effettiva titolarità della situazione soggettiva azionata. Sembra, però, che questa concezione possa funzionare in modo adeguato solo (e forse non necessariamente) in un sistema di tutela centrato sull'azione costitutiva di annullamento, mentre non risulti ugualmente appagante in un sistema caratterizzato da una pluralità di azioni esperibili.

In questa prospettiva, il lavoro è volto a verificare la possibilità di intendere la legittimazione a ricorrere come mera affermazione della titolarità di un interesse giuridicamente rilevante, analogamente a quanto accade nel processo civile.

In effetti, un adeguamento definitorio dell'istituto dovrebbe ritenersi imposto dal progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio dall'atto al rapporto (o alla situazione soggettiva in ipotesi pregiudicata dal potere amministrativo) e dalla consapevolezza di una più articolata configurazione dell'interesse legittimo in confronto, da un lato, con il diritto soggettivo e, dall'altro, con l'interesse di fatto (o con interessi, come quelli sovraindividuali, dalla individuazione problematica).

ABSTRACT

In the administrative process, the right to appeal is usually foreshadowed as effective ownership of the subjective situation activated. It seems, however, that this conception may function properly only (and perhaps not necessarily) in a system of protection centered on the constitutive action of annulment, while it is not equally satisfying in a system characterized by a plurality of actions that can be performed.

In this perspective, the work is aimed at verifying the possibility of understanding the right to appeal as a mere affirmation of the ownership of a subjective juridical situation, similarly to what happens in the civil trial.

A definitive adaptation of the institute, in particular, should be considered imposed by the progressive shifting of the subject of the judgment from the act to the relationship (or to the subjective situations in hypothesis prejudiced by administrative powers) and by the awareness of a more articulated configuration of legitimate interest in comparison, on the one hand, with subjective right and, on the other, with interests, such as the over-individual ones, which are problematic to identify.

PAROLE CHIAVE: Legittimazione a ricorrere; legittimazione ad agire; processo amministrativo; diritto di azione; atipicità delle azioni; concezione soggettivistica della tutela; oggetto del giudizio; interesse legittimo; interessi diffusi; interessi di fatto.

KEYWORDS: Right to appeal; administrative process; legal actions; legal standing; subjectivist conception of legal protection; vested interest; subjective right; aim of administrative process.

INDICE: 1. Il tema: legittimazione a ricorrere e pluralità di azioni nel processo amministrativo. – 2. Legittimazione ad agire e teoria dell'azione (nel processo civile). – 3. La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: la ricostruzione tradizionale. – 4. Legittimazione a ricorrere e concezione soggettivistica della tutela. – 5. Pluralità delle azioni e trasformazioni del processo amministrativo. – 6. La legittimazione a ricorrere nel sistema delle azioni previste dal Codice del processo amministrativo.

1. Il tema: la legittimazione a ricorrere e pluralità di azioni nel processo amministrativo.

Negli ultimi anni, l'elemento che più di ogni altro ha rivoluzionato (perlomeno in potenza) la fisionomia del processo amministrativo è stata l'apertura verso il principio di atipicità (o pluralità) delle azioni¹.

Questo principio ha rafforzato il modello soggettivistico di tutela prefigurato dalla Carta costituzionale², il quale pone al centro del processo la satisfattività della tutela *per* le situazioni giuridiche soggettive del ricorrente³.

¹ Sono molteplici i profili che, negli ultimi decenni, hanno progressivamente mutato la struttura del processo amministrativo. La produzione giurisprudenziale e legislativa hanno conformato pressoché tutte le fasi di quel processo alle esigenze di una tutela piena (pur compatibilmente con gli spazi riservati all'amministrazione) ed effettiva, sia attraverso una serie di istituti specifici (si pensi alla *translatio iudicii*, alla emancipazione – perlomeno formale – della tutela risarcitoria dalla pregiudizialità, alle modalità di consolidamento del giudicato amministrativo), sia improntandolo a un canone di tendenziale atipicità che investe le misure cautelari, i mezzi istruttori, i poteri del giudice dell'ottemperanza e, prima di tutto, le azioni esperibili. Sulla atipicità delle azioni si veda *infra* § 5.

² Per carattere soggettivistico della funzione giurisdizionale si intende la sua finalizzazione alla tutela individuale come «*criterio ordinante a cui fare riferimento nell'affrontare i problemi relativi alla funzione giurisdizionale*»: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 46: la concezione soggettivistica della tutela «*muove dalla centralità del diritto individuale, la cui tutela appare come scopo primario della giurisdizione, mentre l'attuazione del diritto oggettivo ne sarebbe solo un fine o un effetto indiretto, secondario*», nella concezione oggettiva, viceversa, il processo ha «*il compito di tutelare il diritto oggettivo, la conservazio-*

La rinnovata attenzione per la tutela non sembra però essere stata accompagnata da un corrispondente ripensamento di alcuni specifici istituti processuali, che continuano a essere prefigurati in modo monolitico e unitario a dispetto della indicata “moltiplicazione del *petitum*”.

Tra questi risalta la legittimazione a ricorrere, che viene usualmente dipinta come *effettiva* titolarità della posizione azionata, in evidente dissonanza rispetto all’impostazione seguita nel processo civile nel quale (come noto) la legittimazione ad agire è identificata con la mera affermazione della pretesa fatta valere in giudizio.

Questa concezione, tuttavia, può funzionare in modo adeguato solo (e forse non necessariamente) in un sistema di tutela centrato sull’azione costitutiva di annullamento, mentre non risulta ugualmente appagante in un impianto processuale caratterizzato da una pluralità di azioni possibili.

Infatti, se al cuore del processo vengono collocate le situazioni soggettive – e non la verifica sulla (il)legittimità del provvedimento – e se si ammette che il sindacato del giudice (sia pure a certe condizioni) si allarghi alla fondatezza dell’istanza del privato, la posizione azionata in una fase preliminare potrà solo essere affermata e non dimostrata nella sua effettiva consistenza, che emergerà solo a seguito del processo.

Si tratta di una questione tutt’altro che marginale.

Come noto, le condizioni dell’azione rappresentano un ponte tra diritto sostanziale e processo⁴. Proprio in virtù di tale collegamento, la concezione della legittimazione come effettiva titolarità di un interesse giuridicamente rilevante porta con sé i retaggi di un processo costruito in chiave di verifica oggettiva della legalità e ha (magari inconsapevolmente) rappresentato un filtro per rallentare l’evoluzione dell’interesse legittimo e delle sue modalità di tutela. Non a caso, nelle rappresentazioni tradizionali è ravvisabile una certa circolarità tra legittimazione e interesse legittimo: la prima si proietta sulle questioni di merito e, viceversa, nel secondo è stata sovente ravvisata una componente processuale⁵.

*ne dell’ordine giuridico, e il diritto soggettivo può apparire come il risultato di una tecnica specifica di giudizio, come meccanismo coercitivo attraverso il quale la norma giuridica si presenta come soggettivatasi in un individuo», op. loc. cit.. Sul tema: R. ORESTANO, *Azione. Storia del problema*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 785; A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 360; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 10; F. MODERNE, *Sotto il segno del soggettivismo giuridico*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 682.*

³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 341: il processo amministrativo, attraverso le varie azioni che nel processo possono essere esercitate è «strumento di tutela di situazioni soggettive», esso è, allo stesso modo del processo civile, processo di tipo soggettivo (o «a contenuto soggettivo»).

⁴ La legittimazione esprime una relazione tra l’interesse sostanziale protetto dall’ordinamento e il diritto di agire attribuito a un soggetto, così V. DOMENICHELLI, *Il processo amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi editore, 2001, p. 1912. Sul tema si tornerà *infra* § 2.

⁵ L’interesse legittimo, con le sue peculiarità, ha reso oltremodo difficile «ogni approccio ricostruttivo e sistematico», così R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, 1993 (aggiornamento 2011 a cura di E. GRILLO).

A ciò può aggiungersi che l'adesione a una nozione "sostanziale" di legittimazione⁶ ha inevitabilmente comportato anche un restringimento dell'accesso al giudizio richiedendo la dimostrazione dell'esistenza di interessi la cui rilevanza giuridica presenta *ex ante* (rispetto al processo) margini di incertezza: si pensi ai dubbi relativi alla tutelabilità degli interessi diffusi⁷, alla vicenda dei ricorsi principale e incidentale con finalità reciprocamente escludenti nelle controversie in materia di contratti pubblici⁸, al dibattito aperto a seguito del riconoscimento di forme di legittimazione *ex lege* in capo a soggetti pubblici⁹.

⁶ Una nozione, cioè, centrata sulla effettiva titolarità di una situazione giuridica soggettiva, cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 15.

⁷ Non ci si occuperà dei meccanismi idonei a fornire una tutela a posizioni soggettive a carattere sovraindividuale. Tuttavia, la ricostruzione della legittimazione in chiave di affermazione consente, come si vedrà, di rendere più facile anche la verifica sulla rilevanza giuridica e la azionabilità di tali interessi.

Sul tema si vedano, *ex plurimis*, AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, Cedam, 1976; AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, Giuffrè, 1978; G. ALPA, *Interessi diffusi*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, Utet, 1993, p. 611; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. pub.*, VIII, Torino, Utet, 1993, p. 482; L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, Giappichelli, 2003; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008; G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, Giuffrè, 2014, p. 513; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, p. 15; N. TROCKER, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur.*, 1989, Roma, p. 1; V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012 e ID., *Interessi diffusi e collettivi (dir. amm.)*, in *Diritto on line. Enciclopedia Treccani on line*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_(Diritto_on_line)/) (2014).

⁸ Su cui si vedano, tra i contributi più recenti, A. SQUAZZONI, *Morire per il ricorso incidentale paralizzante?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 442; M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, *ivi*, 2017, p. 937; L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della cd. sentenza Puligenica*, *ivi*, 2016, p. 1215; L. FERRARA, *L'Adunanza plenaria ritorna sul ricorso incidentale escludente. Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 924.

⁹ Le previsioni normative che hanno riconosciuto espressamente la legittimazione a ricorrere in capo ad alcune Autorità amministrative indipendenti sono state oggetto di due opposte linee interpretative. Talora sono state assorbite nell'ambito di una ricostruzione in chiave oggettiva del processo (o, quantomeno, della legittimazione a ricorrere); talaltra, nel tentativo di tenere ferma la connotazione soggettivistica del processo amministrativo, hanno impegnato la dottrina nella ricerca di una specifica posizione soggettiva di cui l'amministrazione sarebbe titolare e della quale sarebbe chiesta tutela.

Nondimeno, il profilo non è risolutivo rispetto al tema in esame perché si colloca su un piano non omogeneo a quello dell'azionabilità individuale degli interessi rilevanti nel rapporto con la p.a.. Senza entrare nella opportunità della scelta del legislatore, non è dubitabile che ogni soggetto pubblico si muova ed eserciti i propri poteri (compreso quello di impulso processuale) nel perseguimento di un interesse pubblico. Quel soggetto è diverso *per definizione* da un soggetto privato ed è quindi del tutto fisiologico che la sua attività sia ispirata dall'obiettivo di curare gli interessi che hanno permeato la sua stessa costituzione. Da questo punto di vista, le norme che hanno espressamente previsto un potere di azione in capo a soggetti pubblici non incidono

D'altro canto, l'affinamento del processo amministrativo e il suo avvicinamento alla struttura del processo civile rendono indifferibile una operazione di «pulizia concettuale»¹⁰.

In questo senso, un adeguamento definitorio della legittimazione a ricorrere dovrebbe ritenersi imposto dal progressivo spostamento dell'oggetto del giudizio dall'atto al rapporto (o alla situazione soggettiva in ipotesi pregiudicata dal potere amministrativo) e dalla consapevolezza di una più articolata configurazione dell'interesse legittimo in confronto, da un lato, con il diritto soggettivo e, dall'altro, con l'interesse di fatto: in qualche modo, se il cammello (l'interesse legittimo) non passa dalla cruna (legittimazione a ricorrere) e non possiamo (ex art. 24 Cost.) rinunciare al cammello, può rivelarsi necessario trasformare la forma della cruna.

2. Legittimazione ad agire e teoria dell'azione (nel processo civile).

Nel processo civile, la legittimazione ad agire¹¹ è un riflesso del modo di intendere il rapporto tra diritto sostanziale e processo quale risulta dalla “concezione mista dell'azione” di cui all'art. 24 della Costituzione¹².

sull'inquadramento della legittimazione a ricorrere in termini generali.

Pertanto, non sembra nemmeno che quelle disposizioni possono valere a sostenere la generalizzazione di un modello oggettivo di processo o di legittimazione. Anzi, potrebbe dirsi che, proprio perché un siffatto modello oggettivo non è previsto in via generale, il legislatore eccezionalmente (in ipotesi tassative riferite a materie particolarmente delicate) ha affidato la legittimazione ad agire a soggetti pubblici: resta fermo, per converso, che l'emersione di interessi privati deve richiedere la predisposizione di meccanismi di tutela attivabili – appunto – da soggetti privati.

Sul tema si vedano F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in www.giustamm.it; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'agcm nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it; M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 115; M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostanzive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, p. 359; M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela obiettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 582; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubb.*, 2019, p. 539.

¹⁰ L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617.

¹¹ La legittimazione ad agire è una *species* della legittimazione e ne condivide i caratteri fondamentali: si tratta di «una potenzialità o un'attitudine oggettiva, in forza della quale il soggetto, essendo già inserito in una situazione giuridica precedente, è in grado di ottenere da un certo atto o negozio una situazione giuridica ulteriore». La legittimazione (in termini generali) si pone dunque come un ponte tra due situazioni giuridiche: una precedente rispetto al compimento dell'atto (situazione legittimante), l'altra a quella successiva (situazione legittimata), così L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 151. Sulla legittimazione in generale, come «requisito di validità degli atti giuridici» vedasi P. RESCIGNO, *Legittimazione (diritto sostanziale)*, in *Nss. dig. it.*, IX, Torino, Utet, 1963, p. 716; A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 52.

La legittimazione ad agire (in particolare) rappresenta il collegamento tra situazione sostanziale e diritto di azione, e consente pertanto di individuare il soggetto che ha il potere di esercitare l'azione in giudizio. Si tratta, dunque, della posizione nella quale deve trovarsi un

Sebbene l'espressione «*tutti possono agire in giudizio*» sembri sganciare il diritto di azione dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva, il richiamo alla titolarità di un interesse rilevante è interamente recuperato nel momento in cui la norma collega il diritto di azione alla difesa dei *propri* diritti soggettivi e interessi legittimi¹³, venendo così a collocare l'intero sistema della tutela su una dimensione soggettiva che "appartiene" all'attore.

Nella Costituzione, anzi, la strumentalità dell'azione¹⁴ al diritto sostanziale è talmente marcata da condurre all'affermazione del principio di atipicità dell'azione. Se esiste una pretesa sul versante sostanziale, infatti, è (sempre) possibile agire in giudizio senza la necessità di una apposita norma processuale che "dia" l'azione: chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo è automaticamente titolare del corrispondente diritto di azione¹⁵.

soggetto perché questi possa chiedere in nome proprio al giudice di decidere nel merito una data controversia, e attiene dunque alla particolare «*capacità di impulso processuale, mediante la quale si chiede la tutela giurisdizionale*»: G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 1. Vedasi anche S. COSTA, *Interesse e legittimazione ad agire*, in *Nuovo dig. it.*, XVII, Torino, Utet, 1939, p. 46; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1942, 136.

¹² Sulla "concezione mista dell'azione", si vedano E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 22; A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 1; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, p. 284; V. DENTI, *Azione - Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, III, Roma, p. 3; E. FAZZALARI, *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II, Torino, Utet, 1988, p. 34; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 218; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, Cacucci, 2009, p. 52. In generale, sulla natura dell'azione (civile) cfr. L. MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 49; R. ORESTANO, *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 785.

¹³ Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 293: la regola generale (desunta *a contrariis* dagli artt. 81 e 69 c.p.c. e affermata in positivo dall'art. 24 Cost.) è riassunta dal principio della «*normale correlazione tra titolarità del diritto sostanziale e titolarità del diritto di azione*», e trova fondamento nel carattere normalmente disponibile dei diritti soggettivi, per cui solo chi si afferma titolare di un diritto è legittimato a farlo valere in giudizio. Sul tema si vedano anche A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, X, Torino, Utet, 1993, p. 531; G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 9; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 202.

¹⁴ Come noto, il principio di strumentalità dell'azione è chiaramente espresso da G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 19: «*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quanto e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*».

¹⁵ In questo consiste il valore della atipicità dell'azione. Cfr. A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 1, che si riferisce alla azione come «*categoria generale atipica*». Cfr. anche ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 165: «*ogni volontà concreta di legge, di cui sia possibile la formazione secondo la legge sostanziale, deve trovare nella legge processuale mezzi idonei di attuazione*». Si veda anche G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1944, p. 50: «*nel diritto moderno le azioni sono tante quante sono le norme che possono attuarsi (quanti sono, cioè, i diritti soggettivi previsti dal diritto sostanziale), e non hanno necessariamente e rigorosamente un nome*; «*nel nostro ordinamento la regola è che nel processo civile può chiedersi l'attuazione di qualunque volontà di legge che garantisce un bene, sia di fronte ai singoli sia di fronte alla pubblica amministrazione*».

Naturalmente, sul significato della “esistenza di una pretesa” – dalla quale scaturisce *ipso iure* l’azione – bisogna intendersi, perché prima che l’azione stessa sia proposta (anzi, prima che il processo si concluda) non vi è certezza sulle posizioni giuridiche in gioco (per tale ragione, del resto, si avverte un bisogno di tutela).

Ed è proprio in questo spazio che assume rilievo la legittimazione ad agire.

Nel momento in cui il processo ha inizio la sentenza – ovviamente – non è stata ancora emanata: ne consegue che la legittimazione può essere verificata solo sulla base della domanda e, quindi, delle affermazioni dell’attore¹⁶, della mera ipoteticità del diritto affermato dall’attore e posto a oggetto dell’accertamento del giudice¹⁷.

L’azione spetta così a chi la chiede per sé¹⁸, con riferimento a un rapporto giuridico proprio o, meglio, che *potrebbe* appartenergli, a prescindere dalla effettiva appartenenza della situazione contesa, che è problema (e oggetto della sentenza di) merito¹⁹.

Sulla atipicità del diritto di azione si veda anche V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana: discorso inaugurale dell'anno accademico 1954-55*, Pisa, 1954, l’art. 24 costituzionalizza il principio di atipicità del diritto di azione: «il fondamentale principio che chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, è in pari tempo, e automaticamente, titolare dell’azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o interesse legittimo; l’art. 24 ci si presenta, dunque come una norma in bianco la quale aderisce a tutte le norme sostanziali che attribuiscono diritti o interessi legittimi: queste norme, anche se nulla dispongono (e il più delle volte nulla dispongono) sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al 1 comma dell’art. 24, che mettono automaticamente in moto». Cfr. pure I. PAGNI, *Tutela individuale e tutela collettiva: un’indagine sul possibile raccordo tra i rimedi*, in S. Menchini (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli, Jovene, 2008, p. 155: l’indiscussa importanza del ruolo giocato dal rimedio non deve fare dimenticare «che la traiettoria interpretativa più corretta è, com’è ovvio, quella che muove dal diritto sostanziale per arrivare al processo e non viceversa».

¹⁶ La questione sulla legittimazione «richiede non più di una delibazione sommaria e preliminare della domanda avanzata dall’attore, per stabilire, già solo in rapporto alle allegazioni e ragioni di costui, se la domanda è soggettivamente proponibile»: basta quindi l’analisi della domanda senza ulteriore esame, «senza vero e proprio giudizio di merito», L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 282. Sulla centralità delle affermazioni dell’attore rispetto alla verifica della sua legittimazione ad agire: F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 202; A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 524; A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 20.

¹⁷ L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2001, p. 295. Vedasi anche E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Foro italiano, 1936, p. 159: il controllo sulla legittimazione «si deve fare in astratto e in ipotesi, stando a quanto afferma l’attore nella domanda, e con riguardo esclusivo alle affermazioni enunciate, non già alla loro fondatezza in fatto, alla loro veridicità, che rimane da indagare e che va ammessa solo per un momento provvisoriamente, giacché la questione, di ordine preliminare, è per ora vedere soltanto se – ammesso per un momento quanto si affermi nella domanda – chi si è fatto attore o chi è stato convenuto abbia o non abbia veste o qualità per sostenere la ragione che fa valere o rispettivamente per contestarla o riconoscerla: se risultasse che non l’ha, sarebbe inutile ogni ulteriore discussione di merito».

¹⁸ In questo modo, l’azione si collega all’esercizio della funzione giurisdizionale e non al risultato di tale esercizio, che resta “fuori” dalla esplicazione del diritto di azione, così, L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 53.

¹⁹ La sentenza che si pronuncia sulla legittimazione non è quindi una sentenza di merito, ma concerne la «mera possibilità giuridica della domanda, ossia la sua ammissibilità in un esame che è essenzialmente di puro diritto». Le questioni che qui vengono sollevate possono essere prospettate e decise dal giudice «già in principio e in ipotesi con la sola considerazione dell’astratto sistema normativo», L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 299. Voci isolate ritengono che la verifica

Prima ancora di esaminare il merito della domanda, il giudice dovrà però vagliarne la “possibilità”²⁰: dovrà stabilire se quanto si chiede di verificare “in concreto”, nel processo, possa accadere “in astratto”, rientri cioè nella (larga ma non infinita) sfera dei rapporti giuridici che sono suscettibili di far capo a un determinato soggetto²¹.

3. La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: la ricostruzione tradizionale.

La riflessione processual-amministrativistica sulla legittimazione a ricorrere²² (salvo alcune aperture²³) si è dimostrata impermeabile ai risultati raggiunti dalla dottri-

sull'esistenza della legittimazione ad agire sia oggetto di sentenze di merito: L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 299.

²⁰ Una parte della dottrina (C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 49) annovera tra le condizioni dell'azione (che sono «aspetti di un unico requisito o modo di essere della domanda e cioè di quella che potremmo chiamare la sua ipotetica accoglibilità») la possibilità giuridica, riferendola alla «esistenza di una norma che contempli in astratto il diritto che si vuol far valere». Questa condizione non sarebbe riscontrabile, per esempio, in capo a chi abbia chiesto la risoluzione di un contratto perché non lo reputa più conveniente o a chi abbia chiesto, fuori dai casi di responsabilità oggettiva, il risarcimento del danno causato da un comportamento che egli stesso giudica incolpevole, *Idem*, p. 50. Si vedano anche F. INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 313; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 101.

²¹ La legittimazione ad agire è dunque «l'appartenenza soggettiva dell'azione, l'identità di colui che ha proposto la domanda con colui che con riferimento alla lesione di un suo diritto, ch'egli afferma esistente, possa pretendere per sé il provvedimento di tutela giurisdizionale domandato nei confronti di colui che è stato chiamato in giudizio», così, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 147. Può dirsi, in altri termini, che la situazione legittimante sia sempre contenuta all'interno della fattispecie di una norma positiva, sebbene di tale fattispecie costituisca soltanto una parte o un frammento e non mai la totalità. Viceversa, «la situazione non legittimante è tale che già dalla sua sola struttura, ossia dalla mera considerazione di ciò che il soggetto vuole da altro soggetto, risulta che tale volontà è disconosciuta e negata dall'ordine giuridico e dal sistema normativo in cui si esprime», così L. MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 313.

²² La legittimazione consiste nella «titolarità del potere di ricorso»: R. VILLATA, *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1. Vedasi anche A. GLEI-JESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 1962, p. 111; P. DEL PRETE, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Rass. dir. pubb.*, 1951, p. 69: legittimazione significa: «se è veramente lui il soggetto, singulus de populo, cui l'ordinamento conferisce il potere di ottenere, mediante la decisione, l'annullamento o la revoca del provvedimento».

È pacifico che si tratti di una condizione dell'azione. Sul tema, E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 234: le condizioni dell'azione stanno prima della decisione del merito ma, a differenza dei presupposti, attengono alla pretesa e quindi sono espressione di regole sostanziali, con la conseguenza che la loro mancanza incide sulla pretesa sostanziale e non consente di ottenere una sentenza favorevole né di riproporre la domanda. Vedasi anche A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sott'ordinati*, in F. CARNELUTTI (diretto da), *Trattato del processo civile*, Napoli, Morano, 1963, p. 197. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2008, n. 546; Id., 25 novembre 1999, n. 1986.

²³ Si veda A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, *Struttura del giudizio e legittimazione al ricorso*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 251: «la legittimazione non è altro che il riflesso processuale di una certa configurazione del rapporto sostanziale (litigioso), configurazione che deve essere desunta dalla legge

na del processo civile²⁴, di modo che tale istituto si è caricato di significati ulteriori, scivolando dal piano della (mera) affermazione a quello della vera e propria titolarità di un interesse qualificato²⁵.

Probabilmente, l'emersione di un concetto di legittimazione significativo e autonomo è stata ostacolata anche dalla particolare natura dell'interesse legittimo quale situazione soggettiva normalmente tutelata nel processo amministrativo.

In effetti, l'interesse legittimo trascina con sé una serie di problemi definitori con riferimento alla determinazione del momento genetico, al rapporto con il potere amministrativo, alla individuazione del "bene della vita" agognato, all'autonomia dal diritto soggettivo.

Tali difficoltà interpretative sono fatalmente rifluite sulla legittimazione a ricorrere, che ha finito per incorporare – appunto – una serie di profili attinenti non alla

sostanziale regolatrice di questo rapporto», precisandosi però che «*il rapporto sostanziale litigioso non esiste come entità giuridica se non nella realtà della sua affermazione*». Sembra ammettere la possibilità di costruire la legittimazione a ricorrere in chiave di affermazione di un interesse giuridicamente rilevante anche E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 660: «*anche nel campo degli interessi legittimi, non è sempre vero che l'interesse materiale e quello processuale non possono esistere disgiuntamente l'uno dall'altro*». Cfr. anche E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, cit., p. 238; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 2004, p. 596.

²⁴ Come rilevato da G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *www.treccani.it*. Si veda anche L. FERRARA, *L'Adunanza plenaria ritorna sul ricorso incidentale escludente. Un errore di fondo?*, cit., p. 924: l'identificazione della legittimazione con la titolarità di una situazione sostanziale «*fa perdere quella conquista della dottrina processualcivilistica moderna che consiste nell'astrazione dell'azione dal diritto sostanziale*».

Si veda anche L.R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 688, il quale rileva come l'impropria utilizzazione giurisprudenziale delle condizioni dell'azione, per quanto spesso conduca a risultati pratici condivisibili, non convinca del tutto poiché sembra (almeno in parte) funzionale «*al perpetuarsi di modelli di giurisdizione oggettiva non coerenti con il modello costituzionale descritto dall'articolo 24*».

²⁵ Si sostiene «*la coincidenza dell'interesse protetto con la titolarità della legittimazione all'impugnazione, perché protetta è solo quella posizione di vantaggio la quale risulti normativamente qualificata, in quanto riconducibile a una norma di riferimento che si configura come il presupposto logico giuridico della tutela giudiziale accordata al titolare della posizione di vantaggio medesima*», così R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, Utet, 1993, p. 471. Similmente, P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, *Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 285, definisce la *legitimatio ad causam* come «*l'identità del ricorrente con il titolare della posizione giuridica fatta valere*». Nello stesso senso pure F. FIGORILLI, *L'azione popolare. Profili generali*, in F. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza ed azioni popolari*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2010, p. 18; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 82; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 65; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 186. Cfr. anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1974, p. 823: la legittimazione dipende da due condizioni, «*che il ricorrente sia effettivamente portatore di un interesse (sostanziale) direttamente o indirettamente protetto dall'ordinamento giuridico*» e che «*l'interesse sostanziale in funzione del quale il ricorrente agisce abbia effettivamente subito un pregiudizio a opera dell'atto amministrativo che forma oggetto d'impugnativa*».

esistenza astratta di un interesse giuridicamente rilevante, ma alla esistenza concreta ed effettiva di tale interesse²⁶.

In questo modo, l'istituto in esame non si colloca (più) in limine tra diritto sostanziale e processo ma si proietta integralmente verso la realtà della situazione fatta valere²⁷, di guisa che le questioni inerenti alla legittimazione riguardano in realtà quelli che sarebbero propriamente problemi di diritto sostanziale²⁸.

Verosimilmente, l'insistenza sulla verifica preliminare della sussistenza di un interesse legittimo si collega a sua volta anche alla necessità di garantire la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie sulla base della situazione soggettiva azionata²⁹. Non a caso, il passaggio dal criterio della *causa petendi* a quello del *petitum* sostanziale³⁰ è stato giocato sullo spostamento dalla "prospettazione" effettuata dal ricorrente alla effettiva consistenza della posizione fatta valere in giudizio. Tuttavia, questa evoluzione non avrebbe dovuto ineluttabilmente incidere sulla declinazione della legittimazione a ricorrere, nel senso che le esigenze sottese all'utilizzazione del criterio del *petitum* sostanziale avrebbero potuto parimenti essere riferite alla affermazione (da parte del ricorrente) di una posizione che (ove dimostrata esistente in sede processuale) sarebbe stata "senz'altro" di interesse legittimo.

Con riferimento alla azione di impugnazione la rappresentazione dominante della legittimazione a ricorrere viene usualmente giustificata sulla base del rilievo che (preliminarmente all'instaurazione del giudizio) l'aspetto astratto e ipotetico (suscettibile di mera affermazione) si appunta solo sulla illegittimità del provvedimento. Il processo verificherà tale illegittimità, mentre l'interesse legittimo del ricorrente (pregiudicato dal provvedimento) deve esistere in modo "effettivo" già prima del processo perché non ne costituisce il vero oggetto³¹.

²⁶ E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, cit., p. 598. Non a caso, la legittimazione a ricorrere è stato il canale attraverso il quale molti "nuovi interessi" hanno trovato spazio nel processo amministrativo, si veda F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali amm. reg.*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 253.

²⁷ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, in F. Carnelutti (diretto da), *Trattato del processo civile*, Milano, Morano editore, 1963, p. 63: diversamente dall'art. 2 l. cont. amm. («si faccia questione»), gli art. 26, 27 e 29 t. u. Consiglio di Stato esigono che il ricorrente agisca effettivamente a difesa di un interesse sostanziale, venendo cioè in rilievo «l'entità reale delle situazioni possedute dal ricorrente».

²⁸ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 599.

²⁹ Sull'intreccio tra legittimazione a ricorrere e definizione dell'interesse legittimo, anche in relazione ai problemi posti dal riparto di giurisdizione, si veda B. GILBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, in questa Rivista.

³⁰ Sul tema si veda, *ex plurimis*, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1975, p. 175.

³¹ In altri termini, «l'elemento che rimane sul piano dell'affermazione in sede di verifica della legittimazione non è la titolarità della situazione protetta, ma l'illegittimità del provvedimento impugnato, che determina la fondatezza della lagnanza, perché solo il provvedimento illegittimo concreta la lesione di quella situazione». La differenza rispetto al processo civile deriverebbe, dunque, dal fatto che là il ricono-

È evidente (ma sul punto si tornerà) che l'opzione definitoria appena indicata non è in sé neutra, ma presuppone (o avvalora) l'immagine di un processo centrato sull'atto (o sulla legittimità dell'atto) anziché sulle situazioni soggettive coinvolte in una data vicenda amministrativa.

Anche in giurisprudenza è costante l'affermazione che la legittimazione a ricorrere coincida con la «titolarità di una situazione giuridica soggettiva qualificata e tutelata dall'ordinamento», la quale consente di distinguere il ricorrente dalla collettività indifferenziata dei cittadini³².

L'approccio vale a scongiurare il rischio che l'impugnativa sia degradata «al rango di azione popolare a tutela dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa», in «insanabile contrasto con il carattere di giurisdizione soggettiva che la normativa legislativa e quella costituzionale hanno attribuito al vigente sistema di giustizia amministrativa»³³. In questo modo, la legittimazione assolve a una funzione di «filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, desumibili dagli artt. 24 e 111 Cost.»³⁴.

Talora il g.a. sembra distinguere il «titolo o possibilità giuridica dell'azione», intesa come la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma, e la legittimazione a ricorrere in senso proprio, «discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto» che viene ancora una volta a distinguerlo dal *quisque de populo*³⁵. L'effettiva titolarità di una posizione qualificata è, però, sempre necessaria³⁶, e restano isolate le sentenze nelle

scimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, mentre nel giudizio amministrativo «l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sebbene dalla illegittimità del provvedimento impugnato» R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, cit., p. 2. Si veda anche F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 589: «a differenza che nei rapporti interprivati, dove l'affermazione del diritto equivale da parte del giudice ad accoglimento dell'azione, nella giustizia amministrativa equivale ad ingresso dell'azione».

Recentemente, sulla inadeguatezza della teorica della legittimazione quale mera affermazione con riferimento alle dinamiche processuali proprie del giudizio di legittimità, B. GILBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, cit..

³² Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2018, n. 3923. Nello stesso senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2014, n. 3393.

³³ Così T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 dicembre 2017, n. 5835. Cfr. anche Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 489; T.A.R. Umbria, sez. I, 6 ottobre 2017, n. 625.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563.

³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563, cit.. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 508; Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5487; Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2014, n. 474; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2013.

³⁶ Si vedano, per esempio, Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2018, n. 6342, laddove la legittimazione a ricorrere, pur essendo prefigurata come «affermazione della titolarità della posizione qualificata necessaria ai fini del ricorso», presuppone «il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridicamente attiva, protetta dall'ordinamento, riferita a un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'amministrazione»; o anche T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 16 ottobre 2018, n. 1316, che riferisce la legittimazione al «possesso di un interesse legittimo». Cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, n. 2892.

Sotto un altro profilo, viene sostenuta con nettezza la distinzione tra la legittimazione e interesse a ricorrere, ossia l'utilità ricavabile dall'accoglimento della domanda di annullamento:

quali l'esistenza della legittimazione viene riscontrata esclusivamente «alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'azione, prescindendo, quindi, dalla effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa che si riferisce al merito della causa»³⁷.

4. Legittimazione a ricorrere e concezione soggettivistica della tutela.

Sebbene dottrina e giurisprudenza continuino ad aderire alla menzionata nozione “sostanziale” di legittimazione, due connotati del processo amministrativo sembrano spingere oggi verso una diversa configurazione dell'istituto: il suo carattere soggettivistico (che sarà esaminato in questo paragrafo) e la pluralità di azioni esperibili (che saranno riprese nel prossimo paragrafo).

La legittimazione a ricorrere è un “concetto funzionale”, che si collega direttamente allo scopo della tutela giurisdizionale e, di riflesso, agli obiettivi ai quali è preordinato l'esercizio dell'azione. Prescindendo da tale profilo, non si porrebbe nemmeno un problema di legittimazione: se l'ordinamento considerasse del tutto irrilevanti il fine

«la legittimazione al ricorso amministrativo presuppone il riconoscimento della esistenza di una situazione giuridica attiva [...] mentre in sé considerata la semplice possibilità di ricavare dalla invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante»: Cons. Stato, sez. III, 14 marzo 2018, n. 1643; Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2016, n. 2295.

Tuttavia, in non pochi casi sembra che legittimazione e interesse ricorrere vengano a sovrapporsi o che, addirittura, l'interesse a ricorrere sia esso stesso presupposto della legittimazione. Si vedano, per esempio T.A.R. Val d'Aosta, sez. I, 29 giugno 2017, n. 40 (*«la legittimazione ad agire presuppone, da un punto di vista sostanziale, la sussistenza di un interesse concreto ed attuale che rende qualificata la posizione vantata dal soggetto e che, sotto il versante processuale, lo abilita appunto a contestare gli atti che si reputano lesivi di detta posizione, al fine di conseguire l'utilitas sottesa all'interesse vantato»*); T.A.R. Marche, sez. I, 15 maggio 2017, n. 357 (*«nel processo amministrativo, legittimato a proporre ricorso è colui che vanta nei confronti del provvedimento impugnato una posizione qualificata e differenziata, che consenta di trarre dal suo annullamento una qualche utilità; la legittimazione al ricorso sorge, infatti, in tutti i casi in cui gli effetti negativi di un provvedimento amministrativo si riflettono in modo immediato e diretto nella sfera giuridica di un soggetto, quand'anche lo stesso non sia immediatamente e personalmente destinatario dell'atto»*); Cons. Stato, sez. IV, 24 settembre 2013, n. 4698 (*«l'esistenza della legittimazione a ricorrere non può fondarsi su un giudizio probabilistico, collegato ad un fatto futuro e incerto, con palese violazione dei canoni di concretezza dell'interesse a ricorrere»*).

Sull'interesse a ricorrere cfr., *ex plurimis*, E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, Milano, Giuffrè, p. 490; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, p. 138; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, *La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 210; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, p. 31; P. DEL PRETE, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., p. 69; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit. Sul carattere «relativo» del rapporto che intercorre tra gli istituti dell'interesse sostanziale, della legittimazione e dell'interesse al ricorso in ragione delle mutabili condizioni economico-sociali e della spinta di domande politico-sociali, si veda R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, aggiornamento 2011 a cura di E. GRILLO, cit..

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3657, che definisce la legittimazione come una condizione dell'azione diretta all'ottenimento di una qualsiasi decisione di merito: la sua esistenza è da riscontrare «esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'azione, prescindendo, quindi, dalla effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa che si riferisce al merito della causa, investendo i concreti requisiti di accoglibilità della domanda e, perciò, la sua fondatezza».

della tutela, sarebbe inutile chiedersi se i soggetti del processo coincidano o meno con le parti “giuste” (in quanto, appunto, legittimate)³⁸.

In questa prospettiva, il profilo maggiormente rilevante di tutta la teorica dell'azione è proprio quello teleologico: attiene al significato e al ruolo dell'azione sia nel complesso dell'ordinamento giuridico che nel quadro dei rapporti tra individuo e Stato, e si riduce all'alternativa tra concezione soggettiva e concezione oggettiva del processo³⁹.

Per quanto riguarda il processo civile, è pacifico che esso si collochi nell'alveo di una visione della tutela prettamente soggettivistica⁴⁰. L'azione non integra una forma di “esercizio privato di pubbliche funzioni”, poiché lo scopo immediato che l'attore mira a conseguire non è un fine pubblico, ma un fine privato consistente nella realizzazione di un proprio interesse individuale. Certamente, la protezione di un interesse privato è anche protezione del «*pubblico interesse nel suo aspetto generale di interesse alla composizione di ogni lite o alla soddisfazione di ogni situazione per mezzo dell'organo giurisdizionale e come esclusione dell'autodifesa privata*». Ma questo pubblico interesse è generico e può considerarsi solo come «*fine mediato dell'esercizio di ogni azione e non già come fine specifico immediato della singola azione*»⁴¹.

Del resto, anche l'imparzialità e la terzietà del giudice (nel riferirsi alla assoluta estraneità del giudice rispetto alla *res litigiosa*) presuppongono che il processo si ispiri ai principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁴², ed entrambi questi canoni corroborano il senso di una funzione giurisdizionale posta al servizio delle parti⁴³.

³⁸ Così, con riguardo al processo civile, G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, cit., p. 1. Viceversa, può dirsi che proprio l'esistenza di una questione di legittimazione distinta dalla titolarità (effettiva) delle situazioni giuridiche dedotte nel processo (e, quindi) dal merito della controversia, sia uno degli indizi più significativi della natura strumentale della tutela giurisdizionale e della «interdipendenza» tra diritto sostanziale e processo: A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, cit., p. 1.

³⁹ Si tratta, appunto, di risolvere il dilemma se il processo sia «*un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto soggettivo*» o, al contrario, sia «*un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo*»: P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 22.

⁴⁰ Si veda A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, cit., p. 5: il processo civile si è posto come «*una sorta di contropartita che lo Stato dà ai cittadini a seguito della imposizione del divieto di farsi ragione da sé*». Il processo, attraverso l'attività delle parti e del giudice «*mira a far ottenere ai titolari delle situazioni di vantaggio gli stessi risultati (o, se questo è impossibile, risultati equivalenti) che avrebbero dovuto ottenere attraverso la cooperazione spontanea dei consociati*».

⁴¹ L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 59. Codesto potere «*vive all'ombra del pubblico interesse all'amministrazione della giustizia*», ma «*non si nutre di detto interesse pubblico, bensì dell'interesse del privato al conseguimento della protezione del proprio diritto*», *Idem*, p. 87.

⁴² Il giudice per considerarsi imparziale, «*deve attendere d'esser richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda*»: «*la giurisdizione presuppone l'azione*», e l'azione non è solo il potere di dare la prima spinta alla giurisdizione che altrimenti rimarrebbe inerte, ma è anche il potere di preparare per il giudice la materia e il programma del suo provvedimento: P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 27.

⁴³ L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 40: il giudice «*ha il potere di emettere i provvedimenti richiesti, ma non quello di costringere le parti al processo*». Il principio della domanda è richiamato contro la funzione collaborativa del processo anche da E. GARBAGNATI, *La sostituzione*

Lo stesso approccio vale per il processo amministrativo.

Anzi, vale a maggior ragione per il processo amministrativo, che ha normalmente il “pubblico” come parte processuale: ritenere che quel processo possa essere sganciato dalla protezione degli interessi individuali equivarrebbe a negarne la natura stessa di processo come strumento di giustizia.

Che la giurisdizione amministrativa sia preordinata alla tutela di posizioni giuridiche soggettive e non possa essere definita di diritto obiettivo⁴⁴ si ricava dal quadro costituzionale e trova oggi conferma nelle regole del processo, che lo configurano come processo di parti⁴⁵.

Come già osservato (*supra*, § 2), l'articolo 24 della Costituzione si riferisce agli interessi giuridicamente protetti del singolo. In questa ottica, l'azione non può essere delineata come postulazione di giudizio fine a se stessa, proprio perché l'attuazione della legge non è indipendente dall'interesse individuale per la difesa del quale essa viene esercitata⁴⁶.

Il processo amministrativo è volto alla «affermazione e l'attuazione della legge rispetto a un bene del singolo che si pretende da questa garantito nel caso concreto» e si pone, pertanto, come giurisdizione di diritto soggettivo⁴⁷.

processuale nel nuovo codice di procedura civile, cit, p. 101: dal «divieto posto al giudice di pronunciare oltre i limiti della domanda si ricava il principio che senza la previa domanda del soggetto titolare del potere di azione, l'organo giurisdizionale non solo non è obbligato a esercitare la funzione giurisdizionale nei suoi confronti, ma è viceversa obbligato a non emanare alcun provvedimento giurisdizionale in merito al rapporto giuridico oggetto mediato dell'azione». Anche la facoltà di rinunciare agli atti del giudizio, che può determinare l'estinzione del processo, evidenzia come l'interesse tutelato mediante l'attribuzione del diritto all'esercizio della funzione giurisdizionale sia non l'interesse pubblico alla giusta composizione della lite, ma un interesse individuale, *Idem*, p. 109.

⁴⁴ Hanno sostenuto che la giurisdizione amministrativa fosse una giurisdizione di diritto obiettivo: G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1883, III, p. 307; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, Società editrice libraria, 1924, p. 129; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1953, p. 65 e p. 185; P. GASPARRI, *Appunti in tema di interesse legittimo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 325. Si veda anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 634, il quale critica il processo amministrativo come espressione di «accesso individualismo», poiché riserva al cittadino «il monopolio della iniziativa e dell'impulso processuale», facendo dipendere unicamente dai privati la concreta possibilità di reintegrazione giurisdizionale del diritto violato dalla p.a., mentre, se ciò non avviene, «la più stridente illegittimità resterà senza una repressione giurisdizionale».

⁴⁵ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sott'ordinati*, cit., p. 38. Si veda anche R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 202: i processi a contenuto oggettivo «sono processi senza domanda e ciò ha tutta una serie di implicazioni che contrastano con il nostro sistema processuale».

⁴⁶ Ciò che muove l'azione è «il pregiudizio sofferto da un interesse individuale che si assume tutelato dall'ordinamento e che, pertanto, invoca la garanzia giurisdizionale»: S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 136. Sulla necessità (costituzionale) di costruire il processo amministrativo come processo di parti si veda anche A. SANDULLI, *I principi*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 26.

⁴⁷ S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, cit., p. 139. Sul tema si vedano anche P. STELLA RICHTER, *Dopo il codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 876; G. ROS-

Da tale carattere discende la necessità di recuperare un rilievo autonomo alla legittimazione a ricorrere.

Non a caso, finché la giurisdizione amministrativa è stata considerata come «*speciale giurisdizione di diritto pubblico, diretta essenzialmente alla tutela dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa*», risultava difficile riconoscere al ricorrente la qualità di parte, se non limitatamente al potere di promuovere il processo, dal momento che il suo interesse sostanziale veniva «*non a contrapporsi, ma a coincidere o a concordare con l'interesse oggetto del giudizio*»⁴⁸.

È proprio in quel contesto che la legittimazione a ricorrere ha cominciato a essere identificata con la effettiva titolarità di un interesse legittimo: il ruolo del ricorrente poteva reputarsi decisivo per instaurare il processo che poi, in qualche modo, avrebbe assunto “vita propria” per ruotare intorno alla verifica della legittimità amministrativa intesa come valore a sé stante.

Da quel momento si diffonde l'idea che il “dubbio” idoneo mettere in moto la macchina processuale attenga non alla titolarità dell'interesse legittimo (che deve effettivamente esistere) ma alla illegittimità del provvedimento⁴⁹.

Questo schema, peraltro, non è privo di incongruenze perché viene a intrecciare profili oggettivi, per effetto della instaurazione di un giudizio sull'atto (sulla legittimità dell'atto), e profili soggettivi, perché presuppone la preliminare verifica in ordine alla consistenza delle posizioni soggettive in gioco. E, considerato che alle origini il processo amministrativo è nato come processo impugnatorio, esigere che la posizione giuridica del ricorrente sia “accertata” al momento della proposizione della domanda al fine di vagliarne l'ammissibilità appare come un aggravamento che contrasta anche con la centralità (perlomeno storica) dell'azione costitutiva.

Il modello, inoltre (e quasi paradossalmente), non sembra tenere adeguatamente conto della valenza “strumentale” dell'interesse legittimo⁵⁰: se l'interesse legittimo si collega a un bene finale che si assume non possa essere (per definizione) garantito all'individuo, a maggior ragione il diritto di agire dovrebbe essere autonomo dalla dimostrazione del sottostante contesto sostanziale.

In questo senso depone anche il principio di effettività della tutela che è, innanzitutto, effettiva possibilità di chiedere la tutela e che rischia di essere pregiudicato dal-

SI, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1211; E. FERRARI, *Commento all'art. 26 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1992, p. 717.

⁴⁸ F. CANGELLI, *Le parti*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 175.

⁴⁹ A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 423.

⁵⁰ Sul punto si veda E. BOSCOLO, *Gli interessi legittimi strumentali e la selettività della legittimazione*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1216. Sulla valorizzazione della categoria dell'interesse legittimo strumentale cfr. A. ROMANO TASSONE, *Brevi note sul concetto di interesse strumentale*, in *Giur. it.*, III, 1991, p. 219; G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo - interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale - finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 479.

la presenza di un “filtro” stringente per l’attivazione del processo: se l’assetto sostanziale delle reciproche posizioni dell’amministrazione e del privato ricorrente può essere determinato (e spesso non del tutto) solo alla fine del processo, anticipare al momento della domanda un giudizio prognostico sulla sua fondatezza equivarrebbe (o potrebbe equivalere) a negare l’accesso al giudizio⁵¹.

Questi nodi problematici possono sciogliersi solo traendo fino in fondo le conseguenze della connotazione soggettivistica del processo amministrativo: la legittimazione a ricorrere deve essere sganciata dalla verifica della effettiva esistenza di un interesse giuridicamente rilevante e riferita alla

affermazione di tale interesse a opera del ricorrente⁵², fermo restando che tale titolarità deve essere astrattamente possibile *in iure*.

Su questo profilo è necessario soffermarsi.

Muovendo dalla concezione mista dell’azione, è stato osservato (*supra*, § 2) come strumentalità e autonomia dell’azione non siano inconciliabili: la circostanza che – stante la concezione soggettivistica della tutela – il diritto di azione sia preordinato alla tutela di una situazione giuridicamente rilevante (e in questo senso abbia carattere strumentale) non implica che tale diritto debba ritenersi condizionato dalla esistenza in concreto di quella situazione giuridica.

Esistenza e fondatezza dell’azione, in altri termini, sono due concetti distinti: la fondatezza dell’azione in concreto richiede che la pretesa azionata sia “certa”, mentre l’esistenza dell’azione (l’esistenza del diritto di azione) postula che tale pretesa sia semplicemente “possibile”.

È solo questa possibilità che condiziona l’attivazione del processo. Una volta che sulla base del quadro normativo si sia constatata l’esistenza di una situazione di vantaggio, l’articolo 24 della Costituzione impone che a tale posizione sia accordata tutela: in punto di legittimazione, il giudice dovrà solo verificare che il soggetto *possa* essere titolare della posizione di cui egli si *afferma* titolare.

⁵¹ In altri termini, il giudice, all’atto della verifica delle condizioni dell’azione, non dovrà valutare l’effettiva titolarità di una situazione giuridica soggettiva, poiché, altrimenti, la fondatezza della domanda inciderebbe sull’ammissibilità del ricorso (laddove, invece, il diritto di azione spetta anche a chi ha, *rectius*, potrebbe avere, torto) ma riconoscere la legittimazione a chi si afferma titolare di una posizione che è astrattamente meritevole di tutela.

⁵² Come osservato *supra*, nota²³, una ricostruzione della legittimazione come affermazione, e precisamente di «affermazione di una pretesa di tutela» è rinvenibile in A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, *Struttura del giudizio e legittimazione al ricorso*, cit., p. 84. Recentemente, una organica costruzione della legittimazione in chiave processuale, focalizzata sulle «posizioni legittimanti», definite in relazione alla loro «particolare funzione tutoria di un interesse sostanziale» (che costituirà poi l’oggetto del processo amministrativo), è stata proposta da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., p. 373. Aderiscono a una ricostruzione di questo tipo anche F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, cit., p. 524 (con particolare riferimento all’evoluzione del processo amministrativo da processo sull’atto a processo sul rapporto); S. TARULLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 144. Una critica alla costruzione della legittimazione in termini di titolarità del rapporto sostanziale, che si tradurrebbe (specie con riferimento agli interessi diffusi) in una «prova diabolica» è condotta anche da M. MAGRI, *L’interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. «Per una piena realizzazione dello Stato di diritto»*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, p. 48.

In altri termini, la verifica in punto di legittimazione coglierà il profilo della possibile rilevanza dell'interesse per *quel* particolare individuo che è il ricorrente, se cioè costui (e proprio costui) possa astrattamente essere titolare di quell'interesse, di modo che attraverso il processo si potrà stabilire se quell'individuo ne sia *effettivamente* titolare e la sua domanda risulti dunque fondata.

A tal fine, rileveranno la qualificazione e la differenziazione dell'interesse.

Come noto, un interesse è una «*relazione tra un soggetto e un bene*»⁵³ che acquista il rango di situazione giuridica, ossia di posizione alla quale l'ordinamento conferisce protezione, in virtù della valutazione di rilevanza contenuta in una norma (o costruita a partire da una norma)⁵⁴.

La qualificazione assorbe la complessiva valutazione sulla rilevanza giuridica: attiene a un interesse che è stato «*preso in considerazione dal diritto*»⁵⁵, dalla disciplina normativa di rango costituzionale od ordinario, in modo espresso o anche implicito (si pensi alle norme che attribuiscono alla p.a. un potere conformativo), tenendo presente che non è necessario ravvisare una «*relazione di rigorosa tipicità*»⁵⁶ tra interesse e disciplina puntuale dell'attività amministrativa ma è sufficiente il riferimento alla protezione accordata dall'ordinamento nel suo complesso.

⁵³ Così, A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 44. Sulla nozione di interesse si vedano, *ex plurimis*, P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto*, Padova, Cedam, 1951, p. 40; E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Nss. dig. it.*, VIII, Torino, UTET, 1962, p. 838. Per una classificazione delle diverse ricostruzioni vedasi G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, 14, che distingue tra tesi normativiste o sostanzialiste (a seconda che pongano al centro della qualificazione la norma o l'interesse) e tra tesi soggettiviste o oggettiviste (a seconda che facciano preminente riferimento al soggetto portatore o all'interesse oggettivizzato).

⁵⁴ Cfr. G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, cit., p. 15.

Si considera quindi *rilevante* l'interesse che riceve un "predicato giuridico", mentre l'interesse *irrilevante* non è omogeneo rispetto al contenuto di una descrizione normativa, non riceve un predicato giuridico negativo e rimane in una dimensione «*non giuridica*», così N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 102 (che propriamente riferisce la sua analisi ai *fatti* giuridicamente rilevanti). Si vedano anche F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 1946, p. 195; Salvatore ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche di "fatto" e di "diritto"*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Padova, Cedam, 1940, p. 150; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1960, p. 113; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1962, p. 103; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Edizioni scientifiche italiane, 1955, p. 3; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, p. 498 («*il fatto solo non basta*», e se nessuna norma giuridica vi riannoda un effetto giuridico deve parlarsi di «*fatti giuridicamente irrilevanti*»).

⁵⁵ M. NIGRO, *L'art. 32 della legge urbanistica e l'individuazione degli interessi legittimi*, in *Foro it.*, 1962, I, p. 86.

⁵⁶ G. SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, III, *Oggetto del processo e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 123; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., p. 196. Si veda Cons. Stato, 22 giugno 1979, n. 500, in *Cons. St.*, 1979, I, 1133: «*la qualificazione dell'interesse va fatta non solo sulla base delle norme che espressamente attribuiscono il potere e l'organizzano in vista di determinati interessi pubblici da realizzare, ma anche in considerazione della complessiva tutela che l'ordinamento attribuisce a quell'interesse*».

La differenziazione procede senza soluzione di continuità rispetto alla qualificazione, utilizzando «*qualsiasi elemento che renda possibile un'autonoma considerazione dell'interesse, rivelandone in qualche modo il collegamento con aspetti peculiari di una determinata realtà individuale*»⁵⁷.

In questa prospettiva, la verifica in punto di legittimazione a ricorrere richiede di accertare se l'interesse di cui si invoca la tutela sia qualificato (se risulti, cioè, giuridicamente rilevante alla luce del quadro normativo) e se esso possa appuntarsi in modo differenziato in capo al ricorrente: ma entrambe le verifiche possono essere effettuate in termini di possibilità (giuridica/fattuale) e sulla base di quanto affermato dal ricorrente stesso.

5. Pluralità delle azioni e trasformazioni del processo amministrativo.

La necessità di ripensare il significato della legittimazione a ricorrere si specifica ulteriormente con riferimento alla progressiva “metamorfosi” del processo amministrativo.

Sono almeno due gli elementi rilevanti.

Innanzitutto, la centralità del principio dispositivo: spetta al ricorrente l'individuazione dell'oggetto del giudizio, «*come affermazione della sussistenza di una data situazione giuridica soggettiva (causa petendi) e, sulla base di essa, come richiesta al giudice di provvedere in conseguenza (petitum)*»⁵⁸. Tale profilo evidenzia di per sé come il giudice sia chiamato a pronunciarsi non sempre, non tanto o non solo sulla legittimità in sé del singolo episodio di esercizio del potere, ma sulla fondatezza delle ragioni dedotte dal ricorrente⁵⁹.

In secondo luogo, e soprattutto, la atipicità del *petitum*.

Questa è stata – in parte – costruita dalla giurisprudenza che ha ampliato i contenuti della tutela originariamente assicurata dalla sola azione di annullamento attraverso una molteplicità di strumenti: l'effetto conformativo della sentenza, l'ampliamento dei poteri esercitabili in sede di ottemperanza dal giudice o dal commissario *ad acta*, l'edificazione di forme di tutela progressivamente più ampie nell'ipotesi di inerzia dell'amministrazione, la (pur faticosa) ammissione del risarcimento dei danni arrecati agli interessi legittimi⁶⁰.

⁵⁷ S. PIRAINO, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 221. Sulla differenziazione come collegamento dell'interesse alla «*realtà fattuale del singolo soggetto*», si veda S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., p. 196.

⁵⁸ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 238.

⁵⁹ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 341. Sul principio della domanda si veda, *ex plurimis*, M. NIGRO, *Domanda (principio della)*. II) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989.

⁶⁰ Sul tema si vedano A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalle pubbliche amministrazioni: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 1999, p. 496; P. SIRACUSANO, *La nuova (e “vera”) svolta della Cassazione sulla cd. risarcibilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del*

Ma, soprattutto, è stato il Codice del processo amministrativo a optare per un sistema atipico (o comunque plurale) di azioni⁶¹.

In termini generali, la centralità dell'azione costitutiva è venuta meno: l'annullamento di provvedimenti illegittimi può essere una misura di tutela superflua (si veda la disciplina dei vizi formali o procedurali di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990)⁶² oppure insufficiente o comunque parziale⁶³ nelle ipotesi in cui l'amministrazione sia rimasta inerte o abbia rigettato l'istanza di un privato.

L'art. 31 C.p.a. prevede che, nei casi di azione avverso il silenzio, l'azione di condanna possa assumere un contenuto generico (il giudice accerta l'obbligo dell'amministrazione di emanare *un* provvedimento) o specifico (il giudice si pronuncia sulla fondatezza dell'istanza del ricorrente, in relazione *al* provvedimento richiesto) laddove l'attività sia vincolata in astratto o in concreto (non residuando ulteriori spazi di discrezionalità⁶⁴) e non siano necessari adempimenti istruttori.

E una analoga possibilità di ottenere una sentenza di condanna all'adozione del provvedimento richiesto (ribattezzata azione di adempimento)⁶⁵ è stata prevista anche

rapporto, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, p. 480. In termini generali, sulla responsabilità della p.a. si vedano, *ex plurimis*, F. FRANCIOSI, *Antiche e nuove prospettive di tutela della tutela risarcitoria nei confronti della p.a.*, in *Corr. merito.*, 2007, p. 793; L. TORCHIA, *La responsabilità*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 525; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

⁶¹ Sul principio di atipicità delle azioni si vedano: V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 436; N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 687; F. FIGORILLI, *L'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo amministrativo e delle relative condizioni*, in G. D. COMPORI, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, p. 111; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 503; S. CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 146; E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/11)*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 765; A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 864.

⁶² Sui cd. vizi formali del provvedimento amministrativo cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali di atti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 190; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁶³ Non a caso, è stato osservato che «per gli interessi pretensivi contrapposti ad attività vincolata non dovrebbe operare il principio di separazione di poteri, prospettandosi piuttosto un obbligo dell'amministrazione a cooperare ad un *facere giuridico*»: F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni*, cit., p. 503.

⁶⁴ Sulla contrapposizione tra discrezionalità in astratto e in concreto si veda L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 604.

⁶⁵ Sull'azione di adempimento: A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 328; R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al*

nei casi di provvedimento negativo dall'art. 34, co. 1, lett. c, C.p.a., sia pur condizionata al previo annullamento del provvedimento che aveva rigettato la richiesta del privato.

Ne consegue che (con riferimento agli interessi legittimi pretensivi) il risultato che precedentemente poteva essere ottenuto soltanto attraverso l'effetto conformativo insito nella sentenza di annullamento oggi può essere raggiunto (ove la fattispecie sia interamente definita) attraverso la azione di condanna all'adozione di un provvedimento, che rappresenta una misura pienamente idonea a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, anche mediante la nomina di un commissario ad acta⁶⁶.

Proprio la previsione espressa della condanna ad un facere (e su questo punto si tornerà subito) ha inciso sull'intera struttura del processo amministrativo, poiché quella azione – per il fatto stesso di essere prevista – è idonea a elevare la situazione fatta valere dal ricorrente a oggetto del processo, edificando un modello processuale nel quale la pretesa sostanziale «entra in maniera diretta nella realtà del giudizio»⁶⁷.

Chiudono il sistema (in aggiunta all'azione dichiarativa della nullità di cui all'art. 31 C.p.a. e all'azione di condanna al risarcimento del danno per equivalente o anche in forma specifica di cui all'art. 30 C.p.a.) la possibilità per il giudice di adottare «le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» (ex art. 34, co. 1, lett. c, C.p.a., che configura una azione di condanna atipica), e di disporre nella sentenza di merito «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta», che può dunque avvenire anche in sede di cognizione (art. 34, co. 1, lett. e, C.p.a.).

A queste azioni si aggiunge, secondo le interpretazioni prevalenti, la ammissibilità di una azione di accertamento atipica nei casi in cui le altre azioni non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, sempre che tale azione sia sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale⁶⁸.

È chiaro, quindi, che nei casi di “patologie amministrative” il risultato utile per il ricorrente può essere conseguito a prescindere dall'intervento dell'amministrazione: ciò può avvenire “immediatamente” (cioè in fase di cognizione) nei casi di attività vin-

diritto processuale amministrativo, Torino, Giappichelli, 2012, p. 41; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 617; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del 56° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 75; P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1.

⁶⁶ V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 617.

⁶⁷ A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 175.

⁶⁸ Si vedano Cons. Stato, a.p., 23 marzo 2011, n. 3 e 29 luglio 2011, n. 15, che richiamano le coordinate costituzionali e comunitarie indicate dall'art. 1 c.p.a. oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009. Sulla pluralità delle azioni si vedano anche S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 913; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al libro I*, in *Dir. proc. amm.*, 2011; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in www.giustizia-amministrativa.it.

colata, oppure a partire da un certo momento (agganciato alla fase di esecuzione della sentenza) negli altri casi. Non a caso l'art. 29 del Codice, a proposito dell'azione di annullamento, ha soppresso l'inciso «salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» (di cui all'abrogato art. 45 r.d. n. 1054 del 1924): la soddisfazione della pretesa del ricorrente può dunque realizzarsi interamente in sede giurisdizionale.

Il canone di atipicità delle azioni si collega, evidentemente, al principio di pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ricavabile dall'art. 24 (che, rispetto alla fruibilità dei mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento, equipara diritti soggettivi e interessi legittimi) e dall'art. 113, co. 2 (che impedisce che la tutela di annullamento sia “contingentata” in ragione del tipo di provvedimento o del mezzo di impugnazione)⁶⁹ della Costituzione.

Tale principio implica che «tutte le situazioni protette debbono poter usufruire di tutti i mezzi di tutela (azioni) riconosciuti dall'ordinamento» che si rendano necessari in relazione al tipo di situazione protetta e al tipo di rapporto nel quale tali situazioni si collocano; e significa altresì che quei mezzi di tutela devono avere una disciplina idonea ad assicurare che «la protezione sia effettiva, cioè capace di tradursi sul piano pratico nella soddisfazione sostanziale degli interessi che delle situazioni protette costituiscono, appunto, il substrato sostanziale»⁷⁰.

Certo, è decisivo (e in qualche modo preliminare) il contenuto della posizione soggettiva di cui si invoca la tutela, contenuto che le disposizioni del C.p.a. in ultima analisi ancorano ai caratteri del potere amministrativo (vincolato o discrezionale). In ogni caso, però, partire dall'azione rende più facile inquadrare la situazione sostanziale e assicurare a quest'ultima la “più effettiva” delle tutele possibili. La pluralità delle azioni, insomma, disvela un universo nel quale la tutela assume contenuti diversi che però sono sempre adeguati, corrispondono, alla specifica sostanza delle posizioni azionate.

⁶⁹ V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 617.

Tra le due disposizioni costituzionali, peraltro, la priorità non può che spettare all'art. 24: non solo per la collocazione della norma, ma anche perché, nel confronto con l'art. 24, l'art. 113 coglie un aspetto in qualche modo parziale e condizionato dalla originaria centralità della tutela costitutiva. In questa ottica, potrebbe ritenersi necessario attualizzare la suddetta previsione e interpretare i “mezzi di impugnazione” in senso più ampio, come “particolari azioni”, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 617.

Sul tema si veda anche M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., p. 557, il quale osserva che la tipicità dell'azione di annullamento (che corrisponde alla tipicità dell'azione costitutiva proponibile innanzi al giudice ordinario) si spiega in relazione all'esigenza di non intaccare la sfera della discrezionalità attribuita alla p.a., laddove la tutela di condanna e quella di accertamento (nella misura in cui non tocchino tale sfera riservata) non postulano una analoga esigenza di tipizzazione.

⁷⁰ V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 617.

In questo senso, il mutamento del processo amministrativo ha trasformato lo stesso diritto amministrativo sostanziale: appunto perché, in realtà, attiene «*al diritto sostanziale la previsione dei mezzi di tutela (le azioni) di cui le situazioni protette usufruiscono alla stregua dell'ordinamento, attraverso i quali esse, appunto, rilevano come situazioni protette (o situazioni giuridiche soggettive)*»⁷¹.

Non sembra dubitabile che l'evoluzione appena tratteggiata ponga al centro del processo amministrativo l'accertamento della fondatezza delle pretese della parte⁷², delle quali si viene a chiedere la soddisfazione per equivalente (azione risarcitoria), piena in relazione al cd. bene della vita agognato dal ricorrente (azione di condanna nei casi di attività vincolata in astratto o in concreto), oppure calibrata sulle regole che l'amministrazione ha violato (azione di annullamento nei casi di attività discrezionale).

La previsione di una pluralità di azioni (ritenuta «doverosa alla luce dell'art. 24 Cost. come correttamente inteso») avvalorava così la natura pienamente sostanziale dell'interesse legittimo, che può intendersi come «*genus di tutte le situazioni protette, nelle loro varie specie, che vengono riconosciute come tali a fronte dell'esercizio del potere*»⁷³.

La molteplicità di azioni oggi esperibili assume però anche un ulteriore significato⁷⁴ che può rivelarsi risolutivo proprio rispetto alla riflessione in tema di legittimazione a ricorrere.

⁷¹ V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 617: «dal diritto sostanziale viene individuato il livello di protezione delle diverse situazioni, delle une rispetto alle altre, livello che può essere differente nella valutazione dell'ordinamento, nei limiti consentiti dai principi costituzionali».

⁷² V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 341.

⁷³ V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 617.

⁷⁴ Peraltro, l'indicata pluralità, adeguatamente valorizzata, ha una ulteriore implicazione poiché tende a fare sfumare la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi. In particolare, la previsione dell'azione di condanna conferma di per sé l'idea che l'interesse legittimo strutturalmente equivalga a un diritto di credito. Sul punto si veda L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 617: il codice, «attraverso l'(azione di) adempimento, presuppone che i vincoli posti dalla legge all'agire amministrativo siano obblighi, indipendentemente dall'oggetto dell'obbligo, indipendentemente dalla distinzione tra obblighi cui corrisponde un bene sostanziale del cittadino ed obblighi procedurali; e gli obblighi, o l'obbligazione (nel nostro caso complessa), presuppongono, a loro volta, un credito», riprendendo una espressione di A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, p. 6. Resta fermo, ovviamente, che l'intensità della tutela dell'interesse dipende dal tipo di rapporto amministrativo nel quale esso viene a collocarsi. Le esigenze di soddisfazione che nella pluralità dei casi si rappresentano possono essere diverse e sono quindi diverse «le possibilità di soddisfazione offerte dall'ordinamento, tenendo conto del tipo di rapporto di cui si tratta, caratterizzato volta a volta dal tipo di potere in ordine al quale il rapporto si instaura», V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., p. 617.

Sulla considerazione dell'interesse legittimo come diritto soggettivo si vedano A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3; ID., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., *passim*; C. MARZUOLI, *Un diritto 'non amministrativo'*, in *Dir. pubb.*, 2006, p. 133; ID., *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, Cedam, 2002, p. 268; C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubb.*, 1997, p. 897; L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pub-*

Infatti, la circostanza che il *petitum* non è più sempre e solo quello di annullamento conduce a sua volta a ritenere che la *causa petendi* non possa ridursi al vizio di legittimità⁷⁵. Il fatto costitutivo dell'interesse legittimo deve ricavarsi dalle regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa, fermo restando che l'oggetto della situazione giuridica è destinato a cambiare a seconda che il provvedimento sia vincolato oppure discrezionale: «l'oggetto consisterà nell'attribuzione del cosiddetto bene della vita, nel primo caso, e nell'attuazione della chance risultante dalla legge», nel secondo⁷⁶.

Da queste considerazioni si ricava che oggetto del giudizio amministrativo⁷⁷ è la situazione soggettiva fatta valere e non il provvedimento amministrativo (o la sua legittimità)⁷⁸.

blico, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5580; ID., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubb.*, 2010, p. 637. Sul tema, in generale, si vedano anche M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 130; N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *www.giustamm.it*; F. VOLPE, *Appunti di un amministrativista per uno studio sulla classificazione delle situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*.

Sulla fatica di addivenire a una definizione conclusiva di interesse legittimo, si veda, per esempio, F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 1005, la quale evidenzia «il carattere ibrido della nostra nozione di interesse legittimo, proprio perché la figura si muove lungo una linea che parte dalla giurisdizione di diritto oggettivo e va — direi — verso una concezione sostanzialistica dell'interesse legittimo, una concezione cioè che guarda alla relazione tra le norme che l'amministrazione deve osservare e la possibilità che l'utilità avuta di mira dal singolo sia realizzata grazie all'osservanza di quelle norme». Sul tema, per una prospettiva generale, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁷⁵ L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 617.

⁷⁶ L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 617.

Sulla natura non necessariamente sostanziale delle utilità giuridiche («secondo la quale rapporti diritto-obbligo possono sorgere anche rispetto ad utilità strumentali e non finali, quando queste ultime siano dipendenti da una scelta altrui») si veda anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubb.*, 2009, p. 767.

⁷⁷ Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle articolate questioni relative all'oggetto del processo amministrativo. Si vedano, *ex plurimis*, S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1956; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980; R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in AA.Vv., *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, Giuffrè, 1982, p. 705; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 54; L. MAZZAROLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 463; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *ivi*, 2005, p. 557; e, con particolare riferimento al contesto segnato dal Codice sul processo amministrativo, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, cit., p. 75; M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1121; A. PAJNO, *Introduzione*, in V. Lopilato, A. Quaranta (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 43.

⁷⁸ L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, cit., p. 617: depongono in tal senso l'art. 7 c.p.a. (che devolve alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia «questione di interessi legittimi»), l'art. 34 comma 1 lett. c (che si riferisce alla situazione giuridica soggettiva «dedotta in giudizio») e la previsione dell'azione di condanna, che esclude di per sé che l'oggetto del giudizio possa consistere nell'atto emanato.

Questo profilo, a sua volta, dovrebbe condurre ad estendere al processo amministrativo la conclusione pacifica per il processo civile, che «*l'elemento costante dell'esercizio del potere di azione consiste nell'affermazione di una situazione soggettiva sostanziale della quale si invoca la tutela*»⁷⁹.

6. La legittimazione a ricorrere nel sistema delle azioni previste dal Codice del processo amministrativo.

Il percorso descritto non può che rifluire sulla legittimazione a ricorrere.

Infatti, se il *petitum* non si identifica più con l'annullamento del provvedimento, la legittimazione è destinata a contrarsi: non può essere l'effettiva titolarità di un interesse legittimo, ma deve essere la mera affermazione di quell'interesse.

E questo per un duplice ordine di ragioni, tra loro perfettamente simmetriche.

Dal punto di vista sostanziale, la posizione sostanziale del ricorrente può avere una varietà di contenuti la cui soddisfazione è (altrettanto) variamente assicurata: possono essere diversi i risultati garantiti e possono essere diversi i tempi in cui questa garanzia diverrà reale in relazione ai caratteri del potere (vincolato o discrezionale) e, da qui, al momento in cui verrà a prodursi una "ingerenza" del giudice sull'esercizio del potere amministrativo (in fase di cognizione o di esecuzione).

Dal punto di vista processuale (ma, come si è visto, è l'altra faccia di una stessa medaglia), una volta che si ammette che il giudice possa pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, la posizione soggettiva fatta valere in fase preliminare (di verifica di ammissibilità dell'azione) può solo essere affermata e non dimostrata nella sua effettiva consistenza.

E, dal momento che l'azione di adempimento (o di condanna a un *facere* specifico) può essere esperita non solo nei casi di attività vincolata ma anche quando non residuano ulteriori spazi di discrezionalità, e considerato altresì che tendenzialmente è proprio il giudizio che consente di verificare se la discrezionalità si sia in qualche modo consumata in relazione alle risultanze dell'istruttoria procedimentale, è evidente che la configurazione della legittimazione in chiave di affermazione è un approdo valevole potenzialmente in relazione a qualunque vicenda che contrapponga amministrazione e soggetto privato. In altri termini, che il bene della vita sia garantito *ex ante* e quindi il sindacato del giudice sulla fondatezza della pretesa possa dirsi pieno già in fase di cognizione è un elemento che solo il processo può determinare: la qual cosa rende, appunto, generalizzabile la concezione della legittimazione appena prospettata.

⁷⁹ C. FERRI, *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, p. 4. In questa prospettiva, mentre diventa una questione meramente nominalistica parlare di identificazione dell'azione o di oggetto processuale, così A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, Torino, Utet, 1980, p. 32, ripreso da L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 617, per sostenere appunto l'intima correlazione esistente tra la giurisdizione soggettiva, la domanda (in senso proprio) e l'oggetto del processo rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva.

Potrebbe dirsi che tale conclusione valga solo ove il ricorrente abbia proposto un'azione di condanna e non, invece, l'azione costitutiva di annullamento⁸⁰ rispetto alla quale la legittimazione dovrebbe continuare a spettare a coloro che sono titolari del rapporto che mediante la sentenza si vuole creare o modificare.

Tuttavia, proprio una interpretazione rigorosa del principio di soggettività della tutela dovrebbe indurre a ridimensionare il ruolo del *petitum* ai fini della determinazione della legittimazione a ricorrere.

Rispetto a quel principio, non rileva infatti che il processo amministrativo abbia (o abbia avuto nella maggior parte dei casi) carattere cassatorio: l'atto amministrativo rappresenta l'usuale "termine della reazione del singolo", ma lo è al pari di qualunque altro comportamento che si pretende antigiusdizionale: «l'atto amministrativo non è elemento centrale dell'oggetto del processo, ma è elemento della lite che forma oggetto del processo»⁸¹.

Dal punto di vista dell'accesso al giudizio, dovrebbe avere rilievo qualunque contenuto della pretesa manifestata attraverso l'azione, «quale espressione dell'esigenza di rimuovere qualsiasi pregiudizio riguardi l'interesse» che si afferma tutelato dall'ordine giuridico⁸².

In altri termini (e a tacere della circostanza che l'azione costitutiva può trovarsi a essere agganciata a un'azione di condanna), alla luce di quanto osservato sull'oggetto del processo (che non si identifica con l'accertamento dei vizi di legittimità ma con la posizione giuridica fatta valere), anche l'azione costitutiva può essere centrata sulla pretesa al mutamento del rapporto giuridico (nei limiti in cui, ovviamente, la sentenza potrà insistere su quel rapporto) e, quindi, muovere dalla affermazione di quel diritto anziché dalla sua effettiva titolarità⁸³.

⁸⁰ Nelle azioni costitutive, «attraverso il processo è possibile conseguire determinate utilità sostanziali che non si potrebbero conseguire attraverso alcun comportamento doveroso dei consociati (modificare, costituire o estinguere rapporti giuridici», così A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, cit., p. 6.

⁸¹ S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, cit., p. 192: non si provoca la giurisdizione solo per eccepire l'invalidità di un provvedimento (altrimenti l'azione sarebbe una pura azione), ma si eccepisce l'esistenza di un atto viziato in quanto lesivo di un interesse individuale. L'azione, in questo senso è postulazione di giudizio, «dell'attuazione giudiziale della legge che l'attore ritiene assicuri la soddisfazione di un proprio interesse».

⁸² S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, cit., p. 184.

Vedasi anche F. CANGELLI, *Le parti*, cit., p. 178. L'individuazione delle parti può avvenire secondo due impostazioni teoriche: il criterio dell'atto, in base al quale sono parti la p.a. che ha emanato l'atto e il soggetto che ne chiede l'annullamento; e il criterio soggettivo dell'interesse coinvolto nell'atto. Il diritto positivo sembra ancorato alla prima opzione, tanto che le parti necessarie sono il ricorrente, la p.a. che ha emanato l'atto (posto in essere il comportamento lesivo) e i controinteressati ai quali l'atto si riferisce. Tuttavia, è intuitivo che «la seconda opzione, fondata sul criterio degli interessi coinvolti, mostra maggiori possibilità di adeguarsi a un'amministrazione sempre più partecipata, tesa a coinvolgere nell'esercizio della funzione tutti i soggetti nei cui confronti la pronuncia è destinata a incidere, rispondendo così a istanze di giustizia sostanziale», *ibidem*.

⁸³ La concezione soggettivistica della tutela, assumendo come punto di partenza la protezione delle situazioni soggettive di chi agisce, risolve in radice il problema se la legittimazione debba desumersi dalla domanda o dal provvedimento giurisdizionale richiesto: l'opposizione è soltanto apparente, poiché nel momento in cui la legittimazione assume rilevanza, quel prov-

Tirando le fila delle considerazioni fin qui svolte, può dirsi che se l'attività amministrativa è vincolata (o si rivela tale all'esito della verifica giurisdizionale circa la fondatezza della pretesa del ricorrente), non dovrebbero esserci ostacoli a qualificare la posizione del privato in termini di diritto soggettivo⁸⁴. La pretesa, quindi, avrà come oggetto direttamente il cd. bene della vita, la cui spettanza, in presenza di una patologia nella vicenda amministrativa, potrà essere assicurata dal giudice (già) a partire dal processo di cognizione. In questo caso, la legittimazione a ricorrere non potrà che giocarsi sulla affermazione del ricorrente, che prospetterà la titolarità di un diritto a un certo risultato che sarà poi – in modo diretto e completo – oggetto della verifica giurisdizionale.

Se, invece, l'attività amministrativa è discrezionale (o, secondo quanto può ricavarsi dalla disciplina dell'azione di condanna, se la discrezionalità amministrativa non è stata consumata nella vicenda procedimentale), prima dell'esercizio del potere non esiste un diritto soggettivo avente a oggetto il "bene finale" che è coinvolto dal potere stesso. La posizione del privato, si articola in una serie di pretese all'osservanza di regole di comportamento a carattere intersoggettivo⁸⁵ e in un interesse che ha come termine il bene della vita finale. Tale interesse non è "ex ante" giuridicamente garantito (appunto perché questo è condizionato dalle risultanze dell'esercizio del potere) ma può condurre a una situazione giuridica altra e – come tale – risultare meritevole di tutela, perché proprio il processo potrebbe assicurarne la garanzia: come *chance* (che a sua volta è sempre termine di un interesse rilevante) durante la fase di cognizione o anche di risultato vero e proprio ove i meccanismi dell'ottemperanza lo consentano. Anche in questo caso, la legittimazione a ricorrere consisterà nell'affermazione del ricorrente, che *prospetterà* di essere titolare di interessi eventualmente articolati nel contenuto ma comunque giuridicamente rilevanti.

La prospettiva delineata ha una serie di implicazioni⁸⁶ sia sul piano della "pulizia dei concetti" (che il progressivo avvicinamento del processo amministrativo al processo civile sembra richiedere) che sul piano pratico.

vedimento non è stato ancora emanato, per cui la base per decidere non può che essere il ricorso. In questo senso, a proposito del processo civile, L. MONACCINI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 267.

⁸⁴ La tesi che all'attività amministrativa vincolata corrispondano situazioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo è stata già da tempo sostenuta da (parte) della dottrina: E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in ID., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, p. 301; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 3; ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, Utet, 1987, p. 58; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 1996.

⁸⁵ Tali pretese, giusto quanto osservato *supra*, nota ⁷⁴, hanno la medesima struttura dei diritti di credito. In ogni caso, la conclusione raggiunta sul versante della legittimazione a ricorrere non muta anche se tali posizioni continuano a essere inquadrare come interessi legittimi.

⁸⁶ *Sulle implicazioni del passaggio a una nozione di legittimazione in chiave di affermazione si veda ampiamente F. SAITTA, La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?, cit., p. 532.*

Innanzitutto, può consentire di spezzare la circolarità tra legittimazione a ricorrere e interesse legittimo, collocando ciascuno nella dimensione (processuale o sostanziale) che gli è propria.

In secondo luogo, permette di reagire alle difficoltà di metabolizzare all'interno del processo amministrativo la "crisi di identità" dell'interesse legittimo in confronto con il diritto soggettivo, svelata dalla molteplicità di azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo.

Infine, semplifica molto l'indagine sulla azionabilità degli interessi sovraindividuali (o di tutti gli interessi dalla consistenza giuridica incerta), nel senso che questi interessi (come ogni altro interesse) postulano solo una verifica in punto di rilevanza giuridica, perché da questa consegue, *ex art. 24 Cost.*, la loro azionabilità. A quel punto, il controllo sulla legittimazione sarà effettuato negli stessi termini in cui dovrebbe svolgersi con riguardo alle posizioni di carattere, per così dire, mono-individuale: come indagine sulla possibilità astratta che l'attore risulti titolare della posizione di cui egli chiede tutela (e qui entrano in gioco le categorie della differenziazione e della qualificazione, utilizzate appunto muovendo dalle affermazioni del ricorrente).

In definitiva, si tratta di una impostazione che risponde in modo adeguato allo spirito dell'articolo 24 della Costituzione: a quella apertura verso il giuridicamente rilevante che è dentro il principio di atipicità dell'azione e che trova oggi definitiva consacrazione nella pluralità di azioni previste nel processo amministrativo.

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo – Dipartimento di Scienze giuridiche –

Sapienza Università di Roma

andrea.carbone@uniroma1.it

PIENEZZA DELLA TUTELA E MODELLI PROCESSUALI DIFFERENZIATI

EFFECTIVE JUDICIAL REVIEW AND SPECIAL MODELS OF TRIAL

SINTESI

L'evoluzione del processo amministrativo nel nostro ordinamento verso la sempre maggiore valorizzazione di una tipologia di tutela incentrata sulla soddisfazione della situazione giuridica dedotta in giudizio sembra aver portato, parallelamente, all'emergere di particolari modelli processuali differenziati. Modelli di matrice oggettiva, creati dal legislatore attraverso l'introduzione di un corpo normativo di deroga alle regole processuali ordinarie ovvero elaborati dalla giurisprudenza sulla base di specifiche disposizioni normative, i cui caratteri peculiari sono da ricercarsi, secondo quanto si espone nello scritto, nell'essere deputati alla protezione di un particolare interesse pubblico sensibile (ciò che giustifica deroghe al tradizionale modello di tutela di tipo soggettivo); nella presenza, in capo al giudice amministrativo, di poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli ordinari, poteri che possono essere più ampi sia sotto il profilo cognitorio che sotto quello decisorio; nel particolare declinarsi dalla legittimazione a ricorrere, che può ricomprendere situazioni giuridiche differenti da quelle tutelate dinanzi al g.a. o, comunque, ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*.

Il lavoro si propone di esaminare il rapporto di tali modelli differenziati con il sistema ordinario di giustizia amministrativa. Come viene spiegato, la *ratio* di tali modelli va ricercata nell'evoluzione della giurisdizione amministrativa verso la piena applicazione del canone soggettivistico. Il passaggio da un processo incentrato sulla legittimità dell'atto, ad un processo il cui oggetto è la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, può infatti lasciare scoperte esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l'effettività della tutela di detta situazione soggettiva. La predisposizione da parte del legislatore, o, laddove la si reputi ammissibile, l'affermazione in via giurisprudenziale, di modelli processuali differenziati, risponde allora all'esigenza di sopperire a quelle che potrebbero essere le "zone franche" lasciate dall'affermazione di un modello processuale in cui la situazione giuridica del ricorrente rappresenti il fulcro sul quale la tutela si viene a conformare, il termine, cioè, su cui misurare l'esigenza di protezione che il processo deve assicurare.

ABSTRACT

The development of the judicial procedure before administrative Courts towards the effective protection of subjective juridical positions, has led to the concurrent increasing of different special judicial models, which are based on an objective standard of review.

The paper suggests such special models provides a particular judicial control in order to avoid that a subjective standard of review could create areas in which judicial review is ineffective.

PAROLE CHIAVE: modelli processuali differenziati; processo amministrativo; pienezza della tutela.

KEYWORDS: special judicial models; procedure before administrative courts; effective judicial protection.

INDICE: 1. Modelli processuali e processo amministrativo – 2. Modelli processuali differenziati e deroghe al modello ordinario – 3. (segue) – 4. Modelli processuali differenziati e ruolo della legittimazione.

1. Modelli processuali e processo amministrativo.

La riflessione che si intende effettuare si inserisce nel più ampio dibattito concernente l'accesso e le modalità di tutela nelle controversie tra privati e Amministrazione davanti al giudice amministrativo. In particolare, si vuole esaminare in che modo il processo amministrativo risponde attualmente alle esigenze a tali profili collegate, ponendo attenzione alla struttura di una giurisdizione improntata alla tutela di situazioni giuridiche soggettive in relazione a quegli aspetti che da detta struttura paiono invece discostarsi.

Secondo una linea di pensiero comunemente accolta, infatti, la pienezza della tutela giurisdizionale si accompagna, sia sotto il profilo dell'accesso alla tutela, sia sotto quella delle garanzie delle posizioni a cui tale accesso è garantito, alla soggettivizzazione del modello di processuale di riferimento. Ed in effetti, una delle principali tendenze che ha caratterizzato l'evoluzione del processo amministrativo nel nostro ordinamento è stata appunto quella di una sempre maggiore apertura verso una tutela di tipo soggettivo, in relazione ad entrambe le componenti appena descritte. Da un lato, infatti, si è assistito al riconoscimento del rilievo giuridico, da parte del giudice amministrativo, di posizioni precedentemente non ritenute meritevoli di tutela. Dall'altro, la situazione del ricorrente è venuta a rappresentare, da mera occasione per l'attivazione del rimedio giurisdizionale quale era originariamente concepita, il fulcro del giudizio amministrativo, attraverso la ben nota evoluzione di quest'ultimo, culminata con l'adozione del Codice del processo amministrativo.

Ma, al di là di queste considerazioni, neppure può sfuggire un'altra e differente tendenza, che invece si sta sviluppando precipuamente in quest'ultimo

periodo. Si fa riferimento ad un particolare orientamento di tipo (per così dire) “neo-oggettivista” della giurisdizione amministrativa, che può riscontrarsi a fronte del particolare atteggiarsi dei poteri del giudice e delle regole processuali in taluni ambiti del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo.

Tendenza che, come si è già avuto modo più volte di spiegare¹, non sembra contrastare con la prima (e più tradizionale) linea evolutiva, quanto piuttosto svilupparsi parallelamente ad essa, in tal modo determinando quasi una scissione tra le funzioni (che si potrebbero definire) *ordinarie* del giudice amministrativo e i nuovi poteri ad esso attribuiti. Sembra assistersi, in altre parole, alla costruzione di particolari modelli processuali che si aggiungono al modello tradizionale di tipo soggettivo, e che si caratterizzano per talune diversità strutturali e per la loro funzionalizzazione — come si vedrà — alla tutela di concreti e determinati interessi pubblici.

Tali modelli, in altre parole, sono deputati a garantire particolari interessi che, nel quadro del paradigma soggettivistico, rischierebbero di risultare sacrificati. Il passaggio da un processo incentrato sulla legittimità dell’atto, ad un processo il cui oggetto è la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, può infatti lasciare scoperte esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l’effettività della tutela di detta situazione soggettiva. I modelli processuali differenziati avrebbero allora lo scopo di rispondere a tali ulteriori esigenze, affiancandosi al modello ordinario. Proprio in ragione del loro presentarsi come modelli processuali distinti, si aggiunge, possono svolgere un siffatto compito senza stravolgere la struttura del processo amministrativo improntato sulla tutela della situazione giuridica del soggetto; possono, cioè, conseguire lo scopo descritto senza dover necessariamente cercare di contemperare opposte esigenze, e senza quindi compromettere le differenti modalità di tutela che ad esse fanno riferimento.

2. Modelli processuali differenziati e deroghe al modello ordinario.

La distinzione in più tipologie processuali, invero, non è caratteristica nuova della giurisdizione amministrativa, che, come è noto, nella contrapposizione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva ha ricostruito due diversi modelli di tutela; ciò almeno fino ai tempi più recenti, ché, nell’ultimo decennio, si è assistito ad una progressiva uniformazione degli strumenti pro-

¹ Cfr. A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 423 ss.; ID., *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, pp. 43 ss., a cui si rimanda per una più compiuta analisi, in generale, dei modelli processuali differenziati.

cessuali in un unico modello di giurisdizione generale (e, si vorrebbe dire, piena) a cui le giurisdizioni speciali — esclusiva e di merito — aggiungono semplicemente elementi (cognitori e decisor) ulteriori, ma non ne stravolgono l'impianto di base².

La pluralità delle forme giurisdizionali sembra però riproporsi, come detto, attraverso la predisposizione di singoli modelli processuali, che, derogando a quello ordinario, si prestano ad una migliore garanzia di determinati interessi generali rispetto ad un sistema strutturato sulle posizioni soggettive delle parti.

Questi modelli possono essere espressamente creati dal legislatore, attraverso l'introduzione di un corpo normativo di deroga alle regole processuali ordinarie, ovvero possono essere elaborati da parte della giurisprudenza, sempre tuttavia sulla base di particolari disposizioni legislative che, almeno in parte, introducono elementi peculiari nella disciplina sostanziale o processuale di un determinato settore ove viene in gioco la tutela di specifici interessi sensibili.

Anche questa ulteriore tendenza potrebbe apparire, in realtà, non del tutto sconosciuta al processo amministrativo, che già alla fine del secolo scorso aveva visto proliferare una pluralità di riti speciali, successivamente razionalizzati nella disciplina dell'art. 23-*bis* della l. TAR, poi trasfusa nell'art. 119 c.p.a. Tuttavia, rispetto al fenomeno di cui si vuole dare riscontro, la specialità di questi ultimi risiede, piuttosto, nella peculiarità del rito, cioè delle forme e dei termini propri del giudizio; non vi è, invece, una deroga al modello ordinario intesa come deroga ad un modello processuale di tutela delle situazioni giuridiche soggettive che fronteggiano l'esercizio di un potere amministrativo.

Piuttosto, si può considerare ascrivibile alla tipologia di giudizi che qui si vuole delineare il contenzioso elettorale, ove l'ampia legittimazione derivante dalla natura popolare dell'azione, unita ai peculiari poteri decisor del giudice, diretta conseguenza della sua giurisdizione di merito, si coniuga con il particolare interesse sotteso a tale rito³.

È tuttavia nell'ultimo decennio che questi modelli hanno visto una vasta proliferazione, in relazione ad importanti settori sensibili del nostro ordinamento. Si possono considerare, in particolar modo, l'art. 21-*bis*, l. n. 287 del 10 ottobre 1990, inserito dall'art. 35, d.l. n. 201 del 6 dicembre 2011 (conv. in l. n.

² Cfr. ampiamente A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, loc. ult. cit.

³ Vi sarebbero, in altri termini, i tre requisiti necessari per qualificare il contenzioso elettorale come modello processuale differenziato nel senso da noi descritto: cfr. *infra* nel testo. Alla nostra impostazione in questo ambito, come detto già rappresentata in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, cit., aderisce L. DONATO, *Ricorso elettorale tra interesse pubblico concreto e "meritevolezza" della tutela*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*, spec. p. 109.

214 del 22 dicembre 2011), che ha conferito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la legittimazione ad impugnare dinnanzi al giudice amministrativo gli atti adottati da altra Amministrazione in violazione della concorrenza e del mercato, previa emanazione di un parere motivato a cui la P.A. ha l'onere di conformarsi per evitare l'impugnazione⁴; la disciplina di cui al d.lgs. n. 198 del 20 dicembre 2009, che ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. *class action* amministrativa, attraverso la quale i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti possono agire in giudizio per chiedere il ripristino del «corretto svolgimento della funzione o [del]la corretta erogazione di un servizio» laddove non sia stato rispettato il termine previsto per l'adozione di un provvedimento di carattere generale ovvero siano stati violati gli standard economici e qualitativi previsti per i servizi pubblici e da ciò sia derivata una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi⁵; il contenzioso avente ad

⁴ In merito all'art. 21-bis, l. 287/1990, cfr., tra gli altri, M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)*, in *Giustamm.it*, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 1022 ss.; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, in *Federalismi.it*, 2011; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *ApertaContrada.it*, 2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2012; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 471 ss.; H. SIMONETTI, *L'art. 2-bis della Legge 287/1990 ed il potere di impugnazione dell'Agcm: è ancora il secolo della "giustizia nell'amministrazione"?*, in *Giustamm.it*, 2014; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013; B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 291 ss.; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2013, pp. 409 ss., spec. pp. 418 ss.; F.S. MARINI, *Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in *Giustamm.it*, 2014; C. BELLESINI, *L'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 e la legittimazione ad agire nel processo amministrativo della Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Rass. Adv. St.*, 2016, pp. 239 ss.

⁵ Sull'azione di classe amministrativa o ricorso per l'efficienza, la letteratura è molto ampia: ci si limita a rimandare, oltre a quanto considerato in A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 287 ss., in particolare A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Giustamm.it*, 2009; M. CLARICH, *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in *Il Sole 24Ore*, 2009; F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2010; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in *Giustamm.it*, 2010; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 2010; G. BUZZI, *La Class Action nella P.A.*, in *AltaLex.it*, 2010; U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 246 ss.; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *Giustamm.it*, 2010; C.E.

oggetto i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in merito al quale gli artt. 121 e 122 c.p.a. conferiscono al giudice amministrativo, nel caso in cui sia richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e l'attribuzione del contratto, il potere di scelta — sulla base dei criteri stabiliti dalla legge — tra la dichiarazione di inefficacia del contratto (in via retroattiva ovvero *ex nunc*) e il risarcimento del danno per equivalente⁶, e al cui interno era stato inserito, all'art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a., uno speciale giudizio concernente l'impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni⁷, abrogato tuttavia in un successivo intervento di modifica⁸.

Sul punto, si consideri che, in relazione alla prima delle ipotesi appena richiamate, l'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990 prevede che l'AGCM, laddove ritenga che un'autorità amministrativa abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, possa adottare un parere motivato, al quale l'Amministrazione intimata deve conformarsi, pena, in mancanza, la possibilità per l'Autorità di presentare ricorso al g.a. Più in particolare, la norma appena richiamata configura in capo all'AGCM una legittimazione ad agire in

GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, pp. 501 ss.; G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in *Lexitalia.it*, 2010; A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *www.apertacontrada.it*, 2010; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. A proposito di una "class action all'italiana"*, in *Giustamm.it*, 2010; D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 2362 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Giustamm.it*, 2011; G. SORICELLI, *Considerazioni sulla class action amministrativa nell'amministrazione di risultato*, in *Giustamm.it*, 2011; S. GATTO COSTANTINO, *Azioni collettive ed organizzazione dei servizi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, Giappichelli, 2012; S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1519 ss.

⁶ Su cui sia consentito rimandare ad A. CARBONE, *Artt. 121-124 c.p.a.*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 1171 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

⁷ Secondo la modifica che era intervenuta ad opera del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016). Cfr. A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in *Giustamm.it*, 2017, ed ivi i relativi riferimenti.

⁸ L'art. 1, co. 22, d.l. n. 32 del 18 aprile 2019, conv. in l. n. 55 del 14 giugno 2019, ha abrogato i co. 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120, e le parti di disposizioni che vi facevano riferimento. Prima dell'abrogazione, TAR Piemonte, sez. I, n. 88 del 17 gennaio 2018 aveva rimesso alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela ostasse ad una normativa nazionale quale l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., che prescrive l'immediata impugnazione, a pena di preclusione, dell'ammissione/mancata esclusione alla gara di un altro soggetto; ma Corte giust. UE, ord. n. 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, *Vaidocco*, aveva risposto in senso negativo, pur precisando che la decadenza era opponibile soltanto a condizione che i provvedimenti di ammissione fossero correlati da apposita motivazione. Analoga censura, sotto il profilo però della legittimità costituzionale, era stata sollevata da TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 903 del 20 giugno 2018.

giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione, con riferimento alle violazioni delle regole poste a tutela della concorrenza e del mercato: per procedere all'impugnazione, il co. 2 della disposizione in esame prescrive che l'Autorità debba in primo luogo emettere un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate; se la pubblica Amministrazione intimata non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare il ricorso, entro i successivi trenta giorni. Proprio la configurazione di tale procedura complessa, oltre che la speciale legittimazione conferita all'Autorità, rappresenta una particolare modalità di differenziazione del modello processuale in esame⁹, come tale non riconducibile a quello ordinario¹⁰.

⁹ Invero, va sottolineato come il problema principale, in ordine alla norma appena richiamata, risieda nell'opzione interpretativa tra la considerazione unitaria della procedura in essa contemplata (tra la considerazione unitaria, cioè, del co. 1 dell'art. 21-bis, che conferisce la legittimazione, e il co. 2, che disciplina la procedura), e la configurazione di due procedure alternative, la prima diretta, di immediata impugnazione dell'atto lesivo della concorrenza, la seconda, invece, articolata nelle due fasi descritte. Sul punto, la dottrina maggioritaria (cfr., su tutti, M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito*, cit., p. 17; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale*, cit.; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza*, cit., pp. 418 ss.; R. FRASCIONE, *La fase precontenziosa come condizione di ammissibilità dell'azione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in *Giustamm.it*, 2013) e la giurisprudenza (*ex multis* Cons. St., n. 2246/2014, cit.; TAR Lazio, sez. III, n. 2720 del 15 marzo 2013; TAR Lazio, sez. II, n. 4451 del 6 maggio 2013; nonché, implicitamente, Corte cost., n. 20 del 14 febbraio 2013, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 465 ss., annotata da F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.) sono concordi nella lettura congiunta del primo e del secondo comma della norma in esame, per cui il parere deve considerarsi condizione necessaria per l'ammissibilità del ricorso; non sono tuttavia mancate, sul piano dottrinale, posizioni perplesse (non ritiene scontata tale soluzione R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, cit., § 7; secondo M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, cit., p. 2, sarebbe preferibile, al fine di ottenere una immediata pronuncia in sede cautelare, una lettura separata delle due disposizioni).

Sembra anche a noi che l'impostazione maggioritaria sia quella corretta, non tanto sulla base di argomenti letterali, quanto in ragione della *ratio* sottesa al modello in esame. Questo, infatti, si configura quale procedura complessa, di cui il momento giurisdizionale rappresenta solo una fase, e, nel suo insieme, costituisce uno degli strumenti attribuiti all'Autorità per il perseguimento del suo fine istituzionale, rispetto al quale centrale è il momento procedimentale e di interlocuzione con il soggetto interessato. Non risponderebbe a tale assetto, allora, la possibilità di escludere la procedura preliminare (quindi, nell'ottica delineata, una parte della procedura complessiva) per scegliere di esperire direttamente ricorso. Se ci si pone in questa prospettiva, ne consegue che l'AGCM, per procedere all'esperimento dell'azione giurisdizionale, deve necessariamente emettere un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate, e comunicarlo all'Amministrazione interessata. Cfr. ampiamente, per tutte gli aspetti in ordine a tale modello, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 43 ss., spec. pp. 51 ss.

¹⁰ Va evidenziato come il medesimo modello sia stato, nella sostanza, replicato da parte del legislatore con riferimento all'ANAC, a cui è stata attribuita la legittimazione ad impugnare gli atti che si pongano in violazione della normativa sui contratti pubblici (cfr. il d.l. n. 50 del 24 aprile 2017, conv. in l. n. 96 del 21 giugno 2017, che ha inserito all'art. 211 Cod. contr. pubbl. i

Per quanto concerne, invece, la c.d. *class action* amministrativa, essa è stata introdotta, come detto, dal d.lgs. n. 198/2009, che ha attribuito al giudice amministrativo il potere di condanna della P.A. all'emanazione di un atto che faccia venir meno l'inadempimento ad una funzione o ad un servizio che derivi «dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici»¹¹. Condizioni perché il ricorso possa essere proposto sono la previa diffida dell'Amministrazione ad adempiere, secondo le modalità previste dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 198/2009, e la circostanza che non vi sia un controllo amministrativo in atto avente ad oggetto l'accertamento delle stesse condotte. La legittimazione a ricorrere è attribuita ai singoli, alle associazioni o ai comitati che siano titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori; circostanza che ha portato a ritenere che la legittimazione sia disancorata da una situazione giuridica protetta di tipo tradizionale¹² e che il relativo giudizio sia da qualificare in termini di giurisdizione (almeno parzialmente) di tipo oggettivo¹³, assimilabile più ad una funzione amministrativa di controllo che non ad una funzione giurisdizionale¹⁴.

commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*). In questo caso, tuttavia, a differenza di quanto è accaduto per l'AGCM (cfr. subito *supra*, alla nota precedente) l'interpretazione è stata nel senso che la procedura complessa sia alternativa alla legittimazione diretta ad agire in giudizio. Nonostante la struttura simile all'art. 21-*bis*, co. 1 e 2, l. n. 287/1990, il regolamento di attuazione dei nuovi poteri dell'ANAC, del. n. 572 del 13 giugno 2018, ha infatti valorizzato la distinzione tra le violazioni delle norme in materia di contratti, con riferimento ai «contratti di rilevante impatto», di cui al co. 1-*bis*, e le «gravi violazioni del presente codice», di cui al co. 1-*ter*, per prevedere, in relazione alle prime, un ricorso diretto (capo II del regolamento), e, in relazione alle seconde, un ricorso previo parere motivato (capo III del regolamento). Cfr. in proposito Cons. St., comm. spec., par. n. 1119 del 26 aprile 2018 sullo schema di regolamento, secondo cui non vi sarebbe alcun elemento, né letterale, né sistematico, per ammettere che le espressioni usate dal legislatore nel co. 1-*bis* e nel co. 1-*ter* dell'art. 211 siano quanto al loro effettivo contenuto identiche, non potendosi ritenere decisivo, al fine di ritenere che il potere di agire attribuito all'Autorità sia unico, il fatto che l'omologo potere accordato dall'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, sia unitario e preveda sempre il previo parere motivato.

¹¹ Così l'art. 1, d.lgs. n. 198/2009.

¹² In altri termini, gli interessi considerati dalla norma non dovrebbero ascrivarsi in ogni caso a situazioni giuridiche di interesse legittimo o di diritto soggettivo, potendo essere rappresentati anche da interessi semplici, cioè meri interessi di fatto, non oggetto di tutela diretta da parte dell'ordinamento: sul punto si veda F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, cit., p. 14, il quale ritiene che questa interpretazione non contrasti con la necessità di «una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi», di cui all'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 198/2009.

¹³ Secondo F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 13, nel rito relativo alla *class action* amministrativa il sindacato del g.a. «non appare affatto calibrato sulla singola posizione soggettiva», giacché «il giudizio e l'azione non hanno qui lo scopo di attuare una peculiare situazione soggettiva sostanziale dandovi compiuta tutela». In altre parole (p. 15) «il giudice, risolta la questione della legittimazione, viene sostanzialmente a

In merito poi alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, il legislatore nazionale, sulla scia di quello comunitario, ha introdotto un giudizio caratterizzato dalla presenza di penetranti poteri discrezionali in capo al g.a., che consentono a quest'ultimo, se ragioni di pubblico interesse lo richiedono, di far rimanere efficace il contratto anche laddove l'aggiudicazione si riveli illegittima, disponendo, nel caso di violazioni gravi, sanzioni alternative¹⁵. Una ulteriore accentuazione del carattere di modello processuale differenziato di tale contenzioso si era poi avuta attraverso l'introduzione dei co. 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a., per cui si era previsto che il provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali andasse impugnato immediatamente, nel termine di trenta giorni, all'interno di un rito c.d. specialissimo, e che l'omessa impugnazione impedisse di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale¹⁶; tale normativa, tuttavia, come detto, è stata da ultimo abrogata.

3. (segue).

Se al termine di questa breve analisi si cercasse di individuare quali siano i caratteri che accomunano le fattispecie sin qui descritte, l'attenzione dovrebbe necessariamente soffermarsi su tre ordini di fattori. In primo luogo, come già avvertito, vi è in tutti i casi l'esigenza di tutela di un interesse pubblico sensibile, ritenuto meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento; un interesse che, proprio alla luce delle sue caratteristiche, giustificerebbe un modello processuale differenziato e rivolto direttamente alla sua tutela, piuttosto che a quella della pretesa della parte.

*scollare la sua indagine dalla sfera individuale, per concentrarsi sull'oggettiva violazione del benchmark e comunque sull'effettiva situazione di inefficienza, oltretutto con una proiezione molto incisiva sugli interna corporis dell'amministrazione; una proiezione che, a ben vedere, è il frutto di un suo potere inquisitorio e che non si lega strettamente ai contenuti della domanda». Dello stesso avviso U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, cit., p. 249. Contra F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, cit., pp. 4-5; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. A proposito di una "class action all'italiana"*, cit., pp. 21 ss., secondo cui la nuova normativa determina «l'emersione di quelli che un tempo erano considerati meri interessi di fatto».*

¹⁴ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, cit., p. 23.

¹⁵ Si rimanda, nuovamente, ad A. CARBONE, *Artt. 121-124 c.p.a., loc. ult. cit.*

¹⁶ Sul punto, si rimanda ad A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici*, cit.

Inoltre, i modelli speciali sono caratterizzati dalla presenza, in capo al giudice amministrativo, di poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli ordinari ad esso conferiti: poteri che possono essere più ampi sia sotto il profilo cognitorio che sotto quello decisorio, come può riscontrarsi, ad es., nella disciplina di cui agli artt. 121-124 c.p.a. Da questo punto di vista, si deve rilevare come, in relazione alla legittimazione dell'Autorità Antitrust, è la particolare struttura in cui si articola la procedura, che come detto integra la fase procedimentale di emissione del parere a quella processuale dell'esperimento del ricorso, a rendere configurabile un modello processuale differenziato, andando oltre il mero rilievo della legittimazione¹⁷.

Infine, l'elemento di fondamentale rilievo che permette di sganciare il modello speciale da quello ordinario è dato dalla legittimazione a ricorrere, che ricomprende situazioni giuridiche differenti da quelle tutelate dinanzi al g.a. o, comunque, ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*¹⁸.

Il riferimento alla presenza di queste caratteristiche non deve essere considerato quale mera sommatoria di elementi isolati fra loro. Al contrario, esse vanno a costituire un insieme unitario, e sono idonee ad influenzarsi l'un l'altra all'interno del singolo modello. Non è un caso che, nel terzo dei modelli considerati, quello cioè relativo al contenzioso sull'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto, ove regole processuali particolari sulle condizioni dell'azione non erano state disposte dalla legge, pur tuttavia il modello processuale, presentando caratteri che lo qualificano in senso oggettivo e un'esigenza di tutela di un particolare interesse pubblico, è risultato comunque subire un'influenza in ordine al requisito della legittimazione: di ciò vi è ampio riscontro nella *vexata quaestio* concernente l'ordine di esame dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti¹⁹, che aveva portato, prima del ripensamento del legislatore, all'introduzione del particolare contenzioso di cui all'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., di cui si è detto.

Ora, è indubbio che alcuni degli aspetti descritti ben potrebbero essere ricondotti, attraverso uno sforzo interpretativo, nei moduli ordinari di esercizio della giurisdizione amministrativa. Da questo punto di vista può anzi affermarsi

¹⁷ Cfr., oltre a quanto detto *supra*, al par. precedente, in nota, quanto più ampiamente affermato in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 43 ss., spec. pp. 51 ss.

¹⁸ In argomento, oltre all'analisi di P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 40 ss., si veda la compiuta distinzione proposta da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 341 ss.

¹⁹ Si rimanda nuovamente a quanto da noi considerato in *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, cit., e *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato*, cit.

che la tendenza maggioritaria, sia dottrinale sia soprattutto giurisprudenziale, è senza dubbio in questo senso.

Così, potrebbe ritenersi che gli artt. 121 e 122 c.p.a. non derogano alla normale funzione decisoria del giudice, ma semplicemente conferiscano al g.a. un potere analogo a quelli attribuiti al giudice civile, ad esempio, dalle norme di cui agli artt. 2058 o 844 cod. civ.²⁰. Analogamente, in relazione all'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, è stato affermato che la posizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti dell'Amministrazione che ha emanato l'atto potrebbe essere qualificata come interesse legittimo²¹. Ancora, il

²⁰ Per l'impostazione c.d. civilistica dei poteri di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. cfr., tra gli altri, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, p. 355; F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 887 ss. Sul punto si vedano anche i rilievi di M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Giustamm.it*, 2010, pp. 53 ss.; ID., *Il recepimento della "direttiva ricorso": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, *ivi*, pp. 10 ss.

²¹ In questo senso la giurisprudenza è stata propensa nel ritenere che l'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo per la tutela di un interesse generale, delineerebbe invece un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali, qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad un'Autorità pubblica, secondo un percorso non differente di quello per cui gli interessi diffusi possono assumere una tutela differenziata e qualificata attraverso il riconoscimento di interessi collettivi in capo ad enti rispetto ad essi esponenziali (si veda in proposito TAR Lazio, sez. III, n. 2720 del 15 marzo 2013). In questo senso, dunque, la concorrenza rappresenterebbe un bene della vita, rispetto al quale sarebbe avvenuta una soggettivizzazione in capo all'Autorità Antitrust.

Dal canto suo, la dottrina si è divisa tra chi ha riconosciuto all'AGCM che agisce *ex art. 21-bis* la titolarità di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale e chi invece si è opposto ad una tale lettura. Nel primo senso M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM*, *cit.*, p. 8, secondo cui «l'Autorità antitrust (...) è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa». Analogamente, ritiene R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, *cit.*, § 1.3, che rispetto al bene "concorrenza", di sicura giuridica rilevanza, è difficile individuare soggetti che si trovino in una posizione differenziata giustiziabile, ma la situazione non sarebbe diversa da quanto si verifica per gli interessi diffusi, i quali si trasformano in interessi collettivi di cui diventano titolari gli enti esponenziali del gruppo: l'unica peculiarità, in questo caso, è data dalla circostanza che la posizione differenziata è riconosciuta al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare il relativo bene. Più complessa la posizione di F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *cit.*, pp. 494 ss., secondo cui l'interesse legittimo di cui l'Autorità Antitrust è titolare sorgerebbe soltanto laddove l'Amministrazione destinataria del parere non si conformi ad esso (si presuppone, quindi, che la non conformazione sia l'oggetto del giudizio); l'interesse legittimo, in questa impostazione, avrebbe quindi la sua fonte nel potere di controllo conferito all'Autorità *ex art. 21-bis*, non nella circostanza che quest'ultima sia istituzionalmente preposta alla tutela della concorrenza (ciò che renderebbe appunto necessario il previo esperimento della procedura prevista dal co. 2 dell'art. 21-*bis*). Aderiscono alla prospettiva del riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva, in generale, anche F.S. MARINI, *Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *cit.*;

riconoscimento ai singoli utenti e consumatori della legittimazione a far valere un'azione per l'efficienza nei confronti della pubblica Amministrazione è stato visto dalla giurisprudenza e dalla dottrina quale concentrazione, in capo agli stessi, di un interesse che prima poteva configurarsi solo come diffuso e che ora, invece, può essere, attraverso l'esplicita estensione legislativa, riconosciuto nella titolarità di soggetti giuridici determinati²².

Proprio una siffatta tendenza riduzionistica si ritiene di dover contestare. Ciò, non solo e non tanto in quanto, in ordine ai singoli aspetti isolatamente considerati, appaia invero forzata la loro riconduzione alle forme proprie del

M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, pp. 579 ss. Contrari a riconoscere all'AGCM una situazione giuridica soggettiva quale posizione legittimante al ricorso sono invece F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, cit.; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, cit., pp. 1026-1027; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM*, cit., p. 4; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm*, cit., pp. 4-5; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza*, cit., p. 418.

Ora, non sembra a chi scrive che la considerazione di uno specifico interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa, nonostante la potenziale idoneità ad integrare, in sé, un bene della vita, possa configurare, in capo a detta autorità, la titolarità di una situazione giuridica soggettiva sostanziale, sulla cui esigenza di tutela, nella relazione con il soggetto che ne è appunto titolare, verrebbe ad incentrarsi il giudizio amministrativo. Si pone, in contrasto con una siffatta interpretazione, lo stesso ruolo dell'interesse in questione nel rapporto con l'Amministrazione alla cui cura è affidato, nonché le modalità con cui questo, secondo la disciplina di cui all'art. 21-bis, l. n. 287/1990, ampiamente esaminata, può trovare tutela. Sotto quest'ultimo profilo, non può non evidenziarsi, infatti, come la previsione di una procedura particolare per poter adire il giudice amministrativo — procedura che è destinata ad assumere rilievo all'interno dello stesso contenzioso — non sia compatibile con una soluzione volta a riconoscere in capo all'AGCM una situazione giuridica soggettiva sostanziale che esprima nell'oggetto del giudizio il suo bisogno di tutela. Se infatti l'Autorità fosse titolare di una situazione equipollente, seppur peculiare, rispetto a quella degli altri soggetti, non si vede perché allora dovrebbe considerarsi necessaria, ai fini dell'esperimento del rimedio giurisdizionale, la previa emanazione del parere ai sensi dell'art. 21-bis, co. 2, l. n. 287/1990 (secondo quanto la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare: cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM*, cit., p. 18). Sul punto, cfr. quanto più approfonditamente considerato in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 58 ss.

²² Cfr. TAR Lazio, sez. III-bis, n. 552 del 20 gennaio 2011 (confermata in appello da Cons. St., sez. VI, n. 3512 del 9 giugno 2011), con nota adesiva di C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo*, in *Giustamm.it*, 2011. Secondo il TAR «la posizione giuridica tutelata è correlata all'emanazione di un atto le cui caratteristiche sono declinate direttamente dal legislatore, è regolamentata l'azione in relazione a tutti i profili rilevanti, è disciplinato il conseguente processo. A ben vedere, inoltre, la previsione di legge non crea posizioni giuridiche nuove (non era esclusa dall'ordinamento la possibilità per le associazioni portatrici di interessi diffusi di agire per l'accertamento dell'obbligo di provvedere in relazione ad atti generali) ma le riconosce ai singoli, così elevando gli interessi diffusi ad interessi individualmente azionabili, a conclusione di un processo per certi versi opposto a quello, compiuto dalla giurisprudenza, che al fine di garantirne la tutela aveva perorato un processo di imputazione collettiva».

tradizionale giudizio amministrativo; quanto piuttosto perché, sotto un profilo più generale, il disconoscimento del fenomeno nella sua interezza non convince. Secondo quanto già considerato all'inizio della nostra trattazione, infatti, un tentativo di temperamento tra la struttura del processo di matrice soggettiva e la garanzia di più generali interessi che dal paradigma soggettivistico necessariamente esulano, rischia di portare, da un lato, a disattendere entrambe le esigenze a cui le differenti modalità di tutela fanno riferimento; e, dall'altro, a compromettere lo stesso assetto complessivo del processo amministrativo, nel momento in cui si cerca di ricomprendere, all'interno del generale modello ad esso relativo, i singoli aspetti derogatori concernenti un particolare modello di contenzioso, e ci si trova così, conseguentemente, nella necessità di estendere tali deroghe a tutte le controversie che davanti al giudice amministrativo trovano svolgimento.

L'esempio del contenzioso relativo all'affidamento di contratti pubblici è sotto questo profilo paradigmatico. In ordine ad esso, infatti, una parte della giurisprudenza e della dottrina, come ben noto, avevano ritenuto che, nell'ipotesi in cui vi fossero soltanto due concorrenti in gara, ed entrambi avessero sollevato censure escludenti attraverso i rispettivi ricorsi esperiti in via principale e incidentale, le loro posizioni dovessero essere considerate equipollenti, e si potesse procedere all'esame di entrambi i ricorsi in ragione della possibilità che, qualora fossero fondati, si dovesse ripetere la procedura²³. Quanto la Corte di giustizia dell'UE, invero in maniera non del tutto congruente rispetto alla propria giurisprudenza, ha portato tale impostazione alle sue naturali conseguenze, affermando che all'esame dei ricorsi si deve procedere a prescindere dal numero dei concorrenti in gara, e quindi a prescindere dalla eventualità che, all'esito di tale sindacato, si debba concretamente pervenire alla reindizione della procedura, è risultato palese che in tale modello processuale si va ad effettuare un sindacato sulla gara in sé, non incentrato sulle posizioni coinvolte. Il successivo tentativo, effettuato da parte della nostra giurisprudenza, di limitare la portata delle statuizioni della Corte di giustizia ai soli casi in cui, anche laddove vi siano più di due partecipanti alla gara, la fondatezza delle doglianze sollevate induca l'Amministrazione a ripetere la procedura in ragione delle particolari circostanze in concreto sussistenti (così rimanendosi in qualche modo legati alla situazione del soggetto attraverso un riferimento, pur tenue, ad un effettivo interesse a ricorrere), si è rivelato infruttuoso: la Corte ha stabilito

²³ Si veda, ancora, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere, cit.*, e ID., *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato, cit.*, ed *ivi* i relativi riferimenti.

che un siffatto requisito non deve reputarsi necessario per procedere all'esame nel merito di entrambi i ricorsi²⁴.

La logica in cui si muove la Corte di giustizia pare dunque portare alla configurazione di un modello processuale differenziato; del resto, se così non fosse, se, cioè, tali principi non fossero espressione di una particolare tipologia di contenzioso, quello sui contratti pubblici, non potrebbe escludersi la loro estensione alla generalità di controversie di cui conosce il giudice amministrativo.

Anche la sorte del rito di cui al co. 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. si inserisce nella medesima prospettiva: da un lato il rito immediato sulle ammissioni si risolveva in un sindacato di stampo prettamente oggettivo, in quanto comportava la necessità di impugnare l'ammissione altrui senza che potesse conoscersene l'effettiva lesività, non essendo ancora intervenuta l'aggiudicazione; dall'altro, l'applicazione di tale rito speciale, e il tentativo di ricondurlo, almeno parzialmente, alle logiche proprie di un processo soggettivo, per tale via rapportandolo al rito "speciale semplice" sull'aggiudicazione, ha prodotto incongruenze pratiche di tale portata da consigliarne l'eliminazione²⁵, come poi effettivamente avvenuto.

L'andamento giurisprudenziale in merito all'ordine di esame dei ricorsi, e l'introduzione e la successiva repentina eliminazione del rito sulle ammissioni, sono rappresentazioni significative delle oscillazioni che si registrano in ordine ai modelli in esame. Non può dirsi, cioè, esservi una compiuta consapevolezza della presenza, nell'ambito del processo amministrativo, di istituti che, rispetto

²⁴ Da ultimo, infatti, Cons. St., ad. plen., n. 6 dell'11 maggio 2018 aveva rimesso alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se fosse possibile per il Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, qualora vi fossero ulteriori partecipanti alla gara oltre ai ricorrenti in via principale e incidentale; rendendo così armonica la tutela della posizione soggettiva considerata rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte, prova dell'interesse affermato e limiti soggettivi dell'accertamento giudiziale. Con sent. Corte giust. UE, 5 settembre 2019, in causa C-333/18, *Lombardi*, si è risposto nel senso che la ricevibilità del ricorso principale non può essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso siano anch'esse irregolari, né alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico: l'esistenza in astratto di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente, senza che possa essere invocata l'applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorso.

²⁵ Cfr. quanto detto in A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato*, cit.

alle regole proprie di tale processo, si pongano compiutamente in deroga, cosicché può facilmente assistersi alla tendenza ad una loro (forzata) riconduzione al modello processuale ordinario. Le conseguenze, però, della svalutazione della specialità del modello sconsigliano di procedere per ibridazioni: o si ritiene che si debba strutturare un modello differenziato, e allora se ne accettano fino in fondo le logiche, o tale esigenza si reputa insussistente in relazione ad un particolare contenzioso, e allora si ricade interamente nell'ordinario modello di matrice soggettiva.

4. Modelli processuali differenziati e ruolo della legittimazione.

L'analisi condotta nel paragrafo precedente permette di sostenere che se da un lato si assiste ad una sempre più marcata 'processualciviltà' della giustizia amministrativa, con la tendenza all'eliminazione anche delle ultime aporie che residuavano tra i due diversi ordini processuali, dall'altro ci si trova dinnanzi ad una sua funzionalizzazione alla tutela di interessi pubblici determinati attraverso l'elaborazione di specifici modelli processuali deputati allo scopo. Da quanto si è detto, infatti, emerge come questa tendenza all'oggettivizzazione della tutela non trovi il suo fondamento in una rinnovata valorizzazione dell'interesse alla mera legalità dell'azione amministrativa o comunque dell'interesse pubblico generalmente inteso: non si tratta, in altre parole, di un ritorno al passato, di una contrapposizione, cioè, tra due tendenze tra loro discordanti, quanto piuttosto di una linea evolutiva che corre in parallelo, senza sovrapporsi, a quella tradizionale.

Può essere utile, a questo punto, soffermarsi in ordine al rapporto tra la legittimazione a ricorrere e la situazione giuridica oggetto del giudizio: una riflessione sul carattere oggettivo della giurisdizione non può infatti prescindere dal suo legame con il requisito della legittimazione, atteso che quest'ultima si pone quale cerniera tra realtà sostanziale e processuale, permettendo la trasposizione in giudizio della controversia venuta in esistenza sul piano materiale.

Ora, va detto che se si segue l'ottica tradizionale propria del processo amministrativo impugnatorio, si dovrebbe ritenere che la legittimazione a ricorrere spetti non a chi affermi la titolarità della posizione giuridica soggettiva che si assume lesa, come avviene nel processo civile, ma a chi invece di detta situazione sia effettivamente titolare: in quel modello di processo, infatti, l'elemento che rimane sul piano dell'affermazione non è la titolarità dell'interesse legitti-

mo, ma l'illegittimità del provvedimento impugnato²⁶, giacché quest'ultima (o comunque la diversa situazione ad essa corrispondente) rappresenterebbe l'oggetto del giudizio²⁷.

Nel momento in cui, invece, si ritiene – come sembra necessario fare, perlomeno a seguito dell'adozione del Codice del processo amministrativo – che l'oggetto del processo debba essere rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva consistente nella pretesa sostanziale del soggetto in ordine ad una situazione giuridica di potere attribuita ad un altro soggetto²⁸, si deve conseguentemente riconoscere che è alla affermazione di detta situazione che deve rapportarsi la legittimazione, attenendo la sua effettiva sussistenza al merito della controversia²⁹. Ciò, peraltro, si aggiunge, non comporta una differente individuazione delle posizioni protette, ma implica soltanto che tale questione concerne non la legittimazione in quanto tale, ma la rilevanza in astratto della situazione meritevole di tutela.

La considerazione del processo amministrativo nei termini appena descritti consente di definire rispetto ad esso il concetto di modello processuale differenziato. Nella prospettiva rappresentata, infatti, il modello processuale ordinario di matrice soggettiva pone ad oggetto del processo l'accertamento della situazione giuridica del ricorrente e la tutela avverso la sua lesione; tutela che è conseguibile attraverso l'esperimento delle differenti azioni predisposte in tal senso dal Codice. Qualora, in relazione ad un determinato contenzioso, non è dato riscontrare una siffatta modalità esplicativa della giurisdizione amministrativa, in ragione dell'impossibilità di porre ad oggetto del giudizio la situazione giuridica lesa, dell'inconfigurabilità di una siffatta situazione pur a fronte di uno specifico riconoscimento della legittimazione, della predisposizione di mezzi particolari e limitati di tutela in relazione ad una certa forma di legittima-

²⁶ R. VILLATA, *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2.

²⁷ Cfr. in particolare l'impostazione in questo senso di S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, spec. pp. 59 ss., 122 ss. e 189 ss.

²⁸ Senza che in questa sede si possa entrare nel merito della questione, fondamentale, di come la situazione giuridica riferibile alla pretesa si venga in concreto a declinare nel suo rapporto con la discrezionalità amministrativa: differenti alternative sono state considerate in A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 125 ss. (anche in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 254 ss.).

²⁹ Cfr., con varie sfaccettature, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 626-627; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 606 ss.; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012, pp. 125 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 179 ss.

zione, o comunque di una particolare procedura complessa che deroghi sotto il profilo sostanziale a quella ordinaria, ci si sta discostando dal modello processuale ordinario e ci sta spostando verso un modello processuale differenziato³⁰.

In questo senso, può dirsi che la *ratio* di tali modelli vada ricercata proprio nell'evoluzione della giurisdizione amministrativa verso la piena applicazione del canone soggettivistico. Il passaggio da un processo incentrato sulla legittimità dell'atto, ad un processo il cui oggetto è la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, può infatti lasciare scoperte – si badi bene – esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l'effettività della tutela di detta situazione soggettiva³¹. La predisposizione da parte del legislatore, o, laddove la si reputi ammissibile, l'affermazione in via giurisprudenziale, di modelli processuali differenziati, risponde allora all'esigenza di sopperire a quelle che potrebbero essere le “zone franche” lasciate dall'affermazione di un modello processuale in cui la situazione giuridica del ricorrente rappresenti il fulcro sul quale la tutela si viene a conformare, il termine, cioè, su cui misurare l'esigenza di protezione che il processo deve assicurare.

A tale scopo sono dunque predisposti i modelli processuali differenziati, che, per tale via, consentono il soddisfacimento delle esigenze di carattere generale, che esulano dal canone soggettivistico, senza andare ad intaccare l'assetto complessivo del processo amministrativo, ma limitandosi ad affiancare ad esso contenziosi particolari rispondenti a differenti modalità esplicative.

Non è questa la sede per approfondire le ulteriori problematiche che possono porsi in merito a tale particolare atteggiarsi delle funzioni del giudice amministrativo, tra cui in particolare quella concernente la loro compatibilità con il dettato costituzionale³². Piuttosto, va evidenziato come, a prescindere da

³⁰ Certamente, si deve aggiungere, in concreto può non essere sempre facile individuare quando ricorrano siffatte caratteristiche: la stessa normativa che disciplini un particolare contenzioso, lo si è visto, può essere oggetto di una pluralità di interpretazioni.

³¹ La questione del resto è risalente: si pensi solo al problema dei vizi formali e procedurali.

³² Va rilevato come i dubbi in ordine ad una legittimazione ad agire non correlata alla tutela di una situazione sostanziale corrispondente, sollevati da più parti, sembrano essere stati autorevolmente fugati da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire*, cit., pp. 374-375, a detta del quale nella Costituzione «il processo amministrativo (come il processo civile, del resto) è configurato come processo “di diritto soggettivo”. Ad assicurare la piena tutela delle situazioni individuali nei confronti dell'esercizio del potere, è intesa la protezione costituzionale, compiendo un percorso iniziato con la formazione dello Stato moderno, e di tale tipo di Stato fortemente caratterizzante (come è noto)». Ma ciò non significa che la giurisdizione, nell'assetto del sistema costituzionale, non possa assumere «altri caratteri, diversi da quelli di una giurisdizione di mero “diritto soggettivo”, deputata a risolvere controversie insorte a seguito della (presunta) lesione di interessi individuali; come quella deputata ad accertare la violazione del diritto oggettivo, su domanda di soggetti (pubblici, collettivi, privati) che rappresentano codeste violazioni, a tutela di interessi generali, di cui siano portatori. Casi, appunto, di legittimazione “oggettiva”. E in

tale questione, dovrebbe riflettersi sull'ammissibilità di un modello processuale differenziato, in relazione alla normativa costituzionale e sovranazionale, ogniqualvolta esso, più che limitarsi ad aggiungere un nuovo tipo contenzioso all'interno della giurisdizione amministrativa, predisponga una forma di processo che vada ad intaccare la garanzia di situazioni giuridiche, le quali riceverebbero altrimenti tutela nella modalità ordinaria propria del processo amministrativo. Un modello processuale differenziato, infatti, non sempre semplicemente *si affianca* al modello generale ordinario, predisponendo un contenzioso di cui in quest'ultimo non vi sarebbe altrimenti riscontro, ma può invece *sostituirsi* ad esso in una particolare materia, così sollevando il dubbio della sua compatibilità con il canone della tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nelle relative controversie.

altri casi, può essere deputata ad accertare violazioni del diritto oggettivo, anche a prescindere da specifiche domande di parte (casi, appunto, pur in certi limiti, di giurisdizione "oggettiva")».

AMBROGIO DE SIANO

Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
Università della Campania Luigi Vanvitelli
ambrogio.desiano@unicampania.it

LEGITTIMAZIONE E INTERESSE A RICORRERE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: IL CASO DELL'AZIONE DI NULLITÀ

***LOCUS STANDI* IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE: THE CASE OF VOIDANCE REQUEST**

SINTESI

La nullità dell'atto amministrativo, a dispetto della sua (oramai quindicennale) tipizzazione (nell'art. 21 *septies*, l. 241/1990), continua ad essere avvolta da una spessa coltre di incertezza, cui non fa eccezione la relativa disciplina processuale (quella contenuta nell'art. 31, co. 4, c.p.a.), la quale si caratterizza per essere densa di contraddizioni e oscurità.

Al netto delle valutazioni sull'operato del legislatore, può senza dubbio affermarsi che quella di nullità sia un'azione del tutto singolare nel panorama del diritto processuale, in quanto parecchio diversa sia da quella civilistica, sia da quella di annullamento. E però, questa singolarità non sembra riguardare la legittimazione e l'interesse a ricorrere, relativamente ai quali pare che la giurisprudenza conduca una indagine pressoché identica a quella che compie nel caso dell'azione di annullamento.

Il presente studio si propone di esaminare proprio la elaborazione giurisprudenziale su legittimazione e interesse a ricorrere nell'azione di nullità, ciò al fine ultimo di inferire elementi utili ad appurare la consistenza attuale della differenza tra nullità e annullabilità nel diritto amministrativo.

ABSTRACT

For about fifteen years having stated by the Law (art. 21 *septies*, l. 241/1990) voidance of administrative decision keeps causing uncertainty. The same is for the judicial request to declare the decision void and null (art. 31, co. 4, c.p.a.), remaining full of contradictions and obscurities.

Undoubtedly, the nullity action is totally unique in the panorama of procedural law: it is highly different from both the invalidity action (in civil trial) and the annulling one (in administrative trial). But, its specialty doesn't seem to concern the legitimacy and the interest to act: in fact, in procedural administrative

law the jurisprudence conducts an almost identical investigation on standing for both nullity and annulling actions.

Therefore, the paper aims to investigate the jurisprudence about standing in nullity action to bring out useful elements to ascertain the actual difference between nullity and annulment in administrative law.

PAROLE CHIAVE: legittimazione a ricorrere – interesse a ricorrere – azione di nullità – azione di annullamento – rilevanza d'ufficio.

KEYWORDS: legitimacy to act – interest to act – annulling action – invalidity action – raise *ex officio*.

INDICE: 1. Premessa: la specialità dell'azione di nullità nel c.p.a. – 2. L'eccezione alla specialità: la legittimazione a ricorrere. – 2.1. *Segue*: l'interesse a ricorrere. – 3. La rilevanza d'ufficio. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: la specialità dell'azione di nullità nel c.p.a.

La nullità dell'atto amministrativo è stata sempre caratterizzata da poca limpidezza concettuale, segnatamente in ragione del fatto che il confine che la separava dall'annullabilità è stato storicamente piuttosto labile, tanto da farne mettere in dubbio la predicabilità nei confronti dell'atto amministrativo.

Tuttavia, ormai tre lustri orsono, il sistema della invalidità di quest'ultimo si è avviato a trovare un assetto più compiutamente definito, la l. 15/2005 avendo consentito di sgomberare il campo dalle incertezze sul fatto che esso consti (quantomeno) dell'annullabilità e della nullità.

E però, è stata soprattutto la forma di invalidità classica dell'atto amministrativo, cioè l'annullabilità, ad aver avuto una pressoché definitiva sistemazione¹; viceversa, lo stesso non sembra potersi dire della nullità, la individuazione del trattamento giuridico della quale continuando a risultare alquanto problematica².

¹ Ciò che comunque non ha impedito che si creassero discussioni, ad esempio, sul regime effettuale, in particolare in campo processuale. In proposito A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento dell'atto illegittimo»*, in *Urb. app.*, 2011, 8, pp. 936 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 3, pp. 438 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, pp. 1128 ss.; C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 260 ss.

² La elaborazione dottrinale che ha riguardato, nel corso degli ultimi cento anni, la figura della nullità è copiosissima. Per cui ci si limita a citare gli studi recenti più significativi, ossia le voci enciclopediche di N. PAOLANTONIO, (voce) *Nullità dell'atto amministrativo*, *Enc. dir., Annali*, vol. I, 2007, pp. 855 ss., di T. CITRARO, (voce) *Nullità*, *Dig. disc. pubb.*, Aggiornamento, 2008, pp. 512 ss., e di R. CAVALLO PERIN, (voce) *Nullità e annullabilità dell'atto amministrativo*, *Dig. disc. pubb.*, Aggiornamento, 2017, pp. 551 ss., nonché i lavori monografici di A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2003; M. D'ORSOGNA, *Il problema della*

Invero, la disposizione che ha iscritto la nullità tra le *species* di invalidità proprie dell'atto amministrativo ha finito per generare svariate incertezze, le quali divengono ancor più marcate laddove si esamini la giurisprudenza amministrativa, che con palesi oscillazioni fa uso della nullità stessa. In particolare, dallo studio dei diversi orientamenti emerge una oscura evoluzione del suo regime giuridico tradizionale, quello, per intendersi, di derivazione civilistica, peraltro, almeno in parte, espressamente superato dalla disciplina di cui al c.p.a.

Proprio la disciplina processuale è quella che alimenta le maggiori perplessità, in quanto l'art. 31, co. 4, c.p.a.³, è così denso di contraddizioni e opacità da assomigliare ad un enigma. Come noto, esso 'propone': due diversi riti in considerazione della causa che produce la nullità; regimi processuali differenti a seconda che la parte sia il ricorrente o il resistente/controinteressato; la rilevanza d'ufficio; la concorrenza tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa; un termine decadenziale il cui significato classico stride con la affermata (benché indimostrata) improduttività degli effetti. A ciò si aggiungano i dubbi circa la natura dell'azione, che di regola viene qualificata come di accertamento⁴.

Proprio in considerazione di tutto ciò può senza dubbio affermarsi che l'azione di nullità di cui al c.p.a. sia del tutto singolare nel panorama del diritto processuale, in quanto parecchio diversa sia da quella di natura civilistica⁵, sia da quella di annullamento.

nullità in diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2004; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziale e processuali*, Milano, Giuffrè, 2007; ID., *La nullità dell'atto amministrativo: procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2015; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, Giappichelli, 2010; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, Giappichelli, 2012; V. SESSA, *Le nullità sopravvenute*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

³ Per un'analisi di questa disposizione cfr. N. PAOLANTONIO, *Art. 31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 494 ss.; E. FOLLIERI, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2012; F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, pp. 503 ss.; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, pp. 269 ss.; A. CARBONE, *Dubbi e incertezze sull'art. 31 del codice del processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2011, 3, pp. 1096 ss. Sull'azione di nullità prima del c.p.a., si v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007; M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, pp. 999 ss.; A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 3, pp. 795 ss.

⁴ Per una rapida illustrazione di ciascuno di questi aspetti controversi sia consentito un rinvio ad A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. Contributo per una ridefinizione teorica della loro identificazione*, Napoli, ESI, 2018, pp. 190 ss., anche per la bibliografia e la giurisprudenza riportate.

⁵ Come noto, il trattamento processuale della nullità privatistica viene regolamentato da un dato normativo che, quantunque oggetto di ampio e risalente dibattito giusta la sua proble-

Limitando l'analisi al solo processo amministrativo, la rilevata singolarità dell'azione di nullità non pare però coinvolgere la legittimazione e l'interesse a ricorrere: come si vedrà, ai fini della verifica della sussistenza di queste ultime la giurisprudenza conduce una indagine pressoché identica a quella che compie nel caso dell'azione di annullamento.

Tale atteggiamento – che sarà brevemente descritto passando in rassegna le pochissime pronunce a disposizione – fornisce ulteriori spunti per riflettere sulla differenza tra annullabilità e nullità nel diritto amministrativo: sicché, con il presente studio ci si propone di appurare l'attuale consistenza di tale differenza alla luce della giurisprudenza che si è espressa su legittimazione e interesse a ricorrere nelle relative azioni processuali.

Prima di proseguire è però necessario chiarire il lessico di cui si farà convenzionalmente uso, quantomeno per quel che concerne i concetti di legittimazione e di interesse a ricorrere, sulla cui natura (di condizioni, di presupposti, di componenti della struttura del diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale) e sul cui significato il dibattito dottrinale è risalente e incessante⁶. Non essendo possibile in questa sede descrivere le diverse posizioni in campo e dunque adeguatamente giustificare quella per la quale si ha preferenza, si ci limita a dichiarare che: a) per legittimazione a ricorrere si intenderà la capacità di assumere una iniziativa giurisdizionale alla luce della prospettazione della titolarità di una situazione soggettiva meritevole di tutela⁷; b) per interesse a ricorrere si intenderà la utilità (finale o strumentale) ricavabile dall'accoglimento della domanda⁸.

maticità, funge da stabile paradigma per l'interprete: esso è caratterizzato da una giurisdizione unica (quella ordinaria), dalla legittimazione diffusa, dalla rilevabilità d'ufficio del vizio (art. 1421 c.c.) e dalla imprescrittibilità dell'azione (art. 1422 c.c.). È di facile intuizione quanto questo regime sia strettamente collegato a quello sostanziale, che è connotato soprattutto dalla tendenziale inefficacia originaria dell'atto nullo. Tuttavia anche nel diritto civile non mancano eccezioni processuali, evidentemente legate alla peculiarità dei beni protetti dalle disposizioni che sanciscono la nullità al ricorrere di determinati 'difetti' dell'atto: ad esempio, il termine decadenziale per la proposizione dell'azione è proprio sia delle nullità matrimoniali, sia delle deliberazioni assembleari; inoltre nelle medesime fattispecie l'ambito della legittimazione è ben più ristretto rispetto a quello di cui all'art. 1421 c.c. Per una piuttosto recente panoramica sulla nullità civilistica cfr. A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁶ Per tutti L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

⁷ C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, pp. 393 ss., *passim*, spec. 433 ss.; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, pp. 511 ss., *passim*. In argomento la bibliografia è particolarmente vasta, per cui ci si limita a citare anzitutto i lavori che descrivono l'istituto della legittimazione nei suoi elementi essenziali: A. DI MAJO, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, pp. 52 ss.; G. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, pp. 65 ss.; G. COSTANTINO, *Legittimazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1990; R. VILLATA, *Legitti-*

2. L'eccezione alla specialità: la legittimazione a ricorrere.

L'art. 31, co. 4, c.p.a., non fa cenno alcuno alla legittimazione del ricorrente, limitandosi a disporre che «*La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni*».

Più in generale, il c.p.a. non dedica alcuna disposizione alla legittimazione, mentre qualche spazio è occupato dall'interesse a ricorrere, la cui carenza comporta la inammissibilità del ricorso ex art. 35, co. 1, lett. b).

Ai fini della individuazione del legittimato a proporre ricorso avverso un atto nullo neppure si mostra utile il rinvio contenuto nell'art. 39, il quale rimanda alle disposizioni del c.p.c. (in quanto compatibili o espressione di principi generali) per tutto quanto non disciplinato dal c.p.a.⁹: infatti manco nel c.p.c. vi è una disposizione che chiarisce cosa sia e quando sussista la legittimazione processuale¹⁰, che per quel che attiene all'azione di nullità viene di solito rinvenuta altrove, ossia nell'art. 1421 c.c., secondo cui essa può essere proposta da chiunque vi abbia interesse¹¹.

mazione processuale (diritto processuale amministrativo), in *Enc. Treccani*, vol. XVIII, 1990; A. ATTARDI, *Legittimazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. X, 1993, pp. 518 ss.; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. VIII, 1993, pp. 468 ss. Più recentemente cfr.: V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione 'soggettiva' e legittimazione 'oggettiva' ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 341 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017, pp. 241 ss.; L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 99 ss.; M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 147 ss.; B. GILIBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, in questa Rivista.

⁸ M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo: alcuni spunti di riflessione*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Libellula, Lecce, 2019, pp. 37 ss., 38-39, la quale sottolinea che in giurisprudenza il discrimine tra legittimazione e interesse a ricorrere è spesso «assai incerto» (41). Sull'interesse a ricorrere cfr. R. VILLATA, *Interesse ad agire (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, vol. XVII; G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Foro amm.*, 1989, pp. 2269 ss.; G. ABAMONTE, *L'interesse a ricorrere oggi*, in *Foro amm. Tar*, 2009, pp. 1267 ss.; E.M. BARBIERI, *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1580 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 771 ss.

⁹ Sui confini del rinvio al c.p.c. e sulla inutilizzabilità di quest'ultimo per quanto riguarda l'azione di nullità in considerazione della disciplina di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a., si v. C. Gius. amm., 27 luglio 2012, n. 721.

¹⁰ F. CORSINI, *Legittimazione processuale [dir. proc. civ.]*, in *Treccani on line*, 2019.

¹¹ Anche questa disposizione, benché rubricata «*Legittimazione all'azione di nullità*», si rivolge più che altro all'interesse a ricorrere, dimostrando che la confusione tra le due figure tro-

Per il vero, nel processo amministrativo non si è mai posto un vero problema riguardante la legittimazione a proporre l'azione di nullità, ciò verosimilmente anche in considerazione del fatto che essa è piuttosto inconsueta.

Peraltro, nel minuto campione rinvenuto, è frequente che il G.A. neppure si esprima sulla legittimazione del ricorrente¹². Questo atteggiamento genera quantomeno due conseguenze negative: anzitutto si appiattisce la legittimazione sull'interesse a ricorrere, in quanto l'accesso al processo è valutato dal G.A. non sulla scorta della esistenza (seppur astratta) di una situazione soggettiva meritevole di tutela, bensì sulla scorta della utilità che dall'accoglimento della domanda il ricorrente potrebbe ottenere¹³; inoltre non consente di appurare la natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio e dunque la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Nonostante la reticenza ad esprimersi sul punto sia piuttosto generalizzata, non manca qualche isolata eccezione. In una piuttosto recente azione proposta dal Ministero dell'Interno avverso un'ordinanza sindacale avente ad oggetto la gestione dei migranti, il Tar Catania (Sez. IV, 6 agosto 2018, n. 1671), prima di esaminare il merito della vicenda, e dopo aver verificato la sussistenza della propria giurisdizione¹⁴, ha dichiarato *«la sussistenza delle condizioni dell'azione proposta, poiché la gestione di migranti, rifugiati e richiedenti asilo [...] rientra nella competenza del Ministero dell'Interno. Di conseguenza, spetta a quest'ultimo la legittimazione a ricorrere avverso provvedimenti idonei ad incidere su questioni rientranti nella sua esclusiva competenza»*.

La decisione è molto interessante, innanzitutto per il fatto che la posizione legittimante è stata fondata su una disposizione che attribuisce potere amministrativo al Ministero, di cui il G.A. dovrà in seguito accertare la violazione: in questo caso, la legittimazione si risolve non nella *«titolarità di una situazione soggettiva qualificata»*¹⁵, bensì nella 'possibilità giuridica' dell'azione¹⁶, ossia

va la sua origine anche nel dato normativo. Sull'applicabilità dell'art. 1421 c.c. ai fini della individuazione del nucleo dei legittimati a domandare l'accertamento della nullità nel processo amministrativo cfr. F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 186 ss.

¹² Di recente Tar Campania - Napoli, sez. VIII, 19 novembre 2018, n. 6651; 7 marzo 2018, n. 1458.

¹³ Che l'interesse a ricorrere sia non di rado considerato come il fattore esclusivo di legittimazione è sottolineato da F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere*, cit., 524 ss.

¹⁴ Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti rientrano nella giurisdizione esclusiva ex art. 133, co. 1, lett. q), c.p.a.

¹⁵ Ciò che tradizionalmente richiede la giurisprudenza amministrativa ai fini dell'ammissibilità del ricorso: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563.

¹⁶ Di cui si trova traccia in Cons. Stato, Ad.pl. 25 febbraio 2014, n. 9, secondo il quale *«l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a*

nell'affermazione della titolarità di una posizione giuridica attiva configurabile in astratto come meritevole di tutela in quanto oggetto di regolamentazione. In altre parole, nel caso di specie la sussistenza della legittimazione attiva è stata riscontrata alla stregua della sola prospettazione del ricorrente (che ha invocato l'applicazione di alcune disposizioni normative, domandando la declaratoria di nullità degli atti impugnati per difetto di attribuzione), prescindendo dalla effettiva titolarità della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dunque dalla fondatezza della domanda¹⁷.

Il fatto che ai fini dell'ammissibilità del ricorso la giurisprudenza ritenga sufficiente ravvisare un interesse astrattamente protetto dall'ordinamento che il ricorrente si limita a denunciare come proprio pare pienamente coerente con l'affermata (da parte della medesima giurisprudenza) natura di accertamento dell'azione di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a.¹⁸: come noto l'azione di accertamento è rivolta a risolvere una situazione di incertezza riguardante la sussistenza o meno di una certa situazione soggettiva¹⁹, ragion per cui l'ammissibilità del ricorso

tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla causa petendi della domanda e non secundum eventum litis, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la legitimatio ad causam (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo)».

¹⁷ Secondo C. CUDIA, *Legittimazione*, cit., p. 420, una volta configurato il processo in chiave soggettivistica, «per non vanificare il principio di effettività della tutela, la legittimazione non può più identificarsi con la titolarità della situazione sostanziale»: «se l'assetto sostanziale delle reciproche posizioni [delle parti] può essere determinato (e spesso non del tutto) solo alla fine del processo, anticipare al momento della domanda un giudizio prognostico sulla sua fondatezza equivarrebbe (o potrebbe equivalere) a negare l'accesso al processo». Per evitare dunque che la fondatezza della domanda incida sull'ammissibilità del ricorso, la legittimazione andrebbe riconosciuta a chiunque si affermi titolare di una posizione astrattamente meritevole di tutela. In dottrina è discusso se il giudizio sulla meritevolezza della tutela si debba basare solo sulle disposizioni normative oppure – come sostenuto da M. MARGRI, *op. cit.*, pp. 288-289 – spetti piuttosto al giudice, alla libertà del suo convincimento, decidere caso per caso se sia legittimo l'interesse a che avvenga l'accertamento sulla invalidità dell'atto o del comportamento amministrativo.

¹⁸ Concorde è la gran parte della dottrina: N. PAOLANTONIO, *Art. 31*, cit., p. 512; A. CARBONE, *La nullità*, cit., p. 818. In giurisprudenza C. di Stato, Ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3 e C. di Stato, Ad. pl., 29 luglio 2011, n. 15, e più di recente C. di Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Non manca qualche voce discorde: ad esempio v'è stato chi ha osservato che la previsione di un termine decadenziale dovrebbe condurre a riconsiderare la natura dell'azione di nullità che pare così avvicinarsi a quella di annullabilità tanto da sembrare una sua versione «*rafforzata, quasi una sua sottospecie qualificata*», così B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., pp. 275-276. In giurisprudenza C. di Stato, sez. IV, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799.

¹⁹ È noto che secondo la tradizionale impostazione della giurisprudenza amministrativa sono inammissibili azioni e pronunce di accertamento nel processo amministrativo di legittimi-

non potrà che fondarsi solo sull'affermazione dell'astratta rilevanza giuridica della posizione del ricorrente piuttosto che sulla titolarità della situazione soggettiva oggetto del giudizio²⁰. Diversamente opinando, l'azione di accertamento nel processo amministrativo sarebbe sempre inammissibile.

tà, perché l'interesse legittimo andrebbe tutelato solo a mezzo dell'impugnazione del provvedimento lesivo: ancora di recente C. di Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002. La giurisprudenza amministrativa aveva invece aperto le porte all'azione di accertamento in giurisdizione esclusiva già con C. di Stato, Ad.pl., 26 ottobre 1979, n. 25, la quale prendeva le distanze dall'opinione secondo cui il paradigma del processo di legittimità influenzerebbe anche il giudizio sui diritti soggettivi, i quali dinanzi al G.A. meriterebbero lo stesso trattamento riservato loro nel processo civile. Tale apertura ha consentito al C. di Stato, 15 maggio 1984, n. 261, di affermare che «*allorché si chieda la tutela di diritti soggettivi, anche non patrimoniali, l'azione di mero accertamento è ammessa nel processo amministrativo negli stessi limiti in cui essa sarebbe ammissibile in un processo civile, avente ad oggetto situazioni soggettive similari, e cioè quando sussista un interesse ad eliminare una situazione di incertezza*». Sulla problematica convivenza tra l'azione di accertamento e il processo amministrativo si v. B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, *Dir. proc. amm.*, 2002, pp. 593 ss., 598 ss. In proposito l'A. – riprendendo l'opinione di E. FERRARI, (voce) *Decisione giurisdizionale amministrativa*, *Dig. disc. pubb.*, vol. IV, 1989, pp. 533 ss., 548 – ha osservato che la mancata previsione dell'azione di accertamento non è di ostacolo alla sua 'spendibilità' nel processo amministrativo, visto che essa non è tipizzata neppure per i diritti soggettivi (600-601). Della stessa opinione, benché supportata da argomentazioni diverse, è A. CARBONE, *La nullità*, cit., 809. Nel condividere tale opinione, da ultimo la giurisprudenza sembra aver addirittura sdoganato l'azione di accertamento in riferimento agli interessi legittimi: il C. di Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, ha affermato che «*sebbene a più riprese, sia in sede di redazione del codice, sia in sede di successive modifiche normative, sia stata ipotizzata l'introduzione di un'azione generale di accertamento, e cioè la previsione che chiunque abbia interesse è legittimato a chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle conseguenziali pronunce dichiarative – un'azione generale di accertamento, ad oggi, non è contemplata nel codice del processo amministrativo. Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti alla esperibilità di un'azione di tale natura tutte le volte che detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo (cfr., in particolare, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 e n. 15 del 2011). Infatti, occorre ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo codicistico, dell'azione generale di accertamento non preclude la possibilità di una tecnica di tutela che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di protezione non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme, immediatamente precettive, dettate dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., cui si ispira l'art. 1 del c.p.a.*».

²⁰ In una teorica dell'azione influenzata in maniera decisiva dal carattere soggettivo della tutela giurisdizionale l'oggetto del giudizio sembra dover corrispondere alla situazione soggettiva fatta valere e non al provvedimento amministrativo oppure all'esercizio del potere. Così L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Annuario 2012 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, pp. 65 ss., 80 ss. Quest'ultima tesi, che troverebbe fondamento pure nel dato normativo costituzionale e nel diritto processuale vigente, sembra cogliere nel segno anche rimirandola alla luce della teorica dell'oggetto sviluppatasi in riferimento all'atto giuridico, nel cui *genus* vanno inserite sia la domanda giudiziale, alla quale spetta tratteggiare il perimetro dell'oggetto del giudizio, sia la sentenza, che su quest'ultimo si concentra. È noto che per oggetto deve intendersi il termine passivo di un atto, ossia la porzione di realtà giuridica su cui gli esiti effettuali di quest'ultimo vanno ad incidere. Ebbene, pare privo di incertezze il fatto che l'esito del giudizio, e dunque il suo atto conclusivo, apporti modificazioni (di contenuto diverso) alle situazioni soggettive dedotte

Concludendo, la pronuncia in parola dimostra, da un lato, l'efficacia della tesi secondo cui la legittimazione a ricorrere si dovrebbe sostanziare nella prospettiva della titolarità di una situazione soggettiva meritevole di tutela, il che consente di ampliare l'accesso al processo per l'accertamento della nullità di un atto amministrativo; dall'altro, che sotto il profilo indagato è difficile rinvenire una differenza con l'azione di annullamento²¹, in merito alla quale la giurisprudenza sempre più frequentemente sta configurando la legittimazione come affermazione della titolarità (dal lato attivo) del rapporto controverso²².

2.1. *Segue: l'interesse a ricorrere nell'azione di nullità.*

Diversamente dalla legittimazione, la questione riguardante la sussistenza dell'interesse a ricorrere si presenta più scivolosa in ragione dei dubbi che storicamente hanno riguardato la inefficacia originaria dell'atto nullo.

Come noto, tradizionalmente il G.A. ha ritenuto che l'atto affetto dalla forma più grave di invalidità fosse incapace di produrre effetti sin dalla sua venuta ad esistenza: non a caso, della nullità degli atti amministrativi si era occupata (quantomeno sino alla fine degli anni '70 del secolo scorso) la sola Corte di Cassazione, proprio alla luce del fatto che l'atto nullo (al pari di quello inesistente), non rappresentando espressione di potere amministrativo, non potesse comportare la degradazione del diritto soggettivo, le relative controversie, di conseguenza, dovendosi incardinare dinanzi al G.O.²³. E sulla base di tale con-

tramite la domanda di parte. Per quest'argomentazione a supporto della tesi secondo cui l'oggetto del giudizio sarebbe rappresentato dalle situazioni giuridiche soggettive – il plurale è voluto, nel senso che oggetto del giudizio non è solo la situazione soggettiva del ricorrente, ma anche quella del resistente e quella dell'eventuale controinteressato – sia consentito il rinvio ad A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in corso di pubblicazione in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 1. Diverso è l'avviso manifestato da B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio amministrativo di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo*, cit., 13 ss., 24 ss., secondo cui benché il processo amministrativo sia rivolto alla tutela delle situazioni soggettive, queste restano fuori dal giudizio (quantomeno quello di annullamento), il quale consiste nell'accertamento della validità dell'atto impugnato; proprio per ciò esse rimangono fuori anche dalla sentenza, che passa in giudicato con la sola verifica della lesione che sarebbe occorsa al bene della vita.

²¹ M. RAMAJOLI, *Legittimazione*, cit., p. 1020, ad opinione della quale «la specificità della categoria della nullità rispetto a quella della annullabilità è svuotata di contenuto sostanziale».

²² Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2018, n. 3321, secondo il quale dal lato attivo «la legittimazione a proporre il ricorso va valutata in relazione alla posizione "afferzata"», per cui, nel giudizio impugnatorio, legittimato è «colui che afferma di essere titolare della situazione giuridica sostanziale di cui lamenta l'ingiusta lesione per effetto del provvedimento amministrativo».

²³ Tuttavia, già negli anni '60 è possibile riscontrare un ammorbidimento nell'orientamento in parola, allorché viene ammessa la possibilità di far accertare la nullità di un

vincimento il G.A. (nei casi di giurisdizione esclusiva) dichiarava la inammissibilità per carenza d'interesse della domanda finalizzata a far accertare la nullità del provvedimento²⁴.

Negli anni a venire, fermo restando l'assunto della improduttività originaria degli effetti²⁵, si è però registrato un mutamento di orientamento in merito all'ammissibilità del ricorso rivolto all'accertamento della nullità dell'atto amministrativo: così sentenziando, di fatto il G.A. ha finito per trattare l'atto nullo come quello annullabile, quantomeno per quel che riguarda il profilo dell'interesse a ricorrere²⁶.

Nelle poche sentenze a disposizione di solito il G.A. (così come con la legittimazione) non si esprime sull'interesse del ricorrente, la cui sussistenza finisce per ricavarsi dall'ordito motivazionale o direttamente dal dispositivo della sentenza.

Tuttavia, in qualche caso il G.A. ha reso esplicita la valutazione compiuta: ad esempio nella già citata sentenza n. 1671/2018 il Tar Catania si è pronunciato (non solo sulla legittimazione, ma) pure sull'interesse a ricorrere, affermando che: *«poiché l'accoglimento del ricorso implicherebbe la rimozione di un provvedimento ostativo, in quanto appunto costituente limite, al pieno esercizio di una potestà pubblica riservata nel nostro ordinamento giuridico allo Stato, sussiste nella fattispecie l'interesse del Ministero dell'Interno»* a presentare ricorso²⁷.

Nel caso di specie l'interesse a ricorrere pare possedere tutti i suoi classici requisiti, ossia la personalità, la concretezza e finanche l'attualità, smentendo così quella parte della dottrina secondo cui nel caso dell'azione di nullità

atto nel caso in cui questo costituisca il presupposto dell'atto impugnato (C. di Stato, sez. V, 22 aprile 1961, n. 161).

²⁴ Cfr. C. di Stato, sez. IV, 10 novembre 1981, n. 866. E però, un po' stranamente, la sentenza in rito talvolta comportava che la domanda fosse stata accolta: ed invero la pronuncia di inammissibilità poteva 'nascondere' una statuizione sostanzialmente favorevole al ricorrente, in quanto il G.A., dichiarando la nullità dell'atto, eliminava l'incertezza in cui il ricorrente stesso si era venuto a trovare.

²⁵ *Contra* solo C. di Stato, sez. IV, n. 5799/2011, cit., su cui si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimentali e azione di mero accertamento*, in *Giur. it.*, 2012, n. 6, 1434 ss.

²⁶ Il quale dalla giurisprudenza viene individuato nel vantaggio pratico e concreto che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa: l'interesse a ricorrere, quindi, postula che l'atto impugnato abbia prodotto in via diretta una lesione attuale della posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio, così C. di Stato, sez. IV, n. 3321/2018, cit.

²⁷ Il ricorso è stato accolto, tra l'altro, per difetto di attribuzione in quanto l'atto impugnato è stato *«adottato da un'autorità, nella specie costituita dal Sindaco nella sua dichiarata qualità di rappresentante della Comunità Locale e non di Ufficiale di Governo, appartenente ad un plesso amministrativo (quello Comunale) differente da quello Statale effettivamente competente, rientrando, infatti, nella esclusiva competenza del Ministero dell'Interno e delle Prefetture il potere di emanare provvedimenti in materia di accoglienza e gestione dei migranti, rifugiati e richiedenti asilo»*.

l'interesse a ricorrere perderebbe quantomeno il carattere dell'attualità in considerazione della inefficacia dell'atto nullo²⁸.

Del resto, al netto della pronuncia in parola, la tesi appena menzionata è difficile da condividere in quanto non sembra tenere in considerazione il divieto di cui all'art. 34, co. 2, c.p.a., secondo cui il G.A. «*in nessun caso [...] può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»²⁹: a ben vedere, questa disposizione pare fornire fondamento positivo alla necessità che l'interesse a ricorrere possieda (pena la inammissibilità del ricorso) i requisiti dell'attualità e della concretezza, ciò a prescindere dal tipo di azione proposta.

Insomma, è di tutta evidenza che per quel che concerne le condizioni di ammissibilità del ricorso, stando alla recente giurisprudenza amministrativa, tra le azioni di nullità e annullabilità non sia possibile rinvenire alcuna differenza; così come non è possibile accorgersi che la sentenza assunta sulla domanda di nullità sia dichiarativa, essa viceversa sembrando identica ad una decisione di natura costitutiva³⁰.

Nondimeno, se l'equiparazione (tra le azioni in parola) per quel che concerne la legittimazione non desta dubbi, lo stesso non può dirsi per l'interesse a ricorrere: a prima vista verrebbe da osservare che se il G.A. continua ad assumere che l'atto nullo non produce effetti sin dalla sua venuta ad esistenza avrebbe probabilmente senso continuare a dichiarare il relativo ricorso inammissibile, ciò che, però, nella giurisprudenza degli ultimi anni non accade mai. Sicché, resta qualche perplessità sulla coerenza della pronuncia di ammissibilità, non risultando chiaro perché il G.A. abbia smesso di pronunciare in rito nono-

²⁸ E. FOLLIERI, *Azione di nullità*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 205 ss., 210.

²⁹ Al divieto in parola sono stati attribuiti significati diversi. Esso è stato inteso come funzionale: ad impedire che il G.A. si faccia amministratore – M. MAZZAMUTO, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 67 ss., 80 ss.–; a consentire che la P.A. si esprima prima che il G.A. possa intervenire – M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in B. GILBERTI (a cura di), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, 2019, *Giapeto editore*, 275 ss., 289 –; a preservare la regola secondo cui il fisiologico luogo di svolgimento del potere è il procedimento – P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in ID., *Il processo amministrativo*, cit., 57 ss., 65 ss. Per la giurisprudenza riguardante la disposizione in parola si rinvia ai contributi appena citati.

³⁰ Per il vero, ritenere che l'azione di nullità sia di accertamento ovvero costitutiva non sembra cambiare molto sotto il profilo pratico, ciò avendo rilievo segnatamente per la classificazione teorica delle azioni: a ben vedere, appare non semplicissimo distinguere i risultati che il ricorrente otterrebbe dall'azione di nullità rispetto a quelli normalmente derivanti dall'azione di annullamento; inoltre, la violazione di entrambe le pronunce condurrebbe alla medesima forma di tutela, ossia all'ottemperanza. In proposito si v. B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., pp. 281 ss., secondo il quale «*finalisticamente intesa l'azione di nullità non si distingue dall'azione di annullamento, sicché la sua diversità si limita al piano dei presupposti ed a quello della differente latitudine dei poteri dei soggetti del processo*» (282).

stante abbia mantenuta ferma la propria convinzione circa il regime effettuale dell'atto amministrativo nullo.

Una prima possibile spiegazione (di natura – a dir così – pratica) risiede nel fatto che il G.A., a prescindere dall'azione introdotta, continua a fare uso del modello impugnatorio/caducatorio, che in fondo ben si presta anche ad una indagine sulla nullità.

Una seconda possibile spiegazione (di natura processuale) è legata all'affermazione della giurisdizione amministrativa: assumere che l'atto nullo non sia espressione di potere (e in quanto tale improduttivo di effetti) significherebbe escludere del tutto la cognizione del G.A. sugli atti nulli salvo che nei casi di giurisdizione esclusiva³¹.

Una terza possibile spiegazione (di natura sostanziale) attiene all'applicabilità dell'atto amministrativo che si ritiene essere nullo ma che non è stato ancora dichiarato tale, visto che la sua nullità, e dunque la sua incapacità di produrre effetti, può essere accertata e pronunciata solo all'esito del giudizio³².

In proposito viene di domandarsi: prima che il G.A. appuri la nullità di un atto sottoposto alla sua cognizione esistono ragioni giuridiche per sostenere che esso sia inapplicabile o debba essere disapplicato da parte dei suoi destinatari? Vi sono motivi che legittimano la P.A., da un lato, e il privato, dall'altro, a non mettere in esecuzione l'atto che considerano gravemente invalido?

Ebbene, entrambe le domande sembrano meritare una risposta negativa, la quale trova fondamento nel concetto di applicabilità dell'atto giuridico.

L'oggetto del presente lavoro non consente di dilungarsi sul punto³³, sicché in questa sede ci si limiterà ad accennare per sommi capi ai principali passaggi argomentativi necessari a mostrare che non v'è alcuna ragione per ritenere inapplicabile un atto che si suppone (e che semmai, alla fine del giudizio, si accerterà) essere nullo, il che potrebbe spiegare il motivo per cui il G.A. ai fini dell'ammissibilità del ricorso considera necessaria la sussistenza di un interesse (non solo personale, ma pure) attuale e concreto³⁴.

³¹ Giusta l'art. 7 c.p.a.

³² C. di Stato, sez. IV, n. 5799/2011, cit.

³³ Per un approfondimento sul concetto di applicabilità si consenta un ulteriore rinvio ad A. DE SIANO, *Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo*, cit., pp. 257 ss., spec. 266 ss.

³⁴ A conferma della necessità che pure nel caso in cui si discuta di atti nulli l'interesse a ricorrere debba essere dotato di tutti i suoi classici requisiti cfr. C. di Stato, sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 67, il quale, riferendosi all'eccezione di nullità, afferma che «la "opponibilità" della nullità ad opera della parte resistente deve essere fondata su un interesse concreto e attuale, il medesimo che, più in generale, costituisce il presupposto dello *jus excipiendi in iudicio*».

Tradizionalmente, si ritiene che la vita di un atto giuridico sia composta da tre dimensioni giuridiche essenziali: quella della sua venuta ad esistenza³⁵, quella della sua (in-)validità, quella della sua (in-)efficacia. Tuttavia, nel teorizzare ciò, viene omessa una ulteriore dimensione, quella dell'applicabilità, la quale pare porsi su un piano ulteriore rispetto alle altre dimensioni, segnatamente a quella della (in-)validità e a quella della (in-)efficacia³⁶.

Ed invero, a ben pensarci, la reazione ordinamentale alla difformità (dalla legge) che prende il nome di nullità non impedisce l'applicabilità (da parte dei suoi destinatari) dell'atto che ne è affetto in ragione di un duplice ordine di motivazioni.

In primo luogo, la inefficacia non è costruita dall'ordinamento come conseguenza automatica della invalidità: a riguardo è facile osservare che nessuna disposizione inibisce l'applicazione di un atto per effetto della sua invalidità prima che questa venga dichiarata; anzi, una serie di disposizioni generali contenute nel Capo IV-*bis* della l. 241/1990 portano a concludere esattamente nel senso opposto, in quanto da esse si desume che l'atto (seppur invalido) è pienamente applicabile, e dunque efficace³⁷.

Se è vero che l'applicabilità di un atto giuridico si risolve nelle ragioni che ne giustificano l'uso da parte del suo destinatario³⁸, ebbene l'atto invalido, con-

³⁵ La venuta ad esistenza di un atto giuridico costituisce il risultato di una prima qualificazione normativa (giudizio di rilevanza) che consente allo stesso atto di essere sottoposto all'ulteriore procedimento di qualificazione normativa (giudizio di validità). Recentemente cfr. V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, *Dir. pubb.*, 2015, 1, pp. 203 ss., 213, il quale attinge alla dottrina civilistica di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrina generale di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1950; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1950; T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1956, I, pp. 61 ss.

³⁶ Il concetto di applicabilità è stato oggetto di non moltissime riflessioni *ex professo* dedicategli. In merito G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *www.dirittoequestionipubbliche.org*, 2011, pp. 1 ss.; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2014, 431 ss. Se ne trova traccia anche in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica*, in *Dir. pubb.*, 2015, 1, pp. 250 ss. Nel diritto straniero V.J.L. TRIVINO, *Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica*, Doxa, 1999; e di P.E. NAVARRO - C. ORUNESU - J.L. RODRÍGUEZ - G. SUCAR, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2000*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 133 ss.; J.J. MORESO - P.E. NAVARRO, *Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche*, in P. COMANDUCCI - R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 15 ss.

³⁷ Ci si riferisce all'art. 21 *bis*, che si occupa dell'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati; all'art. 21 *quater* sulla efficacia ed esecutività del provvedimento; agli articoli 21 *septies* e *octies* sulla nullità e annullabilità, oltre che all'art. 21 *nonies* sull'annullamento d'ufficio.

³⁸ Così G. PINO, *op. cit.*, p. 8, ad avviso del quale «l'applicabilità riguarda [...] le ragioni [...] in base alle quali una disposizione o norma possono o devono essere usate». Queste ragioni vanno rinvenute in altre norme, oppure in convenzioni interpretative e argomentative praticate nella cultura

siderato il reticolo normativo che non ne inibisce (anzi pare riconoscere) la capacità di produzione degli effetti suoi propri, è un atto applicabile, anzi da applicare, proprio in considerazione del fatto che la sua utilizzazione è richiesta dal diritto positivo³⁹.

In secondo luogo, le disposizioni che servono per far accertare la invalidità e dichiarare la inefficacia, e che quindi possono impedire l'applicabilità, sono utilizzabili solamente *ex post*: ci si riferisce a quelle di natura processuale, che, stante la esecutività dell'atto amministrativo (valido o invalido che sia), prescrivono che il soggetto che si afferma titolare di un interesse qualificato debba necessariamente proporre un'azione cautelare al fine di sospenderne l'efficacia e un'azione principale (di natura costitutiva) al fine di eliminarlo dal mondo giuridico. Di talché, stante la disciplina processuale vigente, si rafforza la convinzione che esistano ragioni normativamente fondate per ritenere applicabile l'atto invalido, in quanto il diritto vigente predispone una verifica della sua inefficacia del tutto eventuale e comunque successiva alla proposizione di un'azione giurisdizionale⁴⁰. In proposito, non può sfuggire che un così organizzato 'sistema di recupero' della consequenzialità logico-giuridica tra invalidità e inefficacia costituisca un ulteriore elemento positivo che giustifica l'applicabilità⁴¹.

Fondamentalmente per queste due ragioni l'atto amministrativo, a prescindere dalla sua validità⁴² e grazie alla sua venuta ad esistenza⁴³, sembra poter (anzi dover) trovare applicazione. E proprio perché non vi sono argomenti per pensare che la invalidità possa inibire ovvero attenuare la forza conformativa

giuridica di riferimento: si tratta, in altre parole, di criteri di applicabilità, che suggeriscono quale sia la disposizione o la norma da applicare tra quelle potenzialmente rilevanti per il tipo di decisione che deve essere presa e specularmente quali disposizioni o norme non applicare (17).

³⁹ Ancora G. PINO, *op. cit.*, loco cit., il quale precisa che l'applicabilità non riguarda gli atti che sono di fatto applicati, ma piuttosto quelli la cui applicazione è sorretta da buone ragioni in un ordinamento o in una data cultura giuridica.

⁴⁰ Alla stessa maniera, ossia funzionanti esclusivamente *ex post* rispetto all'applicabilità (e all'applicazione) dell'atto, sono connotate le disposizioni in tema di riesercizio del potere e di ricorsi amministrativi.

⁴¹ I criteri giuridico-positivi di applicabilità sono a loro volta il frutto di attività interpretativa, per cui il loro ambito di applicazione è mutevole e dipende da ulteriori criteri di applicabilità. Sul punto si v. G. PINO, *op. cit.*, pp. 18 ss.

⁴² Può accadere – come osserva G. PINO, *op. cit.*, 17 – che «una disposizione formalmente invalida, e dunque *prima facie* inapplicabile, sia considerata applicabile (e che indirettamente lo siano le norme da essa derivabili), e che ciò sia richiesto dallo stesso diritto positivo o da convenzioni diffuse nella cultura giuridica». Così come può accadere altresì che «gli organi dell'applicazione siano autorizzati, o addirittura obbligati, ad utilizzare come validi atti giuridici che sono *ab initio* invalidi».

⁴³ Che l'applicabilità, in assenza di una disposizione che espressamente la vieti, sia propria di qualunque atto esistente lo afferma anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., p. 264, secondo cui «un atto o una norma purché esistenti sono applicabili in qualche rapporto giuridico».

proveniente dalla legge, detta applicazione si risolve nella produzione degli effetti tipici dell'atto⁴⁴, il quale però potenzialmente è inefficace: tuttavia, non lo sarà sino all'intervento dell'organo dotato del potere a tal fine necessario, così sopraggiungendo anche la inapplicabilità⁴⁵.

Insomma, guardando al dato normativo (sostanziale e processuale) può dirsi che alla nullità corrisponda una inefficacia non automatica; l'assenza di tale automatismo, frutto di una scelta legislativa⁴⁶, comporta l'applicabilità dell'atto, che si sostanzia nella capacità di questo di generare gli effetti tipici suoi propri, cambiando la realtà giuridica con la quale viene in contatto⁴⁷; ciò fino a quando non sarà 'giustiziato' (in quanto difforme dalla disposizione di riferimento), momento in cui la sua inefficacia verrà attualizzata, rendendolo di conseguenza inapplicabile.

Una ricostruzione di tal tenore pare attenuare il disagio di confrontarsi solamente col (per certi versi paradossale) rapporto tra validità/invalidità e efficacia/inefficacia, fornendo una spiegazione plausibile alla capacità dell'atto invalido di esprimere forza conformativa producendo effetti⁴⁸.

⁴⁴ Il rapporto tra applicabilità ed efficacia non è agevole da definire, anche per il carattere sfuggente del termine efficacia. Nella dimensione empirica le due categorie tendono a sfumare l'una nell'altra, tanto è vero che di fatto le norme efficaci sono quelle applicate. E però l'efficacia in sé non è una ragione giustificatrice per l'applicabilità; potrebbe esserlo ma a determinate condizioni: sarebbe necessario che una norma o una convenzione prescriva di giustificare decisioni facendo riferimento a norme efficaci. Una sintetizzazione della variegata relazione intercorrente tra applicabilità ed efficacia è offerta da G. PINO, *op. cit.*, 9.

⁴⁵ Come precisato da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., p. 263, in un ordinamento giuridico il giudizio relativo alla inefficacia di un atto, in quanto tale destinato a non essere applicato, non può che giungere da un'autorità a sua volta autorizzata dall'ordinamento a compiere tale giudizio, che sarà formulato secondo le regole che ciascun ordinamento stabilisce per il regime di validità/invalidità degli atti e delle norme.

⁴⁶ Non per forza legata alla presenza dell'autorità, perché non è dissimile la scelta legislativa con riguardo agli atti dei privati. Eppure, il fatto che l'equiparazione tra atto valido e invalido quanto al profilo effettuale sarebbe giustificato dal profilo funzionale dell'atto e dalla prevalenza (giuridica) dell'interesse pubblico rispetto agli interessi che vi si contrappongono è sostenuto, tra gli altri, da F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, pp. 1 ss., 9.

⁴⁷ Che la invalidità non impedisca l'applicabilità è un dato pressoché pacifico: basti pensare alla annullabilità. Lo sostiene anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., pp. 264-265, secondo cui tutte le norme difformi da una norma superiore – l'A. precisa che per norma vuole intendere «*qualunque enunciato di senso di un atto, anche particolare e concreto*» – «*sono certamente applicabili e di fatto continuamente applicate*». Nonostante siano difformi dal paradigma di riferimento, «*divengono invalide soltanto quando mediante un giudizio di invalidazione – un giudizio relativo alle conseguenze che l'irregolarità produce secondo il singolo ordinamento giuridico – esse smettono di funzionare, cioè non possono essere più applicate*».

⁴⁸ Quel che è disagevole spiegare è soprattutto la capacità conformativa dell'atto invalido, ossia la sua forza vincolante, la sua capacità di fondare, per un verso, decisioni e, per altro verso, l'obbligo da parte dei destinatari di osservarlo. Il ricorso al concetto di applicabilità permetterebbe di giustificare il fatto che dall'atto invalido possa (inizialmente, ma anche stabil-

In definitiva, la relazione esistente tra la invalidità e la inefficacia andrebbe ricostruita (non) in termini di (reazione automatica di natura demolitoria degli effetti e quindi di causalità diretta, bensì di) condizione legale di natura sospensiva, nel senso che la seconda non consegue automaticamente alla prima, costituendo la risposta (*ex lege* individuata) alla difformità dall'ordinamento, che però va 'innescata' – ecco perché è ritenuta 'condizionata' – da un interesse qualificato, la presenza del quale – evento futuro e incerto – è indispensabile per generare la perdita della capacità di produrre gli effetti tipici dell'atto. In altre parole, la invalidità può sì comportare la inefficacia, che è la sua conseguenza logica, sebbene non giuridicamente immediata; tuttavia, affinché ciò avvenga è necessaria l'attivazione di un'altra disposizione che, una volta concretizzatasi in un atto amministrativo o giurisdizionale, conduce l'atto invalido alla inefficacia⁴⁹. Fino a quando ciò non accade l'atto sarà applicabile, ossia avrà «*attitudine a giustificare una decisione istituzionale, potendosi cioè supporre che un organo di applicazione del diritto [lo] porrà a fondamento di una propria decisione e che questo derivi da un preciso obbligo giuridico*»⁵⁰. Ovviamente la 'inattività' della inefficacia sarà definitiva al decorrere del termine decadenziale, in tal momento intervenendo la inoppugnabilità dell'atto (seppur invalido), che a sua volta renderà stabile la sua applicabilità⁵¹.

Il concetto di applicabilità – in quanto funzionalizzato ad individuare non gli atti (in-)validi, bensì quelli la cui applicazione è giustificata dal diritto positivo⁵² – serve a spiegare pure la relazione tra invalidità e (in-)efficacia nel caso dell'annullabilità, ciò avvicinando ulteriormente la nullità a quest'ultima⁵³:

mente) discendere un effetto conformativo: ad avviso di G. PINO, *op. cit.*, p. 31, il concetto di applicabilità è utile per «*eliminare dal concetto di validità ogni riferimento all'obbligatorietà, alla forza vincolante, alle ragioni per agire e per giustificare decisioni*».

⁴⁹ Tale conclusione mette in evidenza il significato da attribuirsi alla categoria della invalidità, che, sebbene non appiattita su quella della inefficacia, ne ha bisogno per conformare la realtà giuridica, in quanto da sola non provocherebbe alcuna conseguenza sotto il profilo effettuale.

⁵⁰ Ancora S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità*, cit., p. 265.

⁵¹ La stabilità dell'applicazione potrebbe però essere rimossa dalla P.A., che riesercitando il potere potrebbe "fare giustizia" dell'atto nullo. In proposito, tra gli altri, A. BARTOLINI, *La nullità*, cit., p. 325.

⁵² Sulla funzionalizzazione del concetto di applicabilità e anche sulla sua indispensabilità al positivismo giuridico G. PINO, *op. cit.*, p. 32, ad avviso del quale la identificazione del diritto è cosa diversa dall'obbedirvi e dal darvi applicazione; per cui il positivismo giuridico, come teoria di identificazione del diritto, non potrebbe fare a meno di una distinta teoria dell'applicabilità.

⁵³ Nello stesso senso M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento. Profili di teoria generale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, pp. 115-116, il quale, ritenendo che annullabilità e nullità siano formule che alludono alle più comuni tecniche adoperate dal legislatore per reagire alla efficacia degli atti invalidi, sostiene che la distanza tra loro si riduce notevolmente, in quanto entrambe, per un verso, presuppongono l'efficacia, cambiando solo le modalità operative del rimedio; per

ed invero, la nullità, lungi ormai dal costituire lo strumento che in passato serviva a ripartire la giurisdizione tra G.O. e G.A., non recando più quella infallibilità nel sanzionare il disvalore – infallibilità che si realizzava soprattutto tramite la imprescrittibilità della relativa azione processuale –, pare essere stata concepita (dal legislatore) come una forma più grave di annullabilità⁵⁴.

Questa sostanziale assimilazione normativa è verosimile che sia ben percepita dal G.A., il quale finisce oramai per trattare l'atto nullo come quello annullabile (anche) per quanto concerne l'interesse a ricorrere, che, quindi, deve essere connotato dai requisiti della personalità, attualità e concretezza ai fini dell'ammissibilità del ricorso nei confronti di un atto (ritenuto) nullo.

3. La rilevabilità d'ufficio.

Non v'ha dubbio che teorizzare l'applicabilità dell'atto nullo (che potrebbe pure non essere mai dichiarato tale) significa far salve quelle difformità cui l'ordinamento ha attribuito un particolare disvalore⁵⁵.

Questa illogicità – è infatti del tutto illogico che un atto *contra legem* produca effetti – viene 'accettata' dal legislatore, che, però, vi pone parziale rimedio assegnando al G.A. il potere di rilevare la nullità d'ufficio: viene così approntata una reazione processuale ad iniziativa officiosa rivolta ad evitare che un atto nullo perduri ad essere applicato e, dunque, a produrre gli effetti suoi propri.

La rilevabilità d'ufficio mette evidentemente in crisi la teorica delle condizioni dell'azione giurisdizionale, la quale è interamente fondata sulla natura spiccatamente soggettiva del processo amministrativo⁵⁶: a dispetto di tale natura, il legislatore ha conferito al G.A. la legittimazione a rilevare che nella controversia oggetto della sua cognizione vi sia un atto nullo che non è stato censurato in quanto tale dalle parti, le quali, viceversa, lo stanno 'trattando' come un atto valido.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'esercizio di tale potere «è sempre obbligatorio [...] come corollario del ruolo di imparziale garante dell'esatta applica-

un altro, sono nella disponibilità del legislatore e degli interpreti, che possono modificare il loro contenuto, rescindendo il collegamento tra *nomen*, struttura e loro modalità operative.

⁵⁴ È analoga la conclusione rassegnata da B. SASSANI, *Riflessioni*, cit., pp. 275-276.

⁵⁵ Naturalmente lo stesso discorso vale per l'annullabilità, che però consegue al verificarsi di difformità che (stante la loro minore gravità) l'ordinamento ritiene più sopportabili.

⁵⁶ C. Gius. amm., n. 721/2012, cit., secondo cui la rilevabilità d'ufficio esprime una «*parentesi di giurisdizione oggettiva*». Nondimeno, alle parti va concesso il contraddittorio sulla questione sollevata d'ufficio dal giudice.

zione delle regole processuali che la legge gli ha assegnato». Sicché il G.A. che abbia rilevato la nullità di un atto «è sempre tenuto a dichiararla d'ufficio» «nell'interesse oggettivo della legge»⁵⁷.

È così presto individuato l'interesse che è sotteso all'intervento del giudice: esso è rappresentato dal rendere inapplicabile un atto che (nonostante la sua invalidità) è fonte di produzione di effetti giuridici, il protrarsi dei quali va impedito non solo per la utilità propria delle parti del giudizio ma anche, anzi soprattutto, per quella del diritto oggettivo⁵⁸.

Del resto è questo l'orientamento più recente della Corte di Cassazione, secondo cui l'intervento officioso, che non trova limiti e condizioni nel diritto positivo, è rivolto a tutelare interessi di natura sovra-individuale⁵⁹: il rilievo d'ufficio, più che funzionalizzato a premiare l'interesse di una parte del processo, è dunque essenzialmente vocato a perseguire l'interesse pubblico che il legislatore intendeva proteggere con la disposizione sostanziale che ha sancito la nullità⁶⁰.

⁵⁷ C. Gius. amm., n. 721/2012, cit.

⁵⁸ Viene così superato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il rilievo della nullità fosse esclusivamente finalizzato a paralizzare la pretesa del ricorrente, ciò in ossequio al principio della domanda. In proposito M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire*, cit., pp. 1010 ss., e F. LUCIANI, *Processo amministrativo*, cit., pp. 546 ss., i quali osservano che un sentenziare siffatto finisce per favorire la P.A. in danno del privato ricorrente. L'abbandono del precedente orientamento si percepisce da C. di Stato, sez. IV, n. 67/2018, cit., secondo cui «il giudice amministrativo può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (ovviamente in un giudizio diverso da quello ex art. 31, comma 4, c.p.a.) solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento)». La possibile 'convivenza' tra la rilevanza d'ufficio e il principio della domanda non deve finire per eludere il termine decadenziale: la giurisprudenza amministrativa è attenta nel precisare che «la rilevanza d'ufficio della nullità di atti amministrativi da parte del Giudice Amministrativo può avvenire solo "in un giudizio diverso da quello ex art. 31, co. 4 Cpa" (Consiglio di Stato, Sezione IV, 03/01/2018, n. 28 [...]) o in cui, comunque, tali atti vengono impugnati direttamente, ovvero, in altri termini, "solo in favore della parte resistente (nel senso cioè del non accoglimento della domanda proposta dal ricorrente) e non già in favore di quest'ultimo, rispetto al quale viceversa è prescritto un preciso onere a pena di decadenza"» (Tar Puglia - Lecce, sez. III, 11 novembre 2018, n. 1475).

⁵⁹ Corte di Cassazione, SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, in cui si osserva che «proprio la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica a un atto nullo».

⁶⁰ Ed invero – precisa ancora la Corte di Cassazione, SS.UU., n. 26242/2014, cit. – la vera *ratio* della rilevanza officiosa della nullità non è quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico (altrimenti, l'art. 1421 c.c. sarebbe stato scritto diversamente, e sarebbe stata attribuita la relativa legittimazione ad agire anche al pubblico ministero), ma piuttosto quella di «impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici». Ecco perché, per un verso, la nullità può essere sempre oggetto d'accertamento da parte del

Insomma all'applicabilità dell'atto di cui non si è ancora accertata la nullità fa da contrappeso il rilievo d'ufficio, il quale è rivolto a privarlo di tale applicabilità laddove le parti non solo non l'abbiano censurato ma anzi pretendano di riceverne un beneficio.

Questo aspetto è uno dei pochi che caratterizzano la nullità 'contemporanea', ossia l'essere costruita a tutela non solo dell'interesse individuale (che viene fatto valere in giudizio), ma soprattutto di quello superindividuale, ossia di quello pubblico, ciò che finanche consente al G.A. di intervenire *ex officio* per evitare che una sua pronuncia sancisca definitivamente l'applicabilità di un atto recante un disvalore ritenuto particolarmente grave dall'ordinamento⁶¹.

4. Considerazioni conclusive.

Concludendo, dalla breve indagine condotta sulla recente giurisprudenza amministrativa

pare si possa affermare che per quel che riguarda la legittimazione e l'interesse a ricorrere le azioni di nullità e annullabilità sono del tutto equivalenti.

Questa equivalenza è figlia soprattutto della identità morfologica di nullità e annullabilità, in particolare per quanto riguarda il rapporto tra la dimensione della conformità/difformità (rispetto al paradigma normativo) e quella della efficacia/inefficacia, tra le quali – come si è provato, benché in estrema sintesi, a dimostrare – si colloca la dimensione della applicabilità/inapplicabilità. E proprio l'applicabilità 'costringe' il G.A. a pretendere condizioni di ammissibilità identiche sia per l'accertamento della nullità che della illegittimità dell'atto amministrativo.

L'attuale orientamento della giurisprudenza amministrativa è da salutare con favore giacché consente un ampio accesso non solo al processo ma pure alla sentenza di merito, così migliorando la qualità della tutela avverso l'atto nullo: basti pensare alla fase conformativa, che in passato risultava spesso complicata in quanto la pronuncia di inammissibilità del ricorso, benché so-

giudice e, per altro verso, tale accertamento sarà idoneo a produrre, finanche in assenza di un'istanza di parte (principale o incidentale che sia), l'effetto di giudicato.

⁶¹ Sulla 'duplicità' della nullità v. A. ROMANO TASSONE, *L'azione*, cit., pp. 6 ss., il quale, in maniera sostanzialmente corrispondente a quanto accade in ambito giusprivatistico, dove si opera la distinzione tra nullità di direzione e nullità di protezione, ritiene si possa «distinguere funzionalmente tra le nullità disposte a scopo di (auto)protezione della stessa p.a. e nullità previste a fini di garanzia del privato», nella prima categoria rientrando le cd. nullità testuali, e nella seconda tutte le altre ipotesi previste nell'art. 21 *septies*.

stanzialmente contenente una statuizione favorevole al ricorrente, rendeva difficile la rimozione degli effetti prodotti dall'atto.

Questo aspetto positivo (del tutto di matrice giurisprudenziale) è in controtendenza rispetto alla disciplina di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a., la cui cervellottica formulazione mi pare abbia causato un peggioramento della tutela complessiva nei confronti della nullità, il che è un fatto tutt'altro che insignificante visti l'aumento delle nullità testuali e l'importanza dei settori in cui tale forma di invalidità è di solito utilizzata (ad esempio nei contratti pubblici). Non deve essere un caso, del resto, che, ad ormai un decennio dall'entrata in vigore del c.p.a., le pronunce giurisdizionali sugli atti nulli siano davvero pochissime, il che sembra essenzialmente da attribuire all'incertezza che connota la tipizzazione della relativa azione, di cui, vista la marginalizzazione in cui è stata di fatto relegata, poteva probabilmente farsi a meno.

CARLA ACOCELLA

Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università
degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa

carla.acocella@unisob.na.it

RIFLESSIONI IN TEMA DI ACCESSO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI SOCIALI

JUDICIAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS

SINTESI

I problemi che hanno inciso sull'effettività dei diritti sociali e nello specifico sulla possibilità di accordare a questi ultimi una protezione effettiva in sede processuale sono in gran parte legati alla problematica ricostruzione della relativa nozione e alla peculiare morfologia delle relative pretese. Lo scritto segnala come l'inquadramento degli stessi come diritti costituzionalmente garantiti e in particolare come diritti fondamentali appaia determinante nella prospettiva di ricostruire in termini di pienezza la tutela che tali pretese trovano dinanzi al giudice amministrativo, figura capace di cogliere la necessità di rideclinare del potere pubblico in funzione strumentale alla realizzazione di diritti.

ABSTRACT

The issues that have been affecting the effective judicial protection of social rights ensue mainly by the controversial concept of "social right" itself and its structure. The paper indicates how the qualification of social rights as constitutionally guaranteed rights and fundamental rights, is decisive to procure a full judicial protection before the administrative Courts, and affirm the necessity of a different idea of public power as instrumental to the realization of rights.

PAROLE CHIAVE: diritti sociali – diritti fondamentali – effettività – diritti condizionati – potere pubblico – giudice amministrativo.

KEYWORDS: social rights – fundamental rights – effectiveness – conditioned rights – public powers – administrative judge.

INDICE: 1. Una breve premessa. - 2. Gli ostacoli derivanti dalla prospettiva del condizionamento e il rilievo della dimensione costituzionale dei diritti - 3. Dinamiche di esclusione e coinvolgimento del giudice amministrativo nella tutela dei diritti sociali. - 4. La pluralità delle sedi di tutela dei diritti sociali e il rilievo del giudizio di costituzionalità. - 5. La mobilità dei confini tra le giurisdizioni - 6. Rilievi conclusivi.

1. Una breve premessa.

Ove ci si confronti con i diritti sociali nella prospettiva della loro azionabilità appare evidente la necessità di operare qualche preliminare puntualizza-

zione in ordine alla struttura della nozione, alla capacità di identificare le posizioni che ad essa vengono ascritte, posto che le sue principali linee di sviluppo¹ hanno messo in discussione la tenuta della unitarietà della categoria.

La questione della giustiziabilità dei diritti sociali deve essere affrontata non solo in considerazione della impossibilità – affermata in via generale – di predicare il riconoscimento di posizioni giuridiche in assenza dell'individuazione di una giurisdizione innanzi alla quale farle valere, ma anche delle incertezze che hanno caratterizzato il loro riconoscimento sul piano sostanziale².

I fattori che appaiono incidere sul grado di effettività della tutela dei diritti sociali in sede processuale non si collocano nell'area delle condizioni di ammissibilità dell'azione³, e dunque della verifica condotta dal giudice in ordine alla loro sussistenza, ma rimontano alla complessa ricostruzione della categoria, in bilico tra il “condizionamento” della protezione e la natura fondamentale della pretesa. E sono le ragioni del condizionamento ad apparire nella pratica, sovente, non disponibili da parte del giudice in sede di accertamento della pretesa sostanziale nell'ambito della cognizione di merito.

Le dinamiche di accesso al giudizio dei diritti sociali sono condizionate, nel solco del loro inquadramento come diritti costituzionalmente riconosciuti, da una affermata iniziale incompatibilità con l'esercizio di poteri pubblici e da successiva attrazione nell'orbita di questi ultimi, e dunque, da corrispondenti spinte di esclusione e di attrazione nella giurisdizione amministrativa, e sono interessate in tale ultima sede da approcci alternativi, nel segno della centralità del potere quale oggetto del sindacato giurisdizionale o piuttosto nel segno della centralità della pretesa che dialoga con il potere dell'amministrazione.

¹ Cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 850 ss. nonché M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, 2013, 1.

² Per il primo profilo si vedano C. cost., 11.2.1999, n. 26, n. 212/1997 e n. 98/1965 e n. 18/1982, e in dottrina L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 95, L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, spec. 252; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2, 1998, 3-34, spec. 27-29; A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in AA.VV., *Tutela dei diritti e sistema “ordinamentale”*, Napoli, 2012, 165; A. POLICE, *Commento all'art. 24 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, vol. I, Torino, 2006, 501. Sulla distinzione tra garanzie primarie e garanzie secondarie cfr. L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*

³ Sull'impiego delle condizioni dell'azione nella giurisdizione amministrativa si veda C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, 144; L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali*, *cit.*, 688. In tema R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1993, 471.

2. Gli ostacoli derivanti dalla prospettiva del condizionamento e il rilievo della dimensione costituzionale dei diritti.

Il primo profilo incidente sulle prospettive di tutela dei diritti sociali si innerva nel relativo processo di affermazione, e nello specifico nell'ostacolo ad una loro declinazione in termini di diritti soggettivi con evidenti riflessi sulla esigibilità in via sostanziale. Il passaggio della costituzionalizzazione dei diritti⁴ consente di affrancare quelle di riconoscimento dalla condizione di norme programmatiche⁵ e le relative pretese dall'ineluttabile intreccio con le sorti degli interessi legittimi⁶. L'emancipazione dei diritti sociali dalla dimensione originaria di "diritti legali"⁷ schiude la possibilità di attribuire ai primi non di rado, accanto alla dignità di diritti costituzionali, quella di diritti inviolabili⁸, senza che questo, chiaramente, determini l'automatico superamento delle limitazioni avvertibili sul terreno della effettività dei diritti. Lo dimostra anche l'incapacità o la resistenza del giudice comune a sfruttare le opportunità offerte dall'applicazione diretta della Costituzione, tendenza in cui si riconosce, in una certa fase, soprattutto il giudice amministrativo, confermando il peso esercitato dal potere pubblico e dalla disciplina di quest'ultimo, rispetto alla dimensione della pretesa, nell'informare la ricostruzione del parametro legale rilevante per la decisione nel giudizio di legittimità⁹. In questo senso l'attuazione dei diritti sociali – si pensi al rilievo della ricostruzione in termini pretensivi della posizione – è stata tradizionalmente chiamata a confrontarsi con la curvatura autoritaria della visione dell'amministrazione, che va rivista invece ove si valorizzi il carattere fondamentale della pretesa, spesso quello della inviolabilità. Una volta superato, infatti, il fattore di complicazione rappresentato dalla classificazione dei diritti sociali come diritti costituzionali fondamentali¹⁰, il tentativo di accordare una tutela piena ed effettiva ai primi verrà svolgendosi, come si cercherà di di-

⁴ In termini di riconoscimento piuttosto che di posizione su cui v. L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir pubbl.*, 1/2013, 61 ss., 113.

⁵ Su cui A. BADASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. Giur.*, 1989, 1 ss., spec. 5. Sul passaggio dalla considerazione della Costituzione quale testo volto a imporre obblighi al legislatore all'applicazione diretta della prima v. A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione. Qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 1/2012, 49 ss.

⁶ Così ancora A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 5.

⁷ C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten*, 1932, Berlin, 169 ss.

⁸ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 10, in forza dell'ancoraggio non solo all'eguaglianza sostanziale ma all'eguaglianza formale e alla dignità umana.

⁹ Su cui cfr. A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, *passim*.

¹⁰ Per una definizione formale di diritti fondamentali si veda per tutti L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 5; per una critica della "a-socialità dei diritti fondamentali" cfr. M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute – diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 3.

re, non attraverso la negazione di un autentico potere pubblico ma attraverso una rideclinazione delle finalità sottese al suo esercizio¹¹.

Un ulteriore fattore di complessità nella prospettiva della effettività della tutela dei diritti sociali, che non si riflette necessariamente in difficoltà di accesso al giudice amministrativo o di protezione innanzi a quest'ultimo, è collegato alla circostanza che essi si presentino come un fascio di posizioni giuridiche soggettive, le quali risultano talvolta anche molto eterogenee tra di loro, e nelle quali convivono aspetti positivi e negativi, oppositivi e pretensivi¹², in altre parole, elementi ascrivibili ad entrambe le categorie definite intorno alla distinzione schmittiana tra diritti di libertà e diritti sociali¹³. In estrema sintesi la promiscuità della categoria, e la conseguente debolezza della contrapposizione da ultimo richiamata¹⁴, favorisce una convergenza sul piano della tutela, e per il tramite della valorizzazione del dato della natura fondamentale delle pretese, dei diritti che al più, presentino dati prevalenti dell'una o dell'altra categoria¹⁵. In questa prospettiva l'agibilità dei diritti, indipendentemente dalla categoria cui risultino ascrivibili, viene senz'altro affermata in presenza della c.d. autoapplicabilità della pretesa, e cioè della circostanza che essa si svolga attraverso condotte tenute dal titolare e non dell'obbligato; ma quand'anche ci si trovi in presenza di pretese pretensive, la prima viene affermata nel suo contenuto minimo, ossia nella necessità di soddisfare il nucleo essenziale dei diritti, e rispetto a questa tipologia di posizioni e alla verifica da effettuare per garantirne l'azionabilità, avrebbe assunto rilievo la necessità di mettere in campo strutture organizzative ed istituzioni, o piuttosto l'attivabilità del diritto su volontà e libera iniziativa delle parti¹⁶. La ricostruzione dei diritti sociali come un arcipela-

¹¹ Sulla necessità dell'autorità di giustificarsi a servizio del godimento dei diritti, attesa la intestazione della sovranità al popolo, cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali...*, cit..

¹² In tema M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 71; S. SCAGLIARINI, *L'incessante dinamica della vita moderna. I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 235 ss..

¹³ Fondati sulla Costituzione gli uni, sulla legge gli altri. Sulla contrapposizione anche P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991, 274.

¹⁴ Si veda A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 29.

¹⁵ A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in Id. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XV. Sull'impossibilità di ancorare la distinzione alla circostanza che la tutela dei relativi comportamenti o meno oneri organizzativi per lo Stato: M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 121.

¹⁶ Condizione verificabile nel caso di diritto ad una retribuzione sufficiente, diritto al riposo rispetto al diritto al lavoro; diritto dei figli all'educazione; diritto all'assistenza familiare: A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 30, che si riferisce a tal riguardo alla distinzione tra diritti sociali incondi-

go di situazioni, atteggiate in parte come un diritto soggettivo di libertà, in parte come pretesa di prestazione, in parte ancora come interesse legittimo, comporta in linea di principio una moltiplicazione delle sedi di tutela e dunque degli approcci praticati di volta in volta dai giudici chiamati a intervenire al fine di accordarne la protezione¹⁷.

3. Dinamiche di esclusione e coinvolgimento del giudice amministrativo nella tutela dei diritti sociali.

La sussunzione dei diritti sociali nell'area dei diritti fondamentali ha operato per un lungo periodo come un fattore di esclusione del giudice amministrativo dalla cognizione dei primi, ed il superamento di tale iniziale esclusione è stato consentito anche dalla tendenza ad invocare le ragioni di peculiarità del giudizio amministrativo come sede attrezzata in maniera peculiare a presidiare i diritti sociali. Laddove invece al principio erano stati proprio i tratti identificativi e i limiti del giudizio amministrativo – in punto di incompletezza delle garanzie processuali, al peso spiegato dalla disciplina del potere¹⁸ – a giustificare la sottrazione al giudice amministrativo delle pretese fondamentali, proclamandone, come noto, l'indegradabilità e l'incomprimibilità. La portata uniformante di un simile approccio ha finito così per privare il giudice amministrativo anche della cognizione di quelle posizioni pretensive, o in ogni caso segnate da fattori di condizionamento, destinate (perciò) naturalmente ad imbattersi nell'esercizio della funzione amministrativa. Questa, sebbene da rimeditare in chiave di doverosità¹⁹, va infatti ravvisata in tutte le ipotesi in cui la legge preveda, come sovente accade per la soddisfazione dei diritti sociali – e non solo in ordine alla predisposizione delle risorse economiche indispensabili all'amministrazione di servizio – la necessità di assumere scelte discrezionali²⁰. La dimensione del condizionamento riaffiora peraltro anche nelle ipotesi in cui il diritto esibisca

zionati e condizionati. Tale approccio ricostruttivo collocava nel solco della sindacabilità della mancata o non idonea realizzazione dei presupposti per il godimento di tali diritti, ad opera del legislatore, da parte della Corte costituzionale, la dimensione della loro giustiziabilità. V. pure I. CIOILLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012.

¹⁷ Paradigmatica del carattere articolato delle pretese e dunque della convivenza nella medesima posizione di vantaggio di più declinazioni (diritto di libertà, pretesa pretensiva e oppositiva) è la riflessione condotta, con riguardo al diritto al lavoro o alla salute, da A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 14.

¹⁸ In tema si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 51 ss..

¹⁹ Così A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 70.

²⁰ Sull'amministrazione di prestazione G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, vol. 112, 1989, 421-436, spec. 425.

una conformazione chiaramente negativa – come quella di rifiutare i trattamenti terapeutici, collegabile al diritto sociale alla salute – la quale, nonostante richieda la propria soddisfazione di “non imporre” la fruizione di prestazioni, presuppone evidentemente lo svolgimento di tutta una serie di azioni di rilevanza pubblicistica e dell’esercizio di poteri organizzatori autoritativi²¹.

L’argomento fondato sull’inevitabile recedere del potere pubblico dinanzi ai diritti fondamentali, che al più avrebbero fronteggiato attività materiali illecite della p.a., alla base della nota teoria dei c.d. “diritti non affievolibili”, era favorito nelle ipotesi in cui si coltivasse un atteggiamento oppositivo piuttosto che pretensivo²². Lo stesso argomento avrebbe dovuto, a ben guardare, imporre dei distinguo nelle ipotesi di attribuzione della cognizione della controversia alla giurisdizione esclusiva del g.a., imponendo cioè di far salvi dei diritti soggettivi di rango fondamentale²³. Non è un caso, infatti, che proprio nell’ambito della giurisdizione esclusiva siano state schiuse possibilità di intervento al g.a. a tutela dei diritti (sociali) fondamentali²⁴.

Lo snodo nel senso del superamento di tale preclusione è rappresentato da una decisione che sostiene come non vi sia “alcun principio norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendo-

²¹ Per il noto caso Englaro cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 26.1.2009, n. 214 (su cui si veda *infra*), Cons. Stato, Sez. III, 2.9.2014, n. 4460, e Cons. Stato, Sez. III, 21.6.2017, n. 3058 con la quale l’ente regionale è stato condannato a risarcire anche il danno non patrimoniale sofferto dalla paziente e dal genitore. Cfr. altresì Cass. civ., Sez. I, 16.10.2007 n. 21748. In tema si veda pure C. cost., ord. n. 207/2018 di rinvio alla Consulta, in relazione al c.d. Caso Cappato, delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., su cui v. P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *federalismi.it*, 5/2019; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2/2019; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2019; F. VARI, F. PIERGENTILI, *Sull’introduzione dell’eutanasia nell’ordinamento italiano*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2019. Sull’esito della vicenda, risolta dalla Consulta nel senso della non punibilità ai sensi dell’art. 580 c.p. della condotta di chi agevoli l’esecuzione del proposito di suicidio “autonomamente e liberamente formatosi, di una persona in grado di prendere decisioni libere e consapevoli, tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche da ella ritenute non tollerabili” si veda C. cost., 22.11.2019, n. 242.

²² Sulla mobilità dei confini tra oppositivo e pretensivo con riguardo al diritto all’ambiente salubre, si veda la stessa sentenza delle SS.UU. n. 5172/1979.

²³ E’ infatti critico sul punto M. R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *giustamm.it*, 2011.

²⁴ C. cost. n. 140/2007; Cons. Stato, Ad. Pl., n. 12/2007; Cass., SS.UU., n. 27187/07; Id., n. 5290/2010; Id., n. 3670/2011. In ordine alle aperture sul fronte della giurisdizione esclusiva, si veda G. MONACO, *Spunti sulla tutela dei diritti sociali innanzi al giudice amministrativo*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 429. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13.2.2006, n. 556 (con nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 4, III, 2006).

ne il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti”²⁵, muovendo evidentemente dall’idea che non esista “sul piano positivo, un ambito di diritti sottratto a ogni ingerenza di potere”²⁶.

E nella misura in cui l’esercizio in concreto dei diritti fondamentali implichi “l’espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali”²⁷, il bilanciamento²⁸ – come operazione demandata, oltre che al legislatore, all’amministrazione, e di conseguenza riflessa sul doppio piano della giurisprudenza costituzionale e amministrativa – assume rilievo centrale.

All’esito di tale percorso il g.a. acquisisce pieno titolo a conoscere dei diritti fondamentali, non solo nell’ambito della giurisdizione esclusiva – quando essi assumano la consistenza dei diritti soggettivi ma debba pur sempre essere ben riconoscibile la sussistenza del potere pubblico²⁹ – ma anche, indirettamente, quando la veste della posizione giuridica attivata si presenti nella forma dell’interesse legittimo che dialoga con il potere discrezionale. E tra l’altro con riguardo a tale secondo ordine di ipotesi possono apprezzarsi gli effetti più evoluti del riferito superamento, posto che la possibilità di declinare un interesse legittimo come pretesa fondamentale pare capace di innescare quel processo di arricchimento dello strumentario di tutela a disposizione del giudice amministrativo prodottosi nella realtà³⁰, sulla scorta dell’impossibilità di consentire una

²⁵ C. cost. n. 140/2007 cit. – con nota di G. VERDE, *E’ ancora in vita l’art. 103, 1° comma, Cost.?*, in *Foro it.*, 2008, I, 435 ss. V. Cass., SS.UU., n. 27187/07, cit..

²⁶ F. PATRONI GRIFFI, *L’eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell’affidamento*, in *federalismi.it*, n. 24/2011.

²⁷ Così Ad. Pl., n. 7/2016 (su cui v. *infra*).

²⁸ Sulla necessità, caratterizzante il costituzionalismo contemporaneo, di attuare i diritti fondamentali nella forma del bilanciamento in quanto formulati per principi, E. SCODITTI, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, 2014, V, 159. In tema si veda V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir e soc.*, 1989, 565 ss., in part. 596; nonché N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell’inviolabilità*, Pisa, 2013, 84.

²⁹ Secondo l’impostazione cristallizzata in C. cost. nn. 204/2004 su cui si veda M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2004, 1230 ss. e 191/2006 cit..

³⁰ Sull’ampliamento degli strumenti di tutela a disposizione del g.a. a partire dalle potenzialità mostrate appunto dalla giurisdizione esclusiva si veda A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000; Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II, Contributo alla teoria dell’azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001. In tema cfr. altresì F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2018, 219 ss.; nonché F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in

protezione dinanzi al g.a. meno efficace di quella che alla medesima riserverebbe il g.o..

Sullo sfondo di tali dinamiche espansive della giurisdizione amministrativa v'è l'idea che la tutela demolitoria garantita in origine dal giudizio amministrativo, non rinunciabile oggi neanche nel comparto dei diritti sociali fondamentali, è affiancata da ulteriori strumenti indispensabili affinché il g.a. eserciti un ruolo di mediazione dei conflitti sociali nella prospettiva di esaltare la funzionalizzazione del potere, non al presidio delle ragioni dell'autorità pubblica quanto piuttosto, al pieno godimento dei diritti. In tale prospettiva i fattori rilevanti si influenzano reciprocamente, da un lato, la configurazione e la qualità del diritto³¹, e dall'altro, i poteri a disposizione del giudice amministrativo, in particolare nella sede della giurisdizione esclusiva³².

La riflessione che mette in relazione le alternative sedi di tutela giurisdizionale con gli interessi da presidiare finisce con l'individuare le ragioni della "specificità tecnica del g.a" nella peculiare specializzazione di quest'ultimo "nel bilanciamento degli interessi pubblici e privati", e dunque nella capacità di verificare in che misura "il nucleo interno ed essenziale della cittadinanza" risulti protetto³³. A tale approccio si affiancano poi i rilievi tesi ad esaltare la maggior efficienza del giudizio amministrativo rispetto a quello ordinario, per esempio in punto di celerità dei tempi³⁴. Gli approdi in termini di pienezza della tutela

Dir. proc. amm., 2016, 1025 ss., G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio nel rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss..

³¹ Secondo G. MONACO, *op. cit.*, 440: "in presenza di un diritto sociale per la cui soddisfazione occorre una prestazione della p.a., la qualifica di diritto fondamentale, anziché incidere sulla determinazione della giurisdizione, possa produrre effetti rispetto ai poteri del giudice amministrativo, così da assicurare una tutela sempre più piena".

³² Sul punto A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 69.

³³ Che si definisce intorno alle prestazioni assistenziali, sanitarie, scolastiche, previdenziali che "perimetrano la soggettività pubblica", secondo P. De IOANNA, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2016, 531 ss. spec. 535.

³⁴ Il discorso di attualità giuridica, quello che "tocca profili di ordine funzionale, attinenti alla qualità e rapidità della tutela erogata", è uno degli argomenti addotti a riprova della necessaria persistenza del giudice amministrativo: G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, 889 ss.. Il giudice ordinario apparirebbe nella prassi, inoltre, meno efficace di quello amministrativo per una maggior inclinazione, derivante dagli strumenti processuali a sua disposizione, alla deferenza nei confronti dell'autorità amministrativa e quindi meno efficace, secondo 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*, 2/2018, 237 ss., spec. 249 che segnala come dalla giurisprudenza della Corte EDU in punto di *full jurisdiction*, emerga la necessità di orientare la funzione giurisdizionale del g.a. nel senso della pienezza dei poteri di cognizione e di decisione piuttosto che quella di smentirne il ruolo.

assicurabile dinanzi al g.a.³⁵ – a partire dalle opportunità schiuse dalla portata conformativa della decisione³⁶ – è ora affermata strategicamente in apertura del codice del processo amministrativo, che come noto prevede “La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”, in coerenza con una lettura delle norme costituzionali rilevanti – ed in particolare con l’art. 24 Cost. – rispetto alle quali si pone come essenziale l’obiettivo di assicurare adeguati poteri di tutela a ciascun giudice, e di evitare specularmente la disponibilità di particolari tecniche di protezione presso un plesso della giustizia di cui sia viceversa privo l’altro.

4. La pluralità delle sedi di tutela dei diritti sociali e il rilievo del giudizio di costituzionalità.

Accanto alla questione dell’alternativo accesso dei diritti sociali alla giurisdizione ordinaria o amministrativa, che emerge dalla ricostruzione sin qui condotta, si pone quella del dialogo tra giudice comune e Corte costituzionale, riferito soprattutto al contenzioso scaturito da giudizi in via principale³⁷. Il rilievo dei giudizi di legittimità costituzionale nella prospettiva oggetto di analisi è con evidenza da collegare alla valorizzazione del bilanciamento di cui si è in precedenza detto, ossia della necessità di conciliare, nel passaggio dallo Stato di diritto allo “Stato di diritto materiale”³⁸, istanze di libertà ed esigenze sociali, diritti individuali e diritti sociali. La prospettiva della soddisfazione condizionata della pretesa³⁹ emerge nitidamente in questa giurisprudenza, anche laddove sia evocata per contenere i vincoli e i fattori di condizionamento in cui

³⁵ Sul tema della pienezza della giurisdizione si veda: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss.; B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013; Id., *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, cit.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai “cavalieri dell’apocalisse”?*, in *Riv. dir. process.*, 1/2017, 106 ss..

³⁶ C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 523.

³⁷ Si cui A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell’ordinamento costituzionale repubblicano*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, 2013, Torino, 147 ss.. Peraltro la consistenza dei casi di naturale instaurazione del rapporto attraverso l’incidente di costituzionalità può risultare condizionata dalla accettata riluttanza – su cui si veda ancora A. PIOGGIA, *op. cit.*, 62 – del giudice amministrativo ad attingere alla Costituzione per una tradizionale tendenza ad utilizzare le regole dell’azione amministrativa come “schermo” alla tutela costituzionale dei diritti.

³⁸ A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 110.

³⁹ Sui “diritti finanziariamente condizionati” si veda F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in *Quad. reg.*, 1985, 39.

si traduce⁴⁰. Esemplicativi in tal senso al significato ascrivibile alle locuzioni: “nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”⁴¹; “nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto”⁴²; o ancora “nucleo incompressibile del diritto a prestazioni riconducibili a diritti fondamentali”⁴³; nonché livelli essenziali delle prestazioni o livelli essenziali di assistenza quali nozioni perimetranti le prestazioni (sanitarie o sociali) indefettibili⁴⁴. Muovendo dunque dall’idea del “riconoscimento” costituzionale dei diritti sociali – affermati e non fondati dalla Costituzione⁴⁵ – il giudizio di costituzionalità appare la sede fisiologica per verificare se il passaggio dell’attuazione in via normativa abbia prodotto un sacrificio della parte del diritto sociale non rinunciabile, nelle ipotesi in cui il giudice comune non ravvisi margini per praticare un’interpretazione costituzionalmente orientata. In questo senso la percezione è che la tutela dei diritti sociali venga assorbita, fortemente conformata e condizionata dalla verifica (compiuta dalla Corte) che la legislazione – statale o regionale – si muova su un piano adeguatamente garantistico delle relative posizioni soggettive, e che quindi gli argomenti usati da questa giurisprudenza valgano anzitutto come strategia di contenimento della discrezionalità politica del legislatore e di riflesso di quella dell’amministrazione eventualmente coinvolta nella garanzia in sede sostanziale del diritto sociale. E nel solido di tale dinamica si colloca l’affermazione che “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”⁴⁶, la quale rappresenta paradigmaticamente gli approdi cui la giurisprudenza costituzionale perviene ove si pronunci sul tema dei condizionamenti, imposti dai vincoli finanziari, alla soddisfazione dei diritti sociali sul piano sostanziale. Il carattere “privilegiato” del dialogo esistente tra il giudice costituzionale e il giudice amministrativo nell’area dei diritti (sociali) fondamentali è con evidenza legato al fatto che il secondo sia naturalmente vocato a giudicare delle controversie aventi ad oggetto pretese che

⁴⁰ I limiti – che relativizzano l’idea dei diritti sociali come “diritti finanziariamente condizionati” e – il cui rispetto la Corte costituzionale si trova frequentemente a dover verificare nella stagione degli stringenti vincoli dell’equilibrio finanziario e della scarsità delle risorse, sono per esempio evocati da A. LUCARELLI, *Il diritto all’istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*. Note a Corte Cost. n. 275 del 2016, in *Giur. cost.*, 6/2016, 6.

⁴¹ C. cost. n. 80/2010 in materia di integrazione scolastica dei disabili.

⁴² Ancora un caso di diritto allo studio dei disabili, C. cost. n. 275/2016.

⁴³ Sempre, C. cost. n. 275/2016.

⁴⁴ Sulla differenza tra la nozione di LEP ed il concetto di “nucleo essenziale” cfr. I. CIOILLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, cit..

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, 2013, 11-12 che si riferisce alla necessità di assicurare l’effettività dei diritti “mediante l’introduzione e l’attuazione delle garanzie dei diritti costituzionalmente stabiliti”.

⁴⁶ C. cost. n. 275/2016, cit.. Nello stesso senso cfr. C. cost. n. 169/2017 cit. ove si puntualizza che “ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l’erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica”.

implicano per la loro soddisfazione una provvista finanziaria pubblica e quindi subiscono potenziali limitazioni in nome di obiettivi di risparmio di spesa⁴⁷.

La progressiva apprensione di questi diritti da parte del giudice amministrativo, in un confronto articolato con la Corte costituzionale e con le norme costituzionali di riconoscimento dei diritti sociali – di cui il primo sperimenta, da una certa fase in poi, anche l'applicazione diretta⁴⁸ – è caratterizzata dall'arricchimento dello strumentario processuale, dall'esaltazione delle potenzialità insite nello stesso giudizio di annullamento nell'orizzonte della pienezza della tutela, per effetto delle quali il giudice amministrativo si mostra interprete della doverosa soddisfazione dei diritti sociali ed in ciò particolarmente attrezzato a garantirne l'effettività⁴⁹, anche in termini comparativi rispetto al giudice ordinario, che disporrebbe di armi tutto sommato meno incisive. Ma il contributo che lo stesso giudice amministrativo appare in concreto capace di dare in questo senso è condizionato dalla circostanza che ne venga attivata la competenza, i cui criteri identificativi operano di frequente, come conferma lo stesso contenzioso costituzionale, sulla base di presupposti alquanto “volatili”.

5. La mobilità dei confini tra le giurisdizioni.

Le vicende del diritto all'assistenza sanitaria sono esemplificative della conformazione di doppio livello (normativa ed amministrativa) della pretesa vantata dal titolare del diritto⁵⁰. In una nota pronuncia del 1990 il diritto di accesso ai trattamenti sanitari era da ritenersi “garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”⁵¹. Recentemente, a proposito del condizionamento normativo e conformativo del

⁴⁷ Sul carattere strutturale del limite della copertura finanziaria nell'esercizio dell'attività amministrativa si veda A. TRAVI, *Il limite della copertura finanziaria*, in AA. VV., *Condizioni e limiti alla funzione legislativa della pubblica amministrazione*, *Annuario AIPDA 2004*, Milano, 2005, 111 ss.. Nell'ordinanza del TAR Pescara n. 127/2014 con la quale viene rimessa alla Consulta la questione decisa con la cit. sentenza n. 275/2016, si legge: “nel caso in esame, difatti, non v'è questione solo patrimoniale di mero inadempimento di obblighi predeterminati, ma è coinvolta all'origine l'interpretazione dei limiti in cui spetta alla pubblica Amministrazione assumere i costi e la gestione del servizio pubblico; cioè garantire lo svolgimento ed il finanziamento del servizio stesso, attraverso la provvista di fondi necessari”.

⁴⁸ Su cui si veda ancora A. PIOGGIA, *op. cit.*

⁴⁹ Di una “sublimazione del ruolo del g.a.” parla A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali, I diritti fondamentali “visti” da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a “caldo” della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di quad. cost.*, 11.1.2017, 2.

⁵⁰ Sulla competenza statale in punto di organizzazione, funzionamento e finanziamento del servizio sanitario nazionale cfr. C. cost. n. 245/1984, n. 452/1989, n. 55/1987, n. 403/1989, n. 534/1989.

⁵¹ C. cost. n. 455/1990.

bilanciamento a valle, la Cassazione ha ribadito che “le discipline dettate da norme regionali per l’accesso alle forme di assistenza indiretta tendono a realizzare, il contemperamento tra la necessità, da un lato, di assicurare una tutela piena ed effettiva del diritto alla salute nei casi in cui le strutture sanitarie preposte all’assistenza diretta non siano in grado di erogare le cure indispensabili e, dall’altro, le esigenze organizzative e finanziarie che sono alla base della natura eccezionale del regime dell’assistenza indiretta”⁵². Il dimensionamento della pretesa in sede legislativa consente di prefigurare in linea di principio una articolata serie di opzioni alternative in ordine alla qualità e alla latitudine del potere amministrativo riconosciuto all’amministrazione – potere discrezionale o piuttosto di accertamento tecnico – e di conseguenza alternative in ordine alla giurisdizione del giudice competente. Il carattere altrettanto articolato delle soluzioni offerte dal giudice sul punto è segno della trasformazione prodottasi nell’approccio del giudice – peraltro non sempre decifrabile come un percorso lineare – in qualche caso incline ad utilizzare le scelte compiute dal legislatore come uno schermo alla richiesta di tutela dei diritti sociali, in altri a fare applicazione diretta del dettato costituzionale in vista della soddisfazione in via amministrativa delle prestazioni

Nella prima direzione appaiono andare quegli orientamenti inclini a ravvisare margini di discrezionalità nella qualificazione operata dal legislatore dei rapporti tra utenti del servizio sanitario nazionale e apparati amministrativi del comparto⁵³.

Nella seconda direzione un diverso orientamento, anche più risalente, aveva affidato al giudice ordinario le sorti della tutela del diritto alla salute, muovendo: dalla natura meramente tecnica del potere amministrativo attribuito all’autorità; dalla natura costituzionale – in forza del riferimento all’art. 32 e anche all’art. 38 Cost. – del diritto riconosciuto all’utente del servizio sanitario; e dal carattere indispensabile, indifferibile, non fungibile della prestazione. In presenza dei presupposti della indispensabilità del farmaco per la cura della patologia dichiarata e della sua infungibilità con altri contemplati nel prontuario, emergeva la chiara natura di accertamento tecnico dell’attività amministrativa volta a rivedere periodicamente il prontuario e selezionare le prestazioni erogabili, e conseguentemente la consistenza di un diritto soggettivo pieno alla fruizione di un farmaco non contemplato nel prontuario, e al rimborso delle relative spe-

⁵² Cass. civ., Sez. lav., 7.6.2018, n. 14840.

⁵³ A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell’ordinamento costituzionale repubblicano*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, 2013, Torino, 147 ss., spec. 163 ricostruisce a tal proposito un orientamento della giurisprudenza comune nel corso degli anni Ottanta impegnato a circoscrivere i casi di riconoscimento agli utenti del SSN di diritti soggettivi alle ipotesi in cui la legge avesse analiticamente determinato tutti gli elementi della fattispecie, come accadeva nel caso di scelta del medico dipendente dalle USL o convenzionato; essendo la posizione era da costruire in chiave di interesse legittimo ove la scelta fosse stata riferita a medici non convenzionati con il SSN (SS.UU., n. 6120/1982). Cfr. pure Cass., SS.UU., n. 3474/1982 La previsione di un potere dell’USL di autorizzare il ricorso degli utenti ai presidi convenzionati induceva a configurare degli interessi legittimi.

se⁵⁴. Può in tal senso affermarsi che l'attrazione nella sede giurisdizionale della questione della garanzia dei diritti – che vede in qualche misura recedere l'amministrazione attiva, rispetto alla “assicurazione della coercibilità delle pretese”⁵⁵ – si svolga secondo quest'orientamento prevalentemente nel solco della giurisdizione ordinaria, rappresentando in ciò una certa diffidenza per le capacità del giudice amministrativo che gli sviluppi successivi hanno smentito.

Ed anche il contributo della giurisprudenza costituzionale sul punto conferma un quadro instabile in ordine alla consistenza della pretesa – sovente si muove nella direzione di un significativo contenimento del potere organizzativo della prestazione ma non preclude ripensamenti in tal senso – ed evidentemente per il fatto di subordinare l'individuazione del giudice competente al ricorrere di presupposti quali l'urgenza o l'indifferibilità delle esigenze terapeutiche allegate dal portatore dei diritti sociali nel richiedere la prestazione. La sentenza della Corte costituzionale n. 992/1988 interpretò, per esempio, quello alla salute come un diritto a ottenere prestazioni indispensabili rispetto al quale si imponeva una “piena ed esaustiva tutela”, di talché l'esclusione in assoluto del rimborso di spese per prestazioni effettuate presso strutture private non convenzionate, anche nel caso in cui tali prestazioni risultassero indispensabili e le strutture fossero le uniche detentrici delle relative apparecchiature, era da considerarsi illegittima⁵⁶. A quella pronuncia fece seguito un orientamento restrittivo che finì per negare che quelle aperture a favore del diritto soggettivo di accesso alle cure, e della dimostrazione in giudizio della indispensabilità e non fungibilità delle prestazioni erogate dal SSN, potessero spingersi sino al punto di favorire “l'incontrollato uso di prodotti esteri che non si uniformino alla” disciplina nazionale⁵⁷.

Altamente esemplificativo dell'instabilità del contesto è l'alternativa configurazione in termini di potere discrezionale o vincolato dell'autorizzazione ad accedere alle prestazioni a fronte delle medesime pretese – a titolo esemplificativo fruizione di prestazioni sanitarie presso strutture esterne al SSN o all'estero, e rimborso delle relative spese mediche – in ragione delle diverse allegazioni del richiedente, in sostanza della circostanza che fosse o meno rappresentata l'indifferibilità delle cure, elevata ad indice di riconoscimento del nucleo essenziale del diritto di accedere alle prestazioni sanitarie⁵⁸, quindi fattore scriminante la variante vincolata (autorizzazione ad accedere alle cure presso alternative strutture a fronte dell'omesso soddisfacimento immediato della

⁵⁴ Cass. S. lav., n. 1747/1986. Cfr. pure SS.UU., n. 1504/1985.

⁵⁵ L.R. PERFETTI, *I diritti sociali ...*, cit., 130.

⁵⁶ Secondo la dottrina in discontinuità con l'orientamento, registratosi negli anni '80 e al quale si è fatto cenno, che ravvisava in questi casi la consistenza di un diritto relativo, cioè garantito dalla istituzione del SSN nei limiti e alle condizioni stabilite dalla legge e dalle autorità competenti: E. FERRARI, *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile*, in *Le Regioni*, 1989, 1928-1929.

⁵⁷ C. cost. ordinanza n. 396/1990 e n. 40/1991.

⁵⁸ E parametro rispetto al quale verificare la compatibilità dei tempi garantiti dalle strutture del SSN nell'assicurare le prestazioni: C. cost., n. 304/1994.

richiesta presso le strutture pubbliche⁵⁹) o piuttosto discrezionale (di bilanciare il diritto alla salute con le esigenze dello Stato di natura finanziaria e, più in generale, organizzativa⁶⁰) del potere amministrativo.

Il formante giurisprudenziale di cui si discorre è dunque caratterizzato da una significativa mobilità dei confini tra le due giurisdizioni, in ragione della alternativa tendenza a valorizzare⁶¹ o piuttosto a relativizzare, come sembra fare anche la giurisprudenza più recente, e senza che ciò possa garantire assetti stabili sul punto⁶², la portata della gravità delle condizioni di salute in cui versi il titolare del diritto e della indifferibilità degli interventi richiesti, quali fattori scriminanti la sussistenza, sul piano sostanziale, di un potere discrezionale conformativo del diritto sociale all'accesso alle cure, e sul piano processuale, della competenza dell'uno o dell'altro giudice⁶³.

Il dimensionamento della pretesa ad accedere alle prestazioni sociali attraverso il bilanciamento si radica, oltre la rigida alternativa legge-atto amministrativo puntuale, in passaggi intermedi, come quelli di natura programmatica, che offrono ulteriori occasioni di intervento al giudice amministrativo. In tale prospettiva nel comparto dell'integrazione socio-sanitaria può considerarsi lo snodo della programmazione regionale utile ai fini della esatta identificazione delle prestazioni socio-sanitarie, in ter-

⁵⁹ Cass. SS.UU., ord. n. 12218/1990.

⁶⁰ C. cost. sent. n. 354/2008. Così anche nel caso di valutazione condotta dalle strutture pubbliche “della propria incapacità di soddisfare adeguatamente la richiesta [di accesso a prestazioni sanitarie presso strutture all'estero] anche da un punto di vista di disponibilità finanziaria”: Cass. SS.UU., ord. n. 12099/1992. Sulle ripercussioni in punto di giurisdizione sulle richieste di rimborso delle relative spese si veda anche TAR Latina, 6.6.2000 n. 680; Cass. Civ., sez. lav. 19.1.2018, n. 1391; Cass. n. 17134/2016; Cass. n. 6461/2009; Cass. n. 17309/2016, 27448/2013, 9969/2012; Cfr. anche TAR Toscana, n. 694/2011, dove si ribadisce la natura esclusiva della cognizione del g.a. sul “riparto dei costi di ricovero in RSA”. Cfr. altresì TAR Lombardia, sez. III, n. 791/2008 anche per l'imposizione – attraverso il ricorso del g.a. alla tutela cautelare atipica – all'asl della somministrazione gratuita di farmaci non ancora riconosciuti dall'AIFA” su cui si veda F. ZAMMARTINO, *La tutela dei diritti sociali nei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa tra vincoli di bilancio e principio di libera concorrenza*, in *giustamm.it*, 11/2017.

⁶¹ Si vedano C. cost. n. 267/1998 e C. cost. n. 509/2000. Per la negazione della giurisdizione del g.a. in ragione della sussistenza di un diritto soggettivo perfetto non “suscettibile di essere affievolito” dalla “discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni”, in presenza di “ragioni di urgenza comportanti pericolo di vita o di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione”: Cons. St., sez. III, 12.7.2012, n. 4127. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 8.3.2008, n. 831; Cass. SS.UU., 2.8.2016 n. 16067.

⁶² Per l'orientamento che colloca il *discrimen* nel momento in cui viene attivata la pretesa: se occasionata dall'impugnazione del diniego di autorizzazione si tutelerebbe l'interesse legittimo, se occasionata dal rifiuto di rimborso patrimoniale delle prestazioni già fruite, diritto soggettivo perfetto cfr. TAR Roma, sez. III, 17.7.2004, n. 7009.

⁶³ Si vedano in tal senso Tar Firenze, sez. II, 9.1.2018, n. 25: per l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario “sia nel caso che siano addotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, sia nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata”; nonché TAR Milano, sez. III, 2.9.2016, n. 1616; Tar Catania, Sez. IV, 16.5.2016, n. 1325. Sull'irrelevanza del fattore dell'urgenza nel discriminare poteri e giurisdizione v. Cass. SS.UU., 6.2.2009 n. 2867; Cass. SS.UU., 5.12.2011, n. 25925; TAR Catania, sez. IV, 16.4.2013, n. 1104.

mini per esempio di livelli essenziali di assistenza, momento che chiaramente condiziona l'effettività del relativo diritto, intesa come concreta possibilità di fruire delle prestazioni e delle provvidenze finanziarie che rendono accessibili le prime. La questione si è posta nel caso di qualificazione individuazione come prestazione "extra LEA" (ossia non ricompresa tra i Livelli Essenziali di Assistenza) degli interventi domiciliari di lungo-assistenza ("assistenza tutelare") in favore di anziani non autosufficienti condotti da operatori non professionali, con la conseguente impossibilità di porre in parte a carico del SSN il contributo economico utile a rimborsare i familiari delle spese sostenute per l'assistenza al soggetto non autosufficiente⁶⁴.

L'accesso alla tutela dei diritti sociali viene svolgendosi dunque nel solco di dinamiche articolate, per un verso dalla complessità della filiera di dimensionamento della pretesa legge-atto di programmazione-atto di amministrazione attiva) e quindi dalla moltiplicazione delle sedi di tutela, in potenza anche tra loro differenti, e per altro verso dalla circostanza che spesso ad essere attivato dinanzi al giudice non sia la pretesa al godimento in concreto della prestazione sociale, quanto piuttosto una diversa posizione giuridica che appare comunque collegata alla prima, e che lascia appunto sullo sfondo il "diritto sociale-categoria", immagine coerente con la descritta vocazione composita dei diritti sociali. Si pensi al diritto al consenso informato che, pur venendo dalla giurisprudenza ricondotto al diritto alla salute, nel momento in cui viene distinto dalla pretesa all'integrità fisica, risulta immediatamente azionabile e risarcibile, a prescindere dall'esito dell'intervento⁶⁵.

Anche nel settore dell'istruzione prendono corpo percorsi "mediati" di tutela dei diritti sociali. Il solito bilanciamento tra esigenze di contenimento della spesa e garanzia di un diritto sociale fondamentale come quello di assicurare un'adeguata istruzione ai disabili⁶⁶, passa attraverso l'annullamento di atti amministrativi: quello di assegnazione di un numero di ore mensili di sostegno assunto dal dirigente scolastico⁶⁷; quello di diniego del rimborso a favore di un ente territoriale – che quindi non è titolare del diritto sociale ad un'istruzione inclusiva – delle spese sostenute per l'erogazione dei servizi di trasporto degli

⁶⁴ Operazione legittima per Cons. St., Sez. III, 7.12.2015 n. 5538 che ribaltando l'avviso espresso dal TAR Torino, Sez. II, 29.1.2015 n. 156. Sul punto cfr. altresì Cons. St., Sez. III, n. 604/2015. In tema F. ZAMMARTINO, *op. ult. cit.*, 10. Nel senso dell'attribuzione all'ASL dell'impegno economico esclusivo negli oneri di spesa in caso di "prevalenza delle prestazioni sanitarie rispetto a quelle assistenziali che con essa concorrono, rese in favore di malato [...] caratterizzata da gravità e cronicità" si veda Cons. St., Sez. III, 26.1.2015 n. 339.

⁶⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 9.2.2010, n. 2847.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 5428/2015, Id., n. 5317/2014, Id., n. 2023/2017.

⁶⁷ Per i riflessi risarcitori dell'incongrua assegnazione del numero di ore di sostegno cfr. Tar Palermo, sez. III, 1.10.2014 n. 2370, Tar Reggio Calabria, Sez. I, 13.1.2016 n. 39, nonché Tar Palermo, Sez. I, 9.10.2015 n. 2519.

studenti disabili⁶⁸; o ancora quello che determini la formazione di classi eccessivamente numerose, e che rappresenti per tale via un impedimento alla garanzia del diritto costituzionale dei disabili all'istruzione⁶⁹. Proprio l'assegnazione delle ore di sostegno a vantaggio dell'alunno disabile è area nella quale si rinviene quella mobilità dei confini tra le giurisdizioni cui si faceva cenno. La quantificazione operata dal Piano educativo individualizzato e l'attribuzione di ore di sostegno in difformità dalla prima schiude a favore del giudice ordinario occasioni di intervento⁷⁰, posto che le uniche forme di discrezionalità che residuano in capo all'amministrazione a valle della relativa adozione sono quelle tese a riconoscere soglie ulteriori di protezione e a definire concrete modalità operative. Di talché la prima finisce per assurgere altresì ad elemento decisivo in punto di perimetrazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici rispetto alle domande intese ad "ottenere l'accertamento della spettanza di un numero di ore di sostegno adeguato alle esigenze dell'alunno"⁷¹.

Del resto lo stesso giudice amministrativo tenta di relativizzare la portata di tale criterio discrezionale quando sostiene che "l'accertamento del diritto dell'alunno disabile a beneficiare dell'attività di sostegno volta a garantire la piena integrazione dello stesso nel percorso scolastico" riguarda "la verifica del corretto espletamento di poteri pubblicistici, e ciò indipendentemente dalla circostanza che sia o meno stato adottato il PEI a conclusione del relativo iter procedimentale relativo"⁷²; o anche quando puntualizza che non esiste un momen-

⁶⁸ Tar Abruzzo, ord. n. 123/2014, che ha dato causa alla nota già citata sentenza di illegittimità costituzionale n. 275/2016. Il seguito nel giudizio di merito della sent. n. 275/2016 è stata la decisione del TAR Pescara n. 271/2017.

⁶⁹ TAR Napoli, Sez. IV, 13.10.2016 n. 4706, Cons. St., ord. n. 302/2017 e Cons. St., Ad. Pl., 12.4.2016, n. 7.

⁷⁰ Cass. SS.UU., n. 25011/2014 che collega però il perimetro della giurisdizione ordinaria al fatto che dall'eventuale omessa attuazione del PEI derivi una discriminazione indiretta azionabile secondo il rito definito dalla l. n. 67/2006 e del d. lgs. n. 150/2011 art. 28. Cfr. TAR Firenze, sez. I, 29.1.2015, n. 146; TAR Bari, Sez. II, 2.4.2015, n. 549; TAR Pescara, Sez. I, 15.7.2016, n. 260. Si veda Cass., SS.UU., 28.2.2017, n. 5060 che ritiene sussistente la giurisdizione esclusiva del g.a. "qualora per il relativo anno scolastico non sia stato ancora redatto il piano educativo individualizzato"; o ancora TAR Palermo, sez. III, 3.7.2017, n. 1748 per la giurisdizione del g.a. nelle ipotesi in cui la domanda è volta ad "ottenere la redazione del PEI" e Id. n. 1561/2017; nonché Cass. civ., SS.UU., 20.4.2017 n. 9966.

⁷¹ Cfr. Cons. St., Ad. Pl. n. 7/2016 cit. In tema cfr. altresì Cons. St., sez. VI, 10.2.2015, n. 704; TAR Napoli, sez. IV, 27.2.2015, n. 1330, Id., 1.3.2016, n. 1104. Per la posizione del g.a. in ordine al carattere vincolante delle previsioni del PEI "come sede di individuazione della soglia minima di protezione del diritto all'istruzione del disabile" si veda F. GAMBARDILLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2017, 49 ss. spec. 58.

⁷² TAR Palermo, sez. II, 5.12.2016, n. 2810.

to nel quale le determinazioni già assunte nel documento programmatico adottato si sottraggono a possibilità di verifica, sia perché la conformazione - ad opera dell'attività dell'amministrazione - del diritto fondamentale tutelato avviene non in sede meramente programmatica, ma con il provvedimento finale che dà accesso allo strumento amministrativo necessario all'esercizio del diritto medesimo⁷³. In questa ricostruzione si situa il valore della "discriminazione rilevante ai sensi della L. n. 67/2006" che, ove non prospettata in sede di contestazione del numero delle ore assegnate, consente di ravvisare della giurisdizione esclusiva grazie al collegamento con una "cattiva gestione del servizio pubblico scolastico di sostegno agli alunni disabili"⁷⁴.

Nel contesto di mobilità di confini che si sta descrivendo sono dunque da accogliere con cautela i recenti approdi della giurisprudenza che negano radicalmente la possibilità di riconoscere all'amministrazione una discrezionalità nel rimodulare in via autoritativa, a causa della scarsità delle risorse disponibili, le determinazioni del PEI⁷⁵, o che addirittura emancipano la giurisdizione ordinaria, tutrice di tale attività doverosa dell'amministrazione, dal presupposto della deduzione di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione⁷⁶.

Appaiono cioè meritevoli di considerazione quegli argomenti tesi a segnalare il perdurante esercizio di responsabilità pubbliche, "in un quadro di risorse limitate", anche a valle della predisposizione dei piani educativi individualizzati o dei programmi assistenziali individualizzati, e che riaprono spazi utili a favore del giudice amministrativo quale giudice in grado di verificare come l'amministrazione abbia condotto quell'accertamento delle esigenze dei richiedenti sempre "aperto" alla revisione in quanto esposto a "possibili mutamenti suscettibili di intervenire successivamente"⁷⁷. E si tratta di argomenti che non

⁷³ Tar Palermo, sez. III, 19.9.2016, n. 2188. Cfr. altresì C.G.A., 29.7.2016, n. 248.

⁷⁴ TAR Salerno, sez. II, n. 266/2017 cit. Si veda anche Cons. St., sez. VI, 3.5.2017, n. 2023.

⁷⁵ Così Cass. civ., SS.UU., ord. 8.10.2019, n. 25101.

⁷⁶ Cfr. Cass. SS. UU., n. 25101/2019 cit. che segnala che la divergenza in punto di giurisdizione tra le SS.UU. (*ex multis* sent. n. 25011/2014 cit.) e Cons. St. n. 2023/2017 cit. va "circoscritta alle ipotesi in cui il ricorrente non deduca specificamente la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno", ma puntualizza altresì che "la deduzione esplicita nella domanda del ricorrente di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione non può [...] considerarsi una condizione cui subordinare la giurisdizione del Giudice ordinario date le premesse che concordemente portano ad escludere la possibilità per l'amministrazione di non dare esecuzione alle 'proposte' trasmesse dal G.L.O.H. incorrendo altrimenti nella compressione di un diritto fondamentale alla cui tutela il legislatore ha voluto apprestare lo strumento immediato ed efficace del procedimento antidiscriminatorio".

⁷⁷ Così C.G.A., 28.5.2018, n. 303 ove si segnala che PEI e PAI siano l'esito di un' "attività che viene forgiata su esigenze individuate al momento di un accertamento che resta sempre 'aperto' alla revisione, a causa dei possibili mutamenti suscettibili di intervenire successiva-

espongono inevitabilmente i destinatari alla vulnerabilità delle posizioni agite, a patto che il giudice amministrativo (fornito di giurisdizione) utilizzi consapevolmente gli strumenti che ha a disposizione nella prospettiva, appunto, della doverosità dell'intermediazione amministrativa nella soddisfazione dei diritti.

6. Rilievi conclusivi.

Le questioni sinteticamente attraversate in questa sede si muovono in un orizzonte che considera la giustizia amministrativa “particolarmente soddisfattiva (almeno potenzialmente) dei ‘diritti’ dei cittadini”⁷⁸; il che, con riguardo ai diritti sociali, è da ricondurre più che ai benefici conseguibili dall’ “allargamento della legittimazione al ricorso a danno del diritto soggettivo”⁷⁹, ma ad un percorso lungo il quale, grazie alla sussunzione dei diritti sociali nella categoria dommatica dei diritti fondamentali, il giudice amministrativo a partire da una certa fase guadagna terreno, anche – in un sistema caratterizzato dal dualismo delle giurisdizioni⁸⁰ – nei confronti del giudice ordinario, e non solo grazie alla giurisdizione esclusiva che conforta in certa misura la relativizzazione dell’inquadramento alternativo delle posizioni in termini di diritti soggettivi o di interessi legittimi⁸¹, ma anche nelle ulteriori situazioni in cui il diritto fondamentale assuma la veste di interesse legittimo. Ed è la stessa idea del diritto fondamentale, quando la si affronti nella prospettiva ineludibile della effettività, a schiudere il carattere pieno della tutela assicurata dal giudice amministrativo⁸²,

mente”, e che detti piani non acquistino mai definitiva stabilità, dal che consegue “l’inevitabile irrilevanza - sotto il profilo della giurisdizione - del fatto che la determinazione lesiva sia intervenuta in concreto ‘prima’ o ‘dopo’ la conformazione del diritto del disabile da parte del PEI”.

⁷⁸ F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 269 ss., 274.

⁷⁹ Motivo individuato, tra gli altri, guardando ai tratti originali della nostra giustizia amministrativa rispetto a quella di altri paesi in Europa, da F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 274-275 che si riferisce appunto al risultato, consentito da tale allargamento, dell’annullamento dell’atto in contestazione, espressione di una tutela più soddisfattiva di quella assicurata dal giudice ordinario attraverso la disapplicazione.

⁸⁰ Sulla validità costituzionale del “sistema dualistico, contraddistinto nel nostro ordinamento dal riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo”, si veda ancora C. cost. n. 140/2007 cit., nonché Id. n. 204/2004 e n. 191/2006.

⁸¹ V. Cass. SS.UU., 7.9.2016, n. 17674 per la sussistenza della giurisdizione amministrativa quando venga “dedotta in giudizio la lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione quando detta lesione sia l’effetto del se e del come della funzione pubblica”.

⁸² Su questo Ad. Pl., n. 7/2016 secondo la quale “l’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materia implica, evidentemente, una cognizione piena, e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere, delle controversie ad essa riferibili”.

e a suggerire una dequotazione del problema relativo alla struttura delle posizioni giuridiche sostanziali azionate che nella categoria si riconoscono⁸³. Il progressivo superamento dell'idea della inconciliabilità ontologica tra potere amministrativo e diritti fondamentali, e quindi tra giudice amministrativo e diritti fondamentali, consente perciò anche di smascherare uno dei “furti di giurisdizione” che nel tempo avevano consegnato ad un giudice, meno temibile, del giudice amministrativo alcune questioni⁸⁴.

Nondimeno sostenere la preferibilità del giudizio amministrativo ai fini della tutela dei diritti sociali per il fatto che le posizioni agite presentino sempre la struttura delle pretese di prestazione, necessariamente rivolte nei confronti dei pubblici poteri⁸⁵, apparirebbe come un errore e finirebbe col negare la giurisdizione ordinaria, anche quando vi siano sufficienti ragioni per considerarla la sede più adatta, come accade in alcune ipotesi in cui i diritti sociali vengano fatti valere nei rapporti privati, o si mostri sin dall'inizio preferibile il risarcimento per equivalente, ipotesi frequente ove si intenda tutelare il diritto alla salute⁸⁶.

⁸³ M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Riv. AIC*, 3/2015.

⁸⁴ Espressione utilizzata da F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 280 nel compendiare i passaggi attraverso i quali il legislatore italiano – con la privatizzazione del pubblico impiego o con le azioni poste in essere dalle aziende del SSN – aveva trasformato “la materia sottostante da pubblicistica e privatistica”.

⁸⁵ Non è così secondo L.R. PERFETTI, *I diritti sociali*, *cit.*, 113 ove correttamente si collochi nella sovranità popolare anziché in quella statale il fondamento dei diritti sociali.

⁸⁶ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755-784, 776.

SILVIA TUCILLO

Ricercatrice di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

silvia.tuccillo@unina.it

LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI. IL CASO ANAC

STANDING TO SUE OF INDEPENDENT AUTHORITIES. THE CASE OF ANAC

SINTESI

La legittimazione speciale delle autorità indipendenti è tema assai discusso ed alimenta oggi il dibattito in essere sulla più o meno vacillante natura soggettiva della giurisdizione amministrativa. Lo studio si concentra sui profili più controversi della disciplina positiva dei presupposti e delle condizioni previste affinché le autorità possano assumere il ruolo di parte ricorrente. Oggetto di indagine è, in particolare, la legittimazione attiva dell'Autorità nazionale anticorruzione, cui si accompagnano criticità sia dal punto di vista procedimentale che processuale.

ABSTRACT

The paper analyses the standing to sue of independent authorities as a special prevision in the administrative process, underlining the compatibility with the principles of judicial review. The research is focused on the main critical issues of the regulation of Anac's standing, where are not clearly defined the rules applicable to these new procedures.

PAROLE CHIAVE: legittimazione ad agire – autorità amministrative indipendenti – procedimento – autotutela.

KEYWORDS: standing to sue - Independent Administrative Authorities – administrative procedures - self defense.

INDICE: 1. La legittimazione processuale *ex lege* delle autorità indipendenti: deroga alla tradizionale struttura del processo amministrativo per esigenze di sistema? - 2. La strutturazione bifasica della legittimazione dell'Agcm e dell'Anac. - 3. Le peculiarità della legittimazione processuale dell'Anac. - 3.1. Le criticità di fondo: la natura del parere dell'Autorità anticorruzione e la dubbia qualificazione del potere della stazione appaltante. Un confronto tra l'articolo 21-bis della legge 287 del 1990 e l'art. 211, comma 1-ter, del d.lgs. 50 del 2016 - 3.2. L'individuazione dell'oggetto del giudizio instaurato innanzi al giudice amministrativo - 4. Considerazioni conclusive.

1. La legittimazione processuale *ex lege* delle autorità indipendenti: deroga alla tradizionale struttura del processo amministrativo per esigenze di sistema?

L'esistenza di ipotesi di legittimazione processuale straordinaria, speciale o *ex lege*, in capo ad alcuni soggetti pubblici non è nuova nel nostro sistema di giustizia amministrativa, per quanto esse si pongano come affatto derogatorie rispetto alla connotazione soggettiva della legittimazione processuale¹.

Con particolare riferimento alla legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti, possono oggi annoverarsi diversi esempi: la legittimazione della Banca d'Italia all'impugnazione delle delibere delle banche assunte in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 24, comma 1, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385², assimilabile, nei presupposti, a quella attribuita alla CONSOB dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58³; la legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ex art. 21-*bis* della legge 287 del 1990, avverso gli atti (amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti) di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato⁴; la legittimazione dell'Autorità dei trasporti la quale, ai sensi

¹ Sin dagli albori della giustizia amministrativa si è affermato che compito del giudice fosse «accertare la sussistenza in capo al ricorrente di una situazione protetta che lo legittimasse alla proposizione del ricorso, e di uno specifico interesse ad ottenere attraverso il processo il risultato utile auspicato». Così, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, pp. 341 ss., il quale ricorda anche le poche, ma autorevoli voci che propendevano per una configurazione oggettiva della giustizia amministrativa «condizionate dall'incerta natura degli "interessi" di cui all'art. 24 della legge fondamentale» nonché «ispirate dall'idea, che risaliva a Spaventa, della funzione "politica" della giustizia amministrativa (giustizia nell'amministrazione), mediante i ricorsi esperibili davanti al Consiglio di Stato, come strumento atto in primo luogo a garantire, tra gli altri strumenti previsti dall'ordinamento (sistema dei controlli, autotutela contenziosa), la legalità dell'amministrazione».

² Art. 24. Sospensione del diritto di voto e degli altri diritti, obbligo di alienazione «1. Non possono essere esercitati i diritti di voto e gli altri diritti che consentono di influire sulla società inerenti alle partecipazioni per le quali le autorizzazioni previste dall'articolo 19 non siano state ottenute ovvero siano state sospese o revocate. I diritti di voto e gli altri diritti, che consentono di influire sulla società, non possono essere altresì esercitati per le partecipazioni per le quali siano state omesse le comunicazioni previste dall'articolo 20. 2. In caso di inosservanza del divieto, la deliberazione o il diverso atto, adottati con il voto o il contributo determinanti delle partecipazioni previste dal comma 1, sono impugnabili secondo le previsioni del codice civile. L'impugnazione può essere proposta anche dalla Banca d'Italia entro centottanta giorni dalla data della deliberazione ovvero, se questa è soggetta a iscrizione nel registro delle imprese, entro centottanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro centottanta giorni dalla data di questo. Le partecipazioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono computate ai fini della regolare costituzione della relativa assemblea».

³ Articolo 14, comma 5, richiamato negli articoli 61, 110, 122 e 157 che consentono in diverse ipotesi l'impugnabilità delle delibere societarie assunte in violazione del divieto di esercizio del voto.

⁴ L'art. 21-*bis*, inserito dall'articolo 35 del decreto-legge 201/2011 convertito dalla legge 214 del 2011, stabilisce che «1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire

dell'art. 37, comma 2, lett. n), D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, può ricorrere al Tribunale amministrativo regionale avverso i provvedimenti che con riferimento al servizio di trasporto su taxi siano in qualche modo lesivi del diritto di mobilità degli utenti e, da ultimo, come previsto dall'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* del d.lgs. n. 50 del 2016, la legittimazione dell'Anac ad impugnare, in via diretta, bandi e altri atti – anche generali – che riguardino contratti di rilevante impatto e siano considerati illegittimi nonché, previo espletamento di una fase «consultativa», qualunque atto comunque ritenuto lesivo delle norme dettate dal codice dei contratti pubblici⁵.

Tutti questi casi si connotano per l'aver svincolato, di fatto, il presupposto processuale della legittimazione tanto dalla verifica della titolarità di una situazione giuridica soggettiva differenziata e qualificata, quanto dall'accertamento della sussistenza di un interesse concreto ed attuale all'annullamento di un atto amministrativo dal quale discenda un pregiudizio ad un proprio bene della vita⁶.

in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104»

⁵ Art. 211. Pareri di precontenzioso dell'ANAC «1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo. In caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'articolo 26 del codice del processo amministrativo.

1-*bis*. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

1-*ter*. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 1-*quater*. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*».

⁶ Per un'analisi puntuale del dibattito attualmente in essere sulla legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo e per una ricostruzione della fattispecie, cfr. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019, nonché F. SAIITA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2-2019, 511 ss.

Elemento sicuramente centrale - da molti messo in luce⁷ - è che il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa non verrebbe ad essere eroso da un ampliamento dei soggetti titolari della legittimazione processuale, benché sganciata dalla titolarità di un interesse legittimo, ma ricollegata invece alla tutela di un interesse generale. Con riguardo a tali fattispecie si è parlato di legittimazione oggettiva che, tuttavia, è cosa diversa dalla giurisdizione di tipo oggettivo⁸.

La singolarità delle previsioni legittimanti si è accompagnata all'emersione di diverse questioni interpretative e si è anche rilevato, con riguardo a più risalenti ipotesi di legittimazioni *ex lege*⁹, che la comparsa di queste fattispecie è di solito sintomatica di una disfunzione del processo divenendo esse «veicoli e sensori» di istanze non recepite in misura ottimale nell'alveo del processo¹⁰. Con riguardo al caso delle autorità indipendenti può condividersi l'idea che, per le ragioni che si illustreranno, piuttosto che la presenza di una

⁷ Tra gli altri, R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in www.anticorruzione.it, 2013, e già *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 2012; M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 359 ss.

⁸ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, nt. 2, che esplicita sin dall'apertura dello scritto la sua chiave di lettura in ordine al concetto di legittimazione oggettiva precisando che «con la nozione di legittimazione "oggettiva" ad agire, mi riferisco in queste note, ai casi, molteplici nel nostro ordinamento processuale, nei quali determinati soggetti, in virtù di espressa previsione di legge, ovvero della loro posizione istituzionale nell'ambito dell'ordinamento, possono adire il giudice amministrativo (esercitando l'una o l'altra delle azioni ammissibili) per la tutela di interessi generali (pubblici) di cui sono portatori; cadendo dunque, in tali casi, il carattere prettamente "soggettivo" del processo amministrativo, come quello inteso alla tutela di situazioni soggettive protette (diritti e interessi legittimi: artt. 103, 113, Cost.), la cui sussistenza in concreto, deve essere rappresentata preliminarmente al giudice ai fini dell'esercizio dell'azione. La previsione di casi di legittimazione "oggettiva" non comporta affatto, come si mostra in queste note, che il processo assuma caratteri "di diritto oggettivo" (che in qualche caso si rinvergono anche nel processo amministrativo, del tutto a prescindere dai casi di legittimazione "oggettiva")».

⁹ Si pensi al potere di controllo di legittimità sulle leggi regionali di cui all'art. 127, co. 3 e 4, Cost., nel testo previgente alla riforma del 2001; all'art. 6, co. 9, l. n. 168 del 1989 che prevede che gli statuti e i regolamenti di Ateneo, una volta deliberati, siano «trasmessi al Ministro che, entro il termine perentorio di sessanta giorni, esercita il controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame...», precisando, al successivo co. 10, che «Il Ministro può per una sola volta, con proprio decreto, rinviare gli statuti e i regolamenti all'università, indicando le norme illegittime e quelle da riesaminare nel merito. Gli organi competenti dell'università possono non conformarsi ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata dalla maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, ovvero ai rilievi di merito con deliberazione adottata dalla maggioranza assoluta. In tal caso il Ministro può ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa per i soli vizi di legittimità...»; nonché alla legittimazione del Ministero delle Finanze, ad impugnare i regolamenti tributari emanati dagli enti locali di cui all'art. 52, co. 4, d.lgs. n. 446 del 1997.

¹⁰ P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1-1999, 40 ss. spec. 41.

lacuna in sede processuale sia in realtà percepibile il tentativo di colmare il vuoto lasciato dal superamento del sistema di controlli preventivi¹¹, ai quali non sono seguiti sistemi di controllo alternativo adeguatamente efficaci. A tale assunto, con segnato riferimento alla legittimazione processuale dell'Anac, può aggiungersi la considerazione che il legislatore sia andato probabilmente ben oltre, ma sul punto si tornerà.

Molto si è discusso in ordine all'impatto che un siffatto ampliamento della legittimazione sarebbe stato idoneo a produrre sul vigente sistema di giustizia amministrativa, già interessato da diverse smagliature in direzione «oggettivizzante»¹² e molti sono gli interrogativi rimasti privi di una risposta completamente soddisfacente.

¹¹ F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 2 bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 471 ss., spec. 476, il quale rileva che «il potere della AGCM solo descrittivamente (e comunque riduttivamente) può dirsi di carattere consultivo. Esso rappresenta, sul piano funzionale, una (potenzialmente assai incisiva) potestà di controllo, esterno e successivo, di legittimità. Ciò è reso palese dal fatto che essa mira ad imporre, seppure, se necessario, grazie al coinvolgimento dell'Autorità giudiziale, la rimozione di un atto per ragioni di legittimità (concorrenziale)». Secondo M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI, a cura di, *La giustizia amministrativa in Italia e Germania. Contributi per un confronto*, in *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*, 2017, 147 ss., spec. 149, ove si osserva che «Per rispondere al quesito sull'attuale possibile trasformazione del processo amministrativo, l'analisi concreta mostra come alcune specifiche previsioni di legittimazione oggettiva – ferma restando la loro eccezionalità – siano potenzialmente idonee a mutare la funzione della giurisdizione amministrativa, avvicinandola alla funzione di mero controllo, o, addirittura, d'implementazione della disciplina di diritto sostanziale, rimasta inattuata a livello amministrativo».

¹² Diversi spunti di riflessione sulle “sorti” della giustizia amministrativa possono leggersi in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazgarolli*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, tra i quali in particolare quelli sottolineati da M. A. SANDULLI nella relazione introduttiva, pubblicata anche in *Federalismi* n. 3/2017, secondo la quale indici dell'oggettivizzazione della giurisdizione darebbero: «a) la legittimazione dell'Autorità Antitrust e di alcune amministrazioni centrali (MIUR, MEF) ad agire in giudizio per l'annullamento di atti contra legem assunti da altre amministrazioni (negli ultimi due casi, a prescindere dall'utilità dell'annullamento per l'interesse pubblico particolare affidato alla tutela dell'amministrazione ricorrente); b) il potere dell'Adunanza plenaria del CdS di decidere “nell'interesse della legge” su questioni di diritto non più rilevanti per definire la controversia; c) il potere/dovere dei giudici di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto pubblico in caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi gravi o di irrogare sanzioni pecuniarie sostitutive per vizi meno gravi; d) il potere/dovere dei giudici di disapplicare le leggi in contrasto con il diritto dell'Unione europea e il potere/dovere dei giudici di ultima istanza di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE le questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione». Hanno sostenuto che la legittimazione processuale dell'AGCM configuri un'ipotesi di giurisdizione oggettiva, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *ApertaContrada*, 26 novembre 2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'autorità antitrust, tra il Minosse di Dante ed il giudice di De André*, in *www.federalismi.it*, del 5 giugno 2012.

Ad alcuni quesiti ha trovato soluzione la Corte Costituzionale chiamata ad esprimersi sulla compatibilità costituzionale della legittimazione speciale dell'Agcm¹³. Altri nodi sono stati sciolti dal giudice amministrativo in sede di applicazione¹⁴ e la dottrina si è impegnata, dal canto suo, ad individuare una so-

¹³ Corte Cost, n. 20 del 14 febbraio 2013, in *Giur. Cost.*, 2013, 1, 329, secondo la quale «è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», là dove la norma - integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 - prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1). Esso si esterna in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso. La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.» Cfr. sulla pronuncia della Corte, si vedano i commenti di M. MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 1-2013, 342 ss. e di R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 1-2013, 0337B nonché di F. GOISIS, *op. cit.*

¹⁴ Sul punto esplicito il ragionamento svolto da T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n.2720, in *Foro Amm.* - T.A.R., 2013, 5, 1587, secondo il quale «L'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 cost. (secondo il quale gli organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione in materia di interessi legittimi e, nei soli casi previsti dalla legge, di diritti soggettivi), delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica. L'interesse sostanziale alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato, come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica privata, intesa come pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, tutelato a livello comunitario e costituzionale, costituisce il riferimento oggettivo di una pretesa, giuridicamente rilevante e meritevole di salvaguardia, ad un bene sostanziale. Un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole e alla legalità dell'azione amministrativa (rispetto ai parametri di legge che regolano il funzionamento del libero mercato), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato» Cfr. Tar Lazio, Roma, sez.II, 06 maggio 2013, n. 4451, in *Foro Amm.* - T.A.R. , 2013, 5, 1562, il quale ritiene che «la collocazione "sistematica" del nuovo potere di azione di AGCM, con l'inserimento nel corpo della legge istitutiva, tra gli articoli 21 e 22, riveli la volontà del legislatore di valorizzare la tradizionale funzione consultiva e di segnalazione (c.d. competition advocacy) disciplinata da tali norme e ad essa attribuita ab origine. La legittimazione ad agire innanzi al giudice amministrativo conferisce infatti a tale funzione (in passato, mera espressione di un'opinione dell'Autorità, ancorché suscettibile di effetti di moral suasion, sull'esistenza di "situazioni distorsive" della concorrenza derivanti da norme di legge, di regolamento o provvedimenti amministrativi) veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale. È in ragione di tale correlazione, a parere del Collegio, che l'iniziativa dell'Autorità deve essere necessariamente preceduta da un'attività amministrativa proceduralizzata, essendo il "procedimento" paradigma comune sia alle autorità amministrative tradizionali che indipendenti. In sostanza, come nel settore delle intese e degli abusi di posizione dominante - in cui possiede autonomi poteri di enforcement (decisori e di sanzione) - l'Autorità agisce in contraddittorio con le imprese, così è logico ritenere che, nei confronti degli eventuali abusi di potere regolatorio, e/o provvedimento, compiuti da soggetti pubblici ad essa pariorinati (siano essi espressione dello Stato -

luzione idonea a giustificare il ruolo di parte processuale di queste autorità senza intaccare la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa¹⁵. Di recente, poi, uno spunto interessante giunge dalla pronuncia della Corte costituzionale che nega la legittimazione dell'Agcm a sollevare questione di legittimità costituzionale in considerazione del difetto di terzietà di quest'ultima¹⁶. Da tale presa di posizione della Consulta, si è fatta discendere l'idea che *«una volta tramontata la possibilità di qualificare l'autorità indipendente secondo forme ontologicamente differenti dall'ente pubblico affidatario di interessi diversamente adespoti, l'applicazione dei principi generali deve farci considerare come la legittimazione a ricorrere dell'ente esponenziale, pubblico o privato che sia, discenda dal fatto “che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale”»*¹⁷.

A prescindere dalla linea interpretativa prescelta, l'assunzione in capo alle autorità amministrative indipendenti della tutela di uno specifico interesse e la definizione dei presupposti per adire il giudice amministrativo da parte di queste ultime, pare allentare la tensione sul tema del mutamento d'abito della giurisdizione amministrativa. Ancora numerosi sono, tuttavia, i profili da chiarire che paiono lasciare quasi sullo sfondo le questioni interpretative di stampo più strettamente processuale. E ciò probabilmente anche in considerazione della eccessiva stringatezza – in alcuni casi dell'assenza – della disciplina procedurale delle fattispecie che si caratterizzano per la presenza di una fase prodromica all'impugnazione diretta.

apparato ovvero, come pure è possibile, altre Autorità indipendenti), vi sia una medesima esigenza di proceduralizzazione, attraverso cui AGCM contestualizza e concretizza la propria valutazione circa la regola giuridica da applicare al caso concreto. In tal modo, essa concorre direttamente alla formazione, e al mantenimento, di un complessivo quadro legale atto a favorire le dinamiche della concorrenza, promuovendo il sindacato del g.a., indipendentemente dall'esistenza (o dall'iniziativa) di soggetti portatori di interessi, individuali e/o collettivi, lesi dall'attività amministrativa».

¹⁵ Seguendo logiche ricostruttive parzialmente differenti, in tal senso, M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, cit.; R. GIOVANNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, cit. Si veda da ultimo, N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 3-2019, 807 ss.

¹⁶ Corte Cost., n. 13 del 2019. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990), e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale. Sulla pronuncia, A. PATRONI GRIFFI, *Le strettoie della porta incidentale e la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti dopo la sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale sull'Agcm: alcune considerazioni*, in www.federalismi.it, 2019, 13.

¹⁷ N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, in www.giustizia-amministrativa.it

2. La strutturazione bifasica della legittimazione dell'Agcm e dell'Anac

Il meccanismo legittimante previsto dalle normative settoriali con riguardo alla legittimazione dell'Agcm e, limitatamente all'articolo 211, comma 1-ter, dell'ANAC, consta di un doppio passaggio: l'accesso alla tutela processuale è preceduto da un procedimento (astrattamente o quantomeno asseritamente) di natura consultiva che si conclude con l'emanazione di un parere con il quale l'autorità indipendente «*invita*» l'amministrazione che ha emanato l'atto (presunto) illegittimo a conformarsi agli indirizzi (prescrizioni) in esso contenuti entro un termine, decorso il quale si perfeziona la legittimazione ad impugnare l'atto innanzi al giudice amministrativo da parte dell'autorità indipendente¹⁸.

La logica di fondo che ha ispirato queste fattispecie sicuramente non manca di accenti virtuosi, venendosi a determinare la nascita di nuove forme di collaborazione e confronto tra amministrazioni in ordine al miglior bilanciamento degli interessi in settori considerati nevralgici per l'economia¹⁹ e nei quali alcuni interessi, considerati in qualche misura, e per diverse motivazioni, prioritari, verrebbero ad essere non adeguatamente tutelati attraverso gli ordinari strumenti di impugnazione condizionati all'impulso di parte.

L'articolo 21-bis, ad esempio, nasce dall'esigenza di superare la prassi poco soddisfacente dei poteri di segnalazione²⁰ rispetto all'attuazione della *mission* dell'Agcm in quanto garante della concorrenza. Il fallimento degli strumenti di

¹⁸ Per la legittimazione dell'Agcm la giurisprudenza ha stigmatizzato come l'esperimento della fase consultiva sia presupposto per la legittimazione, essendo inammissibile l'impugnazione diretta: Tar Lazio, Sez. II, n. 4451 del 2013, cit. Di recente, con riguardo all'Anac, il giudice amministrativo ha affermato che la fase precontenziosa debba anche concludersi con l'emanazione di un atto dal quale si evincano chiaramente le ragioni della determinazione del Consiglio dell'Autorità: si veda Tar Lombardia, sez. II, 17 ottobre 2019, ord. n. 2182, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹ M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 64 ss.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, secondo cui "l'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990, secondo una piana e ragionevole considerazione del suo dato letterale, disciplina l'esercizio della legittimazione al ricorso dell'A.g.c.m. avverso atti amministrativi che assuma essere distorsivi della concorrenza, prevedendo al comma 1 la stessa attribuzione della legittimazione, specificando al secondo comma, in rapporto di perfetta coincidenza oggettiva con il comma 1, le modalità di proposizione del ricorso e, dettando al terzo comma, le regole processuali applicabili. La scelta normativa di condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo espletamento della procedura di cui al secondo comma è espressione della volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto anticoncorrenziale, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento della fattispecie ai principi in materia di libertà di concorrenza. In altri termini, la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell'attuale dato normativo, come "extrema ratio", in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra p.a.; privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra p.a.".

²⁰ Così M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della L. n. 287/1990*, in www.giustizia-amministrativa.it.

dialogo paracontenziosi, così come la scarsa incisività dei poteri di vigilanza, ha richiesto, dunque, lo spostamento in sede giurisdizionale degli eventuali problemi di risoluzione dei conflitti tra interessi pubblici e interesse alla concorrenza. Tale forma di tutela privilegiata dell'interesse alla concorrenza è stata motivata²¹ in considerazione della natura intrinsecamente «debole» dello stesso, perché diffuso, in taluni casi adespota e spesso in contrasto con quello dell'amministrazione che a volte pone ostacoli alla sua piena realizzazione.

La peculiarità della disposizione è stata ravvisata soprattutto nella deviazione rispetto al principio di «disponibilità dell'interesse alla validità»²² che è, di regola, rimesso alla scelta dell'interessato in quanto l'atto illegittimo è tradizionalmente equiparato a quello legittimo fintanto che, e soltanto se, qualcuno non agisca in giudizio per farne accertare lo stato invalidante ovvero la p.a. non intervenga in autotutela. Nel caso in esame è stato, così, individuato un ulteriore soggetto legittimato a rilevare l'invalidità, affermando che la verifica della violazione di norme a tutela della concorrenza possa trascendere «l'interesse specifico del singolo operatore del mercato»²³.

Diverse le criticità evidenziate con riguardo sia alla fase procedimentale, preordinata all'adozione del parere, che a quella processuale, molte delle quali si ripropongono con riguardo alla ben più recente legittimazione processuale dell'Anac²⁴.

In realtà, va sin d'ora anticipato che la vicenda che vede protagonista l'Anac oltre a contraddistinguersi per le stesse debolezze già emerse con riguardo alla legittimazione dell'Agcm, ne conosce di ulteriori e peculiari sulle quali si vorrebbe in questa sede concentrare l'attenzione.

Come noto, la modifica dell'articolo 211 del d.lgs. 50 del 2016 giunge all'esito del contestato ingresso nella disciplina dei contratti pubblici delle raccomandazioni vincolanti di cui al previgente articolo 211, comma 2. Con tale istituto, infatti, l'Anac, una volta riscontrate delle illegittimità negli atti di gara,

²¹ B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3-2016, 291 ss., spec. pag. 292.

²² B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 293.

²³ Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2014, n. 2246, in *Foro Amm.*, 2014, 4, 1089.

²⁴ Consiglio di Stato, III, 03 aprile 2017, n. 1521: «Il ricorso ai sensi dell'art. 21-bis, l. n. 287 del 1990 non configura un'ipotesi di "giurisdizione oggettiva", ma delinea piuttosto un ordinario potere d'azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche qualificate e differenziate. La struttura sostanzialmente bifasica dell'art. 21-bis consente di individuare una prima fase a carattere consultivo, che concerne l'emissione del parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate e una seconda fase in sede giurisdizionale. La mancanza di una previsione legislativa suscettibile di individuare un *dies a quo* cui ancorare la decorrenza del termine di sessanta giorni entro il quale l'Autorità può adottare il parere non assume un carattere dirimente e decisivo ai fini di rilevare l'esistenza di un contrasto con gli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione».

poteva emanare una raccomandazione vincolante nei confronti della stazione appaltante, con la quale la «*invitava*» all'esercizio del potere di autotutela in senso conformativo alla raccomandazione. In caso di mancato adeguamento, l'amministrazione, in persona del dirigente, incorreva in una sanzione da 250 a 25.000 euro. La raccomandazione poteva comunque essere impugnata innanzi al g.a. da parte dell'amministrazione intimata²⁵.

Il problematico inquadramento della fattispecie, che dietro una ipotesi di invito all'autotutela (doverosa, anzi vincolata²⁶) sottendeva di fatto, una atipica procedimentalizzazione di un potere sanzionatorio²⁷, ha indotto il legislatore, con un vero e proprio «*colpo di mano*», a modificare la norma in sede di conversione del decreto correttivo (d.lgs. 57 del 2017²⁸) introducendo due ipotesi di legittimazione straordinaria in capo all'autorità: una diretta ed una previo parere.

È così che, con una ben più articolata previsione, si è dato ingresso ad una nuova parte processuale anche nelle dinamiche della contrattualistica pubblica, legittimata, a tutela della legalità della disciplina dei contratti pubblici, ad impugnare bandi, atti generali e provvedimenti delle stazioni appaltanti innanzi al giudice amministrativo.

²⁵ Tra i diversi commenti, possono vedersi, M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in www.federalismi.it, 2016, 10; ID., *Il nuovo precontenzioso A.N.A.C. I pareri e le raccomandazioni vincolanti ex art. 211 del nuovo codice*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2017; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, 15; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 605 ss., spec. 608; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, 5, 503 ss., spec. 539; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 499 ss., spec. 503; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 515 ss., spec. 519-520; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016, 6; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 2016, 8-9, 874 ss., spec. 899 ss.; F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in questa *Rivista*, 2017, 1, 421.

²⁶ Sul tema, con segnato riferimento ai contratti pubblici, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso (anche alla luce del parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti)*, in www.federalismi.it, 2017, 5.

²⁷ F. GOISIS, *o.ult. cit.*, e S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in www.federalismi.it, 2017, 6.

²⁸ Il comma 2 dell'art. 211 è stato abrogato dall'art. 123 del d. lg. 19 aprile 2017, n. 56. La inattesa modifica della disposizione ha suscitato la sorpresa di molti: G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO, a cura di, *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 29 ss., spec. 54, parla di «*giallo dell'abrogazione occulta*».

In particolare, la legittimazione diretta all'impugnazione, disciplinata dall'articolo 211, comma 1-*bis*, del d.lgs. 50 del 2016, così come integrato dal Regolamento Anac del 6 luglio 2018²⁹, è consentita con riferimento ai contratti di rilevante impatto allorché si riscontri l'esistenza, nell'esercizio dell'ordinario potere di vigilanza, di bandi, atti generali o provvedimenti adottati in violazione delle norme sui contratti pubblici.

La legittimazione previo parere motivato, prevista dall'articolo 211, comma 1-*ter*, del medesimo decreto, anch'essa disciplinata in dettaglio dal regolamento di cui sopra, è invece conferita allorché l'Anac verifichi la sussistenza di gravi violazioni della disciplina dettata dal codice dei contratti.

Mentre nel primo caso l'Anac può, constatata la violazione, adire direttamente il g.a., nel secondo caso essa deve previamente avviare il procedimento (solo astrattamente) consultivo già esaminato con riguardo all'articolo 21-*bis*, che si conclude con l'emanazione di un parere motivato. La stazione appaltante è così invitata alla conformazione entro un termine, decorso il quale, in esplicitazione della propria legittimazione processuale, l'Anac potrà adire il giudice amministrativo.

Si osservi, innanzitutto, come manchi nelle ipotesi disciplinate dall'articolo 211 del d.lgs n. 50 del 2016 l'indicazione di uno specifico interesse a tutela del quale l'Autorità sarebbe chiamata ad agire. Sembra, piuttosto, in questo caso potersi ipotizzare una generale e generica attenzione alla legalità delle procedure di gara, il che consentirebbe di individuare una prima deviazione verso la giurisdizione oggettiva³⁰.

Ne emerge, dunque, un quadro soltanto parzialmente sovrapponibile a quello delineato dal legislatore con riguardo alla legittimazione processuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e non soltanto perché l'Anac è titolare anche di una ipotesi di legittimazione diretta, ma perché la mancata individuazione di un interesse specifico legittimante in capo all'Autorità anticorruzione avvicina questo strumento ad una ipotesi di giurisdizione oggettiva cioè ad una giurisdizione la cui funzione diventa la garanzia del-

²⁹ Su cui si veda, E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'ANAC: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1, 261 ss.

³⁰ Alla luce di questa circostanza, è anche difficile qualificare la legittimazione dell'Anac in termini di legittimazione "oggettiva" in quanto la definizione di legittimazione "oggettiva" fornita da V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, postula che «l'accertamento preliminare richiesto al giudice circa le condizioni dell'azione» sia dislocato «sulla pertinenza dell'interesse tutelato al soggetto agente che ne lamenta la lesione davanti al giudice». Sulla «attrazione fatale verso una giustizia oggettiva» che contraddistingue il processo in tema di contratti pubblici si veda G. D. COMPORTI, *op. cit.*, 61 ss.

la legalità, la cd. giustizia nell'amministrazione³¹, ovvero legittima interpretazioni differenti anche con riguardo alle «precondizioni» della legittimazione. Ma sul punto si tornerà.

3. Le peculiarità della legittimazione processuale dell'Anac.

Molte sono allora le domande che l'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, oggi pone all'attenzione degli interpreti.

Nel caso della legittimazione processuale dell'Anac, come si è evidenziato, una ulteriore difficoltà è data dal fatto che è più complesso determinare che «il provvedimento che si assume lesivo dell'interesse», lo sia effettivamente, ovvero che gli effetti che esso va a produrre siano piuttosto indifferenti rispetto alla tutela dell'interesse³². Nel caso dell'Agcm è presente la precisazione della tipologia di interesse tutelato, al punto che l'autorità antitrust è qualificata come «autorità monobiettivo»³³. Nell'articolo 211 figura, al contrario, un generico riferimento alle gravi violazione del codice e viene così a mancare un criterio «funzionale» di selezione dell'interesse.

Un dato di fatto è, tuttavia, enucleabile: il parere è senz'altro un utile strumento per favorire la leale collaborazione tra amministrazioni nella ricerca del miglior perseguimento dell'interesse pubblico. E sicuramente dovrebbe essere questo lo schema esclusivo di esplicazione di questa nuova tipologia di legittimazione straordinaria³⁴, anche perché è quella che meglio risponde all'obiettivo (dichiarato) dall'autorità di implementare le forme di vigilanza collaborativa³⁵ in una logica del miglior perseguimento dell'interesse condiviso da entrambi i soggetti pubblici coinvolti (di vigilanza collaborativa non si ritiene possa propriamente parlarsi nei casi di legittimazione diretta).

³¹ In tal senso già, M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2- 2018, 557 ss. secondo la quale «l'interesse alla base di queste due ipotesi di legittimazione straordinaria dell'ANAC pare sotto certi aspetti diverso da quello sottostante al rimedio affidato all'AGCM». Quest'ultimo interesse, osserva l'A., riportando le riflessioni di B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, è «debole, perché diffuso», quindi «facilmente leso da atti contro i quali nessuno ha interesse a ricorrere». Secondo M. RAMAJOLI, «siffatto rilievo non è estensibile al settore dei contratti pubblici, caratterizzato da alta litigiosità e da una progressiva dilatazione dei confini dell'interesse legittimo».

³² V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

³³ M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 2018, 15.

³⁴ In realtà, nei casi in cui sino ad oggi è stato applicato l'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, l'Anac ha sempre preferito utilizzare lo schema a doppio stadio in luogo di quello dell'impugnazione in via diretta, anche quando la tipologia contrattuale.

³⁵ Sul tema, E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e supporto in itinere delle stazioni appaltanti. La funzione "pedagogica" dell'ANAC*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 1, 151 ss.

Eppure, a ben vedere, è proprio l'ipotesi di legittimazione previo parere a destare maggiori perplessità.

3.1 Le criticità di fondo: la natura del parere dell'Autorità anticorruzione e la dubbia qualificazione del potere della stazione appaltante. Un confronto tra l'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990 e l'art. 211, comma 1-*ter*, del d.lgs. 50 del 2016.

I due aspetti sui quali si ritiene prioritario concentrare l'attenzione sono intrinsecamente connessi: anzitutto va chiarita la natura del parere emanato dall'Autorità anticorruzione, in quanto l'incertezza sul punto determina la controversa riconducibilità a sistema del potere che la sua emanazione «attiva» in capo alla stazione appaltante, circostanza quest'ultima che diviene, dunque, l'ulteriore nodo da sciogliere.

In sede interpretativa, si è detto che il parere si sostanzia in un invito all'esercizio del potere di autotutela³⁶. Questa qualificazione, tuttavia, reca con sé conseguenze di rilevanza centrale che investono sia le modalità attraverso le quali la stazione appaltante deve attivarsi all'esito della valutazione dell'Autorità, sia l'esatta perimetrazione dell'oggetto del giudizio successivamente instaurato dall'Anac innanzi al g.a., che finisce - a seconda delle opzioni interpretative cui si accede - con l'oscillare tra la valutazione della mera fondatezza dei rilievi (relativi alla presunta sussistenza di violazioni negli atti di gara) contenuti nel parere, ovvero con l'indagine in ordine al legittimo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante.

Con riguardo alla fattispecie procedimentale disciplinata dall'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990, si è ritenuto che il parere determini un obbligo di conformazione e dunque sia vincolante per l'amministrazione destinataria³⁷ ed

³⁶ Il parere consultivo del Consiglio di Stato n. 1119 del 2018 afferma che «il parere motivato si atteggia quale presupposto sollecitatorio di un eccezionale esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante» (...), in linea con quanto peraltro si era già affermato con riguardo al parere di cui all'articolo 21-*bis*, l. 287 del 1990. Nella relazione sull'attività svolta dall'ANAC per l'anno 2019 si legge un'affermazione significativa: «il parere ha lo scopo di sollecitare l'esercizio del potere di autotutela amministrativa».

³⁷ Secondo M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, op. cit., «A ben considerare, il parere in questione non sembra equiparabile ai pareri che l'Autorità può esprimere su richiesta di altre amministrazioni o anche d'ufficio ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287/1990. Esso invece, al di là del nomen "edulcorato" utilizzato dal legislatore forse per rispetto formale delle prerogative delle pubbliche amministrazioni al cui genus appartiene in realtà anche l'Autorità, ha natura sostanziale di un atto di diffida. Esso sembra infatti equiparabile alle diffide, con fissazione di un termine per l'eliminazione dell'infrazione, che l'Autorità può indirizzare ai soggetti privati nei casi di violazione delle disposizioni in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 15 della legge n. 287/1990). In entrambi i casi sorge in capo al destinatario un obbligo di conformazione. Cambiano soltanto le

è prevalente l'idea che oggetto del giudizio dovrebbe essere semplicemente la verifica della legittimità o meno dell'atto qualificato dall'autorità indipendente come lesivo dell'interesse alla concorrenza, con la conseguenza che l'eventuale esercizio di potere da parte dell'amministrazione diviene elemento di valutazione nel giudizio successivamente instaurato, ma non direttamente oggetto dello stesso³⁸. È lecito in tale caso chiedersi se la valutazione degli interessi contrapposti venga o meno scaricata sull'autorità indipendente o se, a fronte di determinate violazioni, in considerazione anche della prevalenza dell'interesse alla tutela della concorrenza, tale valutazione sia totalmente fuori campo, divenendo automatico il ricorso al giudice in caso di mancata conformazione.

Secondo altre letture³⁹, il parere di cui all'articolo 21-*bis* «attiva» l'esercizio del potere di autotutela della p.a. (sia nella conformazione⁴⁰ che nell'eventuale decisione contraria).

conseguenze dell'inottemperanza che consistono nel primo caso nel potere di proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo, nel secondo caso nel potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato». Ad opinione di G.B. MATTARELLA, op. cit., 294, la sostanza del parere è «molto più simile a quella di una diffida. È, però, una diffida diversa da quella che l'Autorità antitrust può rivolgere alle imprese, la quale prelude all'emanazione di un provvedimento restrittivo, come una sanzione o la revoca di un'autorizzazione. È una diffida simile a quelle che un privato può formulare a un altro privato, che prelude al ricorso al giudice: l'Autorità invita l'amministrazione a rispettare la legge, minacciando di ricorrere al giudice amministrativo ove ciò non avvenga».

³⁸ Sempre ad avviso di M. CLARICH, op. cit., «il ricorso proposto dall'Autorità contro il provvedimento dell'amministrazione nel caso in cui l'amministrazione non ottemperi al parere diffida deve contenere in realtà gli stessi motivi che concorreranno a determinare l'oggetto del giudizio e dunque dell'accertamento da parte del giudice. Nel giudizio di impugnazione del parere-diffida, l'Autorità ben potrà impugnare in via incidentale il provvedimento dell'amministrazione in modo tale che nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'esistenza di uno dei vizi contestati nel parere-diffida il giudizio si concluda con una sentenza che ad un tempo respinga il ricorso proposto dall'amministrazione e annulli il provvedimento emanato da quest'ultima».

³⁹ Secondo il Consiglio di Stato sez. V, 30 aprile 2014, n.2246, in *Foro Amm.*, 2014, 4, 1089, «la funzione di detto parere motivato è duplice: sollecitare la p.a. a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, mediante uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa p.a. e restando il ricorso all'Autorità giudiziaria amministrativa "extrema ratio", non essendo l'Autorità dotata di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica; d'altro canto, la fase precontenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente ed esclusivamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico». Tale linea è ripresa da T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 01 settembre 2014, n. 9264, in *Foro Amm.*, 2014, 9, 2402, che, in maniera ancor più articolata, ricostruisce il rapporto tra fase precontenziosa e fase giurisdizionale contemplate dall'articolo 21-*bis* nel senso che «laddove l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non intenda proporre o non avvii alcun percorso giurisdizionale, non vi è alcuna ragione per considerare il termine di sessanta giorni indicato nel comma 2 dell'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990 quale perentorio, costituendo esso esclusivamente un presupposto consultivo e di riflessione per l'amministrazione circa la legittimità o meno dell'atto fatto oggetto dell'indagine dell'Autorità e quindi un intervento sollecitatorio all'esercizio del potere di autotutela senza alcuna incisione sull'ampia discrezionalità riconosciuta ordinariamente alle amministrazioni in ordine all'esercizio del cd. potere di ritiro e senza, dunque, che si presenti alcuna necessità di tutelare la certezza dei rapporti tra

Con riguardo all'articolo 211, comma 1-*ter*, malgrado gli evidenti punti di contatto con la previsione che disciplina la legittimazione processuale dell'autorità antitrust, possono cogliersi diversi elementi differenziali, che si appuntano prioritariamente sulla diversa (e a tratti sfuggente) funzione dell'Anac⁴¹ e sulla differente (e multiforme) consistenza degli interessi sottoposti alla sua tutela/vigilanza⁴², dai quali discende una necessaria asimmetria anche dei percorsi interpretativi seguiti con riguardo tanto alla fase precontenziosa che a quella giurisdizionale.

Quanto alla natura del parere emesso dall'Anac all'esito del procedimento avviato ufficiosamente ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento del 6 luglio 2018, la tesi maggiormente accreditata opta per quella della vera e propria «*diffida*», «*produttiva di un obbligo di provvedere in ordine alla richiesta di autotutela*»⁴³.

Ci si è chiesti, conseguentemente, se l'amministrazione sia tenuta ad esercitare il potere di autotutela (che verrebbe così a qualificarsi come obbligatoria) in senso conformativo al parere, ovvero se possa discrezionalmente optare per la non conformazione, per quanto gli elementi testuali della fattispecie rimandino evidentemente all'adempimento di un obbligo.

Nel parere consultivo del Consiglio di Stato sullo schema di Regolamento relativo all'esercizio dei poteri di legittimazione, di cui all'art. 211 commi 1-*bis* e 1-*ter*, emerge in diversi passaggi il riferimento alla circostanza che la sta-

l'amministrazione e il soggetto destinatario dell'atto indagato dall'Autorità, tenendo conto che tale valore è già garantito dalla previsione recata dall'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990 nella parte in cui impone che l'atto di annullamento d'ufficio sia adottato "entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati". Si aggiunge anche T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 07 dicembre 2017, n.1521, in *Foro Amm.*, 2017, 12, 2451, secondo cui «*L'art. 21 bis, comma 2, della legge n. 287/1990 (...) delinea un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica, ed individua una prima fase a carattere consultivo, che concerne l'emissione del parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate e una seconda fase in sede giurisdizionale. L'instaurazione del ricorso è rimedio solo eventuale e, comunque, successivo all'esercizio di un potere prettamente amministrativo e, ciò, in considerazione del fatto che il ricorso potrebbe anche non essere proposto, nell'eventualità in cui la stessa Amministrazione proceda in autotutela o, ancora, nell'ipotesi in cui l'AGCM consideri esaustivi i chiarimenti e le osservazioni proposte dall'Amministrazione.*».

⁴⁰ Nella ricostruzione di B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, 297, si esprime l'idea secondo la quale il contenuto obbligatorio dell'invito alla conformazione non esclude che l'atto dell'amministrazione sia qualificabile come espressione del potere di autotutela.

⁴¹ *Ex multis*, E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *op. cit.*; M. Ramajoli, *Pretesa preceettiva e flessibilità delle Linee guida Anac*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO, a cura di, *op. cit.*, 79 ss.

⁴² M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso*, cit., afferma che «*si è dunque di fronte a un vero e proprio interesse pubblico demandato alla cura dell'ANAC, interprete privilegiato dell'interesse al corretto svolgimento delle procedure contrattuali*».

⁴³ M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

zione appaltante dispone di un potere di autotutela a tutti gli effetti. E, d'altronde, in questa seconda fase si deve dare comunicazione agli interessati dell'eventuale successiva conformazione al parere⁴⁴.

Nella relazione illustrativa dell'Anac sul Regolamento succitato⁴⁵, si legge che *«il parere, che contiene l'invito a rimuovere i vizi di legittimità riscontrati dall'Autorità, è volto a sollecitare il potere di autotutela della stazione appaltante all'esito di una ponderazione discrezionale di tutti gli interessi coinvolti, relativamente alla volontà di conformarsi, totalmente o parzialmente, ovvero di non conformarsi alle prescrizioni dell'autorità indicando motivatamente le ragioni del rifiuto»*.

I dati testuali riportati, conducono a ritenere che la stazione appaltante sia invitata ad esercitare il potere di autotutela senza alcun obbligo di conformazione, malgrado vi siano alcune letture di diverso segno, secondo le quali in realtà i caratteri dell'autotutela sarebbero da ascrivere al parere dell'Anac⁴⁶ piuttosto che alla successiva attività provvedimentale della stazione appaltante.

Accogliendo, tuttavia, l'idea che il parere attivi l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante, deve darsi ingresso nella fattispecie a tutte le componenti che l'esercizio legittimo del potere di autotutela prescrive, e dunque l'illegittimità dell'atto della procedura di gara è soltanto un presupposto per l'esercizio del potere cui devono accompagnarsi la valutazione comparativa dei contrapposti interessi e la considerazione della, non secondaria, componente temporale, la quale, come noto, nel caso degli atti ampliativi conosce un termine di decadenza. E proprio alla componente temporale guarda il giudice amministrativo in una delle poche pronunce sul tema⁴⁷ che, confermando l'opzione per la qualificazione del potere dell'amministrazione in termini di autotutela, afferma che *«il potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di sollecitare l'esercizio dell'autotutela, sancito dall'art. 211, c. 1-ter, del Codice dei contratti pubblici, mediante un parere motivato da prendere in esame entro un termine non superiore a 60 giorni,*

⁴⁴ Parere n. 1119 del 26 aprile 2018, in www.giustizia-amministrativa.it. ove si legge che *«il parere motivato emesso dall'Autorità è in realtà privo di natura provvedimentale, trattandosi di un atto di sollecitazione all'eventuale autonomo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante: come tale esso è inidoneo a produrre in modo diretto ed immediato effetti negativi e/o pregiudizievoli nella sfera giuridica degli operatori economici interessati alla vicenda esaminata, il che esclude la necessità di una sua comunicazione ai controinteressati, che in questa fase potrebbe essere solo fonte di equivoci, contrasti e perplessità. D'altra parte la funzione di informazione del controinteressato ai fini dell'esercizio del diritto di difesa è da ricollegarsi all'eventuale avviso di avvio del procedimento che sarà adottato dalla stazione appaltante (che abbia deciso di conformarsi al parere motivato dell'Autorità) ovvero alla notifica del ricorso eventualmente proposto dall'Autorità stessa»*.

⁴⁵ Su www.anticorruzione.it.

⁴⁶ M. LIPARI, *op. cit.*

⁴⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 dicembre 2018, n.12160, in www.giustizia-amministrativa.it.

presuppone che l'Amministrazione procedente sia ancora dotata del potere di autotutela decisoria e che non sia decaduta da esso per la scadenza del termine perentorio di 18 mesi dall'adozione del provvedimento di primo grado». Il giudice aggiunge anche che deve considerarsi «irrilevante» il momento in cui l'Amministrazione procedente abbia avuto la consapevolezza soggettiva di presunti vizi di legittimità del procedimento di primo grado in quanto «l'eventuale inconsapevolezza delle cosiddette criticità che avrebbero affetto la procedura di gara non può impedire la decorrenza del termine legale per l'esercizio del potere di autotutela decisoria, oggettivamente connesso al decorso del tempo e all'affidamento, meritevole di tutela, del destinatario del provvedimento di primo grado»⁴⁸.

Alla luce di questo dato ulteriore, non può dunque prescindersi, per le considerazioni che seguiranno, dal qualificare il potere della stazione appaltante rispetto al parere motivato dell'Anac come manifestazione di autotutela decisoria, doverosa sì, per evitare il successivo contenzioso, ma non obbligatoria (il che, come noto, è ben diverso⁴⁹).

3.2 L'individuazione dell'oggetto del giudizio instaurato innanzi al giudice amministrativo

Si percepisce, dunque, una divaricazione del percorso argomentativo che ha segnato la fattispecie di cui all'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990, se non altro perché la stessa Autorità anticorruzione, titolare (a tenore del comma 1-*quater* dell'articolo 211) del potere di autodisciplinare il proprio intervento sugli atti di gara ai sensi dell'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, ha qualificato in termini di autotutela l'attività della stazione appaltante successiva all'emanazione del parere motivato.

Tale lettura può ritenersi condivisibile, non tanto da un punto di vista testuale, quanto piuttosto sul piano sistematico, dal momento che l'amministrazione deve avere la possibilità di ritenere l'atto illegittimo non meritevole di annullamento alla luce del necessario bilanciamento degli interessi,

⁴⁸ Di recente il Consiglio di Stato, IV, 14 novembre 2019, n. 7831, in www.lexitalia.it, ha, tuttavia, ribadito quanto già affermato nell'Adunanza Plenaria, 17 ottobre 2017, n. 8 circa la decorrenza del termine di 18 mesi previsto dall'articolo 21-*nonies* e cioè che «deve ritenersi integrata la nozione di termine ragionevole tutte le volte che lo stesso decorre, come nel caso in esame, dal momento in cui l'Amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto».

⁴⁹ La bibliografia sul tema è ampia. Per una ricognizione del dibattito, tra gli altri, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, spec. 200 ss., ID., *Autotutela amministrativa 1. Caratteri generali* (voce), in *Diritto on line Treccani - Approfondimenti enciclopedici*, 2019.

anche in coerenza con l'affermazione che oggi l'autotutela è collocata a grande distanza dal mero ripristino della legalità violata⁵⁰.

Il presupposto perché si possa parlare di annullamento d'ufficio è, d'altronde, l'illegittimità che è elemento invariabile della fattispecie, la cui natura discrezionale implica che l'amministrazione possa decidere se conservare l'atto o annullarlo perché la decisione relativa al bilanciamento degli interessi prevale sul dato dell'illegittimità, diversamente da quanto è tenuto a fare il giudice, il quale deve, invece, accertare l'illegittimità dell'atto sottoposto al suo scrutinio e, salva l'ipotesi tipizzata delle violazioni formali o procedimentali, deve concludere il processo con una decisione di annullamento.

Assumendo questo come dato, diviene allora essenziale capire quale sia l'oggetto del giudizio che dovrà porre in essere il giudice nell'eventualità in cui l'Anac decida di esercitare il proprio diritto di azione processuale⁵¹ a fronte dell'inerzia ovvero della mancata conformazione della stazione appaltante al parere motivato: infatti o deve ipotizzarsi che l'amministrazione, una volta ricevuto il parere – analogamente a quanto è tenuto a fare il giudice – debba limitarsi a vagliare la fondatezza dei rilievi dell'autorità di settore e procedere di conseguenza (e in tal caso il silenzio è mera accettazione della conseguente iniziativa processuale rispetto alla quale l'autorità indipendente esercita un potere), oppure bisogna accettare l'idea che in quella decisione (di conformarsi, di conformarsi parzialmente, di non conformarsi, di rimanere inerte) si cristallizzi una valutazione sugli interessi (non ultimi quello alla realizzazione dell'opera e quelli degli operatori destinatari degli effetti favorevoli degli atti contestati) che deve essere presa in considerazione dal giudice quale oggetto del giudizio.

La circostanza che il giudice debba valutare come oggetto del giudizio anche la decisione dell'amministrazione (rispetto alla cui legittimità l'accertamento dell'illegittimità degli atti di gara scrutinati dall'Anac diviene un mero presupposto), rende doveroso l'esercizio del potere da parte della stazione appaltante. Diversamente opinando, nel silenzio dell'amministrazione la decisione sarebbe scaricata sul giudice: se il giudice non è giudice degli interessi, ma della legittimità, egli, una volta constatata la presenza del vizio dedotto dall'Anac, è tenuto annullare.

⁵⁰ Le pronunce del giudice amministrativo sul punto sono numerosissime e ormai risalenti. Per tutte, anche con riguardo al settore edilizio ove la valutazione sull'interesse pubblico era sempre stata considerata *in re ipsa*, Ad. Plen. n. 8 del 2017 cit. e, da ultimo, Consiglio di Stato, IV, n. 7831 del 2019, cit.

⁵¹ R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Viceversa nel caso in cui l'amministrazione non rinunci al suo ruolo di decisore pubblico e adotti un provvedimento nel quale si dia conto del bilanciamento tra gli interessi, il che non vuol dire che si limiti a contestare la sussistenza della violazione perché questa evenienza giustificerebbe una pronuncia limitata a questo, il giudice dovrà giudicare sul legittimo esercizio del potere di autotutela non (solo) sull'illegittimità dell'atto, che dell'esercizio del potere, così come della legittimazione dell'Anac è il presupposto⁵², non potendo cadere nel vuoto la decisione amministrativa sull'interesse pubblico alla conservazione dell'atto.

Sarebbe illogico, infatti, prevedere un'attività di conformazione al parere dal contenuto "discrezionale" se poi la decisione dell'amministrazione non potesse divenire l'oggetto del successivo giudizio. Anche perché non può essere escluso che l'eventuale atto di conformazione al dettato dell'Anac possa essere oggetto di impugnazione da parte dell'eventuale controinteressato cui andrà notificato. Ne discenderebbe l'assurda conseguenza che l'oggetto del giudizio principale sarebbe limitato solo in caso di mancata conformazione, potendo invece il controinteressato sottoporre all'attenzione del giudice la decisione di conformarsi da parte della stazione appaltante.

Attraverso questa ricostruzione, sicuramente non univoca⁵³, può tuttavia provarsi a dare un senso ad una fattispecie che, accedendo ad una lettura in termini di diffida-conformazione (forse più realistica), appiattirebbe la funzione del parere a quella di un preavviso di ricorso che serve, nell'ottica collaborativa valorizzata con riguardo al modello Agcm, a dare all'amministrazione l'opportunità di agire da sé, ma che di fatto, in caso di non conformazione, finisce solo col procrastinare l'impugnativa giurisdizionale.

Se il punto di vista dell'amministrazione può facilmente essere bypassato dalla decisione giurisdizionale, tanto vale procedere esclusivamente con l'impugnazione diretta.

⁵² E tale dato è confermato dal fatto che il giudice amministrativo la motivazione espressa dal Consiglio dell'ANAC costituisce un requisito necessario dell'autorizzazione all'esercizio del potere. Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 17 ottobre 2019, ord. n. 2182, cit..

⁵³ Di diverso avviso, ad esempio, F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'Anac ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, op. cit., secondo il quale «il meccanismo servirebbe a poco (o a nulla), se si potesse semplicemente inceppare, tramite il rifiuto della Stazione appaltante di annullare, per pretesa insussistenza di ragioni di interesse pubblico, diverse dal primario obiettivo legislativo della cura per la legalità nel settore degli appalti». Ma si afferma, seguendo questa linea, la prevalenza dell'interesse alla legalità nel settore dei contratti pubblici su altri interessi, quali quello all'esecuzione dell'opera pubblica che è la ragione stessa dell'intera procedura.

E sulla scorta di tali riflessioni si pone in maniera evidente il problema del confronto fra potere dell'amministrazione e potere/dovere del giudice rispetto all'atto illegittimo.

Non può, cioè, non chiedersi se il giudice debba o meno valutare se la violazione sia lesiva degli interessi alla cui tutela l'Anac è preposta ovvero se tale valutazione sia preliminare ai fini dell'accertamento della sussistenza della legittimazione.

Può, però, affermarsi che se l'oggetto del giudizio è limitato alla cognizione dell'atto di cui l'Anac afferma l'illegittimità, il parere motivato altro non è che un parere vincolante sovrapponibile alla previgente raccomandazione, essendo peraltro anche previsto un termine per l'adempimento. Anche in questa circostanza il legislatore sembra maneggiare in maniera ambigua i termini giuridici, preferendo i termini "raccomandazione" o "parere" ad espressioni più dirette quali "invito" o "diffida".

4. Considerazioni conclusive

Gli aspetti positivi della previsione di una legittimazione processuale in capo all'Autorità cui compete la vigilanza nel settore della contrattualistica pubblica sono apprezzabili allorché sia possibile incidere in via preventiva su atti che sono il presupposto della procedura di gara cioè bandi e atti generali: in tali casi se l'intervento è tempestivo è possibile la correzione dell'errore e il dialogo sugli interessi può proficuamente instaurarsi senza pregiudicare gli interessi già consolidati⁵⁴. Le criticità evidenziate, infatti, si apprezzano in maniera particolarmente negativa soltanto con riguardo all'eventuale contestazione di atti aventi carattere provvedimentale perché con riguardo agli atti generali è indubbia l'utilità della fattispecie in termini di deflazione del contenzioso e di correzione della funzione. Tra l'altro, l'eventuale intervento di un soggetto legittimato ad impugnare atti generalmente ritenuti non autonomamente impugnabili (delibere a contrarre, bandi che non abbiano effetti immediatamente escludenti) crea un bilanciamento rispetto alle recenti prese di posizione sul punto della giurisprudenza⁵⁵ e svolge una evidente funzione correttiva e preventiva delle possibili deviazioni in corso di gara.

⁵⁴ Nella fattispecie bisogna comunque distinguere a seconda della tipologia di atti contestati: se si tratta di impugnazione di atti generali si coglie la funzione oggettiva della giurisdizione, nel caso dell'impugnazione di atti puntuali c'è sempre la tutela indiretta di soggetti individuati o individuabili.

⁵⁵ Secondo i principi rinvenibili, da ultimo, nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 4 del 2018, non sussistono ragioni «per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di parte-

Per cercare di tirare le somme di una ricostruzione che si è concentrata principalmente sulle criticità della legittimazione in via mediata, di cui al comma 1-ter, cioè quella previo parere, bisogna anche dare conto dell'altra ipotesi di legittimazione speciale, quella in via diretta, disciplinata dall'articolo 211, co. 1-bis, cui si è solo accennato, ma che in realtà, per quanto non immune da profili di difficile interpretazione⁵⁶, appare meno problematica proprio perché si risolve nell'instaurazione di un dialogo diretto Anac – giudice amministrativo, quando si tratti di valutare la legittimità o meno di provvedimenti preordinati alla stipulazione di contratti di «rilevante impatto». Questo avvalorava l'idea che solo quando è in discussione la legittimità di tali tipologie contrattuali l'attenzione degli operatori del sistema sia concentrata sulla sussistenza o meno di cause invalidanti, idonee, per il fatto stesso di essere individuate, a travolgere la procedura. In questo caso la valutazione sulla prevalenza dell'interesse alla legittimità della procedura di gara è fatta a monte dal legislatore e al giudice spetterà solo stabilire se l'atto sia o meno illegittimo.

Deve considerarsi invece che, nel dare ingresso ad una fase precontenziosa per le restanti tipologie contrattuali, il legislatore abbia voluto individuare un ulteriore momento di dialogo tra gli interessi, aprendo al punto di vista dell'amministrazione la verifica dell'entità (e della sostenibilità, anche in termini di deflazione del contenzioso⁵⁷) della violazione nell'economia della gara, ma

*cipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano "escludenti". L'operatore del settore che non ha partecipato alla gara al più potrebbe essere portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione (cioè, in tesi, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara), ma tale preteso interesse "strumentale" avrebbe consistenza meramente affermata, ed ipotetica: il predetto, infatti, non avrebbe provato e neppure dimostrato quell' "interesse" differenziato che ne avrebbe radicato la legittimazione, essendosi astenuto dal presentare la domanda, pur non trovandosi al cospetto di alcuna clausola "escludente" (nel senso ampliativo fatto proprio dalla giurisprudenza e prima illustrato); ed anzi, tale preteso interesse avrebbe già trovato smentita nella condotta omissiva tenuta dall'operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l'offerta si è astenuto dal farlo». Cfr. sulla pronuncia, anche per una completa rassegna giurisprudenziale sul tema, A. BERTI SUMAN, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti. A margine della Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in www.giustizia-amministrativa.it, 28 maggio 2018.*

⁵⁶ Sicuramente altra questione discussa potrebbe essere quella della difficile individuazione dei contratti di rilevante impatto, sui quali tuttavia, indicazioni utili provengono dall'Anac che, all'articolo 3 del Regolamento del 6 luglio 2018, qualifica come tali quelli «a) che riguardino, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori;

b) relativi ad interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, ad interventi disposti a seguito di calamità naturali, di interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; c) riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti; d) relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale; e) aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro».

⁵⁷ M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici*, op. cit., la quale nota che «solo la complessa sequenza parere motivato-legittimazione ad agire risponde (...) alla logica della prevenzione del contenzioso, mirando all'adozione di soluzioni condivise dalla stazione appaltante».

immaginare un automatismo parere dell'Anac-obbligo di conformazione della stazione appaltante, renderebbe la fase precontenziosa finalizzata soltanto a esercitare un potere di controllo⁵⁸.

Alla luce delle questioni emerse, può concludersi che a destare perplessità non sia la premessa, cioè la presenza di una nuova ipotesi di legittimazione, ma ciò che di tale legittimazione costituisce la precondizione, cioè il parere. Per definizione, nel parere è insita l'idea di chiedere un'opinione a qualcun altro⁵⁹ (anche i pareri di precontenzioso di cui all'articolo 211, comma 1, che sono vincolanti, sono richiesti dalle parti), restando però la responsabilità della decisione in capo a chi chiede l'altrui consiglio ovvero, nel caso sia stabilito *ex lege* che una decisione non possa essere presa prescindendo dall'acquisizione del punto di vista di altro soggetto, ad essere obbligatoria è la fase di consultazione, non il suo esito che resta nella disponibilità del richiedente.

Trasponendo il ragionamento nelle dinamiche del potere amministrativo, se il parere non è obbligatorio, è nelle facoltà del soggetto titolare del potere di decidere se richiederlo o meno. Se il parere è obbligatorio e non vincolante, la responsabilità della decisione si sposta su chi l'ha richiesto e motivatamente se ne discosta. Se il parere è vincolante, come noto, è dallo stesso che discendono gli effetti, anche eventualmente lesivi, imputandosi ad esso il contenuto decisionale e pertanto deve poter essere autonomamente impugnato⁶⁰.

Bisogna allora chiedersi quale aspetto di tale fattispecie possa realmente accostarsi allo schema teorico descritto nell'ipotesi in cui si interpreti il parere come una diffida all'adempimento di un obbligo ovvero un invito alla rivalutazione della vicenda controversa attraverso la lente del potere di riesame. In tale ultimo caso, se l'amministrazione non si conforma esercitando il potere di autotutela dovrebbe comunque ipotizzarsi che l'apertura di un procedimento di riesame sia in grado di spostare la responsabilità della decisione sulla stazione appaltante e, comunque, la sua decisione dovrebbe divenire oggetto di impugnazione. Diversamente opinando, la violazione diviene al tempo stesso pre-

⁵⁸ Come acutamente osservato da M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*

⁵⁹ Nel vocabolario Treccani parere è «*opinione, convincimento su determinate circostanze o su una linea di condotta da seguire, in quanto siano espressi sotto forma di consiglio o di giudizio richiesto da altri o anche, talora, per volontà di legge*».

⁶⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, 336, ove si legge che i pareri, anche se vincolati, «*restano atti consultivi attinenti alla fase istruttoria del procedimento (non si trasformano in atti di decisione), laddove la legge lascia un determinato spazio all'autorità decidente: detto in altri termini, la discrezionalità di quest'ultima viene ad essere vincolata dal parere ad esempio, nel contenuto (nel quid o nel quomodo), ma resta viceversa piena nell'an. Laddove viceversa la legge non lascia questo spazio all'autorità decidente, il cd. parere vincolante deve essere propriamente considerato atto di decisione con riferimento al quale l'autorità formalmente decidente svolge un compito di mera esternazione*».

supposto per la sussistenza della legittimazione e oggetto del giudizio e dunque l'automatismo processuale conseguente trasforma la sentenza in mera esecuzione di un precetto. E' il giudice che impone all'amministrazione intimata di conformarsi, rimanendo totalmente fuori campo l'idea che possa prevalere la decisione della stazione appaltante su quella dell'Anac. Va da sé che allorquando l'amministrazione assuma l'insussistenza della violazione rilevata dall'Anac è coerente che oggetto del giudizio sia l'esistenza o meno della violazione. Ma se la stazione appaltante, constatata l'esistenza della violazione, attiva il procedimento di autotutela concludendo per il diniego di autotutela o conformandosi solo parzialmente, la valutazione sull'interesse pubblico deve ritenersi esaurita potendo invece farsi strada quella, ben diversa, sul corretto esercizio del potere di riesame⁶¹.

Allo stato, purtroppo, non ci sono elementi sufficienti per approdare ad una lettura piana della norma del codice dei contratti in analisi né, tantomeno, delle reali intenzioni del legislatore che l'ha coniata.

Ciò che emerge con un certo margine di chiarezza è che il legislatore ha inteso (già con le raccomandazioni vincolanti) stabilire la prevalenza dell'interesse all'osservanza delle regole in tema di evidenza pubblica rispetto ad altri interessi, pure eventualmente compresenti: ebbene, a fronte di una ponderazione svolta "a monte", ha, invero, poco senso parlare di autotutela.

Deve allora nuovamente constatarsi come nella disciplina dei contratti pubblici ci si continui a muovere per rallentamenti e accelerazioni: quando si trattò di ipotizzare la nullità virtuale con riguardo alla violazione delle norme in tema di contratti pubblici, allo scopo di risolvere l'annosa questione del rapporto tra aggiudicazione e contratto⁶², la scelta fu di valorizzare la equivalenza tra gli interessi pubblici e dunque di escludere che alcune norme (quelle in tema di contratti) potessero considerarsi imperative rispetto ad altre determinando la nullità del contratto stipulato in loro violazione. La scelta attualmente operata dal codice dei contratti assegna, invece, un ruolo di preminenza a tutti gli interessi tutelati dalle sue disposizioni, non solo quelle a tutela della concorrenza (come di fatto fa l'articolo 21-*bis* della legge 287 del 1990)⁶³.

Alla luce delle ambiguità riscontrate nella normativa (non solo quella esaminata) si dovrebbe porre forse maggiore attenzione all'interpretazione della

⁶¹ Specie in termini di proporzionalità della misura all'esito del bilanciamento tra interesse alla rimozione e interesse/i alla conservazione del provvedimento illegittimo.

⁶² Così, tra le altre pronunce, Consiglio di Stato, V, 05 marzo 2003, n.1218, in *Riv. amm. Appalti*, 2003, 78 e Consiglio di Stato, VI, 19 novembre 2003, n.7470, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3413.

⁶³ La disposizione parla di tutte le violazioni (gravi) del codice.

terminologia giuridica per evitare di giungere alla conclusione che il legislatore stia iniziando a circondare di forme “gentili” istituti dalla portata ben più dirompente, che sottendono una presa di posizione molto chiara sulla gerarchia tra gli interessi, ma anche tra i poteri⁶⁴. E se si vuole, come la Corte costituzionale ultimamente stigmatizza⁶⁵, interpretare la legge nel suo significato letterale, per giungere ad escludere che il parere sia in realtà una diffida, bisogna ammettere che il giudizio possa essere avviato, nel caso di cui al comma 1-ter, solo se l'amministrazione non si conformi ad esso o *per silentium* o perché contesta la sussistenza delle violazioni. In caso contrario, se si afferma cioè che la stazione appaltante debba o subire la decisione dell'Anac o subire quella successiva del giudice, potrebbero addirittura rimpangersi le criticatissime raccomandazioni vincolanti con riguardo alle quali, almeno, nella peggiore delle ipotesi, la stazione appaltante poteva scegliere di pagare un prezzo (la sanzione pecuniaria) per conservare il potere di decidere sull'interesse pubblico.

Giuliano Amato⁶⁶, a proposito dell'oscurità delle norme, ricordando il libro di Michele Ainis⁶⁷, ha affermato che il legislatore adotta norme poco chiare o perché non ha chiaro l'obiettivo da raggiungere o perché vuole rendere una scelta forte, politicamente più accettabile. Questo probabilmente è il caso di questa fattispecie che ha spazzato via le tanto esecrate raccomandazioni vincolanti per far rientrare dalla finestra, attraverso il parere, lo stesso contenuto intrinsecamente coercitivo di quelle. E allora viene alla mente un'ultima suggestione questa volta, però, dal mondo delle scienze comportamentali.

⁶⁴ Come affermato da F. GOISIS, *Il potere di iniziativa*, op. cit., «Non certo arduo è comprendere la preferenza per questo approccio rispetto ad un modello di controllo con effetti diretti invalidanti o con caratteri di controllo preventivo di efficacia: si vuole meglio garantire (anche per prevenire dubbi di illegittimità costituzionale, in relazione alla particolare autonomia riconosciuta dalla Carta fondamentale a determinati enti) l'autonomia dell'organo soggetto a controllo, consentendogli un ravvedimento nel contesto di un dialogo tra autorità amministrative e poi, soprattutto, affidando la eventuale decisione sul permanente disaccordo tra controllante e controllato ad un organo terzo e neutrale, quale il giudice amministrativo».

⁶⁵ La pronuncia in cui recentemente si è espresso un *favor* per la valorizzazione del dato testuale nell'interpretazione della *voluntas legis* è Corte Costituzionale, 13 marzo 2019, n. 45, in tema di segnalazione certificata di inizio attività su cui si rinvia a F. LIGUORI, *L'accesso alla tutela processuale avverso la s.c.i.a. nella recente giurisprudenza*, in questo numero di questa Rivista.

⁶⁶ Ricordi in tema di chiarezza della legislazione, in R. ZACCARIA, a cura di, *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei Deputati, 2012. L'A. afferma che «la legge può essere oscura se è insufficiente la elaborazione concettuale e quindi linguistica nella testa di coloro che hanno partorito la legge» (...) «la chiarezza può non essere voluta. Allora è diverso. Il legislatore non chiaro è il legislatore che vuole nascondere un difficile compromesso che ha raggiunto tra le varie parti politiche e questo compromesso può esprimersi solo con nozioni che si prestano a più letture. È dunque un lessico che sta tra l'oscuro e l'ambivalente». «Troppe spese viene invece scaricate sul giudice il problema di dare chiarezza a ciò che il legislatore avrebbe dovuto rendere chiaro».

⁶⁷ M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

Come noto, è particolarmente in voga in politica economica il concetto di *nudging* cioè di quel sistema di condizionamento delle scelte del cittadino che prevede l'introduzione di "spinte gentili": si orienta, cioè, la scelta del "decisore" (solitamente il cittadino) attraverso la previsione di una serie di meccanismi (più o meno occulti) condizionanti⁶⁸.

Nel caso in esame, se partiamo dal presupposto che il decisore sia, almeno fino a prova contraria, la stazione appaltante e non l'Anac, potremmo immaginare che il parere di cui al comma 1-ter sia accompagnato da un sistema di incentivazione alla conformazione rappresentato dalla convenienza di evitare l'azione innanzi al g.a.⁶⁹ Il decisore pubblico, la cui volontà è, specie allo stato attuale, ben meno ferrea di quella del privato, finirà (e l'esperienza pratica lo dimostra⁷⁰), per determinarsi ad "obbedire" all'autorità di vigilanza per evitare le conseguenze di una decisione giurisdizionale di segno negativo specie in punto di responsabilità⁷¹ e, pertanto, molto probabilmente, della successiva fase processuale non ci sarà bisogno. Ma è davvero auspicabile un sistema nel quale la stazione appaltante, il cui ruolo è valorizzato sulla carta, ma sminuito da tutta una serie di contromisure "sfiducianti", si riduca a quello di mero esecutore della legge o meglio della volontà dell'Anac che di quest'ultima si erge a paladino⁷²?

⁶⁸ R. THALER & C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile: La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2014.

⁶⁹ L'Anac stessa afferma che «la ratio che ispira la previsione in esame può ritenersi la stessa alla base del diverso istituto del soccorso istruttorio, in un'ottica di immediato intervento, emendativo di eventuali errori nell'espletamento dell'attività amministrativa, senza dover ricorrere all'intervento giurisdizionale». E prosegue: «In tal senso può parlarsi di una forma di vigilanza preventiva affidata alla stessa Autorità, in un'ottica deflattiva del contenzioso, preordinata a promuovere l'interlocuzione con la stazione appaltante allo scopo di stimolarne lo spontaneo adeguamento. Va rammentato, infatti, che l'Autorità non solo segnala "le violazioni riscontrate", ma indica anche "i rimedi da adottare per eliminarle"». Ci sono, in sostanza, tutte le formule tipiche delle forme di collaborazione tra soggetti pubblici, ma manca la possibilità dell'amministrazione preposta alla tutela dell'interesse prevalente di assumere la responsabilità della decisione.

⁷⁰ Si veda sul punto la relazione dell'Anac dalla quale emerge che in tutte le ipotesi in cui è stato emanato il parere di cui al comma 1-ter l'amministrazione si è conformata. In particolare nella relazione si legge che «In tutti i casi illustrati, a seguito della trasmissione alla stazione appaltante del parere, con assegnazione del termine di trenta giorni per le valutazioni di competenza, l'ente interessato ha spontaneamente aderito alle osservazioni della Autorità, adeguandosi alle indicazioni rese nel parere. Ciò costituisce evidente dimostrazione dell'efficacia dello strumento e, ancora una volta, della validità di azioni connotate da una forte portata dissuasiva rispetto a comportamenti poco virtuosi, nonché della valorizzazione della vigilanza nella sua espressione più alta di indirizzo e sostegno agli operatori del settore, orientata sugli aspetti fisiologici piuttosto che su quelli patologici del sistema».

⁷¹ Per un'analisi delle criticità legate al fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, 625 ss.

⁷² Come già prefigurato nelle lucide osservazioni di G. D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, op. cit, spec. 54-55 e passim.

Questa spinta verso la conformazione delle decisioni, senza parlare apertamente di intimidazioni, ordini, diffide ad adempiere, sembra in realtà una riproposizione del *nudge* ai processi decisionali pubblici, con riguardo ai quali si ha di mira spesso un ulteriore obiettivo, pure attraverso il *nudging* perseguito, e cioè quello di coltivare la velocità delle decisioni la quale, tuttavia, si accompagna alla piuttosto amara constatazione che, come Kahneman⁷³ ci insegna, la paura di perdere (e dunque di incorrere in responsabilità) è più forte del piacere di vincere (tutelando al meglio l'interesse pubblico).

⁷³ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, Mondadori, 2012. Si veda anche, R. VIALE, *Oltre il nudge. Libertà di scelta, benessere e felicità*, Bologna, Il Mulino, 2018.

FILIPPO PATRONI GRIFFI
Presidente del Consiglio di Stato
presidenza.cds@giustizia-amministrativa.it

PROFILI DI FULL JURISDICTION: IL DIRITTO DI AZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

ASPECTS OF THE FULL JURISDICTION: THE RIGHT TO CLAIM OR CAUSE OF ACTION BEFORE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

SINTESI

Il saggio ripercorre le trame costituzionali della giurisdizione amministrativa, quale giurisdizione soggettiva, per affrontare i temi dell'ampiezza della legittimazione ad agire, quello degli interessi diffusi e dei regimi giuridici speciali (contenzioso in materia di contratti pubblici e legittimazioni speciali in capo a pubbliche amministrazioni), fino a ricondurre la riflessione al tema della pienezza del controllo e nell'ambito dello spazio comune europeo.

ABSTRACT

The essay goes over the constitutional viewpoint of administrative jurisdiction, as subjective jurisdiction, to deal with the issues of the extent of the *locus standi* before the administrative courts, that of the widespread interests and the special legal regimes (litigation regarding public contracts and special legitimations to act of public administrations) and brings the reflection back on the theme of fullness of the control and into the common European legal space.

PAROLE CHIAVE: diritto ad agire – giurisdizione amministrativa – natura soggettiva – Costituzione – spazio giuridico comune.

KEYWORDS: right to act - administrative jurisdiction - subjective nature - Constitution – European Union legal space.

INDICE: 1. Sulla natura e sull'evoluzione della giustizia amministrativa - 2. Natura soggettiva della giurisdizione amministrativa - 3. Interessi metaindividuali o collettivi - 4. Normative speciali - 5. Effettività e pienezza della tutela giurisdizionale - 6. Spazio giuridico comune.

1. Sulla natura e sull'evoluzione della giustizia amministrativa.

Nello svolgere considerazioni in merito alla riflessione collettiva che trova posto in questa sezione monografica della Rivista – e che trae origine dalla discussione organizzata presso il TAR di Napoli, in data 17 giugno 2019, nell'ambito del quale il diritto di azione nel processo amministrativo è stato ap-

profonditamente analizzato in una prospettiva sovranazionale, comparata e interdisciplinare - vorrei soffermarmi, in primo luogo, sulla natura e sull'evoluzione della giustizia amministrativa.

Storicamente la giustizia amministrativa nasce come giurisdizione di tutela, per colmare un vuoto di tutela, assicurando protezione ad interessi, incisi dall'esercizio del pubblico potere, non adeguatamente garantiti dal sistema di giurisdizione unica, in quanto non esauribili nei (soli) diritti soggettivi.

Quando nel 1865 l'Italia optò per un sistema di giurisdizione unica, incentrato sulla presenza di un unico giudice chiamato a pronunciare sulle controversie tra cittadini e pubblica amministrazione, si intendeva assicurare una protezione completa ed effettiva del singolo nei confronti dell'azione amministrativa.

L'applicazione pratica di tale assetto normativo disvelò presto, tuttavia, le proprie criticità, in ragione della tendenza del giudice unico ad evitare un sindacato sull'esercizio del potere amministrativo.

Attraverso l'elaborazione della distinzione tra atti di gestione, posti in essere nell'esercizio di attività materiali o negoziali, e atti di imperio, implicanti l'esercizio del pubblico potere, si finì per sottrarre alla tutela giurisdizionale i provvedimenti autoritativi, ritenuti espressione di potere pubblico e, pertanto, in applicazione del principio di separazione dei poteri, per propria natura insindacabili in sede giurisdizionale.

L'esigenza di ampliare la tutela del singolo, portatore di interessi oppositivi o pretensivi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere – afferenti, spesso, a settori sensibili per la vita economica e sociali del tempo (si pensi alla materia dei concorsi pubblici o dei provvedimenti di polizia) – fu, quindi, alla base dell'istituzione della giustizia amministrativa, caratterizzandone, peraltro, l'evoluzione nel corso degli anni successivi, nel senso di una progressiva estensione dell'area di tutela giurisdizionale.

2. Natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

Tali brevi premesse consentono di evidenziare, pertanto, come il tema centrale delle indagini condotte sia rappresentato dalla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, da intendere, anziché come controllo di legittimità dell'azione amministrativa, come tutela di interessi e diritti lesi dall'esercizio illegittimo del pubblico potere; ricostruzione confermata dall'art. 24 Cost. nell'interpretazione data dalla Corte costituzionale con sentenza n. 204/2004.

Il giudice amministrativo opera, in particolare, come giudice della pubblica amministrazione quando agisce nell'esercizio del potere, configurandosi - in ultima analisi - come giudice ordinario del potere pubblico; attraverso il processo dinanzi ad un organo terzo e imparziale, equidistante dalle parti e dagli interessi dedotti in giudizio, si realizza pienamente il principio di parità delle parti, recuperandosi in sede processuale lo squilibrio esistente sul piano sostanziale nella relazione tra potere pubblico e interesse privato.

Riprendendo la frase di Roehrsen, secondo cui *«Noi siamo giudici amministrativi, ma prima amministrativi e poi giudici»* – ritengo che oggi il giudice sia più giudice che amministrazione: mentre un tempo il giudice era più amministrazione che giudice, perché maggiormente ampio risultava essere il potere dell'Amministrazione, oggi il giudice è più giudice che amministrazione, in ragione della completezza dei poteri (istruttori, cognitori, cautelari e di ottemperanza) di cui dispone, essenziali per assicurare una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive devolute alla sua cognizione.

Nell'attuale quadro ordinamentale assume rilievo determinante, dunque, la perimetrazione degli interessi tutelati dal giudice amministrativo, tenuto conto che il tema della legittimazione ad agire pone un problema di spazio di tutela giurisdizionale e, in particolare, di individuazione e selezione degli interessi deducibili in giudizio.

In ambito amministrativo sfuma, in particolare, la distinzione tra legittimazione al ricorso e riconoscimento delle situazioni tutelabili, determinandosi un'inversione dello schema di tutela tipico dell'ordinamento civile.

Mentre in ambito civile il diritto costituisce un antecedente riconosciuto da una norma di relazione, cui segue l'attribuzione di un apposito rimedio di tutela, nel giudizio amministrativo, attraverso l'estensione dell'area della legittimazione, si selezionano nuovi interessi suscettibili di protezione che, grazie all'intervento giurisprudenziale, acquistano la natura di posizioni sostanziali legittimanti al ricorso.

A prescindere dalla ricostruzione dogmatica della legittimazione ad agire quale prospettata titolarità di una situazione soggettiva lesa dall'azione autoritativa (opzione sviluppata dalla Prof.ssa Cudia) ovvero come accertata titolarità della relativa situazione giuridica (opzione illustrata dal Prof. Giliberti) - tesi che, se incidono sul dispositivo della sentenza da emettere in caso di negazione della legittimazione processuale (di inammissibilità, ove si intenda la legittimazione come questione processuale, o di infondatezza, ove si propenda per la ricostruzione in termini di questione sostanziale), non influiscono, tuttavia, sul contenuto sostanziale della decisione giudiziale – la legittimazione all'azione

pone, quindi, un problema di tutela, dovendo selezionarsi lo spazio di tutela riconoscibile in sede giurisdizionale.

Come nelle indicazioni che provengono dal Prof. Follieri, il tema centrale, pertanto, è - e resta - l'individuazione degli interessi tutelati e, quindi, la selezione delle situazioni soggettive tutelabili.

In particolare, anche alla stregua delle considerazioni svolte dal Prof. Giliberti, teso ad ampliare l'ambito di tutela al fine di garantire la libertà individuale dall'esercizio del potere pubblico, ritengo che sia corretto estendere la tutela giurisdizionale, ma a condizione che non si snaturi il giudizio, configurando un processo non più di parti: deve, infatti, sempre assicurarsi il collegamento diretto tra situazioni giuridiche soggettive attive e accesso al processo.

Le considerazioni svolte consentono, dunque, di non ritenere più predicabile la tesi dottrinarica, sviluppatasi nei primi anni del novecento, che intendeva l'interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto, tutelabile soltanto ove coincidente con l'interesse pubblico legittimamente perseguito dall'Amministrazione; trattavasi di elaborazione dogmatica che aveva riguardo essenzialmente alla finalità della norma, cioè alla necessità di tutelare l'interesse pubblico primario e soltanto mediatamente la situazione soggettiva azionata (alla stregua di quanto sembrava emergere anche nell'ordinamento spagnolo oggetto del saggio del Prof. Medina Alcoz). Tale ricostruzione non risulta più sostenibile nell'attuale assetto ordinamentale, risultando incompatibile con l'art. 24 Cost nella lettura fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004.

Per tali ragioni, sono contrario alla previsione di un organo di Procura da istituire presso il giudice amministrativo (posizione che mi accomuna alle opinioni espresse nel corso dell'incontro napoletano dal Pres. Veneziano), tenuto conto che l'attenzione verrebbe rivolta più al controllo e meno alla tutela.

Per quanto osservato, la giustizia amministrativa non garantisce l'interesse oggettivo alla legalità dell'azione amministrativa – di cui dovrebbe essere portatore un organo pubblico all'uopo da legittimare all'azione giudiziaria – bensì protegge il singolo dall'illegittimo esercizio dell'azione autoritativa e, pertanto, tutela situazioni giuridiche soggettive azionabili soltanto dai relativi titolari.

3. Interessi metaindividuali o collettivi.

Tale concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa non deve, peraltro, essere ritenuta incompatibile con la tutela di interessi metaindividuali

o collettivi o ancora con le nuove forme di entificazione di interessi pubblici previste dall'ordinamento.

Ritengo, infatti, che la natura soggettiva di una situazione giuridica attiva non imponga di configurare l'interesse tutelato come interesse individuale di tipo "dominicale", assumendo consistenza di situazione soggettiva anche gli interessi imputabili alla collettività di riferimento e agli enti che la rappresentano.

La diacronicità del potere pubblico condiziona la morfologia degli interessi tutelati, il cui mutamento incide sull'area di legittimazione da riconoscere in sede giurisdizionale: tale area, in particolare, si amplia, venendo riconosciute come situazioni legittimanti al ricorso anche gli interessi procedimentali, i diritti sociali, gli interessi collettivi o gli interessi pubblici entificati.

È chiaro che se cambiano gli interessi diventa diverso anche il modo di esserne titolari e, quindi, muta anche la legittimazione: l'area di legittimazione oggi si estende perché si amplia l'area degli interessi tutelati e muta la loro morfologia.

In particolare, è possibile fare riferimento agli interessi procedimentali e ai diritti sociali.

Quanto ai primi, si è dibattuto in ordine alla necessaria coincidenza tra parti del procedimento e parti processuali (tema interessato altresì dalle considerazioni del Prof. Monteduro), discutendosi se debba sussistere un'integrazione tra i due piani, procedimentale e processuale (al fine di garantire a tutte le parti del procedimento di prendere parte altresì al giudizio) ovvero se debba sostenersi una differenziazione di ambiti (riconoscendo alla partecipazione procedimentale un'estensione soggettiva maggiore rispetto alla legittimazione processuale).

Al riguardo, ritengo che la partecipazione procedimentale abbia un'estensione superiore rispetto all'area della legittimazione processuale, tenuto conto che il procedimento costituisce luogo di ponderazione di interessi "aperto" alla partecipazione all'esercizio della funzione, con conseguente acquisizione – in funzione altresì collaborativa – anche di interessi non aventi necessariamente natura di situazione giuridica soggettiva.

Il processo, invece, implica una controversia tra parti, rappresentando il luogo di tutela della sfera giuridica individuale, con conseguente sua limitazione ai titolari delle contrapposte situazioni soggettive componenti il rapporto amministrativo dedotto in giudizio. Ciò, tuttavia, non significa che non ci debba essere un collegamento tra parte del procedimento - almeno le cosiddette parti necessarie - e parti del processo.

Con riferimento ai diritti sociali (tema approfondito dallo studio della Prof.ssa Acolella), si è in presenza di diritti a prestazioni amministrative, coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo in settori (quali quelli della salute, dell'istruzione e dei servizi sociali) essenziali per la tutela e lo sviluppo della persona umana: la loro emersione è avvenuta progressivamente, grazie anche all'elaborazione pretoria, che ha permesso di trasformare interessi (un tempo) di mero fatto in situazioni soggettive tutelate.

4. Normative speciali.

Una riflessione attorno alla legittimazione ad agire, ovviamente, interseca anche la questione delle disposizioni normative in materia di appalti, della legittimazione ad agire *ex lege* riconosciuta in capo all'ANAC e all'AGCM, degli interessi collettivi e delle forme di tutela del terzo non direttamente inciso dall'azione provvedimentale, facendosi riferimento alla possibilità di configurare nell'ambito della giustizia amministrativa fattispecie di giurisdizione oggettiva (tema affrontato altresì dal Prof. Leone).

Benché, talvolta, possa ritenersi che si sia in presenza di modelli processuali differenziati in ambiti in cui non emerge direttamente (ancora) un interesse soggettivo da tutelare -tematica al centro degli approfondimenti del Prof. Carbone sulla tutela di interessi pubblici attraverso l'elaborazione di specifici modelli processuali deputati allo scopo – la funzione assegnata alla giustizia amministrativa rimane pur sempre quella di tutela di interessi e diritti soggettivi.

4.1 Certamente non si assiste ad un'oggettivizzazione della tutela in presenza di interessi imputati in capo ad enti rappresentativi di collettività organizzate: in tali ipotesi l'interesse diffuso tra i consociati si trasforma in interesse collettivo, venendo ascritto ad un ente rappresentativo istituzionalmente deputato alla sua protezione; si è, pur sempre, in presenza di interessi differenziati, spettanti in capo a determinati soggetti di diritto.

I problemi sollevati da tale costruzione hanno, piuttosto, riguardato l'identificazione dei caratteri dell'ente esponenziale: la giurisprudenza, al fine di assicurare l'emersione di interessi qualificati e differenziati, tutelabili in giudizio, in particolare, ha ritenuto necessaria l'integrazione di tre requisiti, rispettivamente relativi alle finalità statutarie dell'ente, alla stabilità del suo assetto organizzativo, nonché alla c.d. *vicinitas* rispetto all'interesse sostanziale leso per effetto dell'azione amministrativa.

4.2 La natura soggettiva della giurisdizione amministrativa resta confermata anche con riferimento alle forme di azione collettiva conosciute dall'ordinamento amministrativo.

L'evoluzione più recente – mi riferisco all'art. 1 del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 – ha, in particolare, portato il legislatore a superare, in alcuni ambiti, la necessità che sia un ente esponenziale a far valere posizioni soggettive dei singoli, potendo il singolo (appartenente ad una medesima comunità di utenti o consumatori) farsi portatore di interessi diffusi nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Il fondamento del nuovo istituto risiede, in particolare, nella necessità di introdurre uno strumento di stimolo all'efficienza che simuli le dinamiche concorrenziali di un mercato per definizione inesistente nel contesto dell'azione pubblica.

Anche in tale caso, tuttavia, si assiste ad una tutela di situazioni giuridiche soggettive incise dall'azione amministrativa, riferendosi il legislatore ai «*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*» che abbiano subito «*una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*», in conseguenza di fattispecie tipizzate dal dato positivo (violazione di termini o mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* ai sensi decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150).

4.3 Il tema del diritto di azione si pone, come è noto, nell'ambito specifico del contenzioso in materia di appalti pubblici, sotto i profili, molto delicati, della legittimazione all'azione e dei poteri giudiziali di dichiarazione di inefficacia del negozio contrattuale.

Preliminarmente, giova richiamare il dibattito svoltosi intorno ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, su cui è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. I vari indirizzi interpretativi sviluppatasi in dottrina e giurisprudenza si fondano proprio sulla nozione di legittimazione e di interesse ad agire suscettibile di essere accolta nel nostro ordinamento.

In particolare, secondo un primo indirizzo, il diritto europeo non osterebbe ad una norma nazionale, volta ad impedire l'esame del ricorso principale

nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non possa ricavare, con assoluta certezza, alcuna utilità, neanche in via del tutto mediata e strumentale all'eventuale riedizione della procedura (interesse comunque configurabile anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, sempre che dal suo accertamento possa ragionevolmente derivare l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura).

Secondo altra impostazione, invece, alla stregua del diritto dell'Unione, l'esame congiunto dei ricorsi, principale e incidentale, sarebbe sempre necessario anche ove alla procedura prendessero parte altri concorrenti, le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione, e il giudice verificasse che i vizi prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate.

Il dibattito, pur incidendo sulla configurazione dell'interesse al ricorso, non mina, tuttavia, la funzione soggettiva della tutela giurisdizionale, essendo pur sempre il giudice chiamato a fornire protezione alla sfera giuridica della parte processuale asseritamente lesa dall'esercizio del pubblico potere.

Sempre in materia di appalti pubblici si è posto il problema dell'impugnazione immediata del bando di gara, ancora una volta con specifico riferimento alle condizioni dell'azione che devono sussistere per esperire l'impugnativa: il tema della legittimazione a ricorrere investe la possibilità di impugnare le clausole del bando anche da parte dell'operatore economico non partecipante (o legittimamente escluso) dalla gara; il tema dell'interesse a ricorrere influisce sulla determinazione del *dies a quo* a partire dal quale l'offerente debba proporre l'impugnazione.

L'Adunanza Plenaria con sentenza n. 4 del 2018, riaffermando la natura soggettiva del processo amministrativo, ha confermato l'impostazione tradizionale, segnatamente ribadendo che le clausole del bando di gara non rivestenti portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo, potendo, peraltro, essere impugunate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Il dibattito odierno ha interessato, altresì, le disposizioni di cui agli artt. 120 e ss. c.p.a. riguardanti il potere giudiziale di dichiarazione dell'inefficacia del contratto che, pur implicando valutazioni, anche discrezionali, del giudice procedente (cfr. art. 122 c.p.a.), tendono comunque anche in tale ipotesi ad una completa ed effettiva tutela della posizione della parte ricorrente.

4.4 Altro ambito interessato dalle riflessioni che trovano spazio nella Rivista è rappresentato dalla legittimazione dell'ANAC e dell'AGCM, come delineata dall'art. 52-ter del decreto legge n. 50/2017 (conv. in L. 21 giugno 2017, n. 96), che ha attribuito all'ANAC una legittimazione processuale in materia di contratti pubblici, nonché dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990, che ha conferito una legittimazione all'Autorità Antitrust in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza.

Il sistema contempla anche altre ipotesi di ricorsi proposti da soggetti pubblici: a titolo esemplificativo, è possibile fare riferimento alla Banca d'Italia, legittimata ad impugnare talune delibere delle banche assunte in violazione dell'art. 24 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (in materia di sospensione del diritto di voto e degli altri diritti nonché di obbligo di alienazione), oppure al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, legittimato a ricorrere avverso gli statuti e i regolamenti delle università, ai sensi dell'art. 6 della L. 9 maggio 1989, n. 168. Nello stesso si pone la norma che attribuisce all'Autorità di regolazione dei trasporti un potere di ricorso al giudice amministrativo in materia di provvedimenti concernenti il rilascio di licenze taxi (Art. 37, comma 2, lett. n), D.L. 6 dicembre 2011, n. 201).

Il fondamento di tali norme è discusso.

Secondo una prima impostazione tali norme non sarebbero compatibili con i caratteri soggettivi della giurisdizione amministrativa, avendo introdotto un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, assegnando all'Autorità competente una legittimazione eccezionale, in quanto disancorata dalla protezione di una situazione giuridica soggettiva sostanziale (azione senza posizione soggettiva).

Secondo altra impostazione, si esclude che si tratti di un potere di azione nell'interesse generale al rispetto della legge, trattandosi di un'azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata, facente capo *ex lege* all'AGCM e ANAC, con conseguente configurazione di una posizione sostanziale di interesse legittimo, nominato e tipico.

Secondo altro indirizzo, infine, si sarebbe in presenza di una fattispecie di sostituzione processuale e non di personificazione di interessi diffusi, venendo in rilievo un interesse alla concorrenza dei mercati suscettibile di essere tutelato (anche e in forza di apposita previsione legislativa) su iniziativa dell'Autorità competente in materia.

In ogni caso, sembra si sia in presenza di una versione moderna e ridotta della "entificazione" degli interessi, nel solco della concezione tradizionale della titolarità di interessi lesi dall'azione autoritativa; attribuendosi ad una data

autorità pubblica un interesse e, quindi, una legittimazione a farlo valere in giudizio.

4.5 La tutela del terzo costituisce altro tema studiato nell'ambito della legittimazione all'azione giudiziaria.

In particolare, sotto il profilo della legittimazione attiva, il "terzo" nel diritto amministrativo designa il soggetto il quale, pur estraneo alla relazione instaurata tra l'amministrazione ed il destinatario del provvedimento, è titolare di interessi presi in considerazione dalle norme regolatrici dell'altrui attività, risultando, pertanto, legittimato a chiedere tutela della propria sfera giuridica contro l'inosservanza delle norme medesime. Anche in tale ambito, l'elaborazione pretoria ha consentito di estendere l'area della legittimazione ad agire, offrendo, ad esempio, tutela al terzo che, in applicazione del criterio della *vicinitas*, in ragione della prossimità all'area di produzione degli effetti provvedimenti lesivi, dimostri di aver subito un danno o di poter subire un danno a causa dell'intervento, in ipotesi illegittimo, consentito dall'amministrazione.

Con particolare riferimento alla legittimazione passiva (interessata dalle riflessioni del Prof. Terracciano), ritengo necessario distinguere il piano (formale) della legittimazione da quello (sostanziale) del contraddittorio, influenzando il primo sulla individuazione dei soggetti destinatari della notifica della domanda giudiziaria, il secondo sulla perimetrazione soggettiva del rapporto litigioso.

Al riguardo, è possibile richiamare la giurisprudenza formatasi in materia di accesso ai documenti amministrativi, che ha evidenziato come l'onere di notificazione del ricorso ad almeno un controinteressato, a pena di inammissibilità dell'impugnazione, debba essere adempiuto con riferimento a quei soggetti già individuati dall'amministrazione, sul piano procedimentale, come destinatari della comunicazione ex art. 3 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184; qualora, tuttavia, l'amministrazione non abbia individuato detti controinteressati, nonostante la loro effettiva esistenza in base alla natura del documento oggetto di istanza di accesso, sarà il giudice a dovere assicurare l'integrità del contraddittorio, ordinando la sua integrazione ex art. 49 c.p.a.

In tali ipotesi emerge, dunque, la distinzione tra legittimazione passiva all'azione giudiziaria e contraddittorio processuale, tenuto conto che il controinteressato (in relazione all'istanza di accesso documentale) non individuato dall'amministrazione non è legittimato ai fini della ricezione della notifica del ricorso a pena di sua inammissibilità, ma comunque, in quanto parte del rapporto sostanziale, deve essere intimato in sede giurisdizionale su ordine del giudice ai fini dell'integrità del relativo contraddittorio (altrimenti, configurandosi un terzo legittimato all'opposizione ex art. 108 c.p.a.); il che conferma co-

me la legittimazione rilevi sul piano formale, ai fini della notificazione del ricorso, mentre il contraddittorio rileva sul piano sostanziale, per l'identificazione delle parti del rapporto pubblico che saranno incise dal giudicato amministrativo.

4.6 Infine, non ritengo che il bilanciamento tra contrapposti interessi, esercitato nell'ambito del procedimento cautelare, possa essere valorizzato per sostenere la natura oggettiva della giurisdizione amministrativa: in tali ipotesi il giudice esercita una giurisdizione di merito, sempre ai fini di tutela di situazioni giuridiche soggettive azionate in giudizio.

5. Effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

I principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale impongono, altresì, di assicurare un sindacato che non si arresti all'atto, ma investa il rapporto sostanziale, permettendo al giudice di accertare i fatti di causa e di verificare se la valutazione sottesa alla decisione amministrativa impugnata sia la più attendibile tra quelle prospettate dalle parti.

L'accertamento, infatti, è il presupposto di ogni sentenza: una volta che si sia svolto l'accertamento, la sentenza può arrestarsi all'accertamento - se la parte è interessata ad una pronuncia di mero accertamento - ovvero può sfociare in una condanna o nella costituzione di situazioni giuridiche. In ogni caso, l'accertamento rappresenta il *proprium* della sentenza: la differenza tra tutela costitutiva o di condanna è, quindi, una differenza di rimedio successivo all'accertamento operato dal giudice.

Il diritto all'azione, peraltro, non pone più soltanto un problema di oggetto di tutela, ma anche (a monte) di accesso al giudice e (a valle) di limiti del sindacato giurisdizionale, con particolare riferimento al rapporto tra discrezionalità e merito.

Il giudice amministrativo, come accennato, è il giudice del pubblico potere, intervenendo ogniqualvolta vi sia intermediazione pubblica in funzione oppositiva o pretensiva e, dunque, in fattispecie in cui sussista la lesione di una sfera giuridica soggettiva ad opera di un potere pubblico.

Nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale il giudice è chiamato ad esercitare pienamente i propri poteri istruttori e cognitori, accedendo direttamente ai fatti di causa e sindacando le valutazioni tecniche dell'autorità pubblica, senza ingerirsi nel merito amministrativo (se non in casi eccezionali), ma comunque verificando che la decisione assunta dall'amministrazione sia la più attendibile tra quelle prospettate dalle parti in sede giurisdizionale.

Il principio del rimedio effettivo (frutto della convergenza, in tema di garanzie della tutela giudiziaria, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale) ha reso infatti recessiva l'idea che la garanzia delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso a un giudice e a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce.

L'affermarsi del principio di effettività, in definitiva, segna il passaggio dal principio di tipicità dell'azione, al principio di atipicità delle forme di tutela. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, l'interesse legittimo necessita della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità "primaria" specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento.

La protezione dell'interesse legittimo e dei diritti soggettivi dinnanzi al giudice amministrativo può certamente dirsi effettiva, tra gli altri, sotto i seguenti aspetti:

- il c.p.a. prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, il quale riflette l'esigenza di una tutela conformata non alle situazioni giuridiche sostanziali, bensì al bisogno differenziato di tutela dell'interesse protetto, il cui grado e la cui intensità, come osservato, sono spesso definiti *ex post* dal giudice e non *ex ante*;

- per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il c.p.a. valorizza al massimo grado le potenzialità dell'azione di annullamento attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni (un tempo, in parte, riservate alla sede dell'ottemperanza) dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita;

- è oramai acclarata la possibilità per il giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del c.p.a. contiene un riferimento agli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento;

- al giudice della cognizione è stato attribuito il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi com-

presa la nomina di un commissario *ad acta* (art. 34 comma 1 lettera e), c.p.a.) consentendo di esplicitare *a priori*, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più *a posteriori*, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento;

- la giurisdizione è piena, nel senso che il giudice ha il potere di sindacare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa.

Si delinea, dunque, un giudizio che, pur impedendo la sostituzione del giudice nell'esercizio della discrezionalità residuante in capo all'amministrazione, tende a garantire la pretesa sostanziale della parte ricorrente, mediante un giudizio di spettanza dell'utilità oggetto di intermediazione pubblica.

Sotto tale profilo, ritengo che l'effetto conformativo proprio del giudicato di annullamento non riveli alcuna connotazione oggettiva della giurisdizione amministrativa, non afferendo alla legittimazione e non riguardando nemmeno la concezione oggettiva o soggettiva della relativa giurisdizione.

In particolare, non ritengo che l'effetto conformativo ponga criticità (segnalate dal Prof. Leone), configurando una conseguenza della sentenza, attraverso la posizione della *regula iuris* da osservare non solo nel caso concreto (effetto conformativo interno, suscettibile di incidere sulla diacronicità del concreto esercizio del pubblico potere), ma anche in fattispecie consimili (effetto conformativo esterno sulle future manifestazioni del potere), a tutela delle situazioni giuridiche soggettive incise dall'azione amministrativa.

6. Spazio giuridico comune.

Infine, ritengo di valorizzare l'essenzialità della costruzione - a livello sovranazionale - di uno standard di tutela uniforme per cittadini e imprese operanti in uno spazio giuridico comune.

Negli scritti che la Rivista presenta e nel corso della stessa discussione organizzata presso il Tar Napoli è stato dato ampio risalto -attraverso lo studio della legittimazione all'azione- ai modelli di tutela giurisdizionale affermatasi in ambito sovranazionale e in taluni ordinamenti stranieri.

In particolare, il tema della legittimazione all'azione è avvertito anche dal giudice dell'Unione (oggetto delle considerazioni del Prof. Tizzano) e dai giudici stranieri (con particolare riguardo al giudice francese e spagnolo, al centro delle riflessioni, rispettivamente, della Prof.ssa Ferrari-Breuer e del Prof. Medi-

na Alcoz), essendosi assicurata nel tempo una progressiva estensione dell'accesso del singolo alla sede giurisdizionale, nell'ambito di una maggiore protezione degli interessi incisi dall'azione amministrativa; anche negli ordinamenti anglosassoni (oggetto di studio del Prof. Ferrara) emerge il tema del *legal interest* condizionato dal tipo di *judicial review* concretamente affermatosi nelle aule giudiziarie.

In tale ambito, ritengo necessario non soltanto un dialogo tra giudici nazionali e giudice europeo, ma anche fra le stesse giurisdizioni nazionali, presupposto indispensabile per la circolazione di modelli giuridici (anche di tutela del singolo nei confronti dell'illegittimo esercizio del pubblico potere), funzionale alla creazione di una comune e condivisa cultura giudiziaria.

Questo è il motivo per cui io sono convinto che, nel prossimo biennio di presidenza italiana dell'Associazione dei Consigli di Stato d'Europa, sia fondamentale favorire quello che viene oggi chiamato il "dialogo orizzontale" fra le Corti dell'Europa.

Ciò facilita quel dialogo che Gino Gorla definiva "tra mondi comunicanti" e non "tra mondi separati", essenziale per costruire un modello omogeneo di sindacato sui pubblici poteri.

Se il modello di sindacato sui poteri pubblici è omogeneo, evidentemente e di conseguenza, diventa omogeneo lo standard di tutela e di protezione degli interessi dei cittadini in forma singola o associata.

LUCA R. PERFETTI

Ordinario presso l'Università degli Studi "A. Moro" di Bari

luca.perfetti@belex.com

**LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE COME PARTE
DELLA TEORIA DEL DIRITTO DI AZIONE.**

**IL PROBLEMA DELLA LIMITAZIONE DELLA TUTELA
DALLE CONDIZIONI DELL'AZIONE AL CONTENUTO
DELLA GIURISDIZIONE E RITORNO**

***LOCUS STANDIAS PART OF THE THEORY ON THE RIGHT TO
SUE. FROM *LOCUS STANDITO* *LOCUS STANDI*, VIA THE
CONTENT OF ADMINISTRATIVE COURT'S JURISDICTION***

SINTESI

Le condizioni dell'azione, in quanto filtro preliminare all'accesso alla tutela e, quindi, all'esercizio in giudizio a difesa delle proprie situazioni giuridiche soggettive al momento della sofferenza, rappresentano un tema centrale. Le diverse elaborazioni dottrinali circa il contenuto e la natura di tali condizioni – lungi dal concentrarsi sul fornirne una lettura alla luce di un'adeguata teoria dell'azione – devono essere superate in forza dell'art. 24 della Costituzione, giacché esse non sono se non parte del concetto di diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi, tutelato dalla carta costituzionale come diritto fondamentale. La stessa giurisprudenza vi ha dato applicazione adeguata, senza però rinunciare al richiamo alle condizioni dell'azione per come elaborate tradizionalmente. Tuttavia, a fronte di quest'evoluzione nell'uso delle condizioni dell'azione, il processo amministrativo ha subito una intensa pubblicizzazione negli ultimi anni e la creazione di nuovi imponenti spazi di valutazione discrezionale da parte del giudice, concentrati soprattutto sul versante della sussistenza della sua giurisdizione. Anche questi temi, come quelli relativi alle condizioni dell'azione, possono essere risolti solo alla luce di una adeguata teoria dell'azione giurisdizionale come diritto fondamentale della persona.

ABSTRACT

Administrative Courts has to recognize or not *locus standi* in the claimant; this is a crucial evaluation, because is able to condition the effectiveness of judicial review, by the means of a possible discretionary limitation of the access to the Courts. Italian Constitution provides to individual a full constitutional guarantee to the right to sue a public body to obtain an adequate judicial review.

Therefore, under a constitutional perspective, administrative procedure legislation shall be intended as able to procure a full protection of the right to challenge administrative decisions and sue a public body. Case law seems adequate, even if administrative Courts still repeat a traditional version of the *locus standi*. Nonetheless, in recent years, wide discretionary evaluations by the Court have been introduced in case law, by means of the concrete definition of jurisdiction on discretionary decisions of a public body, with new possible danger for full jurisdiction and individual rights protection.

The studies of the doctrine on the content and nature of such conditions – which do not focus on their understanding in the light of a proper theory of action – may be superseded from the content of article 24 of the Italian Constitution, as they are substantial part of the right to act for the protection of one own's rights and legitimate interests (*interessi legittimi*). The same administrative case law has granted full protection based on article 24 without, in any case, failing to resort to general clauses aimed at framing the protection in the specific case. This case law is the first of the three major threats to the administrative trial, that will be outlined in this paper.

PAROLE CHIAVE: Processo amministrativo – azione giurisdizionale – condizioni dell'azione – giurisdizione amministrativa – limiti al sindacato.

KEYWORDS: Administrative trial – judicial action – conditions of the action – administrative jurisdiction – limits to judicial powers.

INDICE: 1. Posizione delle questioni. – 2. Il diritto di agire in giudizio come diritto fondamentale in forza dell'art. 24 Costituzione ed il problema della pienezza della tutela giurisdizionale. – 3. La scarsa attenzione alla centralità della teoria dell'azione e l'impostazione del problema alla luce della conformazione (oggettiva o soggettiva) del processo. – 4. Dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione. Nuovi pericoli per il diritto fondamentale a ricevere protezione giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche soggettive.

1. Posizione delle questioni.

La notevole riflessione collettiva che trova posto in questa sezione monografica – e che trae origine dalla discussione organizzata dalla Rivista insieme al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Unipegaso presso il TAR di Napoli mesi fa – non richiede delle conclusioni ma, semmai, delle aperture di discorso.

La prospettiva è quella di ragionare complessivamente sui contributi che giungono da questo percorso di riflessione dal punto di vista del dibattito nella letteratura accademica; spetta al Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi lo stesso esercizio dall'angolo visuale della giurisprudenza. Mi pare, quindi, che si debbano mettere in luce tre diversi aspetti.

Anzitutto, l'urgenza di affrontare da un punto di vista teorico il problema delle condizioni dell'azione era stata avvertita soprattutto per ragione del fatto che questi istituti (evitando, almeno per ora, una loro maggiore qualificazione) costituivano un filtro preliminare all'accesso alla tutela e, quindi, in definitiva, se non inquadrati in modo rigoroso consentivano al giudice di limitare discrezionalmente l'esercizio del di-

ritto fondamentale di agire in giudizio a tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive nel momento della loro sofferenza. Occorre capire come questo profilo del tema sia evoluto e se abbia raggiunto una sistemazione accettabile.

In *secondo* luogo, si pone il problema della relazione delle condizioni dell'azione con la natura e struttura del processo. E', questo, il profilo che ha maggiormente attratto la riflessione in anni recenti, nella permanente dialettica tra concezioni (o anche solo, più limitatamente, profili) oggettive e soggettive del processo (amministrativo), a fronte dell'emergere per via legislativa di ipotesi di legittimazione senza sottostante posizione soggettiva propria. Si tratta certo di un dibattito relevantissimo, che echeggia ampiamente nelle pagine che precedono e nel quale, tuttavia, la questione delle condizioni dell'azione (o, più semplicemente, dell'esercizio dell'azione giurisdizionale) è profilo essa stessa di una discussione circa la natura del processo e solo occasionalmente oggetto di indagine diretta.

In *terzo* luogo, allontanandosi dal problema delle condizioni dell'azione (o, che è lo stesso a mio modo di vedere, dell'esercizio dell'azione), credo sia utile indicare lungo quali versanti si ponga maggiormente – al momento presente – la questione della possibile limitazione all'accesso alla tutela o, più largamente, della potenziale compressione del diritto (fondamentale, ex art. 24 Cost.) di azione giurisdizionale.

2. Il diritto di agire in giudizio come diritto fondamentale in forza dell'art. 24 Costituzione ed il problema della pienezza della tutela giurisdizionale.

La migliore dottrina del processo amministrativo¹ ha stabilmente ritenuto, prevalentemente sulla base dell'art. 100 del codice di procedura civile, che il giudice debba compiere una valutazione preliminare circa la procedibilità del giudizio, verificando se chi propone la domanda vi abbia interesse e sia legittimato a farlo. In questi termini, quindi, è difficile negare che le condizioni dell'azione – laddove siano individuate, come comunemente avviene, con legittimazione ed interesse al ricorso – costituiscano un filtro all'accesso alla tutela.

Non appena si esca da questo sicuro e consolidato perimetro definitorio, i problemi si affollano. In sintesi, è discusso se l'interesse sia da riferire alla domanda, per come proposta in giudizio, oppure all'esercizio dell'azione giurisdizionale, ovvero alla decisione nel merito – suscettibile di acquistare efficacia di cosa giudicata – e via enumerando². Allo stesso modo, è discusso se l'azione possa dirsi esistente ma non procedibile in assenza delle sue condizioni ovvero propriamente inesistente. Ed ancora: se interesse e legittimazione siano condizioni o presupposti dell'azione (con risultati simi-

¹ Per tutti, R. VILLATA, *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2.

² Per una più compiuta discussione di queste questioni sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

li alla controversia appena richiamata). Per conseguenza, ma con autonomia di problemi e soluzioni, se la pronuncia relativa ad interesse e legittimazione sia di contenuto processuale o richieda un esame nel merito. Ed ancora, quale sia la posizione soggettiva del giudice rispetto alla domanda in relazione alla ricorrenza o meno delle condizioni dell'azione – la cui assenza, in sostanza, lo libera dal dovere di decidere nel merito la controversia. Si tratta di questioni centrali, delle quali ho provato ad occuparmi dettagliatamente³ in passato e dalla cui soluzione dipende molta parte della effettività della tutela giurisdizionale, venendone profondamente influenzato il diritto di azione giurisdizionale – diritto fondamentale, quest'ultimo, la cui natura è anch'essa oggetto di discussione⁴.

Poiché, poi, legittimazione ed interesse si collocano sul confine tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, l'incertezza rispetto a natura, contenuto e poteri delle situazioni giuridiche sostanziali rispetto alla potestà pubblica complica la questione. E' ben noto, ad esempio, come per lungo tratto ed autorevolmente si sia pensato che interesse legittimo ed interesse a ricorrere fossero la medesima cosa⁵. E' proprio nella dinamica delle posizioni soggettive individuali che si evidenziano i problemi di mancata adeguata definizione del loro contenuto e struttura; per conseguenza, le insufficienze nella definizione dell'interesse legittimo hanno fatto sì che, fino almeno agli anni Settanta del secolo scorso, la teoria delle condizioni dell'azione nel processo amministrativo sia stata quasi del tutto pregiudicata dall'idea che l'interesse legittimo avesse – appunto – contenuto processuale.

Per la verità non si può dire che tutte le questioni che si agitano intorno all'interesse legittimo siano state risolte, giacché il problema si carica di una molteplicità di sollecitazioni che difficilmente consentono l'acquietarsi della dottrina intorno a soluzioni generalmente accettate. Tuttavia, il superamento della teoria processuale dell'interesse legittimo ha liberato lo spazio di riflessione sulle questioni processuali ed, insieme, consentito di individuare la natura profonda dei problemi da risolvere proprio grazie alla prospettiva storica che ne emergeva. In ogni caso, se è certamente vero che in vari casi il problema della legittimazione è proprio quello della controversia circa il contenuto e la natura della situazione soggettiva sostanziale assai più che non

³ L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit.; ma sia consentito anche il rinvio a L. R. PERFETTI, *Il cumulo di azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 1260 e ID., *Il sistema di giustizia amministrativa*, in Carloti e Clini (a cura di), *Diritto amministrativo. II. Parte processuale*, Rimini, Maggioli, 2017, 1.

⁴ Nella scienza del processo civile, almeno, di recente ed anche per i richiami alla dottrina del passato, L. P. COMOGGIO, A. STESURI, *Art. 75*, in L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, Utet, 2012; F. CORSINI, *Delle parti. art. 75-81*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, Zanichelli, 2016; G. COSTANTINO, G., *Legittimazione ad agire*, in *Encicl. giur. Treccani*, 1990, 1; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, Giappichelli, 2006; A. BONAFINE, *La legittimazione e l'interesse ad agire nelle vicende di impugnazione delle deliberazioni assembleari delle s.p.a.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 1378; F. KELLER, *Profili evolutivi della legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 2018.

⁵ Ci si intende riferire a M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1946, 153.

quella propria del diritto processuale, non è meno vero che questa commistione tra rapporto sostanziale e processuale – rispetto ad altri aspetti della questione – complica il problema di diritto processuale, senza beneficio per la comprensione del contenuto del diritto fondamentale di cui all'art. 24 Cost.

In questo quadro, si colloca il tentativo⁶ di superare l'intero problema delle condizioni dell'azione con la costruzione del contenuto del diritto di agire in giudizio contenendosi nel perimetro dell'art. 24 Costituzione. Infatti, se si esamina già solo il puro dato testuale dell'art. 24 della Costituzione, vi si trovano, interamente iscritti nel concetto di azione giurisdizionale, gli elementi cui tradizionalmente si assegna un ruolo autonomo come condizioni dell'azione. Il diritto di agire in giudizio è chiaramente statuito come diritto fondamentale della persona e come tale deve essere garantito sempre, almeno quanto al suo contenuto essenziale. In questi termini non è difficile cogliere la simmetria con l'art. 6 della CEDU.

Il diritto fondamentale ad agire in giudizio configura l'azione giurisdizionale in modo atipico, come strumento diretto ad assicurare la revisione giurisdizionale delle situazioni soggettive protette dall'ordinamento, in modo che la stessa sia piena ed effettiva, come si richiede strutturalmente per la garanzia di qualunque diritto fondamentale. In questi termini il diritto ad agire in giudizio si configura come una sorta di *actio utilis*, vale a dire come la costituzione di un dovere in capo agli organi della giurisdizione affinché questi stessi assicurano protezione giurisdizionale piena ed adeguata alle situazioni soggettive sostanziali, indipendentemente dal fatto che l'ordinamento preveda anche singoli rimedi tipici (quali l'annullamento, ovvero la condanna o, ancora l'accertamento).

Ciò che la Costituzione vigente assicura è che la situazione giuridica soggettiva sostanziale protetta dall'ordinamento, ove divenga sofferente, sicché l'interesse materiale al godimento del bene della vita in quanto protetto dalle norme giuridiche applicabili non possa conseguire adeguata soddisfazione, trovi sempre un effettivo rimedio in sede giurisdizionale, affinché la pretesa sostanziale raggiunge i fini suoi propri e la persona, per conseguenza, possa concretamente godere del bene della vita. In questi termini, quindi, la decisione del giudice dovrà potersi avvalere di strumenti adeguati per assicurare che quell'obiettivo venga effettivamente raggiunto, con la conseguenza che nell'art. 24 Cost. è sempre contenuto il dovere ed insieme il potere in capo al giudice di assicurare rimedi effettivi e, quindi, disporre di poteri di decisione tali da consentire una adeguata protezione della situazione sostanziale. Così come l'interesse materiale al godimento del bene della vita trova soddisfazione nella sua protezione giuridica da parte dell'ordinamento nel rapporto sostanziale, allo stesso modo il diritto di azione assicura nel processo la soddisfazione di quella pretesa che in quanto frustrata nella vicenda sostanziale si trasforma in potere di domandare al giudice una pronuncia effettivamente soddisfattiva.

⁶ Di nuovo, L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit.

In questi termini, quindi l'interesse processuale e parte dello stesso diritto di agire in giudizio, così come la pretesa materiale lo è del diritto o dell'interesse legittimo nel rapporto sostanziale. Non sembra, quindi, casuale che la Costituzione repubblicana assicuri il diritto di agire in giudizio, pieno ed effettivo, alla persona *«per la tutela»* dei propri diritti e interessi legittimi; lo statuto giuridico dell'interesse processuale è tutto iscritto nella funzione del diritto di agire in giudizio: esso è assicurato non in astratto, né come generico potere della parte ovvero semplice pretesa nei confronti del giudice o ancora, dovere o onere di quest'ultimo; piuttosto, esso è coincidente con la funzione che il diritto fondamentale di agire in giudizio svolge nell'ordinamento e la ragione per la quale la costituzione gli assicura una protezione così piena ed effettiva.

È parte costitutiva del concetto di diritto fondamentale di agire in giudizio il fatto che esso abbia come unica funzione quella di essere strumentale alla tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

Per questa ragione il processo non può che essere un giudizio tra parti poste in posizione di parità di fronte ad un giudice terzo dotato di adeguati poteri di decisione.

Nessuna qualificazione in termini oggettivi del processo, vale a dire ultimativamente nell'interesse dell'ordinamento, della legalità o dello Stato, appare accettabile non solo perché verrebbe meno la natura stessa del processo, la terzietà del giudice e la parità delle parti ma, più ancora, perché il processo è interamente attivato dall'azione giurisdizionale portata dalla parte ed essa, per statuto costituzionale, è diretta solo alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive della persona tutto; non vi è giudizio senza proposizione di una domanda e quest'ultima spetta solo al titolare della situazione giuridica soggettiva materiale sofferente e solo allo scopo di assicurarvi piena ed adeguata tutela.

Si agisce in giudizio solo *«per la tutela»* dei propri diritti e interessi legittimi ed il processo, quindi, assolve solo la funzione di assicurare codesta tutela.

E' sempre l'art. 24 Cost. a dettare con evidenza il profilo della legittimazione ad agire. Così come per l'interesse processuale anche la legittimazione è parte sostanziale del concetto di diritto fondamentale ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi. Infatti, la Costituzione è chiarissima nell'individuazione dei diritti o interessi legittimi che la parte può agire in giudizio in quanto essi stessi si siano resi incerti o sofferenti nella vicenda sostanziale: si agisce in giudizio solo e soltanto per la tutela dei *«propri»* diritti o interessi.

Una simile configurazione dell'interesse processuale e della legittimazione ad agire sembra assorbire interamente nel concetto di diritto di azione queste due comunemente ritenute condizioni dell'azione. Per questa ragione non è mancato chi abbia ritenuto che, in fondo, non si tratti che di una diversa modulazione della ben nota teoria della prospettazione. In realtà, si tratta di un vero e proprio fraintendimento: legittimazione ed interesse non sono assorbiti nella prospettazione che la parte ne faccia al giudice; piuttosto è il diritto di agire in giudizio come diritto fondamentale ad essere caratterizzato da una completa strumentalità agli interessi e diritti della persona e che

alla persona spettano, sicché – salvi eccezionali ipotesi di sostituzione processuale previste espressamente dalla legge – non potranno mesi ipotesi nelle quali il diritto fondamentale di azione giurisdizionale sia esercitando da altri che il titolare del diritto o interesse legittimo leso nel rapporto sostanziale. Ne deriva una raffigurazione interamente in termini soggettivi del processo e, più ancora, una radicale strumentalità dell'azione dei pubblici poteri – compresa la giurisdizione – al godimento dei diritti della persona.

In questa direzione la possibile limitazione del diritto fondamentale a vedersi assicurata protezione giurisdizionale, che deriverebbe dall'esistenza di un area discrezionale e grigia, nella quale spetta al giudice verificare se chi agisce in giudizio disponga della necessaria legittimazione e vi abbia interesse, viene interamente superata. In questi termini, l'effetto pratico non si discosta eccessivamente da quello assicurato dalla teoria della prospettazione e, tuttavia, la raffigurazione del diritto di azione giurisdizionale, del suo regime costituzionale, della sua funzione, dei poteri che vi corrispondono sono significativamente differenti.

Ciò che appariva convincente nel proporre questa spiegazione del diritto di azione – e, con esso, della legittimazione e dell'interesse processuali – era anche che la giurisprudenza del giudice amministrativo, una volta letta in questa prospettiva, appariva non solo più coerente con il dettato costituzionale ma, trascurando l'uso di espressioni ricorrenti e la riconduzione degli argomenti agli approcci più tradizionali, facilmente riconducibile a questa spiegazione. In altri termini, sottoponendo ad esame gli insegnamenti della giurisprudenza, posti in relazione ai casi concreti ch'essa si trovava a decidere, non sembrava difficile rendersi conto del fatto che le sentenze del giudice amministrativo, per la più parte, utilizzavano i concetti tradizionali di interesse e legittimazione e, tuttavia, finivano per ritenerli assenti proprio in quelle ipotesi nelle quali la situazione soggettiva sostanziale non era protetta dall'ordinamento, ovvero il soggetto che agiva in giudizio non ne era titolare, oppure l'interesse materiale al godimento del bene della vita non era stato effettivamente compresso o, più spesso, la domanda proposta non curava adeguatamente la sofferenza della pretesa sostanziale. Così indagando la giurisprudenza, si traeva facilmente la sensazione che la stessa forse spiegabile adeguatamente sia alla luce di quest'approccio che delle teorie tradizionali di interesse e legittimazione – che pure normalmente venivano richiamate espressamente dal giudice. Tuttavia, le impostazioni tradizionali mostravano due difetti che questa spiegazione si proponeva di superare: anzitutto, nelle impostazioni tradizionali legittimazione ed interesse costruivano concetti elastici, suscettibili di interpretazioni largamente discrezionali, sicché ne derivava una possibile limitazione del diritto fondamentale di richiedere ed ottenere protezione giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche soggettive Incompatibile con la protezione costituzionale di questo stesso diritto fondamentale; in secondo luogo, non consentivano di escludere radicalmente spiegazioni oggettivistiche che apparivano, invece, del tutto inconciliabili con questa possibile teoria del diritto di azione.

3. La scarsa attenzione alla centralità della teoria dell'azione e l'impostazione del problema alla luce della conformazione (oggettiva o soggettiva) del processo.

3.1. Non si può dare dettagliatamente conto, in questa sede, dell'evoluzione della dottrina⁷ e della giurisprudenza degli ultimi quindici anni.

Tuttavia, non sembra difficile convincersi del fatto che la giurisprudenza abbia proseguito nel cammino di assicurare tutela piena ed effettiva alle situazioni giuridiche soggettive sofferenti nel diritto sostanziale, sia senza smettere di ricorrere ai concetti di carenza di interesse o legittimazione. Si tratta di due movimenti della giurisprudenza – per i quali sarebbe impossibile in questa sede dare conto dei precedenti rilevanti senza mutare il contenuto e lo scopo di questo lavoro – piuttosto riconoscibili.

Per un verso, infatti, la giurisprudenza ha costantemente proseguito il suo cammino per rendere piena ed effettiva la tutela, accompagnata da riforme legislative (sfociate prevalentemente nel C.P.A.) che la stessa giurisprudenza ha orientato. Per l'altro, non ha smesso di evocare interesse e legittimazione, il cui contenuto è, con tutta evidenza, quello di limitare l'accesso alla tutela giurisdizionale.

La contraddizione è solo apparente e, insieme, pericolosissima per ragioni che si esporranno in conclusione. E' apparente, perché se si esaminano le fattispecie concrete nelle quali la giurisprudenza ha ritenuto assenti interesse o legittimazione, non si faticherà a convincersi che si trattasse di casi nei quali difettavano la posizione soggettiva sostanziale, oppure il bisogno di tutela intorno ad essa; ciò al netto della perdurante confusione che impera nella nostra giurisprudenza circa la distinzione tra interesse processuale e legittimazione, trattati spesso come endiadi, come un tutt'uno o, peggio, come contenuto l'uno dell'altro (sicché, non di rado, il giudice amministrativo afferma l'esservi della legittimazione per ragione della sussistenza dell'interesse) ed al netto anche della diatriba circa il ricorso incidentale escludente, risolta dalla giurisprudenza europea in termini nettamente oggettivi e con trascuratezza rispetto al tema delle condizioni dell'azione⁸.

⁷ Senza pretesa di esaustività, di recente e con considerazioni di grande interesse sul resto del dibattito, F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511; in precedenza, in sede monografica, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2018; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, cit.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, Maggioli, 2016; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, 144. In ogni caso, tra i saggi, F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 774; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 364; F. FERRARI, *L'interesse c.d. legittimante ad agire*, in *Giur. it.*, 2014, 2745.

⁸ Sul tema, per tutti, R. VILLATA, *L'Adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1186; ID., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel processo amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, *ivi*, 2009, 285; ID., *Annotando gli annotatori*, *ivi*, 2011, 1183; ID., *Ancora «spigolature» sul nuovo processo*

Nella sostanza, la giurisprudenza del giudice amministrativo può essere spiegata sia alla luce degli insegnamenti tradizionali – che assegnano ad interesse processuale e legittimazione una funzione di filtro all’accesso alla tutela⁹ – che della spiegazione che si è appena (ri)proposta alla luce dell’art. 24 Cost. E ciò perché nella forma l’evocazione di interesse processuale e legittimazione avviene secondo formule tradizionali e l’applicazione in modo – quasi sempre – coerente con la più appagante teoria dell’azione giurisdizionale cui si è di nuovo fatto riferimento.

Come s’è anticipato, tuttavia, si tratta di un’utilizzazione che contiene un pericolo mortale per il nostro processo. Infatti, il giudice amministrativo se per un lato ha concorso in modo decisivo all’affermazione della pienezza della tutela, per l’altro ha conservato, costantemente esteso l’utilizzazione o ancora introdotto *ex novo*¹⁰ clausole generali ad interpretazione largamente discrezionale, che gli consentono di modellare la tutela in concreto quasi a suo piacimento.

E’ chiaro che interesse processuale e legittimazione appartengono alla prima categoria di istituti, vale a dire quelli che si sono conservati come riserva, valvola, polmone utilizzabile per modellare la tutela in concreto, quasi sempre in direzione sostanzialmente equitativa.

Un ordinamento ormai al collasso, caratterizzato da norme di legge puntuali tra loro contraddittorie, principi più evocati che disciplinanti, leggi provvedimento introdotte ogni qual volta si sia innanzi ad una vicenda di significativo rilievo sociale o eco-

amministrativo, *ibidem*, 1522; ID., *Finale di partita?*, *ivi*, 2015, 826 e, per la lettura delle decisioni fondamentali ed i loro commenti si può rinviare a *Dir. proc. amm.*, 2009, 146, ove i commenti di A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d’appalto ove anche il ricorrente principale contesta la mancata esclusione del vincitore*, e G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, *Dir. proc. amm.*, 2010, 617, ove il commento di A. SQUAZZONI, *L’Adunanza plenaria si pronuncia sul termine per notificare i motivi aggiunti nel rito ex art. 23-bis l. Tar (aggiungendo l’ennesima considerazione sull’ordine di esame delle censure escludenti incrociate)*; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035, ove i commenti di A. SQUAZZONI, *Ancora sull’asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria sulla nozione di interesse strumentale*, F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale* e M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale “escludente” e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell’Adunanza Plenaria)*; *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, ove il commento di L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*; *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 541, ove l’opinione di E.M. BARBIERI, *La Corte di giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell’Adunanza Plenaria*; sulla vicenda anche M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 986.

⁹ Di recente, l’idea che la legittimazione ad agire abbia la funzione espressa di consentire al giudice di filtrare l’accesso alla tutela è riproposta da M. MAGRI, *L’interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, Maggioli, 2017. Resta da osservare che assegnare al giudice il compito di filtrare la tutela significa consentirgli di esprimere un giudizio di meritevolezza circa la protezione della posizione sostanziale che, invece, risiede già nel fatto che essa sia protetta dall’ordinamento.

¹⁰ R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai “Cavalieri dell’apocalisse”?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 106.

nomico¹¹, ricorso ad una *soft law* fatta spesso più di slogan che di regole, e, per altro verso, confusione amministrativa e decrescente professionalità della dirigenza pubblica, spingono il giudice amministrativo ad utilizzare istituti caratterizzati da vasta ampiezza interpretativa come strumento per modellare il processo caso per caso, raggiungendo conclusioni spesso corrette per percorsi – altrettanto spesso – del tutto non condivisibili. In questo vasto repertorio di strumenti per rendere il giudice sostanzialmente libero di modellare il processo, interesse processuale e legittimazione non vengono rinunziati, per quanto l'uso che in concreto se ne fa è sostanzialmente compatibile con una lettura costituzionalmente adeguata del diritto di azione, sicché né l'uno né l'altra hanno autonomo rilievo.

3.2. In disparte questo, l'evoluzione dell'ordinamento, gli argomenti che hanno attratto l'interesse della dottrina¹² ed, infine, il permanere di orientamenti praticati dalla giurisprudenza¹³ tipicamente oggettivistici in relazione a singoli istituti processuali, hanno allontanato l'attenzione sul tema delle condizioni dell'azione dalla sua necessaria impostazione alla luce della teoria dell'azione giurisdizionale.

Ciò che sembra essenziale per ricostruire il problema dell'interesse processuale e della legittimazione, infatti, è concentrarsi nel fornire una adeguata teoria dell'azione giurisdizionale.

Invece, attratta da riforme legislative¹⁴ ovvero rilevanti problemi processuali, la dottrina sembra essersi orientata verso una sua rilettura nella prospettiva della configu-

¹¹ Per i problemi, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza, giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1021.

¹² Per la ricostruzione delle questioni aperte, in questo stesso fascicolo della *Rivista*, B. GILIBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, *passim*.

¹³ Per alcuni, ma decisivi, profili, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 218-294.

¹⁴ Si pensi solo a quelle che assegnano legittimazione straordinaria alla Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM o all'Autorità nazionale anticorruzione – ANAC, sulle quali, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 e ID., *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, 43. Naturalmente il tema è stato ampiamente frequentato e per alcuni riferimenti sulla questione della legittimazione predicata in capo ad ANAC, L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *ivi*, 499; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, *ivi*, 515; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm*, 2016; F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in questa *Rivista*, 2017, 421; M. D'Arienzo, *I poteri di intervento dell'ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. Proc. e Amm.*, 2018, 539.

Quanto ad AGCM, almeno, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 291 ss.; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garan-*

razione del processo in termini oggettivi o soggettivi – per lo più scambiandosi, così, la causa con l'effetto¹⁵.

La questione è piuttosto nota, ed è quella della introduzione da parte del legislatore di ipotesi di legittimazione ad agire in assenza di situazioni soggettive sostanziali e, quindi, nella prospettiva della domanda portata in giudizio non nell'interesse della parte ma di quello pubblico. Si tratta di una questione che deve essere risolta alla luce della eventuale incostituzionalità di codeste norme – *ex art. 24 Cost.* – ma che, come tale, non è destinata a fornire nessun dato rilevante circa la teoria dell'azione e, quindi, della legittimazione processuale. Si tratta, appunto, di eccezioni introdotte puntualmente dal legislatore e che come tali debbono essere considerate.

Collocare il problema della legittimazione nella teoria del processo non sembra utile a chiarire né l'uno né l'altra. Piuttosto, il coté della legittimazione processuale continua ad apparire quello della relazione tra la titolarità della situazione soggettiva sostanziale (e, quindi, del suo contenuto e poteri) e l'esercizio del diritto (fondamentale) di agire in giudizio a sua tutela.

Le ipotesi di sostituzione processuale (come quella che si verifica nel caso di azione da parte di enti o associazioni cosiddette “esponenziali” dei diritti individuali diffusi) o di affermazione della legittimazione per via legislativa¹⁶ ed in assenza di una situazione soggettiva sostanziale¹⁷, restano eccezioni che ogni processo può conoscere e che non ne mutano il volto.

te della concorrenza e del mercato, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2012; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, in *Federalismi.it*, 2011. Sul problema della legittimazione della AGCM si legga, comunque, Corte Cost., n. 20 del 14 febbraio 2013, in *Giur. Cost.*, 2013, 1, 329, commentata da M. MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2013, 342. e R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, *ivi*, 337, nonché da F. GOISIS, *op. ul. cit.*

Per una recente complessiva ricognizione del tema, N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 807.

¹⁵ Né sembra casuale che la dottrina straniera che questo stesso fascicolo della *Rivista* ospita, in assenza di distrazioni (in senso etimologico) che vengano da congiunture dell'ordinamento, correttamente imposta il tema della legittimazione in quello della teoria dell'azione e non del processo; cfr. C. FERRARI – BREEUR, *Le droit d'action dans le procès administratif français : les récentes évolutions*.

¹⁶ Per quanto se ne possa sottolineare il grande rilievo teorico e pratico (così, M. CLARICH, *Il public enforcement del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Concorrenza e mercato*, 99-106; sul tema, comunque, in questo fascicolo della *Rivista*, A. CARBONE, *Pienezza della tutela e modelli processuali differenziati*) esse si debbono considerare ipotesi eccezionali di legittimazione *ex lege*, tema sul quale occorre rinviare a P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 40 e V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, *cit.*

¹⁷ Per quanto si tratti di posizione largamente minoritaria in dottrina, vi è chi ritiene che una situazione soggettiva in capo ad AGCM sussisterebbe e ciò fonderebbe la sua legittimazione

4. Dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione. Nuovi pericoli per il diritto fondamentale a ricevere protezione giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche soggettive.

La permanenza del rilievo assegnato ad interesse processuale e legittimazione ad agire, l'introduzione di nuove ipotesi di legittimazione in assenza di situazioni soggettive sostanziali e la concentrazione dell'attenzione della dottrina che si sia occupata della legittimazione sulla struttura del processo anziché su quella dell'azione, tuttavia, non sono che movenze di un problema più radicale e profondo, che muove dal diritto sostanziale e si proietta su quello processuale.

Ciò che è evidentemente accaduto nel diritto sostanziale è un'intensissima pubblicizzazione dei rapporti e dei soggetti. Sul versante di questi secondi, una vasta area di soggetti privati o privatizzati è stata ricondotta all'ambito pubblicistico sia da singole norme legislative, sia dalle interpretazioni dottrinali che, soprattutto, della giurisprudenza. Dopo una lunga movenza dell'ordinamento nel suo complesso, nel solco tracciato dalla Costituzione, che si conduceva verso una raffigurazione dell'organizzazione per fini pubblici come caratterizzata da questi secondi e non dal suo profilo soggettivo, collocata sul versante dell'organizzazione della società più che dell'articolazione dello Stato¹⁸, si è assistito – negli ultimi quindici anni almeno – ad una sua intensa pubblicizzazione; società a partecipazione pubblica, fondazioni, privati concessionari, sono stati attratti da regimi pubblicistici che solo a fatica trovano spiegazione e che non di rado rispondono a logiche diverse se non contraddittorie. Considerazioni non troppo diverse possono farsi per il concetto di pubblico servizio, in ordine al quale non è difficile assistere (ad esempio nei provvedimenti dell'ANAC) ad esercizi di assonanza che poco hanno a che fare perfino con l'analogia più spinta, sicché brandelli di regime dettati per esigenze puntuali vengono tessuti in una trama sempre pubblicistica.

Sul versante dell'attività, poi, l'intera amministrazione per contratti ha visto una drammatica inversione di tendenza, sicché istituti che indiscutibilmente sono da ascrivere al diritto privato – e che anche l'anti-contrattualismo radicale

processuale; cfr. M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostanziali, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 579.

¹⁸ Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. Econ.*, LXV (2019), n. 98 (1/2019), 43; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa *Rivista*, IV (1/2019), 7.

della nostra tradizione¹⁹ aveva conservato in quell'ambito – sono stati riscritti in termini pubblicistici (non di rado compiendo articolati labirinti concettuali per giungere alle medesime conclusioni pratiche²⁰); inoltre, nel perimetro dell'esercizio di poteri certamente pubblicistici, si assiste ad un'affermazione della natura discrezionale di decisioni pubbliche che ben difficilmente tali sono qualificabili²¹, ovvero – a fronte di poteri certamente discrezionali – all'applicazione di un regime della discrezionalità improntato ad un'insindacabilità inconcepibile solo qualche anno fa e certamente incompatibile con il disegno costituzionale e del diritto europeo.

Ad unificare questo largo diffondersi della parabola pubblicistica è l'evocazione dell'interesse pubblico. Ordinariamente non si avverte il minimo sforzo definitorio, né di definizione del suo contenuto: l'interesse pubblico è, appunto, sostanzialmente evocato, divenendo una sorta di norma aggiunta, interposta laddove mancante nella legge a giustificare il potere ovvero utilizzata in via interpretativa a forzarne il dato. Alla capacità espansiva della clausola dell'interesse pubblico si aggiungono poi – sempre più frequentemente – altre previsioni – potenzialmente eversive – come l'urgenza o la natura straordinaria della previsione (frequente nel caso delle leggi provvedimento).

Il diritto sostanziale, in sostanza, è interessato da una vasta trasfigurazione in senso pubblicistico. Né si fatica ad individuarne le radici, stante il rapidissimo declino dello Stato nell'era della globalizzazione, del dominio dei mercati, del superamento delle autorità nazionali a favore di quelle sovranazionali; il risultato è che le autorità nazionali – legislatore e giudice – trovano nell'interesse pubblico, nella valutazione discrezionale, nella pubblicizzazione dei soggetti o delle decisioni strumenti per rispondere a bisogni sociali per i quali non sono più attrezzati.

Ovvio che tutto ciò si “scarica” sul processo amministrativo.

Se, quindi, la mancata adeguata definizione della teoria dell'azione – e, quindi, di quelle che sono ritenute essere le sue condizioni – in senso costituzionale appariva come creazione di un pericoloso spazio di filtro all'accesso alla tutela – sicché al giudice, attraverso il giudizio su interesse processuale e legiti-

¹⁹ Per più ampie considerazioni sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2002, 491.

²⁰ Un esempio è dato dall'art. 176 del codice dei contratti pubblici, per come interpretato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, tema sul quale sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Commento all'art. 176 Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*, in Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, 1426).

²¹ Solo per fare un esempio, si veda la giurisprudenza discussa in L. R. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, II. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, 237.

timazione sarebbe stata riservata un'area di apprezzamento discrezionale in grado di impedire l'accesso alla tutela a singole azioni o categorie di azioni – rispetto al quale era urgente intervenire, oggi i pericoli sono assai più profondi e vasti.

Autorevolissima dottrina indicava, solo due anni fa, tre grandi pericoli mortali per il processo – l'idea della giurisdizione come «servizio» e risorsa scarsa, la ragionevole durata del processo e l'abuso del medesimo – poiché assegnavano al giudice notevolissimi spazi di arbitrio circa il processo, con la facoltà di negare giustizia, ad esempio perché troppo onerosa rispetto al rilievo della questione o alla sua meritevolezza. Si tratta, certamente, di rischi mortali per il processo – e per di più inoculati da principi o regole che vengono maneggiati talora secondo “mode” interpretative, senza adeguata consapevolezza.

Ma altri pericoli appaiono non meno urgenti né meno gravi. Basterà qui indicarli senza ulteriori sviluppi o dimostrazioni – giacché si tratta di elencare dati e collegare giurisprudenza formatasi in materie molto diverse, occupando uno spazio al lettore incompatibile con la sede prescelta.

Nella sostanza, si tratta di pericoli che si radicano nelle esigenze che la giurisprudenza si trova a fronteggiare sovraccaricando il suo ruolo – e, nella sostanza, consegnando il principio di legalità ad un uso del processo sostanzialmente equitativo. Nel nostro momento storico, oltre alla perdita di ruolo dello Stato e dei pubblici poteri che porta con sé il contrappeso di una larghissima pubblicizzazione, la giurisprudenza si trova a confrontarsi sia con la pessima qualità della legislazione che con la inedita debolezza degli apparati amministrativi e la loro perdita di professionalità.

Il compito di supplenza di cui è onorata la giurisprudenza influenza tutti gli istituti processuali, naturalmente. E, tuttavia, si esprime principalmente sul fronte del *déni de justice* che consegue al contrarsi della giurisdizione.

In questi termini il tema urgente che si pone a chi abbia a cuore la protezione giurisdizionale dei diritti delle persone non sembra più essere solo quello della teoria dell'azione – né, tantomeno, quello della natura soggettiva o oggettiva del processo, sul quale la dottrina non cessa d'essere impegnata per ragione dei costanti attentati che la giurisprudenza ed, ancor più, il legislatore portano all'idea del processo di parti nell'interesse delle stesse – quanto, piuttosto, quello del contenuto e confine della giurisdizione.

E' facile individuare – ad imitazione della declinazione che ha proposto dottrina autorevolissima già richiamata – tre profili – o tre cavalieri, se si intende proseguire nella parabola apocalittica – lungo i quali questo pericolo si esprime.

Anzitutto, quello della contrazione del principio di legalità. In applicazione della *Rule of Law* il potere è assegnato all'autorità pubblica solo nei casi e per gli scopi previsti dalla legge. L'intensa pubblicizzazione che ci si para d'innanzi, invece, lo ricava non solo per analogia (ed espressamente, si badi, il che è ancora più sorprendente) ma anche attraverso la composizione di istituti e regole distinti, dettati per ragioni di interesse pubblico apertamente diverse; basterebbe richiamare alla mente come si siano estratti poteri a favore delle autorità indipendenti ove questi non sono previsti, non solo con la teoria dei poteri impliciti²² ma, più spesso – ed a vantaggio di qualsivoglia ente pubblico – componendo fattispecie attributive di potere ricavando segmenti della disposizione da una congerie di norme che ha in comune solo allusioni o richiami – basterebbe pensare all'uso giurisprudenziale di pezzetti di disposizioni diverse, dettate per ragioni d'interesse pubblico tra loro lontane, che si trova facilmente negli insegnamenti in materia di società a partecipazione pubblica ovvero di pubblici servizi.

La ragione di contrazione della tutela che agisce sul versante dell'esistenza e del contenuto della giurisdizione è data dal fatto che il giudice non applica norme preesistenti sulle quali le parti si possono misurare in un giudizio di legittimità, ma la compone in giudizio attraverso l'uso sincretico di significati formati in contesti del tutto diversi ed accomunati solo dalla strumentalità a sottrarre al diritto privato soggetti, atti, procedure.

La seconda prospettiva lungo la quale la giurisdizione esce contratta quando non negata è data dall'interposizione della clausola dell'interesse pubblico, evocata a comporre la fattispecie quando per raggiungere il risultato interpretativo mancano gli elementi nel testo della norma. Come nel caso precedente – con il quale, peraltro, di frequente si compone – ad essere stravolto è il contenuto della norma, sulla base di un pregiudizio pubblicistico: l'evocazione dell'interesse pubblico – sempre aggettivato come «*superiore*» - è funzionale a piegare il contenuto della norma ad esigenze interposte, non previste dalla norma ma utili a ricondurre in un generico ambito pubblicistico la vicenda specifica. Il risultato è che il potere non solo sarebbe definito ed integrato da un generale (e «*superiore*») interesse pubblico, ma che quest'estensione – quando non creazione – di ambiti di potere è sempre accompagnata dall'affermazione della sua insindacabilità.

A rendere estremamente pericolosi i due elementi che si sono indicati, infatti, la terza movenza della giurisprudenza amministrativa, che immancabil-

²² Sul punto, certamente, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001

mente si accompagna alle due appena indicata (o, almeno, ad una delle due): quella dell'affermazione della natura discrezionale di questi poteri e dell'insindacabilità della decisione di pubblico interesse. E' chiarissima in giurisprudenza l'affermazione della presenza di un generico (e «*superiore*») pubblico interesse come premessa per predicare la natura discrezionale della decisione e la sua insindacabilità. Si tratta di schemi utilizzati per decisioni discrezionali perfettamente sindacabili – e che divengono opache e radicalmente opinabili non appena si confondano gli elementi della fattispecie attributiva del potere ovvero vi si interponga la clausola di pubblico interesse inteso non come quello specifico indicato dalla norma ma come una sorta di *bonne à tout fait* in grado di mutare forma e sostanza della decisione amministrativa a piacimento o alla bisogna. Sono meccanismi che, tuttavia, vengono applicati anche in caso di valutazioni tecniche perfettamente sindacabili ed, anzi, in passato costantemente valutate dal giudice (si pensi anche solo a valutazioni tecniche come quelle relative all'anomalia dell'offerta).

L'interesse pubblico come evocazione di un limite implicito alla giurisdizione sempre presente, l'affermazione della natura discrezionale del potere volta a volta applicato unita a quella della sua insindacabilità, la composizione della fattispecie in funzione di pubblicizzazione della relazione con la conseguente riconduzione della lite nel perimetro dei primi due elementi, sono tutte movenze concrete del processo amministrativo che si traducono in contrazione o diniego della giurisdizione. Non si tratta di una nuova forma di *deference* nei confronti del potere pubblico o di una aperta contraddizione del percorso di affermazione della pienezza della tutela.

Si tratta, sembra, della prudente amministrazione del ruolo di supplenza cui il giudice è costretto, sicché lo stesso fatto della vita cui si accompagna l'applicazione di una norma attributiva del potere viene in taluni casi fatto oggetto di sindacato pieno ed, in altri, qualificato come decisione discrezionale circa l'interesse pubblico del tutto insindacabile. Il risultato è che l'estensione e la struttura della giurisdizione diviene un filtro caso per caso all'effettiva tutela che – invece – è costituzionalmente garantita.

In questo alveo le condizioni dell'azione possono tornare ad assolvere un ruolo di filtro discrezionale all'accesso alla tutela. Più ancora, però, questo limite si colloca sul versante del contenuto della giurisdizione, sul quale, quindi, non è meno urgente esercitare la vigilanza del pensiero critico.

II

STUDI

INTRODUZIONE

La Rivista avvia con questo numero un esperimento, che è il segno di un cambio di passo.

Anzitutto l'esperimento in sé. Nel secondo fascicolo dell'anno, a turno uno dei componenti la Direzione della Rivista sarà chiamato a sottoporre un contributo dedicato ad un tema che da tempo studia e che si presta a provocare una riflessione su temi generali del diritto pubblico, concentrandosi particolarmente sui suoi profili evolutivi, sul cambiamento che dobbiamo capire, affrontare e portare a sistema a servizio del godimento pieno ed uguale dei diritti delle persone.

In questo primo aspetto dell'esperimento sono contenuti per implicito molti elementi: anzitutto, la volontà è quella di proseguire l'esperienza di una Rivista molto pensata dalla sua Direzione, con un vivace ruolo attivo di chi la dirige, individuando i temi, discutendoli nel tempo di formazione del fascicolo e nella scelta degli scrittori da invitare — che nell'immediato futuro sarà accompagnata da veri call-for-papers; in secondo luogo, la consapevolezza di doversi confrontare con la realtà ed i suoi costanti cambiamenti, nei quali sono contenuti non solo profondissimi elementi che interrogano la teoria generale del diritto pubblico, ma che, non di meno, impegnano gli intellettuali a ricercare strade per la protezione della persona e dei suoi diritti; in terzo luogo, la consapevolezza che solo l'apertura verso i temi generali, alti, consente di dare risposte effettive alla prassi applicativa, alla vita concreta del diritto.

Il lavoro che si proporrà nella Rivista viene circolato ad un ristretto numero di studiosi, ordinariamente estranei alla Direzione — quando non anche al Comitato internazionale scientifico e di refereggio — in modo che possano discuterlo in brevi contributi destinati ad essere pubblicati sullo stesso numero della Rivista. Si tratta, anche quanto a questo secondo aspetto dell'esperimento, del segno di un'impostazione di fondo: le idee sono utili solo nella condivisione, nel confronto aperto all'esterno, perché possano diventare utile bagaglio nel percorso lungo i sentieri — non interrotti ma — complessi della realtà.

Come anticipato, un cambio di passo. L'idea è quella di fare della Rivista il centro motore di una serie di azioni, dalla riflessione in convegno all'animazione del dibattito nelle sedi universitarie in cui operano gli studiosi che intorno alla Rivista si raccolgono, in un rapporto osmotico tra esperienze individuali e dibattito collettivo. Il fatto d'avere scelto fin dappprincipio che la Rivista fosse in open-access aiuterà questo percorso di apertura, fruibilità, attiva partecipazione alle vicende culturali e del Paese.

(lrp)

PIERPAOLO FORTE

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto, Economia,
Management e Metodi Quantitativi (DEMM) dell'Università degli Studi del Sannio
pierpaolo.forte@unisannio.it

IL BENE CULTURALE PUBBLICO DIGITALIZZATO. NOTE PER UNO STUDIO GIURIDICO

THE DIGITIZED PUBLIC CULTURAL GOOD. NOTES FOR A LEGAL STUDY

SINTESI

Il lavoro, rilevando l'esistenza di "prodotti digitali", prova a studiare la esistenza ed i caratteri di un "bene digitale", e dunque di un "patrimonio digitale", ed in particolare di un "bene pubblico digitale" che possa dar vita, in conseguenza, all'ipotesi di un "patrimonio pubblico digitale", e per farlo si concentra sui beni "digitalizzati", ovvero già sussistenti in forma materica e sottoposti ad un processo tecnologico di trasposizione.

Collocandosi nel contesto del filone di studi che hanno lavorato sulla distinzione teorica tra *beni* e *cose*, analizza le evoluzioni di quelle conoscenze, connesse con le possibilità recate dalle innovazioni tecnologiche, che fanno rilevare le due dimensioni che apparentemente riguardano un solo oggetto (l'originale "analogico"), le quali circolano e stanno nel mondo, generano senso e valore, vengono usate, sono oggetto di lavoro, di scambi e contratti, di detenzione e maneggio, persino di discussione e critica, indipendentemente l'una dall'altra: una volta (ri-)strutturato in forma digitale il bene si affranca dalla sua "cosità" originale, e assume veste di oggetto a se', con un suo proprio supporto e caratteri immateriali e performativi che lo rendono distinto bene complesso.

L'indagine viene circoscritta alla digitalizzazione del bene culturale pubblico, trattandola come un paradigma, o meglio una sonda di ricerca, adatta ad isolare e rilevare i caratteri che possono connotare, per generalizzazione empirica, il bene pubblico digitale, rilevando che quelli digitalizzati non siano "beni culturali immateriali", ma che non consistano nemmeno in una mera riproduzione, per l'inevitabile intercessione della meccanica riproduttiva della digitalizzazione, e per la possibilità di aggiungere una serie di potenzialità di fruizione, di studio, di esperienze percettive, di contenuti e strumenti cognitivi.

Lo studio ipotizza che quelli costituiti in digitale siano propriamente e tecnicamente beni in senso giuridico, dotati di una propria identità; e che abbiano una dimensione, un valore, di conoscenza: esiste un "bene culturale digitalizzato", che è un oggetto documentale portatore di immagini e conoscenza a contenuto culturale attinta dalla dimensione immateriale di quello di base e, soprattutto se pubblico, costituisce una forma di offerta alla sua fruizione, una possibilità di

valorizzazione, e poiché che può essere oggetto di funzioni, diritti e relazioni giuridiche, ha bisogno di particolari esercizi di tutela e può essere gestito.

Analizza perciò i caratteri di tali beni, e prova a dedurre una disciplina delle funzioni che li riguardano dalla normativa vigente, rilevando le disconnessioni rispetto al regime giuridico dei beni “di base”, e le peculiarità che investono quelli nati con la digitalizzazione, relativamente alla costituzione, alle varie forme di utilizzo, alla tutela, alla gestione.

ABSTRACT

The paper, noting the existence of “digital products”, tries to study the existence and the characteristics of a “digital good”, and therefore of a “digital patrimony”, and in particular of a “digital public good” that can give life, consequently, to the hypothesis of a “digital public heritage”, and to do so it focuses on “digitalized” goods, that is, already existing in material form and subjected to a technological process of transposition.

Placed in the context of the legal studies that paper on the theoretical distinction between goods and things, it analyzes the evolution of that knowledge, connected with the possibilities brought by technological innovations, which point out the two dimensions that apparently concern only one object (the “analogical” original one), that separately and distinctly circulate and stay in the world, generate meaning and value, are used, are the object of work, of exchanges and contracts, of detention and possession, even of discussion and critics: once (re-)structured in digital form the good is freed from its original “thinghood”, and assumes the role of an object in itself, with its own support and immaterial and performative characters that make it well distinguished, complex good.

The essay is limited to the digitalization of the public cultural good, treating it as a paradigm, or rather a test case, suitable for isolating and detecting the characters that can connote, by empirical generalization, the digital public good, noting that the digitized ones are not “intangible cultural goods”, but which do not even consist of mere reproduction, due to the inevitable intercession of the reproductive mechanics of digitalization, and the possibility of adding a series of potentialities of use, study, perceptive experiences, contents and cognitive tools.

The paper hypothesizes that those transformed in digital are properly and technically goods in a legal sense, endowed with their own identity, and that they have a dimension and a value related to knowledge: there is a “digitized cultural good”, which is a documentary object bearing images and knowledge with a cultural content drawn from the immaterial dimension of the basic one and, especially if public, constitutes a form of offer for its fruition, a possibility of valorization, and since it can be the object of functions, rights and juridical relations, it needs special protection techniques, and can be managed.

It therefore analyzes the characteristics of that goods, and tries to deduce a discipline of the functions that concern them from the current legislation, disclosing the disconnections with respect to the legal regime of “basic” goods, and

the peculiarities that invest those born by digitalization, relative to the constitution, various forms of use, protection, management of them.

PAROLE CHIAVE: bene pubblico, bene digitale, digitalizzazione, bene culturale, valorizzazione, tutela, gestione.

KEYWORDS: public good, digital good, digitalization, cultural good, valorization, legal protection, management.

INDICE: 1. Premessa: metodo ed intenti. – 2 Il “patrimonio digitale”. – 3. Contesti teorici: cose, beni, “analogico” e “digitale”. – 4. Il bene culturale pubblico come sonda paradigmatica. – 5. Il “bene culturale digitalizzato”. – 6. Le funzioni implicate e i servizi che le supportano. – 7. La costituzione di un bene culturale digitalizzato. – 8. L'utilizzo del bene pubblico culturale digitalizzato: fruizione e riutilizzi. – 9. La fruizione del patrimonio pubblico culturale digitalizzato ed il conseguente utilizzo della conoscenza generata. – 10. La riproduzione digitale ed il riutilizzo per scopi di lucro. – 11. La questione della tutela del bene culturale digitalizzato. – 12. La gestione del patrimonio digitalizzato: cenni.

1. Premessa: metodo ed intenti.

Nel complesso mondo digitale che ormai ci circonda da tempo siamo alle prese con “prodotti digitali”, e dunque con la questione del “patrimonio digitale”, che fa sorgere la domanda in ordine alla esistenza ed ai caratteri di un “bene digitale”, e di un “bene digitale pubblico” (o forse di un “bene pubblico digitale”) che possa dar vita, in conseguenza, all'ipotesi di un “patrimonio digitale pubblico” (o forse di un “patrimonio pubblico digitale”).

La questione è ancora poco esplorata in termini giuspubblicistici, anche se ciò non significa affatto che manchino materiali, osservazioni, e assunti, anche provenienti da diverse discipline scientifiche; questo lavoro intende fornire qualche orientamento, provando a radunare alcuni tra questi elementi per uno studio propriamente giuridico che, data l'ampiezza del tema, parta da un punto più ristretto che possa essere, per le ragioni che esporremo a breve, paradigmatico.

Costituendo una ricerca di primo saggio, volta anche ad offrire ad altri studiosi spunti ed occasioni di lavoro, questa indagine ha numerosi limiti, alcuni dei quali espliciti ed intenzionali: non si occuperà approfonditamente, ad esempio, degli incroci che la questione indubbiamente reca con il diritto d'autore, né della disciplina del Web e di ogni prodotto digitale, come anche dei servizi tecnologici (ad es. per documentazione, gestione, conservazione e restauro, comunicazione, uso di dispositivi per fruizione, educazione e diletto); e pur avendo per bersaglio remoto la possibilità di individuare la esistenza ed i caratteri del “bene digitale pubblico”, non contemplerà per intero l'enorme latitudine delle cognizioni, delle supposizioni e delle ipotesi riguardanti i *beni pub-*

blici e la *proprietà pubblica*, nelle svariate declinazioni che secoli di studio e frequentazioni hanno fatto emergere.

Al contempo, rinuncia anche a porsi in carico l'intero spettro degli oggetti digitali, troppo ampio e svariato, e decide pertanto di cominciare da un punto, quello dei beni "digitalizzati", ovvero già sussistenti in forma materica e sottoposti ad un processo tecnologico di trasposizione che, avremo modo di osservare, va oltre la mera replica, e di circoscrivere l'indagine alla digitalizzazione del bene culturale pubblico, trattandola come un paradigma, o meglio una sonda di ricerca, adatta ad isolare e rilevare i caratteri che possono connotare, per generalizzazione empirica, il bene pubblico digitale.

2. Il "patrimonio digitale".

Che esista, si dia al mondo un *patrimonio digitale* pare poco discutibile, non solo guardandoci intorno¹, ma anche perché esso è ormai oggetto di atti e documenti giuridici del più vario tipo; se ne è occupato esplicitamente l'Unesco, che lo ha definito come l'*«insieme di risorse insostituibili di conoscenza ed espressione umana. Esso comprende risorse culturali, formative, scientifiche e amministrative, come anche informazioni di natura tecnica, giuridica, medica e di altro genere, create in digitale, o convertite in forma digitale a partire da risorse analogiche già esistenti. Se si tratta di risorse 'create in digitale', l'unico formato è l'oggetto digitale»*².

Questa definizione ci consente di supporre che la enorme quantità di "risorse" in formato digitale sia costituita da una sorta di materiale intangibile, fatto dunque di oggetti elementari, che tuttavia può essere lavorato intenzionalmente e coscientemente per dar vita, radunando e, in fin dei conti costruendo, ad oggetti complessi.

L'ipotesi degli oggetti digitali in quanto entità distinte, tutt'altro che indiscutibile, mi pare empiricamente confermata dalla esistenza, dall'efficienza, e dall'incredibile successo di strumenti come i "motori di ricerca", che non potrebbero esserci, o funzionare come fanno, se non vi fossero, appunto, materiali da cercare, che si possono trovare, non scappano né si nascondono né si

¹ Senza con ciò prendere alcuna posizione in ordine alle conseguenze di questa rilevazione, come quelle paventate da O. CALABRESE, *Baudrillard e la fotografia*, in E. DE CONCILIIIS (a cura di), *Jean Baudrillard o la dissimulazione del reale*, Milano-Udine, Mimesis, 2009, p. 31: «Le immagini hanno sostituito il mondo [...] la rappresentazione è finita [...] è proprio attraverso l'artificio e la simulazione, che il mondo esiste».

² Art. 1 della "Carta per la conservazione del patrimonio digitale" adottata dalla 32esima sessione della Conferenza Generale dell'UNESCO, 17 ottobre 2003.

presentano per loro iniziativa: sono oggetti, appunto, e possiamo percepirli e trattarli come tali³.

Posto che si intende qui studiare la digitalizzazione di beni esistenti, va rilevato che questa operazione riguarda ovviamente moltissime esperienze umane, ed ogni tipologia di soggetto, pubblico e privato, poiché si tratta di una innovazione epocale (molti parlano di rivoluzione), e non sorprende che la Strategia Europa 2020 sia incentrata sul quadro di «*un mercato digitale unico europeo*», una leva di trasformazione economica e sociale che mette al centro delle azioni i cittadini, le istituzioni, le imprese⁴.

Siamo insomma in grado di assumere, poiché largamente evidente, che pur prescindendo a primo acchito dalle implicazioni giuridiche, vi siano, si diano al mondo *oggetti* digitali, semplici e complessi, e possiamo anche già rilevare che essi possano circolare, che, almeno in potenza, siano appropriabili, e che, sia pure con accorgimenti, ciò possa avvenire anche con variegate forme di esclusiva. E se ciò appare una realtà in sé, autorizza anche l'ipotesi teorica che questi oggetti possano costituire beni in senso giuridico, se solo si pone mente alla notissima disposizione dell'art. 810 del codice civile italiano.

Ma prima ancora di addentrarsi nell'analisi giuridica, va affrontata una tra le domande che al riguardo possono sorgere, in qualche modo basilare, perché ci si può chiedere se queste "risorse" allorché abbiano origine da un territorio con rilievo culturale, una volta convertite in digitale ne siano anche esse dotate, e se posseggano tale rilievo anche quelle direttamente costituite in quel formato, e se perciò possa esistere, in conseguenza, un bene culturale digitale *tout court*. La questione è in effetti complessa perché, a tacer d'altro, potrebbe riguardare tutto ciò che viene generato o versato in digitale, l'immensa mole di risorse immesse nel *web* quotidianamente da miliardi di persone, in ogni momento⁵; a parte infatti le opere d'arte e quelle dell'ingegno concepite e prodotte

³ Sul complesso discorso, devo l'approccio al fondamentale lavoro di M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

⁴ Sul fronte della digitalizzazione del patrimonio culturale, sia pure anche qui con qualche ritardo, in Italia il lavoro è ormai avviato, e per quanto attiene al mondo pubblico, vorrei menzionare, tra altri, i progetti Minerva, MICHAEL, CulturaItalia, e l'apporto ad Europeana; sono poi in corso significativi investimenti sia al livello regionale che a quello statale, ed in Europa sono molte le iniziative in esecuzione: Si pensi alle varie sezioni connesse ad "Europeana", "Augumented RealiTy Supported adaptive and personalized Experience in a museum based oN processing real-time Sensor Events", "Cultural Heritage Experiences through Socio-personal interactions and Storytelling", "CULTivating Understanding and Research through Adaptivity", "The virtual city", "Tools and expertise for 3D Collection Formation", "Integrated Method for Policy making using Argument modelling and Computer assisted Text analysis"; nel corso del lavoro avremo modo di menzionare ulteriori prodotti in via di costruzione.

⁵ Secondo il rapporto [Worldwide Big Data Technology and Services Forecast, 2015-2019](http://www.idc.com), già a partire dal 2018-2019, gli utenti mobili sono 4 miliardi, il volume di dati generato è pari a 24 zettabyte, ovvero 6,75 TB per persona al giorno, il mercato delle tecnologie e dei servizi dedicato ai *big data* vale 48,6 miliardi di dollari: <http://www.idc.com>.

nativamente in digitale, c'è da riflettere su quanto questa massa di tracce del comportamento umano possa avere in sé una rilevanza culturale, indipendentemente dai valori artistici o intellettuali, come testimonianza di civiltà odierna, contemporanea.

Poiché quella discussione è in corso, e mi pare di poter dire che sia solo all'inizio, possiamo per ora accantonarla, e circoscrivere il campo d'azione, per meglio esercitare la riflessione rivolgendola alla digitalizzazione di quanto è già patrimonio culturale della Nazione, in appartenenza pubblica.

3. Contesti teorici: cose, beni, “analogico” e “digitale”.

Per molti aspetti la questione del “patrimonio digitale” e del “bene digitale”, in termini giuridici, rientra a pieno titolo nel grande e fondamentale filone di studi giuridici, grazie ai quali è stato possibile scoprire ed usare la complessità di una distinzione teorica tra *beni* e *cose*⁶; tuttavia, c'è ragione di credere che si tratti di una importante evoluzione di quelle conoscenze, connesse con le possibilità recate dalle innovazioni tecnologiche⁷.

Tali riflessioni sono state infatti sorte in un'epoca molto remota, nella quale le due dimensioni viaggiavano necessariamente insieme: in molte visioni il valore (anche giuridico) di una cosa è dovuto alla commistione tra le sue dimensioni materiali e immateriali, dalla quale dipende non solo l'identità perce-

⁶ A partire dalla distinzione tra ‘cose corporali’ e ‘cose senza corpo’ posta da Gaio nelle *Institutiones*, e alla definizione di *bonum* proposta da Ulpiano, (su cui si v. B. BISCOTTI, *Dei beni. punti di vista storico-comparatistici su una questione preliminare alla discussione in tema di beni comuni*, in L. GAROFALO (a cura di), *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, Jovene, 2016, I, pp. 1 ss.), la questione è una vera e propria topica della storia del diritto; nei suoi tratti più recenti, la relazione tra cose e beni è stata molto indagata in ambito privatistico, corroborata dai notissimi studi di S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, V, 1959; ID., *Cosa (teoria generale)*, voce *ibidem*, 1962; ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1964; ne si veda una ampia e, come sempre, chiara e lucida ricostruzione in P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977; ma è in realtà molto presente, con gergalità ed argomenti molto evoluti, in ambito giuspubblicistico, e non solo per gli studi sulla “proprietà pubblica”: si vedano, ad esempio, A. M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Diritto e economia*, 1956; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Milano, Giuffrè, 1963; ID., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, Jovene, 1971, rist. Torino, Giappichelli, 2019. Di alcune evoluzioni in entrambi gli ambiti si darà conto, per quanto possibile, in prosieguo.

⁷ L'importanza decisiva di «un determinato contesto giuridico o tecnologico» per la comprensione dei beni pubblici è assunta da G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 150 ss.. Ma per molti aspetti è discussa anche in ambiti giusprivatistici: cfr., ad es., O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, Giuffrè, 1982; A. BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 855 ss.;

pita della cosa e la sua distinzione, perciò, dalle altre in quanto bene⁸, ma anche la ragione del suo regime giuridico, o di quello della sua circolazione, o di quello della sua appartenenza e delle potestà, delle facoltà di chi lo detenga, lo possieda, ne sia proprietario, o ne abbia comunque una qualche responsabilità⁹; insomma, sono sempre le cose a occupare il mondo, e la raffinatezza, a parte qualche incomprensione sull'argomento¹⁰, sta nell'assumere che le loro sovrastrutture, come i regimi giuridici, le posizioni soggettive e le tutele che ne derivano, sono meccanismi intangibili che afferiscono alla loro qualità di beni¹¹, che certamente riguardano anche produzione, circolazione, possesso, detenzione e, dunque la distribuzione, e la conservazione nel tempo; ma si tratta pur sempre di dimensioni del medesimo oggetto¹², dipendenti dalla percezione o dalla utilità per il soggetto¹³.

L'avvento e la diffusione rapidissima della dimensione digitale fanno oggi dubitare che approcci di tale genere possano essere esaustivi¹⁴; non solo per le

⁸ O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza* cit., pp. 34 ss..

⁹ «la nozione di cosa [...] costituisce l'elemento materiale del concetto giuridico di bene, attraverso l'interesse che l'ordinamento giuridico tende a tutelare, attribuendo al soggetto un determinato diritto. In sostanza, la cosa è il punto di riferimento oggettivo al quale si ricollega l'interesse costituente il nucleo del diritto soggettivo, mentre il bene è l'espressione oggettiva (elemento del patrimonio in senso giuridico) di quel tale interesse tutelato dal diritto e riferito al soggetto»: così S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 328.

¹⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 51; A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e poi da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè 2012, p. 68, sostiene il «ripudio di quegli insegnamenti per cui le res communes omnium non sarebbero catalogabili tra i beni. Questa esclusione è del resto logicamente errata perché inserisce nella definizione del concetto di bene un medio logico non previsto da alcuna fonte, ossia che si deve trattare di beni-cose appropriabili individualmente».

¹¹ V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, 1988, p. 443; non a caso, R. D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 105, osserva che «quella dei beni è una vera e propria qualificazione», e molto descrittivamente G. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1139, rileva che «dal punto di vista giuridico, poi, una cosa è appropriabile o non appropriabile, se esiste o non esiste un precetto, una regola, una norma».

¹² A titolo paradigmatico, si veda il lucido argomento usato da S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano 1962, pp. 107 ss., a proposito della colonna d'aria sovrastante il suolo, che non può essere considerata bene giuridico autonomo ai sensi dell'art. 810 c.c., ma una misura della estensione del diritto del proprietario sul suolo ed il limite della sua potestà.

¹³ Lo spiega bene P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'modernò e 'pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1060, a giudizio del quale nella modernità «il bene è semplicemente l'ombra dell'individuo proprietario a livello delle cose».

¹⁴ P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'modernò e 'pos-moderno* cit., p. 1061: «Il bene si dissocia dalla cosa per divenire un'entità simbolica, mentre si attenua fino a vanificarsi il raccordo fra teoria dei beni e teoria della proprietà; si dissocia dalla cosa per incarnare un valore in sé e rinviare a situazioni di tipo non reale». Mentre da tempo si ha consapevolezza di ciò nell'area giuspubblicistica (ad es. si veda, per tutti, le considerazioni di L. R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, pp. 1 ss.), la questione, è ormai molto ampia; in realtà, si era già posta, remotamente, con riguardo alle «energie», e più recentemente per l'etere, le radiofrequenze, i diritti edificatori, la «ricchezza d'impresa» (l'avviamento, la clientela, i dati per-

ormai risalenti scoperte della particolare condizione della “riproducibilità” fedele di un prodotto peculiare, idiomático¹⁵, e della consapevolezza che ciò nonostante la ripetizione non è avvicinarsi dell’identico, come abbiamo potuto verificare già dai primi studi sugli atti e i procedimenti “informatici”¹⁶; il punto è che la digitalizzazione ci sta conducendo dritto dritto ad una condizione nella quale le due dimensioni che apparentemente riguardano un solo oggetto (l’originale “analogico”) non sono la mera replica l’una dell’altra, ma l’una una sorta di versione arricchita dell’altra, e perciò distinguibile ancorché necessariamente connessa: siamo già oggi di fronte alla possibilità che le due dimensioni “viaggino” distintamente, circolino e stiano nel mondo, generino senso e valore, vengano usate, siano oggetto di lavoro, di scambi e contratti, di detenzione e maneggio, persino di discussione e critica, indipendentemente l’una dall’altra.

sonali, il software...), gli *slot* aerei, le “quote di produzione”, gli strumenti finanziari, ecc.: tra moti, si vedano ad esempio N. AICARDI, *Energia*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. II, Milano, 2007, p. 691 ss.; S. MANNONI, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, 2014; V. ZENO-ZENCOVICH, *La nuova televisione europea*, Bologna, Maggioli, 2010; S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, Cedam, 2012; A. GAMBARO, *Dalla new Property alle new Properties*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, Giuffrè, 2004; C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e Diritto Privato*, 2018, p. 955 ss.; P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà, oggi*, in G. COLLURA (a cura di) *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato - Atti del X incontro nazionale*, Firenze, 25/26 gennaio 2008, Milano, 2009, p. 16 ss.; nella recente giurisprudenza, la rilevanza dell’immateriale viene colta, ad esempio, per il trattamento dei vari casi del danno non patrimoniale («categoria unitaria in cui rientrano sia il danno alla salute in senso stretto, biologico, sia quello di tipo esistenziale» secondo la recentissima T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 15 gennaio 2018, n. 427), della ditta («un segno distintivo dell’imprenditore, un bene immateriale costituito dal nome sotto il quale questi svolge la propria attività» secondo Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3 novembre 2017, n. 468), della testata giornalistica (Cass. civile, sez. trib., 17 gennaio 2013, n. 1102), della “licenza taxi” («bene strumentale immateriale del piccolo imprenditore tassista» per Cassazione civile, sez. trib., sent. 4 ottobre 2017, n. 23143), del fatturato d’impresa nelle operazioni di avalimento nei contratti pubblici (Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2015, n. 1020), della quota o l’azione di una società (Cass. civ., sent. 12 dicembre 1986, n. 7409), dei suoi dati bancari (Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2014, n. 47105), dei *social network* trattati come “luogo pubblico” (Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2014, n. 37596).

¹⁵ P. VALÉRY, *La conquête de l’ubiquité*, in ID., *Pièce sur l’art*, Paris, Gallimard, 1934, p. 105, aveva intuito che presto sarebbe stato possibile «trasportare o ricostituire in ogni luogo il sistema di sensazioni – o più esattamente, il sistema di eccitazioni – provocato in un luogo qualsiasi da un oggetto o da un evento qualsiasi», una sorta di “ubiquità” capace di rendere le opere “fonti” o “origini” di una «distribuzione della Realtà Sensibile a domicilio». Il saggio di Valéry fu portato in esergo allo studio di W. BENJAMIN, *L’opera d’arte nell’epoca della sua riproducibilità tecnica*, [1955], trad. it. Torino, Einaudi, 1998.

¹⁶ Il riferimento, in Italia, è ai seminali studi di G. DUNI, *L’utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell’emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell’atto emanato nella forma elettronica*, in *Riv. amm.* R.I., 1978, pp. 407 e ss.; A. MASUCCI, *L’atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1993, e ID., voce *Atto amministrativo informatico*, in *Enciclopedia del diritto*, 1997, I agg., p. 221; V. FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1992, XLIV, p. 60.

Si può dubitare, insomma, che il prodotto digitalizzato sia una seconda variante di una singola cosa, di un originale semplicemente replicato, “proiettato” – a dir così – su schermo digitale, come nella idea in Pugliatti dei “beni giuridici” sia in senso stretto che in senso lato¹⁷, poiché, come subito proveremo ad assumere, vi si può scorgere una distinta suità, una sorta di quadrato del bene, che è un ente, reca un’entità diversa da quello radicale.

L’ipotesi di studio infatti è che, pur partendo da una prima dimensione tangibile o comunque dotata di una peculiare capacità di percepibilità, una volta (ri-)strutturato in forma digitale il bene si affranchi dalla sua “cosità” originale, e assuma veste di oggetto a sé, sia altra “cosa” rispetto al bene di base, con un suo proprio supporto e caratteri immateriali e performativi che lo rendono distinto bene complesso, con la notevole conseguenza che, per questa via, si spezzi, anzitutto, un elemento determinante per la dimensione giuridica del bene, ovvero la sua scarsità assiomatica e la conseguente fruibilità circoscritta a causa dei limiti della cosa: digitalizzati e messi in rete, questi oggetti sono disponibili ad un indifferenziato numero di fruitori, ed offrono potenzialità di riuso che moltiplicano le possibilità di costituire valore aggiunto, e nuovi prodotti e servizi, ma soprattutto generano una nuova ontologia¹⁸, una entità in sé, non solamente (come in certe visioni il bene fa in confronto alla cosa radicale) la sua differenziazione/identificazione rispetto al soggetto o ai suoi interessi¹⁹.

Ciò ha notevoli conseguenze per una rilevazione teorica di tipo giuridico, poiché – a tacer d’altro – i caratteri della non escludibilità e della non rivalità della dimensione digitale di un oggetto, nativi e non dipendenti dalla sua percezione o dal suo trattamento giuridico intenzionale e interpretativo, alterano

¹⁷ S. PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., pp. 2, 24, 27, 61 ss.;

¹⁸ Poiché ci riferiamo a beni costituiti intenzionalmente, l’espressione “ontologia” è qui usata come sintesi dei caratteri di una entità, supponendo che, appunto, sia riconoscibile e si possa descrivere oggettivamente anche per i prodotti che siano effetto di lavoro umano, posto che, in quanto scienza, l’ontologia «serve a classificare ed esplicitare i caratteri di ciò che classifica»: così M. FERRARIS, *Oggetti sociali*, in *Sistemi intelligenti*, 2003, n. 3, pp. 441; anche in ambito digitale il sintagma è perciò largamente e convenzionalmente presente, ancorché in senso molto applicativo, come «modellizzazione della realtà in forme analizzabili secondo regole fisse» (C. GNOLI, V. MARINO, L. ROSATI, *Organizzare la conoscenza. Dalle biblioteche all’architettura dell’informazione per il Web*, Milano HOPS, 2006, p. 44), «strutture logiche in cui si codifica la semantica di uno specifico dominio del sapere» (G. CRUPI, *Oltre le colonne d’Ercole. Linked data e cultural heritage*, in *JLIS.it*, Vol. 4, 2013, n. 1). Nel “Piano Triennale per l’informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019” è definita come «la descrizione formale esplicita dei concetti di un dominio sotto forma di un insieme di oggetti e di relazioni, una struttura di dati che consente di descrivere le entità e le loro relazioni in un determinato dominio di conoscenza»: <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/strategia-quadro-normativo/piano-triennale>.

¹⁹ È molto utile, al riguardo, l’approccio proposto da A. GAMBARO, *I beni*, cit., pp. 67 ss., di tipo “ontologico” dunque attento all’oggetto «mentre la posizione del soggetto, logicamente e storicamente viene dopo» (p. 82), e i beni diventano tali in termini giuridici «in ragione della loro potenzialità e non del loro sfruttamento» (p. 84).

completamente uno degli elementi presupposti di molti assunti, dogmatici e normativi, riguardanti il bene pubblico: la limitatezza fisiologica nel suo utilizzo. Con la conseguenza che, se fosse possibile qualificarlo come bene pubblico, va ipotizzato che, almeno in potenza, quello digitalizzato sia un così detto bene pubblico puro, anche se, come subito vedremo, è tecnicamente possibile la sua escludibilità, una limitazione cioè nella offerta, frutto però di una precisa scelta politica, non di una condizione del bene in sé.

4. Il bene culturale pubblico come sonda paradigmatica.

La differenza tra riproduzione tradizionale delle “cose”, e bene-oggetto digitale, e le complessità che questa differenza porta con sé, si vedono molto bene con riguardo al bene culturale, per il quale nel 900 sono stati prodotti grandi impegni per riuscire a fornirne una definizione giuridicamente rilevante.

Il passo più importante di quel percorso di evoluzione, in Italia, fu raggiunto con i lavori della Commissione Franceschini che, come è noto, riuscì ad affrancare ciò che da allora in poi fu possibile trattare come bene culturale²⁰ dalla sua dimensione meramente estetica, dall'area del “bello”, del “pregio”, conducendolo entro quella documentale, e qualificandolo per la sua funzione di “testimonianza”²¹, un'operazione resa inevitabile anche dalle evoluzioni nelle arti che, intanto, sfondavano tutte le barriere dei corpi meccanici ed esplorando l'immenso territorio dell'immateriale anche con i linguaggi e le forme espressive, cioè con le tecniche oltre che con l'apporto spirituale ed intellettuale (il cor-

²⁰ E. FOLLIERI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, ESI, 2005, p. 15, nt. 6: «dietro i mutamenti lessicali operati dalla Commissione Franceschini si nascondono, indubbiamente, precise opzioni di tipo sostanziale. Così, l'utilizzo della locuzione 'beni culturali' in luogo delle 'cose d'arte' implicava la distinzione tra beni, intesi in senso giuridico, e cose materiali. In tal modo, si sottolineava la specifica attitudine di tali beni a soddisfare un interesse dell'uomo».

²¹ A. BARTOLINI, *L'immaterialità di patrimoni culturali*, in A. BARTOLINI, D. BRUNELLI, G. CAFORIO (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti di convegno svoltosi ad Assisi, 25-27 ottobre 2012), Napoli, Jovene, 2014, p. 228, nota come la preservazione della memoria (e dunque, diremmo oggi, del carattere immateriale) sia stato sempre presente nella disciplina e negli interventi pubblici riguardanti il patrimonio culturale; ed in effetti, le conoscenze accumulate su tali comportamenti pubblici preunitari (dalla normativa del Granducato di Toscana del 30 maggio 1571, alla Pragmatica LVII di Carlo di Borbone del 24 luglio 1755, ai cataloghi settecenteschi della Repubblica veneziana, alle bolle papali cinquecentesche o agli editti dei Cardinali Camerlenghi sette-ottocenteschi) sono ampiamente considerati anche dalla recente manualistica: cfr. ad es. A. MORRONE, *Elementi di diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2014, p. 7; G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Padova, 2013, pp. 42 e ss.; M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II, Milano 2003, p. 1451.

po mistico riconoscibile in ogni opera, anche di quella più ortodossamente figurativa e manualisticamente mimetica).

Insomma con quella svolta si è accettato di rivolgersi anche ai contenuti intangibili, epistemici, cognitivi offerti da un bene²², senza che, tuttavia, ciò potesse in dubbio che essi afferissero sempre alla medesima cosa, da essa venissero suscitati, ed ancorché sia divenuto rapidamente evidente che così possano sorgere ulteriori, molteplici situazioni giuridiche aggiuntive (diritti, facoltà, potestà, poteri), al punto da far dubitare che le facoltà dominicali sulla cosa riguardino anche i valori e le funzioni riguardanti quei contenuti²³, il bene giuridico culturale rimane sostanzialmente unico²⁴, costituito dalla sua cosa materiale e dai suoi valori intangibili; tanto è vero che, per esempio, per far fruire, per esporre un qualsiasi bene culturale occorre muovere la “cosa” in cui è incorporato il suo immateriale (o, il che è lo stesso, il suo fruitore), per venderlo o per espropriarlo occorre trasferirne il possesso, e persino per assicurare il suo valore immateriale con atti di tutela o di limiti alla circolazione, occorre riferirsi, sempre, alla cosa.

Ma la potenza ed il rilievo dei contenuti immateriali, una volta giunti alla percezione (anche giuridica), hanno fatto sì che quegli elementi sono, in seguito, letteralmente esplosi, anche grazie a numerosi ed importanti convenzioni globali, che ormai ci fanno accettare che del territorio culturale facciano parte, accanto a cose materiali e tangibili rese beni culturali dal loro valore testimoniale, anche pratiche, comportamenti, credenze, usanze, riti, abitudini alimentari, insomma “beni” dei quali è difficile individuare il corpo meccanico, la “cosa” che li porta e li incorpora. Il che rischia di rendere stretto il riferimento alla “testimonianza” se, come noi giuristi capiamo bene, ad essa venga legato un orientamento tendenzialmente retrospettivo, se abbia ad oggetto qualcosa che già sia avvenuto, si rivolga, insomma, al passato più agevolmente che al presente o al futuro²⁵: ristrettezza che si avverte bene oggi, se solo si pone mente alle timidezze con cui è stata recepita la Convenzione europea del paesaggio del 2000, o alla reticenza con cui ci ostiniamo a non recepire la Convenzione di Faro del 2005, a proposito dell’eredità culturale.

²² M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 26, 31; A. BARTOLINI, *L'immaterialità di patrimoni culturali*, cit., p. 116; L. CASINI, “Noli me tangere”: i beni culturali tra materialità e immaterialità, in “*Aedon*”, 2014, n. 1.

²³ M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., *passim*.

²⁴ M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, Soc. Ed. Il Foro it., 1952, p. 211.

²⁵ Ho provato a spiegare l'assunto in P. FORTE, *Il contemporaneo in Italia: qualche riflessione sulle evoluzioni normative e sui modelli di gestione*, in *Economia della cultura*, 2014, n. 1, pp. 5 ss..

Ciò che interessa sottolineare, tuttavia, è la possibilità di un importante assunto che può essere esaminato e discusso, ovvero che quelli digitali siano cosa diversa dai “beni culturali immateriali”²⁶, o “intangibili”²⁷, volatili”²⁸, timidamente qualificati come “espressioni di identità culturale collettiva” dall’art. 7-bis del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e dunque non valgono per quelli gli argomenti, i dubbi e le esitazioni che continuano a circondare questi²⁹; e che, proprio perciò, a causa di queste sue peculiari condizioni evolute, il bene culturale digitalizzato è effettivamente una ottima cavia di ricerca per cominciare a capire qualcosa in più sul bene pubblico digitale *tout court*.

5. Il “bene culturale digitalizzato”.

La difficoltà di staccarsi dalla cosa in ambito culturale è tutt’altro che immotivata³⁰, e dispiega tutta la sua complicazione nell’affrontare gli impegni della digitalizzazione del patrimonio culturale pubblico.

Per provare a rilevare i connotati di un bene culturale che sia stato digitalizzato, può anzitutto sorgere la tentazione di ritenere che la digitalizzazione consista, sostanzialmente, in una mera riproduzione, funzione che è ampiamente, e da molto tempo, conosciuta per i beni culturali; ed in effetti non può negarsi che digitalizzare significhi (anche) riprodurre fedelmente, accuratamen-

²⁶ L’assunto è stato già proposto da G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. 1.

²⁷ T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO, (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*. Milano, Giuffré, 2012; G. SEVERINI, *L’immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2015; A. L. TARASCO, *Il Patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, Editoriale Sscientifica, 2017, p. 71.

²⁸ A.M. CIRESE, *Introduzione*, in R. GRIMALDI, *I beni culturali demo - antropologici. Schedatura e sistema informativo*, Torino, Provincia di Torino, 1988, p. 13.

²⁹ Per tutti, si veda, da ultimo, A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 2019, n. 1.

³⁰ S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rass. Arch. Stato*, 1975, p. 116 ss.; T. ALIBRANDI, P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffré, 2001, p. 47. Più di recente, si vedano gli argomenti di G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali?*, in *Aedon*, 2014, n. 1, ora in A. BARTOLINI, D. BRUNELLI, G. CAFORIO, (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, cit., pp. 119 e ss.; L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, 2016, spec. p. 50; ottimo il riassunto offerto da G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.: «secondo la dogmatizzazione classica dei beni immateriali, essi consistono in una creazione intellettuale (il c.d. *corpus mysticum*) che si estrinseca in un *corpus mechanicum*. E qui appunto — se mi è consentito ripercorrere il pensiero del Maestro — il *corpus mysticum* nasce per effetto del giudizio valutativo che acclara la presenza nel *corpus mechanicum* di una testimonianza di civiltà (e non il “pregio”, terminologia della prassi che Giannini contesta, ed infatti la legge parla di “interesse”). Però, a differenza di quello che avviene per i beni immateriali, il *corpus mechanicum* non è la mera esternazione del prodotto intellettuale (come ad es. l’esecuzione radiofonica) avente una sua autonomia, ma coincide con il valore culturale, in un rapporto di simbiosi o di compenetrazione. E comunque difettano i requisiti della riproducibilità e dell’indistruttibilità, che costituiscono caratteristiche tipiche e necessarie del bene immateriale».

te, e potentemente una cosa, fornendone una rappresentazione molto accurata, in un formato accessibile oltre lo spazio ed il tempo e largamente maneggiabile, che ne possa consentire, così, una fruizione diversa, potenziata, universale³¹, ancorché del tutto priva della unica *cosa* in gioco, e anche di alcuni caratteri che la rendono *bene culturale*³².

Se digitalizzare fosse solo riprodurre, semplicemente replicare, tuttavia, dobbiamo considerare che questa operazione può arrecare, con la perdita della “cosità”, un secondo, importante *vulnus* rispetto al bene culturale di base, poiché nella riproduzione verrebbe meno l’“aura”, la “autenticità” (dell’opera, dell’autore, della tecnica utilizzata, della resa estetica, della capacità documentale...), ed in conseguenza «*vacilla anche [...] la virtù di testimonianza della cosa*»³³.

Questo assunto, su cui sembriamo facilmente concordare perché appare molto evidente, va riguardato tuttavia con attenzione, col “secondo sguardo” proprio dell’indagine scientifica; anche con riguardo alle cose, la replica, la copia, non provoca sempre la delusione della mancanza d’aura, e nemmeno, in sé, una sicura *deminutio* del valore culturale (=documentale) dell’oggetto, altrimenti non si spiegherebbero la indiscussa appartenenza al patrimonio culturale delle riproduzioni, seriali, di scuola, di bottega, di opere d’arte provenienti dall’antichità³⁴, della innumerevole quantità di oggetti artigianali o di uso comune, e dunque fisiologicamente molteplici e ripetuti, che riempiono musei e parchi archeologici, o, per l’epoca contemporanea, il trattamento delle opere strutturate in “multipli”, di quelle fotografiche e grafiche, o di quelle degli “appropriazionisti” (che in realtà, tuttavia, copie non lo sono mai): la condizione di “copia”, in sé, può essere comunque foriera di un valore cognitivo, documentale, di testimonianza, e dunque, magari senza “brivido”, comunque culturale.

A prescindere da ciò, su cui torneremo, se dal punto di vista strutturale la digitalizzazione può consistere in una mera riproduzione, va anzitutto considerata l’impossibilità di dar vita ad una mera copia, inerte, pedissequa, non foss’altro che per l’inevitabile intercessione della meccanica riproduttiva che,

³¹ Il fenomeno è studiato ampiamente nelle discipline aziendali: cfr. E. CAVALIERI, *I modelli gestionali: il management museale*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 264; per L. SOLIMA, *Management per l’impresa culturale*, Roma, Carocci Editore, 2018, pp. 177 ss., la tecnologia interviene nella fase di produzione del servizio e, sempre più, in quella della sua distribuzione.

³² Parla di “dematerializzazione” M. CAMMELLI, *Immateriale economico e profilo pubblico del bene culturale*, in G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI (a cura di), *L’immateriale economico nei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 92.

³³ W. BENJAMIN, *L’opera d’arte nell’epoca della sua riproducibilità tecnica*, cit., pp. 9 ss.

³⁴ Cesare Brandi, infatti, riesce a spiegarlo in termini un po’ meno razionali, quando descrive «*il brivido inequivocabile che scocca solo di fronte ad un originale*»: C. BRANDI, *Viaggio nella Grecia Antica*, Milano, Bompiani, 2007, p. 304.

invariabilmente, altera almeno alcuni dei caratteri oggettivi del bene di base; ed in secondo luogo, che la digitalizzazione ha anche la possibilità, per colmare la possibile perdita di “testimonianza” che proviene da quello originale, che ne è il valore culturale, di aggiungere alla riproduzione, e dunque alla replica dell’“immagine”, al suo ritratto (infedele), una serie di potenzialità, che anche nelle operazioni più elementari ne consentono, ad esempio, una più accurata possibilità di studio³⁵, una moltiplicazione ed un approfondimento delle esperienze percettive³⁶, ma soprattutto di fornire contenuti e strumenti cognitivi di vario genere, che qui chiameremo riassuntivamente *iscrizioni*, che suppliscono a ciò che si perde con la mancanza di *cosità* ed originalità, la diminuzione dell’aura, ed aumentano la sua capacità di veicolare conoscenza, riapportando ed aggiungendo così valore.

La digitalizzazione del bene culturale, insomma, può far fronte alla mancanza di originalità, ed alla riduzione di aura che ne consegue per effetto della riproduzione, con l’aggiunta di iscrizioni, per colmare il *gap* di testimonianza dovuto alla possibile percezione come replica, ed utilizzando questa possibilità per aggiungere elementi di conoscenza di cui l’originale è, in sé, meno *esplicitamente* dotato³⁷.

Questa possibilità strutturale rende possibile evitare, o quantomeno ridurre, il rischio tipico di ogni replica, la deriva verso il *simulacro*³⁸, la banalizzazione, l’impoverimento dovuti alla serialità intesa come trasformazione di ciò che è unico o raro, prezioso, in un molteplice infinito, fornendo alla facilitazione della possibilità di accesso, alla vicinanza che essa consente, un valore positivo³⁹, altrimenti discutibile e discusso, perché non ha bisogno di distanza snobistica, di autorità sacrale, di regime culturale per rivelare e fornire la propria autorevolezza, la distinzione, la preziosità⁴⁰: la può spostare sulla densità cognitiva.

³⁵ L. SOLIMA, *Management per l’impresa culturale*, op. e loc. cit..

³⁶ Tra lo sterminato panorama di studi e sperimentazioni, cfr. A. LUIGINI, C. PANCIROLI (a cura di), *Ambienti digitali per l’educazione all’arte e al patrimonio*, Milano, Franco Angeli Open Access, 2018; G. GUERZONI, S. STABILE, *I contenuti museali digitali*, in G. NEGRI-CLEMENTI, S. STABILE (a cura di), *Il diritto dell’arte, II, La circolazione delle opere d’arte*, Torino, Skira, 2013, p. 217; ed il n. 3/2018 della rivista *Economia della cultura*, dedicato a *Gaming e patrimonio culturale*.

³⁷ Cfr. la “Carta di Londra” (*The London Charter for the Computer-Based Visualisation of Cultural Heritage*, <http://www.londoncharter.org/downloads/>), un documento elaborato nel 2009 da un *pool* di esperti di tecnologie digitali e realtà virtuale, il cui Principio 4 (Documentazione), stabilisce che «sufficienti informazioni dovrebbero essere fornite per permettere ai metodi e ai risultati della visualizzazione digitale di essere compresi e valutati in maniera appropriata rispetto ai contesti e agli scopi nei quali e per i quali sono divulgati».

³⁸ J. BAUDRILLARD, *Simulacres et simulation*, Paris, Galilée, 1981.

³⁹ L. SOLIMA, *Management per l’impresa culturale*, op. e loc. cit..

⁴⁰ W. BENJAMIN, *L’opera d’arte*, cit., p. 14: «la riproducibilità tecnica dell’opera d’arte emancipa per la prima volta nella storia del mondo quest’ultima dalla sua esistenza parassitaria nell’ambito del rituale».

Fintanto che la digitalizzazione produca la sola replica digitale del bene culturale, insomma, l'operazione non si distingue significativamente dalla riproduzione, ancorché già così si possano produrre alterazioni e un aumento delle possibilità di contatto, conoscenza ed esperienza del bene digitalizzato; ma la presenza di queste iscrizioni, secondo un certo modo di concepirle⁴¹, supera la condizione propria della riproduzione mera, e concorre alla costituzione di un distinto oggetto sociale, ancorché derivato, rispetto a quello di origine. Ecco dunque spiegata la possibilità di una ontologia propria, distinta, del prodotto digitale, nonostante le relazioni che esso indubitabilmente conserva con il bene "di base": per certi aspetti si può dire che l'immissione nel mondo digitale dei beni culturali è operazione costitutiva, non meramente ricognitiva, e chi vi lavora, in un certo senso, concorre alla nascita di un nuovo bene epistemico, cognitivo, derivato da quello culturale già esistente, ma non identico, e nemmeno meramente riproduttivo⁴².

Né a tali assunti osterebbe la ipotesi di classificare i prodotti digitalizzati come *documenti*, che richiede una veloce attenzione di tipo terminologico; per antica abitudine, infatti, in ambito giuridico questa espressione ha un significato ridotto rispetto alla funzione che un documento apporta a ciò cui si riferisce⁴³, ed in particolare viene in genere limitato ad una capacità "rappresentativa", per di più relativa ad atti⁴⁴ e fatti⁴⁵ (cui, oggi, si aggiungono i "dati"⁴⁶), e se, invece,

⁴¹ Tra molti altri, si vedano, a partire dalle intuizioni di G.B. VICO, *Principi di scienza nuova* (1744), a cura di Paolo Cristofolini e Manuela Sanna, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2013 (http://www.ispf-lab.cnr.it/2015_101.pdf), J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole* (1962), tr. it. Genova, Marietti, 1987; J. R. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* (1969), tr. it. Torino, Bollati Boringhieri, 1992; J. DERRIDA, *Firma, evento, contesto* (1971), tr. it. in ID., *Marginali della filosofia*, Torino, Einaudi, 1997; M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, cit..

⁴² G. SCIULLO, *I beni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 24: «le Rime del Petrarca sono un bene immateriale, in quanto indiscutibile espressione letteraria, i manoscritti delle Rime, cioè gli originali dell'opera, costituiscono bene culturale (ex art. 10, comma 4, lett. c, del codice)».

⁴³ «Risulta inoltre evidente ed è notorio che - pur non escludendosi in generale che anche per il diritto 'documento' sia, come si è ricordato, 'qualsiasi mezzo che provi l'esistenza di un fatto, l'esattezza o la verità di un'asserzione' (si pensi ad esempio, ed in aggiunta alle taglie o tacche di contrassegno ed alle riproduzioni meccaniche già menzionate, ai cippi di confine, alle pietre miliari ed ai termini nonché agli altri simili segni identificativi che sono allo stesso tempo individuativi e qualificanti; ed il riferimento può facilmente ora estendersi ad altri mezzi in precedenza affatto inimmaginabili: penso, ad esempio, ai dati informatici) - il giurista, per risalente tradizione, da un lato vede il documento innanzi tutto come mezzo o segno grafico e, più in concreto, come 'scrittura'; e dall'altro lato lo considera di norma o sotto il profilo della prova (rilevante in specie nel e per il processo) ovvero, anche se più raramente, come elemento qualificante di un'attività giuridica data alla quale esso, come forma vincolata, da fondamento e rilievo anche sul piano effettuale (prescindendo, al momento, dal documento dispositivo in senso stretto in cui il 'mezzo grafico' serve per far valere il diritto consacrato in esso): così L. Bove, *Documento (storia del diritto)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., VII*, Torino, 1991, p. 16.

⁴⁴ È largamente nota la concezione di documento recato dal co. 2 dell'art. 22 della l. 7 agosto 1990, n. 241, per il quale ai fini dell'accesso «è considerato documento amministrativo ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, an-

si tiene presente la ricca capacità di quella funzione, si può comprendere l'importanza oggi riconosciuta alla *documentalità*, come modalità costitutiva ed infrastruttura di veri e propri oggetti, ancorché sociali⁴⁷, in una dinamica tutto sommato assimilabile al modo col quale rileviamo da tempo beni giuridici oltre le cose.

Ciò spiega perché la vera ambizione della digitalizzazione, in ambito culturale, non si può ridurre ad una mera duplicazione con esito digitale, ed alla cura dei dati in conseguenza generati, poiché essa può permettere molto più che una mera “rappresentazione”, sia per le ampie possibilità di maneggio e alterazione creativa che anche la mera immagine digitale di un oggetto consente, sia per la disponibilità all'arricchimento cognitivo riguardo ad una “cosa” che la sua versione digitale concede di radunare in un'unica entità. Per intendersi, credo appaia evidente la differenza tra un bene culturale digitalizzato ed un marchio avente ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, che a norma di legge⁴⁸ oggi può essere registrato ad opera di amministrazioni pubbliche, e che viene identificato proprio come “bene immateriale *rappresentativo* di beni culturali, materiali od immateriali”⁴⁹.

E spiega perché con la digitalizzazione non si tratta solo di aggiungere servizi virtuali o digitali a quelli già esistenti, pur se importanti e sempre più richiesti⁵⁰; l'aspetto tecnico e tecnologico, ovviamente fondamentale e impegnativo, non è tuttavia la parte più difficile, né probabilmente quella più importan-

che interni, formati dalle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa».

⁴⁵ La capacità rappresentativa di fatti è recata, ad esempio, dall'art. 1, co. 1, lett. b), d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, con riferimento al “documento informatico”, come anche alla successiva lett. f), limitatamente al “certificato”, ed alle lett. g) ed f), relative alle dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto di notorietà.

⁴⁶ Per l'art. 1 co. 1 lett. c) del d. lgs. 24 gennaio 2006, n. 36, il documento è «*rappresentazione di atti, fatti e dati a prescindere dal supporto nella disponibilità della pubblica amministrazione o dell'organismo di diritto pubblico. La definizione di documento non comprende i programmi informatici*».

⁴⁷ Per tutti, si veda M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, cit., *passim.*, e, *si parva licet*, P. FORTE, *Oggetti Giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 3.

⁴⁸ Art. 19, d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (recante il codice della proprietà industriale).

⁴⁹ Così, tra altri, S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, 2014, n. 1 (corsivo mio).

⁵⁰ L. SOLIMA, *Management per l'impresa culturale*, op. e loc. cit.. Del fatto che la costituzione del patrimonio culturale digitale non consista solo nella replica del “catalogo” di luoghi e beni sembra essere ben consapevole l'Istituto centrale per il catalogo e la documentazione, che, come vedremo, all'interno del Mibac è responsabile del Piano di digitalizzazione nazionale del patrimonio culturale; è infatti già attivo “CulturaItalia”, un portale aggregatore, capace cioè di raccogliere, organizzare e rendere pubblica una gran massa di dati, e nel proprio “Documento strategico”, dichiara di voler promuovere e facilitare «*la crescita di un ecosistema digitale dei beni culturali, per dare ed estrarre valore da competenze e professionalità, regole e convenzioni, infrastrutture e sistemi tecnologici, trasformando il patrimonio informativo del MiBACT in capitale cognitivo a disposizione di tutti*»

te della traduzione in forma digitale del nostro immenso e diffusissimo patrimonio culturale. Riportare in quella dimensione le connessioni, i significati, il senso, i contesti, sono le sfide più ardue, anche perché le operazioni riguardanti i beni culturali si differenziano da altre proprio a causa delle stratificazioni, delle opinabilità, insomma della documentalità complessa, che li accompagnano una volta che, come si deve nel trasportarli in forme discrete, vengano trattati come espressioni di conoscenza, e se queste operazioni non vengono governate intenzionalmente, la mera traduzione elettronica genera, di per sé, un'alterazione del significato (per dirla con Derrida, «*il senso archiviabile si lascia anche e in anticipo co-determinare dalla struttura archiviante*»⁵¹).

Se tutto ciò ha un senso, ci consente di ipotizzare che quelli costituiti in digitale siano propriamente e tecnicamente beni in senso giuridico, dotati come sono di una propria identità⁵²; e che abbiano una dimensione, un valore, di conoscenza, e perciò (non solo per le possibilità tecnologiche) non sono considerati “rivali”, nel senso che sembra possibile farne fruire in contemporanea da un numero potenzialmente infinito di utenti senza per questo danneggiarli e senza ledere la analoga fruizione da parte di altri⁵³.

Esiste perciò un “bene culturale digitalizzato”, che con riferimento al bene “di base”, soprattutto se pubblico, costituisce una forma di offerta alla sua fruizione, una possibilità di valorizzazione, e poiché che può essere oggetto di funzioni, diritti e relazioni giuridiche (è un bene), come vedremo ha bisogno di particolari esercizi di tutela e può essere gestito, e su ognuna di queste possibilità funzionali proveremo a gettare uno sguardo.

Ma ciò che si mette in moto in ambito digitale è, insieme ad una sua “immagine”, la conoscenza suscitata ed accumulata intorno al bene di base, che costituisce l'aspetto, a dir così, precipuo, del valore culturale del bene digitalizzato, e dunque la dimensione più propria della sua distinta entità: il bene culturale digitalizzato è un oggetto documentale⁵⁴, portatore di immagini e cono-

⁵¹ J. DERRIDA, *Mal d'archivio: Un'impressione freudiana*, trad. it. Napoli, Filema, 1996, p. 27.

⁵² Che lo siano in senso economico sembra già assodato: cfr. G. RESTA *Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, in *Politica del diritto* 2009, p. 553; mentre A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. Amm.*, 2019, pp. 234 ss., pur rilevando che l'immagine dei beni culturali «diventa oggetto di diritti» e «crea nuovi diritti di sfruttamento economico», definisce quelli generati per effetto della digitalizzazione «sottoprodotti».

⁵³ G. RESTA *Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, cit., p. 575, evidenzia anzi la doppia caratteristica, quella «fisica di 'non escludibilità', sommata all'altro dato della 'non rivalità nel consumo'»; si veda anche G. CAFORIO *L'immateriale economico dei beni culturali come oggetto di valorizzazione della proprietà industriale*, in G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI (a cura di), *L'immateriale economico dei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 151ss..

⁵⁴ Questa qualifica è rilevante, poiché altrimenti si potrebbe ritenere che la disciplina dell' “*open by default*”, che vedremo essere connotato di ogni fruizione culturale, non si applichi

scenza a contenuto culturale attinta dalla dimensione immateriale di quello di base, peraltro mutevole per possibile accumulazione, e come tale acquisisce uno statuto proprio e distinto, in grado, così, di circolare, essere fruito, usato come un oggetto a sé e divenire, lo vedremo, oggetto di relazioni giuridiche peculiari, dunque un bene in termini giuridici.

In questo senso i beni culturali digitali possono concorrere a dispiegare ampiamente l'articolo 9 della Costituzione italiana, che per essere compreso come un vero e proprio elemento della forma di Stato, va connesso con gli altri Principi della Carta che la determinano, con la centralità della persona, della sua dignità, cui corrispondono diritti e libertà intangibili, come doveri e limiti, e con i conseguenti obblighi connessi all'uguaglianza e agli strumenti che, variamente, ne perseguono il carattere sostanziale (con cascami in tema di libertà di espressione di pensiero, dell'arte, della scienza e del loro insegnamento, di diritto allo studio e alla tutela della salute, di statuto costituzionale della proprietà, e così via)⁵⁵.

Il mondo digitale, peraltro, non è composto – tecnicamente – di copie in senso tradizionale, ma di rigenerazioni potenzialmente innumerevoli, e dunque, nonostante le apparenze, il bene digitale ha un suo proprio supporto, e tecniche di acquisizione della forma dovute a programmazione e computazione. Dunque, a parte le considerazioni che ciò porta in ordine alla conservazione futura di quanto si digitalizza, non si può escludere che, usando le modalità proprie, queste infrastrutture e queste strutture possano influire sull'aura, con usi creativi della scrittura e della esecuzione tecnologiche del codice costitutivo, e che questa aura possa essere pienamente percepita, un po' come è accaduto per la fotografia o con il cinema, inizialmente accettati con difficoltà tra le forme espressive potenzialmente e propriamente artistiche e culturali⁵⁶.

6. Le funzioni implicate e i servizi che le supportano.

Posto che il bene culturale digitalizzato utilizza i contenuti immateriali di quello “di base”, in assenza di una normativa che lo riguardi esplicitamente, le

alla gran parte del patrimonio culturale: S. ALIPRANDI, *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali, oltre la proprietà intellettuale*, in *Archeologia e Calcolatori*, Suppl. 9, 2017, p. 105, per il quale, proprio per non considerare la capacità di un oggetto documentale di essere bene autonomo, assume che quel principio «non è invece applicabile ai beni culturali (la maggior parte) che eccedano la definizione di dato o documento e che invece rispondano piuttosto a quella di opera creativa (quadri, sculture, affreschi, disegni, opere architettoniche, musica, etc.)».

⁵⁵ F. RIMOLI, *Profili costituzionali della tutela del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, Roma TrE-Press, 2017, p. 97; G. VOLPE, *Patrimonio al futuro. Un manifesto per i beni culturali e il paesaggio*, Milano, Mondadori Electa, 2015, p. 65.

⁵⁶ Per una attrezzata riflessione sul tema, si veda F. MESCHINI, *Testi e computazioni, meccanismi e astrazioni. Dualismo ed edizioni digitali*, in *JLIS.it*, 10, 2019, n. 2, pp. 48 ss..

funzioni tipiche che, a prima vista, vengono implicate dalla digitalizzazione di questo afferiscono alla sua fruizione, che impone tutela, gestione, valorizzazione, e qui si può prescindere dalle discussioni che ancora caratterizzano queste funzioni in senso tecnico⁵⁷; ma va considerato che per conseguire la dimensione digitale occorrono operazioni strumentali, in forma di servizi, che riguardano la costituzione del bene digitale, e quelli poi connessi alla gestione della sua permanenza, alla sua disponibilità, all'accessibilità, alla circolazione; una volta costituito, cioè, sorgono le questioni che definiremo di "utilizzo" e gestione, che impegnano tutta la complessità ontologica che si è supposta.

Se infatti la trasposizione in supporto digitale rende protagonisti i servizi che rendono possibile ciò che chiameremo "il popolamento", la esistenza e la circolazione del bene digitale, per comprendere appieno i caratteri dei regimi giuridici che connotano il bene culturale digitale occorre sempre tenere presente il contenuto cognitivo, epistemico che esso reca, profondamente rilevante non solo dal punto di vista strutturale, ma soprattutto per la sua natura fisiologicamente pubblica. Il percorso di studio del bene culturale digitale pubblico, perciò, deve poter contemplare, in ognuno dei numerosi snodi che lo riguardano, queste potenzialità implicite: esso può mettere in moto un sapere complesso (carattere cognitivo), e rende possibile accedervi per chiunque (carattere pubblico, o universale).

Ma, come subito osserveremo, acquisisce qui particolare rilievo la condizione de-materializzata e non rivale del bene digitale, e rende molto labile il tradizionale sguardo teorico relativo agli utilizzi che, con riguardo al bene culturale di base, ha un approccio tipico della teoria classica del "bene pubblico", distinguendo usi "generali" (afferenti cioè alla fruizione universale, e dunque tipici, tali da essere strutturalmente compatibili con la natura e la destinazione del bene) da quelli "speciali" (o addirittura, secondo la dottrina più risalente, "eccezionali"⁵⁸), i quali possono incidere proprio sulla tipicità dell'uso generale, potenzialmente limitando cioè sia la fruibilità che le qualità culturali del bene, e perciò assoggettati – a differenza dell'uso generale – ad assensi amministrativi, meccanismi concessori, e a canoni o corrispettivi⁵⁹; questa impostazione, con

⁵⁷ Per tutti, cfr. G. SCIULLO, *Le funzioni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 62 ss..

⁵⁸ G. SALEMI, *Natura giuridica dell'uso comune dei beni demaniali*, Sassari, Tip. G. Gailizzi, 1923, pp. 15 ss.; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, Cedam, 1934, pp. 40 ss..

⁵⁹ È la nota impostazione, molto chiara e lucida, proposta da A. M. SANDULLI, voce *Beni Pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 285 ss., considerata e notevolmente riveduta in seguito: cfr. ad es. M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., pp. 112 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1967; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto*

alcune varianti sul tema innestate dalla stratificazione normativa, si rinviene ancora oggi nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, che dedica il Capo I del Titolo II alla “Fruizione”, e vi distingue un gruppo di disposizioni di “Principi generali” (sezione I, artt. 101-105), ed un altro relativo all’“Uso dei beni culturali” (sezione II, artt. 106-110).

Come ci accingiamo a rilevare, questa disciplina – oggetto non a caso di ripetuti, e discussi, interventi normativi, intensificatisi negli ultimi anni – e l'impostazione da cui deriva reggono fino ad un certo punto di fronte all'uso dei contenuti immateriali dei beni culturali⁶⁰ e alla digitalizzazione⁶¹, e l'analisi di queste labilità costituisce, ancora una volta, la riprova di come il bene culturale digitalizzato può costituire un valido banco di prova per il rinnovo degli impianti teorici dei beni pubblici in formato digitale.

Se si può dire quindi che con l'innovazione digitale in ambito culturale si costituisce un gigantesco aumento di valore patrimoniale (*«un nuovo lascito»*, lo ha definito l'UNESCO nella già menzionata “Carta per la conservazione del patrimonio digitale” del 2003), ne va desunto che, oltre all'investimento che lo provoca, ciò richiede azioni consapevoli, poi, per la sua implementazione, la sua conservazione, il governo dei rendimenti – anche economici – che se ne ricaveranno; e per tutto questo sembra difficile basarci su idee tradizionali legate alla disciplina della “proprietà pubblica” con l'approccio del codice civile, probabilmente invecchiato già all'epoca della sua ridefinizione, nel 1942⁶²; la dottrina⁶³ ha da tempo fatto intendere la scarsissima rilevanza della questione “proprietaria” nella percezione dei beni culturali, e dunque la blanda utilità, an-

della proprietà, Napoli, Jovene, 1971, rist. Torino, Giappichelli, 2019; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, Jovene, 1989; A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁶⁰ Carattere già rilevato da M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, cit., p. 351.

⁶¹ L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, 2018, n. 3.

⁶² Si vedano, ad esempio, le analisi di S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1912, p. 473; O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, ora in *Scritti giuridici scelti*, IV *I beni pubblici*, Camerino, 1992, p. 184. Il sistema normativo eletto dal codice del 1942, in effetti, è sostanzialmente l'erede in linea retta della sistemica dovuta al codice napoleonico del 1804, dal quale mutua la disciplina che, da questo, si era conservata nel codice civile sardo-piemontese del 1837 (artt. 420 ss.), e in quello unitario del 1865 (artt. 425 ss.). Ma a sua volta, il codice napoleonico recepi, per l'argomento, le tecniche e i fondamenti dall'impianto rivoluzionario francese, il quale, però, reagiva con la sua carica illuministica al sistema dell'*ancien regime*, nel quale la necessità di preservazione dei beni appartenenti al sovrano aveva sviluppato norme in grado di sottrarli al diritto comune, mediante regole - consuetudinarie o rescritte - sostanzialmente imperniate intorno a tecniche ancora oggi in uso: in-commercibilità, inalienabilità, imprescrittibilità, impignorabilità.

⁶³ Tra la sterminata letteratura, si vedano, giusto ad esempio, G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, UTET, 1983; V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, UTET, 1987, *ad vocem*, pp. 280 ss..

che pratica, di una disciplina differenziata della “proprietà pubblica” dell’art. 42 Cost. che si basi interamente sull’incommerciabilità⁶⁴, ovvero sui passaggi di proprietà, comunque avvengano⁶⁵; il bene culturale digitale, che non viene “compravenduto” per ragioni intrinseche alla sua peculiare materialità⁶⁶, dato che non ha insite possibilità di possesso materiale esclusivo e, dunque, di proprietà in senso tecnico⁶⁷, è una sorta di dimostrazione postuma di come quelli culturali siano, appunto, “beni di fruizione”⁶⁸, ma anche che in fin dei conti questa caratteristica è strumentale alla loro vera funzione finale, che ha a che fare con la distribuzione delle qualità cognitive dei beni culturali, la cui disponibilità universale è il vero scopo ultimo della disposizione dell’art. 9 Cost.⁶⁹.

Già da tempo, infatti, si è intuito che il “bene di interesse culturale” sia oggetto «di interessi di natura patrimoniale, ossia è cosa di un certo soggetto che ne ha l'appartenenza, ha diritti di disposizione e diritti di godimento», ma allo stesso tempo

⁶⁴ «la proprietà, pubblica o privata che sia, non può comprendere e esaurire la complessità del rapporto persona/beni. Un insieme di relazioni viene ormai affidato a logiche non proprietarie»: S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Milano, Ombre Corte, pp. 319 ss..

⁶⁵ In G. PALMA, P. FORTE, *I beni pubblici in appartenenza individuale*, in *Annuario dell'Associazione dei Professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 279 ss., si illustra il «paradosso della demanialità»: proteggere una destinazione, una strumentalità, dovuta ai caratteri oggettivi dei beni, con tecniche giuridiche soggettive, quelle della riserva, dell'appartenenza, dell'imputazione, del dominio. Il demanio è stato messo variamente in discussione come nozione da M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 52, e come concetto “scientificamente valido” da V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, 1987, p. 275, in quanto incapace di indicare «gruppi di fattispecie la cui individuazione in concreto comporta ad esse medesime l'applicazione di una determinata disciplina [...] ovvero [di indicare] istituti di disciplina positiva richiamati al fine della loro applicazione in concreto (cioè, a determinate fattispecie), sia cioè espressione abbreviata di una determinata normativa, regola juris appunto».

⁶⁶ G. ZICCARDI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, Il Sole24ore, 2001, pp. 10 ss., il quale sottolinea che cambia la modalità della transazione dell'opera digitale, la quale «è quasi sempre licenziata e non venduta; il che implica un trasferimento non totale ma di diritti limitati dal venditore all'acquirente, soggetti a determinate condizioni e modalità».

⁶⁷ È da molto tempo che si è ipotizzato che i diritti di proprietà possono riguardare *res corporales*, le cose, mentre le altre entità non corporali possono essere oggetto di altri diritti: S. PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., pp. 103 ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *I beni*, cit., pp. 358, 460 ss..

⁶⁸ M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 5 ss.; più modestamente, per considerazioni di “downstream” dell'assunto gianniniano, P. FORTE, *Un patrimonio di fruizione*, in AA.VV., *Impresa Cultura. Creatività, Partecipazione, Competitività*, XII Rapporto Annuale Federculture, Roma, 2016.

⁶⁹ «lo Stato, nel porsi gli obiettivi della promozione e dello sviluppo della cultura, deve ... assicurare alla collettività il godimento dei valori culturali espressi da essa»: così Corte Cost., 6 marzo 1990, n. 118, corroborando gli assunti degli studi sulla disposizione costituzionale in parola: F. MERUSI, *Sub art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna Roma, 1975; ID., *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di C. Mortati*, III, Milano, 1977, p. 806; G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1987, 53; M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999; G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in *Aedon*, 2001, n. 1; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La elaborazione del “diritto dei beni culturali” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Aedon*, 2007, n. 1;

anche «*di interessi di natura immateriale e pubblica, quali sono gli interessi culturali*»⁷⁰; più recentemente, l'osservazione viene confermata rilevando come da essi possa trarsi anche un elemento immateriale di tipo economico⁷¹, e dunque può dirsi che il bene culturale digitalizzato utilizza entrambe le potenzialità dell'immateriale che apprende da quello di base, e cioè i suoi contenuti cognitivi e le possibilità di utilizzo in grado di generare nuovi beni, nuovi valori, con evidenti riflessi economici.

7. La costituzione di un bene culturale digitalizzato.

Cosicché la prima questione che riguarda un “bene culturale digitalizzato”, e che rileva diversamente rispetto alla impostazione tradizionale dei beni pubblici “materiali” (si pensi al cd. “demanio naturale”), è riferibile alla sua costituzione, che in linea con alcune abitudini gergali tecnologiche chiameremo convenzionalmente, qui, “popolamento”, che richiede lavoro, oltre che tecnologico, in ordine alle immagini da usare, ai testi, ai rimandi, alle citazioni, ai contesti, agli epistemi, insomma alle varie conoscenze recate dal bene “di base”, o intorno ad esso accumulate, che possono essere iscritte in quello digitale, e vanno adottate perciò delicate decisioni costitutive della sua entità (“ontologia”, nelle abitudini gergali tecnologiche), che necessitano di ambienti adatti e persone esperte e responsabili.

E, per quanto qui non si potrà che farvi mera menzione, se si concorda sul fatto che il bene culturale digitalizzato è un bene complesso distinto, ulteriore, e perciò in qualche modo *originale*, vanno esaminati e considerati i problemi giuridici connessi agli apporti autoriali alla sua generazione: anche se la digitalizzazione venga operata nell'ambito di doveri d'ufficio, o degli obblighi derivanti da contratti di lavoro⁷² o da incarichi d'altro tipo con corrispettivo, se non consiste in una mera riproduzione⁷³ resta il problema della sussistenza, del riconoscimento, delle implicazioni a titolo di diritto d'autore⁷⁴.

⁷⁰ M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., p. 25.

⁷¹ Da ultimo, si vedano A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, cit., p. 223; G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., p. 17; M. CAMMELLI, *Immateriale economico e profilo pubblico del bene culturale*, *ivi*, pp. 94 ss.; G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit., *passim*.

⁷² Cfr. ad es., Cass., sez. lavoro, sent. 1 luglio 2004, n. 12089.

⁷³ «*Sempre più spesso sento sostenere la tesi secondo cui processare dei documenti del XVIII secolo attraverso uno scanner generi un non ben definito diritto di privativa a favore di chi ha realizzato la digitalizzazione. Chiariamolo una volta per tutte: la mera digitalizzazione, a maggior ragione se fatta con sistemi automatizzati, non genera un diritto d'autore e nemmeno un diritto connesso. Una mera digitalizzazione è quanto di*

C'è da dubitare che questa enorme operazione possa essere interamente governata, a dir così, tutta dall'interno delle organizzazioni che detengono il patrimonio culturale, ed in particolar modo di quelle pubbliche; gli approcci delle strategie adottate in ambito europeo e domestico, in effetti, contemplano continuamente dialoghi con *stakeholders*, consultazioni, forme di partecipazione, e le ambizioni del piano specifico di digitalizzazione nazionale del patrimonio culturale richiedono non solo un amplissimo coordinamento tra i tantissimi soggetti pubblici implicati, ma soprattutto un serio e decisivo coinvolgimento dei luoghi e delle persone che accumulano la conoscenza che va attivata in forma di patrimonio digitale.

Per quanto – opportunamente – vi possano essere appositi uffici pubblici in ambito sia statale che locale per dare impulso, coordinamento e continuità al lavoro, si tratta di una sfida per l'intera comunità nazionale, e soprattutto per esperti, studiosi, ricercatori, di ambiti disciplinari diversi e non certamente solo legati alla tecnologia, un classico caso di “complementarietà istituzionale”.

Quanto agli aspetti propriamente giuridici, se si prende spunto dalla disciplina vigente dei beni culturali, ed anticipando parte di un'analisi che con-

*meno creativo e “intellettuale” possa esistere (anzi, meno creativa è, meglio è!), tant'è che può essere tranquillamente eseguita da una macchina. L'essere il padrone della macchina o il soggetto che ha premuto il tasto che attiva la macchina, o quello che ha scritto il software che fa funzionare la macchina, non sono requisiti sufficienti affinché si crei un diritto di privativa. E non rileva il fatto che per effettuare la digitalizzazione servano tempo, risorse e competenze tecniche: così S. ALIPRANDI, *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali, oltre la proprietà intellettuale*, cit., p. 102.*

⁷⁴ Se infatti l'art. 11 della l. 22 aprile 1941 n. 633 riconosce il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese alle Amministrazioni dello Stato, alle Province ed ai Comuni, come anche agli enti privati che non perseguano scopi di lucro, salvo diverso accordo con gli autori delle opere pubblicate, ed alle Accademie e agli enti pubblici culturali sulla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni, la giurisprudenza ritiene che tale disposizione vada coordinata con l'art. 3 della legge medesima, che fa salvi i diritti degli autori delle singole opere raccolte in opere collettive, che possono contrastarne un'utilizzazione indebita, così rivendicandone la paternità, salva ogni questione attinente ai suoi rapporti con l'ente committente che non ne abbia autonomamente disposto: così Cass. civ. sez. I, sent. 4 febbraio 2016, n. 2197; ed in effetti S. ALIPRANDI, *Vincoli alla riproduzione dei beni culturali, oltre la proprietà intellettuale*, cit., p. 103, nota che «in alcuni casi – anche se non sempre – tali attività di riproduzione generano dei diritti di proprietà intellettuale a favore di chi le cura: ad esempio il regista del video in cui si illustrano i quadri presenti in un museo ha un diritto d'autore sul video e il costituente di una banca dati con le versioni digitalizzate di manoscritti storici ha un diritto sui generis»; in argomento, si vedano A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 219 ss.; G. FINOCCHIARO, *La valorizzazione delle opere d'arte on-line e in particolare la diffusione on-line di fotografie di opere d'arte. Profili giuridici*, in *Aedon*, 2009, n. 2; A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, *ibidem*, 2014, n. 1. Per la “semplice fotografia”, e cioè per la riproduzione fotografica di opere d'arte figurative, l'art. 87 della l. n. 633/1941 prevede una tutela limitata a 20 anni, mentre non godono di alcuna protezione le riproduzioni fotografiche di documenti, di oggetti di uso comune e di rilievi tecnici; in argomento, cfr. A. DE ROBBIO, 2014; Galli 2016, 131-147).

durremo più accuratamente oltre, viene subito in rilievo la disposizione dell'art. 108, co. 3-*bis*, d. lgs. n. 42/2004, in virtù della quale sono oggi libere e gratuite la riproduzione di beni culturali pubblici, e la divulgazione con qualsiasi mezzo delle immagini legittimamente acquisite e tali da non poter essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro, per ragioni di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale⁷⁵.

Dunque, se – come s'è visto – ogni digitalizzazione comprende anche una *riproduzione*, che genera almeno una immagine il cui versamento in rete consiste in una *divulgazione*, ai sensi della norma citata sembra possibile affermare che al popolamento possa potenzialmente partecipare liberamente chiunque, con le finalità ed i limiti propri delle operazioni di fruizione⁷⁶.

Ciò sembra confermare che l'intervento e le capacità di controllo delle istituzioni pubbliche culturali sul patrimonio culturale digitalizzato, anche in pubblico dominio, non possono essere giustificate in ragione di una visione proprietaria⁷⁷: non è per effetto dell'appartenenza e del possesso dell'opera originaria che si comprendono le variegate casistiche che, nel mondo, attestano limitazioni al dominio pubblico del bene digitale ad opera di istituzioni che lo

⁷⁵ La riforma operata nel 2016 ha in effetti allontanato la disciplina della riproduzione e della sua diffusione del bene culturale da quella in materia analoga della legislazione sul diritto d'autore, che in precedenza veniva utilizzata anche per la comprensione di quella, operazione che, oggettivamente, risulta oggi più ardua: si vedano, ad esempio, A. MUSSO, *Impresa museale e libere utilizzazioni delle opere d'arte*, in *AIDA*, 1999, pp. 206 ss.; R. BOCCA, *La tutela della fotografia tra diritto d'autore, diritti connessi e nuove tecnologie*, *ivi*, 2002, pp. 402 ss..

⁷⁶ Si è accennato al fatto che, qui, non verranno considerati gli incroci con la disciplina del diritto d'autore; va notato, tuttavia, che l'art. 70 della l.d.a. consente una riproduzione per finalità di critica o di discussione, se «non costituisca concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera», nonché «la libera pubblicazione attraverso la rete Internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro». G. RESTA, *Chi è proprietario delle piramidi?*, cit., p. 578, ne arguisce che «il ricorso ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma – letta cioè in collegamento con l'art. 21 cost. – potrebbe allargare i confini della libera fruizione, rendendo possibili utilizzazioni dell'immagine del bene le quali non perseguano finalità commerciali ma soddisfino esigenze di libera espressione ed informazione». Si vedano anche le considerazioni al riguardo di L. ALBERTINI, *La riproduzione fotografica in cataloghi delle opere dell'arte figurativa*, in *Giust. Civ.*, 1997, pp. 1603 ss..

⁷⁷ A meno di capovolgere completamente l'impostazione, assumendo cioè che la proprietà non risieda nella capacità di escludere gli altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni, ma nella pretesa a non essere escluso ad opera di altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni: così C.B. MACPHERSON, *Liberal-Democracy and Property*, in ID. (a cura di), *Property. Mainstream and Critical Positions*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 201. Ma, trattenendosi in visioni tradizionali, «il tipo di controllo che l'istituto museale esercita sul bene culturale non nasce ispirandosi tanto al campo del diritto d'autore quanto a quello della proprietà. Occorre sempre tenere presente che il potere del proprietario del bene museale non consiste tanto nella possibilità di escludere i terzi dal godimento del bene, quanto nell'interesse a controllare e determinare l'utilizzazione economica»: così A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, cit..

detengono, perché la digitalizzazione attiene, come subito vedremo, anzitutto alla fruizione pubblica del patrimonio culturale della Nazione, elemento naturale, fisiologico della sua condizione giuridica⁷⁸.

Insomma, se per effetto della natura pubblica del bene di base, la sua presenza in formato digitale può essere dovuta ad innumerevoli interventi, e se dunque si potrà dare per scontato che, già oggi, ed ancor più in futuro, il “mondo digitale” sarà popolato di miriadi di oggetti che utilizzeranno nei più vari modi le possibilità riproduttive consentite dal regime giuridico del bene culturale connesso alla sua fruibilità, dovremo anche dare per scontato che non tutto questo enorme materiale avrà uguale valenza; e dovremo perciò occuparci di questo aspetto, in sede di analisi delle funzioni di tutela.

Vedremo tuttavia a breve che la digitalizzazione è compito (probabilmente, ormai, doveroso) delle amministrazioni pubbliche affidatarie di beni culturali, che dunque procedono alla costituzione di beni digitalizzati⁷⁹. Ed è rilevante che, per un verso, la normativa vigente (anche sulla scorta delle direttive europee) tende al “rilascio” di dati e documenti pubblici come “dati di tipo

⁷⁸ per A. SERRA, *Patrimonio culturale e nuove tecnologie: categorie di interessi e profili giuridici*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 225, si tratterebbe di «un uso controllato dei contenuti, sia per finalità di remunerazione sia di controllo sulla qualità di quanto viene messo a disposizione», riprendendo, sostanzialmente, gli argomenti recati dal “Museums Copyright Group”: cfr. <http://www.museumscopyright.org.uk>; la natura pubblica del bene di base e la disciplina che lo riguarda consentono di superare i dubbi che, invece, attraversano la dottrina in ambito privato: si veda ad es. M. FUSI, *Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui nella pubblicità*, cit., pp. 98 ss., il quale, usando l'argomento, sostiene che sia «fuori di discussione che l'aspetto esteriore di una qualsiasi entità materiale in tanto possa esistere in quanto esiste l'entità stessa, della quale costituisce uno dei modi d'essere, risultando con questa a tal punto connaturata da identificarsi, ciò che rende impossibile ritenerla un mero attributo separabile dalla cosa avente con essa soltanto una relazione di riferibilità. E se così è, non si vede su quali basi si potrebbe anche solo dubitare che il diritto di proprietà su una cosa si estenda pure alla sua immagine, evidente essendo che esso investe la cosa nella totalità e con riguardo a tutti i suoi aspetti, fra i quali il tratto esteriore gioca un ruolo certamente non secondario non fosse altro perché essenziale ai fini dell'individuabilità della cosa stessa nel mondo esterno [...] Che l'esclusiva dominicale investa anche l'aspetto esteriore della res e che il proprietario, in funzione di essa, goda di uno jus excludendi alios non può quindi – a me sembra – essere negato».

⁷⁹ Rilevante (e complessa) la questione delle biblioteche pubbliche, in ordine alla digitalizzazione del patrimonio librario acquisito; con riguardo ad opere ancora protette a titolo di diritto d'autore, la Corte di Giustizia, sent. 11 settembre 2014 nella causa C-117/13, ha stabilito che, se esse «devono aver concluso un contratto di licenza o di utilizzo dell'opera in questione che indichi le condizioni alle quali tale istituzione possa utilizzarla», tuttavia «l'articolo 5, paragrafo 3, lettera n), della direttiva 2001/29, in combinato disposto con il paragrafo 2, lettera c), del medesimo articolo 5, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro conceda alle biblioteche accessibili al pubblico, menzionate in tale disposizione, il diritto di digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, qualora tale atto di riproduzione risulti necessario ai fini della messa a disposizione degli utenti di tali opere, su terminali dedicati, nei locali delle istituzioni stesse», e dunque che la legislazione nazionale può autorizzare anche la stampa o la memorizzazione di tali riproduzioni, senza violare la menzionata direttiva, purché, per ciascun caso, le condizioni imposte da tali disposizioni, in particolare quella relativa all'equo compenso di cui deve beneficiare il titolare di diritti, siano soddisfatte.

aperto”, un formato reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi⁸⁰, e dunque prioritariamente con “licenze aperte standard”, senza tuttavia escludere «*licenze personalizzate standard*»⁸¹, in modo che possano essere riutilizzati dalle «*altre Pubbliche Amministrazioni e dai privati*»⁸², e «*da tutti gli operatori potenziali sul mercato*»⁸³; ma, al contempo, per la digitalizzazione di risorse culturali è previsto un “diritto di esclusiva”⁸⁴ di durata non superiore a dieci anni, ma rinnovabile (fatta salva la possibilità di prevedere una durata maggiore soggetta a riesame nel corso dell'undicesimo anno e successivamente ogni sette anni)⁸⁵.

Il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione, in attesa dell'adozione del Piano di digitalizzazione nazionale del patrimonio culturale (previsto dal decreto ministeriale 23 gennaio 2017), prevede che, oltre alle “infrastrutture” e alle basi di dati (costituito da fonti affidabili, autentiche e ufficiali di dati particolarmente rilevanti, prodotte dalle Pubbliche amministrazioni, che costituiscono il fondamento per la costruzione di prodotti e servizi pubblici) si aggiungano le banche dati di interesse nazionale, le banche dati trasversali, le piattaforme e le risorse (dizionari, glossari, ontologie, ecc.). In questa strategia, quello dei beni culturali e del turismo è stato identificato come un “Ecosistema” a sé, e, nel complesso quadro delle Agende digitali europea e nazionale, assume caratteristiche peculiari, che richiederanno un lavoro enorme di produzione, conservazione, distribuzione di dati, e di adeguamento del personale che vi lavora.

È ragionevole supporre, insomma, che vi siano “piattaforme semantiche” perseguitate intenzionalmente e professionalmente, ma con apporti che po-

⁸⁰ Artt. 52, co. 2, e 68, co. 3, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il “Codice dell'amministrazione digitale”.

⁸¹ art. 5 del decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, recante “Attuazione della direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo di documenti nel settore pubblico”; le licenze possono recare condizioni e limitazioni, ma «*secondo criteri di proporzionalità e nel rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali e non possono costituire ostacolo alla concorrenza*»: art. 8, co. 2, d. lgs. cit..

⁸² Art. 50, co. 1, d. lgs. n. 82/2005, cit..

⁸³ Art. 11, co. 1, d. lgs. n. 36/2006, cit., e ciò «*anche qualora uno o più soggetti stiano già procedendo allo sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti. I contratti o gli altri accordi tra il titolare del dato in possesso dei documenti e terzi non stabiliscono diritti esclusivi, salvo che ciò non risulti necessario per l'erogazione di un servizio di interesse pubblico*».

⁸⁴ Che andrebbe definito con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali, sentita l'Agenzia per l'Italia digitale: art. 11, co. 1-*bis*, del decreto legislativo n. 36/2006, a seguito delle modifiche recate da d. lgs. n. 102/2015.

⁸⁵ La disciplina in parola (il menzionato art. 11, co. 1-*bis*, del d. lgs. n. 36/2006) si caratterizza per la comprensibile prudenza cui sono sottoposti i beni culturali in confronto alla loro digitalizzazione; sono previsti infatti «*accordi di esclusiva*» trasparenti e resi pubblici sul sito istituzionale del titolare del dato, cui deve essere fornita a titolo gratuito una copia delle risorse culturali digitalizzate, resa «*disponibile per il riutilizzo al termine del periodo di esclusiva*».

tranno essere numerosissimi e disparati⁸⁶; il “Web semantico” è in effetti un orizzonte a cui tutto il mondo sta lavorando⁸⁷, ed anche in confronto al patrimonio culturale digitale è possibile non solo l’approccio a “blockchain”, ma anche l’uso aggregato ed interrelato delle informazioni in grandi numeri, e cioè i *megadati*, le cui tecnologie analitiche, ancora una volta, hanno però bisogno delle infrastrutture cognitive, dei criteri discretivi, di orientamenti di senso; e tutto ciò, poi, va sempre meglio affinato, e trasferito negli utilizzi di impresa dei *Big Data*, che saranno alimentati anche da quelli di origine culturale.

C’è poi un ulteriore, impegnativo aspetto, delicato, del popolamento, connesso al fatto che, per quanto l’argomento sia ancora pregno di incognite, pare poco dubbio che i beni culturali digitalizzati costituiranno alimento per le propensioni accumulative dell’intelligenza artificiale, la quale, qualunque direzione prenda, acquisirà una parte delle proprie competenze, e delle capacità di sviluppo, proprio attingendo “conoscenze” dai serbatoi accessibili, tra i quali, già oggi, primeggia il Web come regno digitale; e dunque un popolamento povero, meramente catalogativo, rischierebbe di consegnare alle operazioni “apprenditive”, “cognitive” di ogni versione dell’intelligenza artificiale materiali meno complessi, e meno saperi, meno connessioni, aggiungendo rischi ai tanti che già turbano le ipotesi di lavoro al riguardo⁸⁸.

8. L'utilizzo del bene pubblico culturale digitalizzato: fruizione e riutilizzi.

Accanto a quella del popolamento appropriato, una questione centrale riguarda l'utilizzo del patrimonio culturale digitale pubblico che progressivamente si va formando.

⁸⁶ «*Linked data si configura dunque come un'applicazione dei principi del web finalizzata a un nuovo e più flessibile paradigma editoriale dei dati. Il risultato è uno spazio di dati globale - il web di dati, appunto - basato su standard aperti e costituito da un numero incalcolabile di asserzioni RDF provenienti dalle fonti più disparate e che coprono i più svariati argomenti*»: così G. CRUPI, *Oltre le colonne d'Ercole*, cit., che prova a descrivere anche i vantaggi dell’approccio: aumentare il potenziale informativo dei dati, rendendoli più completi, più usabili e riusabili, più chiari e comprensibili, estendere illimitatamente le informazioni di contesto, in contesti anche assai diversi da quelli d’origine.

⁸⁷ «*L’opera di armonizzazione delle ontologie e degli schemi descrittivi viene affidata ad agenti software che, disponendo di una rappresentazione della conoscenza e di regole di deduzione espresse con un linguaggio interoperabile, operano per armonizzare conoscenze diverse*»: così O. SIGNORE, *Semantic web: il futuro è già qui?*, in JEK POT *The joint between Economy Knowledge Pathos Organization and Technology*, 10 Knowledge Management Forum, 24-25 Novembre 2005, 2005, <http://www.w3c.it/papers/km10.pdf>

⁸⁸ Per una amplissima rassegna sull’argomento, cfr. N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, trad. it. Torino, Bollati Boringhieri, 2018.

L'utilizzo che nel gergo dei beni culturali è chiamato fruizione, in realtà, è la declinazione specifica della condizione naturale, della vocazione primaria di ogni bene pubblico, la forma della destinazione pubblica⁸⁹ in questo ambito.

Appare poco discutibile, infatti, che ogni cosa può essere utilizzata per più interessi in ragione delle proprie vocazioni, della propria *affordance*, che dunque ne costituisce l'unico limite insito, naturale: una nave militare oltre ad essere un'arma può salvare gente in mare, ospitare eventi, visite guidate, diventare un ristorante o un b&b, il soggetto di un quadro; un fiume consente di pescare, attingere acqua, produrre energia o estrarre materiali come una cava; ed una grande opera d'arte può anche diventare un arredo, o un abito, una calzatura, il soggetto di un film, l'oggetto di un pensiero critico, il marchio di un ristorante, il personaggio di un fumetto, e tanto altro.

Il regime giuridico della cosa e dei suoi usi anche quando sia in appartenenza pubblica non riesce naturalmente a trascurare questa polivalenza, e spiega non solo una certa polisemia nel suo trattamento pragmatico⁹⁰, ma anche le ricostruzioni definitorie e lo strumentario tecnico inerente ai beni pubblici, imperniato – s'è detto – sull'identificazione di un uso principale – che non ha bisogno di giustificazioni e di atti che lo consentano, e perciò detto generale – ed altri che, invece, pur rimanendo leciti (in quanto compatibili con la *affordance* propria della cosa e la natura collettiva del bene), necessitano di decisioni che li autorizzino e, se del caso, li regolino. Per il bene culturale, in estrema sintesi, l'uso prevalente è quello che consente la fruibilità universale, e tutti gli altri che la cosa può in sé servire, limitando, più o meno, quella vocazione principale, sono considerati ed espressamente qualificati come speciali (e talora persino *eccezionali*), come avviene quando vengano destinati ad usi ristretti, o a funzioni che richiedono utilizzi diversi, edifici, quadri, sculture, arredi, suppellettili, aventi valore culturale.

Il regime giuridico dei “beni culturali digitalizzati”, dunque, deve considerare questa condizione dei beni di base per il proprio assetto strutturale; in assenza di una normativa dedicata, e prima ancora di condurre un'analisi più accurata con riguardo alla disciplina positiva – per ora – disponibile, cioè quella

⁸⁹ Elemento colto invariabilmente nella lettura più recente dei beni pubblici: tra altri, cfr. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004, *passim.*; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 17 ss.; G. PIPERATA, *Formazione, traiettoria e significato attuale della proprietà pubblica in Italia*, in *www.giustamm.it*, 2015, p. 7.

⁹⁰ P. GROSSI, *I beni: itinerario tra “moderno” e “pos-moderno”*, cit., p. 1059, che illustra e critica la «disinvoltura» con cui i termini “bene” e “cosa” vengono utilizzati dal legislatore, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

del bene di base, va subito notato che gli assunti che trarremo non verrebbero significativamente alterati se essi fossero considerati meri *documenti* digitali pubblici, poiché anche così si rinviene una tendenza normativa molto simile a quella che, vedremo, riguarda i *beni culturali*: la vocazione alla utilizzabilità universale e libera, chiunque deve potervi accedere e deve poterli utilizzare per qualunque scopo, anche biicamente lucrativo, salvi i limiti che ciò deve avere (ed ha) a protezione di alcuni valori (dati personali, diritto d'autore, privative industriali).

Il riferimento è alle già esaminate direttive 2013/37/UE e 2003/98/CE, e alle disposizioni che ne hanno dato attuazione in Italia, i decreti legislativi 24 gennaio 2006, n. 36, 7 marzo 2005, n. 82, 18 maggio 2015, n. 102; tuttavia, non va trascurato che, ai sensi degli artt. 822 e 824 del Codice civile, gli archivi e i documenti degli enti pubblici sono soggetti al regime demaniale, a che, ai sensi dell'art. 10, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 42/2004, anche i singoli documenti pubblici sono beni culturali e, perciò, appartengono al Patrimonio culturale della Nazione; ed infatti «*i documenti conservati negli archivi di Stato e negli archivi storici delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico sono liberamente consultabili*», salvo quelli dichiarati di carattere riservato, cui si può accedere dietro autorizzazione o cinquanta anni dopo la loro data, e quelli contenenti i dati sensibili e personali, consultabili quaranta anni dopo la loro data, o settanta anni se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute, la vita sessuale o rapporti riservati di tipo familiare (artt. 122-126 d. lgs. n. 42/2004).

Ciò conferma che il percepirli come “documenti” non altera l'ipotesi di questo lavoro, e cioè che siamo al cospetto di beni veri e propri, e distinti in senso giuridico, ed appare poco discutibile che il bene culturale pubblico digitalizzato, che come detto mette in circolo contenuti cognitivi di un bene culturale, debba perciò conservare uno specifico orientamento di fruizione, dunque dovrà poter essere offerto nella forma più aperta possibile a quanti più sia possibile, e questa condizione non è priva di conseguenze giuridiche, considerando che si comincia a discutere di un “diritto alla cultura” come fondamentale della persona⁹¹; ma, è altrettanto evidente, la caratteristica dell'asset digitale consiste

⁹¹ In ambito UE, il “diritto alla cultura” è recato nella *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa* di Faro del 27 ottobre 2005, sul valore dell'eredità culturale per la società, sottoscritta a Strasburgo dall'Italia il 27 febbraio 2013, ma non ancora ratificata; ma lo si trova menzionato, forse senza troppa intenzionalità tecnica, in diverse leggi regionali, come ad esempio nell'art. 1 co. 1 l. r. Campania n. 12/2005: «*1. La Regione Campania, nell'ambito delle proprie competenze e in attuazione della legislazione statale vigente, individua e favorisce le iniziative per la promozione, la salvaguardia dei beni culturali ed ambientali della Campania e la utilizzazione di tale patrimonio al fine di assicurare lo sviluppo degli studi e della ricerca scientifica ed il diritto alla cultura di tutta la comunità*». In dottrina comincia a profilarsi il percorso già vissuto per i diritti che sembravano afferire alla libertà, nel quadro di quelli fondamentali di terza generazione, e dunque sono già comparsi studi che rile-

anche nella possibilità del riuso, e della generazione di nuovi prodotti e servizi, non necessariamente, a loro volta, propriamente culturali, e anche di rilievo industriale e commerciale⁹².

E non sorprende come la fruibilità, un aumento cioè delle occasioni e delle possibilità di contatto, sia sempre stata considerata tra le funzioni, e forse la principale ragione di interesse, di ogni fenomeno di riproduzione⁹³, con due essenziali cautele connesse agli elementi propri della destinazione universale come uso generale:

a) la tenuta dell'integrità bene di base, che effettivamente può essere messa a rischio da alcune tecniche di riproduzione (contatti, come nei calchi⁹⁴ o per i libri, fotoni generati da sorgenti luminose o letture laser, ecc.), e così inferire, mediamente, sulla possibilità futura di fruizione;

b) la possibilità – non sempre espressa e consapevole – di considerare i possibili rendimenti economici in un'idea vasta della fruizione, laddove i ricavi che confluiscano nei bilanci pubblici per effetto degli utilizzi restano a vantag-

vano un profilo di diritto soggettivo, assoluto: cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, p. 495; G. REPETTO, *Il diritto alla cultura*, relazione presentata al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Cassino, 10-11 giugno 2016, in www.gruppodipisa.it; M. CARCIONE *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon* 2013, n. 2; P. BILANCIA, *Diritto alla cultura Un osservatorio sulla sostenibilità culturale*, in ID. (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*, Napoli, ESI, 2016, spec. pp. 10 ss.; e l'espressione viene utilizzata anche in termini atecnici, come avviene, ad esempio, in S. SETTIS, *Il diritto alla cultura nella Costituzione italiana*, As-sago, 2016.

⁹² Si guardi, a conferma riassuntiva, il *Considerando* n. 15 della menzionata direttiva 2013/37/UE, che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico: «Le biblioteche, i musei e gli archivi detengono una notevole quantità di preziose risorse di informazione del settore pubblico, in particolare dal momento che i progetti di digitalizzazione hanno moltiplicato la quantità di materiale digitale di dominio pubblico. Tali raccolte del patrimonio culturale e i relativi meta-dati possono costituire una base per i prodotti e servizi a contenuto digitale e hanno un enorme potenziale per il riutilizzo innovativo in settori quali la formazione e il turismo. Più ampie possibilità di riutilizzo del materiale culturale del settore pubblico dovrebbero, tra l'altro, consentire alle imprese dell'Unione di sfruttarne il potenziale e contribuire alla crescita economica e alla creazione di posti di lavoro»; ma si vedano anche, con i medesimi assunti, la risoluzione del Parlamento europeo del 5 maggio 2010 su «*Europeana, le prossime tappe*», la raccomandazione della Commissione 2011/711/UE, del 27 ottobre 2011, sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale, e le conclusioni del Consiglio del 10 maggio 2012 sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete.

⁹³ Cfr., ancora, W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, cit., pp. 9 ss.: la riproduzione di un bene «gli permette di andare incontro al fruitore, nella forma della fotografia oppure del disco. La cattedrale abbandona la sua ubicazione per essere accolta nello studio di un amatore d'arte; il coro che è stato eseguito in un auditorio oppure all'aria aperta può venir ascoltato in una camera». Più di recente, l'assunto si rinviene anche in qualche arresto giurisprudenziale: la sent. TAR Calabria, Reggio Calabria, 10 ottobre 2003, n. 1285, assume che alcune «tecniche di riproduzione, che incrementano la diffusione della conoscenza dell'opera d'arte, stimolano l'interesse a vedere il capolavoro riprodotto, ma non intaccano, anzi piuttosto esaltano, l'unicum dell'opera d'arte».

⁹⁴ Una delle circostanze in cui il legislatore parla di uso «eccezionale»: art. 107, co. 2, d. lgs. n. 42/2004.

gio collettivo, o espressamente del patrimonio culturale⁹⁵, e la loro appropriazione ad opera di terzi, perciò, sottragga possibilità alla fruizione.

Insomma, una volta costituiti, e versati nel Web, sorgono i temi connessi all'utilizzo dei contenuti recati dai beni culturali pubblici digitalizzati, che possiamo declinare, in linea con l'atmosfera costituzionale italiana, in fruizione e riutilizzo, che come vedremo fa sorgere bisogni di gestione e, se – continuando a seguire l'ipotesi di lavoro – anche essi hanno valore culturale, meritano considerazioni di tutela, per molti aspetti non usuali.

9. La fruizione del patrimonio pubblico culturale digitalizzato ed il conseguente utilizzo della conoscenza generata.

Volgendoci propriamente al bene culturale digitalizzato, se si trae spunto dal regime giuridico di quello di base, troviamo facile conferma che *«i beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività»* (art. 2, co. 4, d. lgs. n. 42/2004); anche grazie alle possibilità offerte dalla dimensione digitale, possiamo oggi leggere questa disposizione come un pezzo che concorre alla definizione della “fruizione”, intesa come attività doverosa dei responsabili della detenzione di patrimonio culturale della Nazione, e dunque ad accesso universale, ancorché non necessariamente gratuito⁹⁶, né illimitato o sregolato. Ed infatti, a mo' di riprova, se, in ambito internazionale, si discute di cosa sia un museo, si concorda che si tratti di *«un'istituzione permanente, senza scopo di lucro, al servizio della società, e del suo sviluppo, aperta al pubblico, che effettua ricerche sulle testimonianze materiali ed immateriali dell'uomo e del suo ambiente, le acquisisce, le conserva, e le comunica e specificatamente le espone per scopi di studio, istruzione e diletto»*⁹⁷.

⁹⁵ A norma dell'art. 110, co. 2, d. lgs. n. 42/2004 i ricavi dei biglietti, canoni e corrispettivi di riproduzione sono riportati, con un lungo giro contabile, *«alle competenti unità previsionali di base dello stato di previsione della spesa del Ministero»*, ed il successivo co. 3 stabilisce che *«proventi derivanti dalla vendita dei biglietti d'ingresso agli istituti ed ai luoghi appartenenti o in consegna allo Stato sono destinati alla realizzazione di interventi per la sicurezza e la conservazione e al funzionamento e alla valorizzazione degli istituti e dei luoghi della cultura appartenenti o in consegna allo Stato, ai sensi dell'articolo 29, nonché all'espropriazione e all'acquisto di beni culturali, anche mediante esercizio della prelazione»*; il successivo art. 103, co. 3, lett. d) prevede una possibile percentuale dei proventi dei biglietti da assegnare all'Ente nazionale di assistenza e previdenza per i pittori, scultori, musicisti, scrittori ed autori drammatici.

⁹⁶ Cfr. M. FIORILLO, *Fra stato e mercato: spunti in tema di costituzione economica, costituzione culturale e cittadinanza*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 2.

⁹⁷ Statuto ICOM, approvato nell'ambito della ventiduesima Assemblea Generale a Vienna, il 24 agosto 2007 (corsivi miei); lo standard è stato riportato maniera ondivaga nella normativa italiana, nell'art. 101, co. 2 lett. a) del d. lgs. n. 42/2004, nell'art. 35, d.p.c.m. 29 ago-

La fruizione, che è esperienza di contatto, conoscenza ed utilizzo, nella disciplina positiva italiana è lo scopo anche della attività di valorizzazione (art. 6, co. 1, d. lgs. n. 42/2004), volta com'è a «*promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso*»; e per quanto la normativa vigente sia talora malintesa, il co. 1 dell'art. 3 del Codice dei beni culturali e del paesaggio chiarisce che anche la tutela è esercitata “per fini di fruizione”, e sono ormai molti gli approcci che leggono la fruizione come una componente irrinunciabile della tutela⁹⁸.

Questa caratteristica dei beni pubblici culturali, la loro destinazione *costituzionale* alla fruizione, esclude, per essi e per la loro componente cognitiva (diversamente da altri beni immateriali, come le radiofrequenze⁹⁹, i marchi¹⁰⁰, o la riproduzione audiovisiva degli eventi sportivi¹⁰¹), una delle più utilizzate tutele proprie del diritto di proprietà privata, ovvero la facoltà di impedire l'accesso al bene (dunque alla cosa e ai suoi immateriali), e, per questa via, il contatto con esso e, dunque, ogni possibilità di riproduzione¹⁰² - salve esigenze di tutela conservativa - come capacità potestativa dominicale: la fruizione pubblica è elemento naturale, fisiologico della condizione giuridica di questo patrimonio¹⁰³. E persino quando ragioni di tutela sconsiglino contatti col bene materiale (art. 2, co. 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio), ciò non toglie la finalità volta alla sua fruibilità, che va dunque, comunque perseguita, ad esempio con-

sto 2014, n. 171, e all'art.1 del d.m. 23 dicembre 2014, recante *Organizzazione e funzionamento dei musei statali*.

⁹⁸ Basterà osservare le evoluzioni in ordine alle questioni epistemiche del *restauro* (una componente essenziale della tutela) in ambito archeologico, che attestano molto chiaramente la rilevanza della fruizione per la conservazione, dell' “usare per conservare”: cfr., fra altri, D. MANACORDA, *Il sito archeologico: fra ricerca e valorizzazione*, Roma, Carocci, 2007, spec. p. 94; S. MUÑOZ VIÑAS, *Teoria contemporanea del restauro*, Roma, Castelvecchi, 2017; A. BELLINI, *La mera conservazione non appartiene all'Architettura*, in *TeMa*, 1998, n. 1, pp. 2 ss.; se dunque conoscere, individuare, conservare e proteggere costituiscono finalità “immediate” di tutela (G. CORSO, *Commento all'art. 1*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 56), il “fine ultimo” rimane la fruibilità: G. SCIULLO, *Tutela*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, il Mulino, 2017, p. 147; G. PASTORI, *Commento all'art. 3*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 66.

⁹⁹ v. *supra*, nt. 14.

¹⁰⁰ Si è già menzionato l'art. 19, d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, cit..

¹⁰¹ L. NIVARRA, *I «diritti esclusivi di trasmissione di eventi»*, in *AIDA*, 2008, pp. 33 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La statalizzazione dei «diritti televisivi sportivi»*, in *Dir. inf.*, 2008, pp. 695 ss..

¹⁰² G. RESTA, *Chi è proprietario delle piramidi?*, cit., pp. 582 ss.

¹⁰³ Per A. SERRA, *Patrimonio culturale e nuove tecnologie: categorie di interessi e profili giuridici*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 225, si tratterebbe di «*un uso controllato dei contenuti, sia per finalità di remunerazione sia di controllo sulla qualità di quanto viene messo a disposizione*».

sentendo la disponibilità di documentazione e conoscenze riguardanti il bene riservato, e spesso, oggi, ricorrendo proprio alla sua versione digitale.

Cosicché, supponendo che la digitalizzazione sia operazione finalizzata all'ampliamento della fruizione del bene di base, che adduce una oggettiva valorizzazione, producendo altri beni derivati, possiamo rilevare e dedurre una possibilità di fruizione anche per questi ultimi¹⁰⁴. Accettando l'ipotesi che quello culturale digitalizzato sia un bene portatore di conoscenza, possiamo osservare come questa possa essere usata proprio in conseguenza della fruizione, dato che l'utilizzo è possibile solo in seguito ad un "contatto" con il prodotto culturale digitalizzato, e consiste fondamentalmente nell'uso generativo della conoscenza acquisita in seguito a quel contatto. Come sempre nei fenomeni di trasmissione e riutilizzo delle conoscenze, perciò, è di fondamentale importanza il modo in cui quel contatto avviene, perché attiene, appunto, al modo in cui la conoscenza viene trasmessa, e dunque prima viene accumulata e disposta alla percezione altrui, la quale ha carattere *cumulativo*, poiché la conoscenza si amplia lavorando su basi già conosciute, su scoperte già effettuate, saperi acquisiti, e ciò, è stato notato, "è alla base del metodo scientifico"¹⁰⁵.

Ciò avvalora e fornisce ulteriore significato ad una lettura della normativa già vigente, ed in particolare dell'art. 108, co. 3-*bis*, del d. lgs. n. 42/2004 che, come già accennato e meglio vedremo subito, consente un utilizzo del bene culturale pubblico digitalizzato acquisito a causa della sua fruizione tendenzialmente libero e gratuito, se effettuato (la disposizione lo ripete più volte) "senza scopo di lucro".

Sono in effetti numerose, e di diverso tipo, le possibilità di utilizzo a titolo di fruizione, le quali, a guardarle bene, possono avere dimensioni sia individuali che di gruppo, ed anche essere curate e sviluppate in forma di impresa¹⁰⁶, perché è ormai chiaro – finalmente – che si dà impresa anche in caso di rinuncia al lucro soggettivo, con il conseguente "polimorfismo imprenditoriale"¹⁰⁷ ormai ammesso e disciplinato in tutta Europa; ed a tale assunto non osta, in sé,

¹⁰⁴ R. DE MEO, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, ne *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, p. 669, parla di «fruizione tecnologica».

¹⁰⁵ C. SHAPIRO, *Navigating the patent thicket: cross licenses, patent pools and standard settings*, in *National Bureau of Economic Research, Innovation Policy and the Economy*, 2001, 1, pp. 119 ss.; un utile esempio delle implicazioni di questa riflessione può essere visto in S. ORLANDI, *Lavorare insieme in un mondo digitale*, in *Archeologia e Calcolatori*, Supplem. 9, 2017, pp. 21 ss..

¹⁰⁶ *Contra* A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, cit., il quale un po' apoditticamente sostiene che «non potrà ritenersi esentato l'uso che, per quanto fedele ad una espressione culturale, sia collocato all'interno di una attività di impresa, che è potenzialmente lucrativa».

¹⁰⁷ E. CUSA, *Le forme di impresa privata diverse dalle società lucrative tra aiuti di Stato e Costituzioni economiche europee*, Torino, Giappichelli, 2013.

la attuale limitazione normativa, che definisce libere solo le iniziative di riproduzione ed utilizzo prive di scopo di lucro, perché a ben vedere l'art. 108, co. 3-*bis*, del d. lgs. n. 42/2004 si riferisce, in maniera interessante, alle *operazioni* prive di intento lucrativo, non ai soggetti ed allo scopo della loro natura giuridica, ed in conseguenza la limitazione normativa, per come è formulata, non sembra sufficiente ad impedire un uso del bene culturale digitalizzato a titolo di “fruizione” libera se esso, a sua volta, dà vita a beni e servizi ulteriori che lo utilizzino fra gli *input* produttivi in forma di impresa per «attività, svolte senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale», come può accadere per attività di impresa sociale (che è priva di scopo lucrativo cd. “soggettivo”), e forse anche per l'impresa culturale e creativa non profittevole, ed i segmenti *non-profit* delle attività delle società così dette *benefit*, e per ogni operazione specificamente priva di intento lucrativo.

Il riuso di quella conoscenza a titolo di fruizione può essere esso stesso culturale, cioè concorrere a generare un altro prodotto con i caratteri del bene culturale, come è accaduto nelle innumerevoli volte in cui, ad esempio, un'opera d'arte sia “ispirata” da un'altra, o come paradossalmente accade proprio per la costituzione del bene culturale digitale, che consiste in un utilizzo delle conoscenze in ordine al bene “di base” per la costituzione di un nuovo, diverso bene.

In realtà appartengono a questa categoria di “riusi”, intenzionalmente e propriamente culturali, gli allestimenti museali e le mostre, se si accetta l'idea che si tratti di “oggetti sociali”, o addirittura vere e proprie opere distinte da quelle di cui siano composte¹⁰⁸. Più in generale può essere studiata l'ipotesi che esposizioni, stabili o temporanee, di beni culturali pubblici digitalizzati, con le proprie forme di allestimento, o utilizzi per produzioni cinematografiche¹⁰⁹, libri ed altri prodotti editoriali, musicali, audiovisivi, quando non consistano in usi pedissequi e generino prodotti originali, quando perciò utilizzano i contenuti epistemici e costituiscono, cioè, oggetti complessi diversi da quelli che li compongono, per un verso possono essere considerati forme di promozione

¹⁰⁸ Ho provato a dimostrare l'assunto in P. FORTE, *Breves consideraciones sobre la adquisición de obras de arte en la regulación europea de los contratos públicos*, in *REALA*, 2017, spec. pp. 111 ss..

¹⁰⁹ A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, cit., p. 80, utilizza il termine «beni culturali – spazi» per definire ciò che può essere utilizzato per riprese cinematografiche, evidentemente diverso dall'utilizzo di beni già digitalizzati che qui si suppone; peraltro, lo stesso autore fa notare che le autorizzazioni per le riprese possono essere percepite come concessioni di spazi, appunto, o come riproduzione (*ibidem*).

del patrimonio culturale¹¹⁰, e per altro non consistano in mere “riproduzioni ulteriori” e, dunque, possono essere libere da consensi del soggetto pubblico di appartenenza, anche quando abbiano intenti lucrativi in senso soggettivo.

In quanto tale, infatti, questo tipo di riuso, quello che ha ad oggetto le conoscenze, è sempre stato, e continua ad essere, assolutamente libero, costituzionalmente protetto sotto forma di libera espressione del pensiero e dell’arte (articoli 9, 21, 33 Cost.)¹¹¹, poiché in realtà utilizza ciò che è stato variamente definito – a seconda delle gergalità proprie delle specializzazioni scientifiche – “sfera pubblica”¹¹², “pubblico dominio ontologico”¹¹³, e cioè le conoscenze, le cognizioni suscitate dal contatto con il bene, che possono dar vita a “trasfigurazioni” o “ricreazioni”¹¹⁴; questa operazione può naturalmente comportare intenti e pratiche fraudolente, ed in quanto tali illecite, come nelle false attribuzioni o nei plagii, ma si tratta di questioni diverse – ed anche molto discusse – che vanno annoverate nell’alveo della protezione intellettuale o negli utilizzi commerciali privi di intenti culturali, dunque non assimilabili a quanto si sta illustrando¹¹⁵. Ne sono chiare dimostrazioni le diatribe connesse ai plagii nei bra-

¹¹⁰ «Rispetto al concetto di promozione culturale, rintracciabile pure nella legge sul diritto d'autore, la valorizzazione richiede non solo la diffusione di una conoscenza ma anche l'assicurazione di migliori condizioni di utilizzazione e fruizione con fini di sviluppo culturale. Pare quindi da ritenersi che il soggetto pubblico non possa accedere all'utilizzazione gratuita della riproduzione del bene culturale per semplici fini pubblicitari o propagandistici, slegati da un contesto culturale: occorreranno scopi idonei ad incrementare il contenuto valoriale del bene, come può esserlo l'associazione dell'immagine ad un particolare evento culturale, una mostra od un'esposizione»: così A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, cit.

¹¹¹ Cfr. G. MANFREDI *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, n. 1, p. 33.

¹¹² J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962), tr. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, Laterza, 1984, sostiene che l'obiettivo sociale del diritto d'autore sia quello di promuovere la sfera pubblica dell'opera, facilitando la sua circolazione, pur garantendo all'autore un certo controllo su di essa.

¹¹³ P. SAMUELSON, *Enriching Discourse on Public Domain*, in *Duke Law Journal*, 2006, Vol. 55, p. 791, lo qualifica invece come «*public domain of IP-free onformation resources*», mentre D. L. ZIMMERMANN, *Is There a Right to Have Something to Say?*, in *Fordham L. Rev.*, 2004, n. 73, p. 326, parla di un «*First Amendment public domain*», in quanto riguardante idee, informazioni, teorie e principi scientifici.

¹¹⁴ Cfr. fra altri, A. MUSSO, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno, letterarie e artistiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 2008, p. 43: c'è «*creatività originaria (non derivata) anche nei confronti di opere in cui l'eventuale (o perfino inevitabile) ripresa di materiali protetti sia caratterizzata da una sufficiente strumentalità funzionale per un diverso effetto artistico o comunque estetico*»; secondo l'A., l'art. 2, n. 2, L.d.A. costituirebbe «*l'archetipo della lecita possibilità di ripresa di precedenti opere in funzione "trasfigurativa" o "ricreativa", insita in ogni ulteriore tipologia di composizione artistica*» (*ibidem*, p. 64).

¹¹⁵ Lo nota R. DE MEO, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, cit., p. 687: «*le caratteristiche di pervasività, l'immediatezza delle capacità divulgative, l'altissima potenzialità di elaborazione creativa dello spazio visivo, differenziano sensibilmente la digitalizzazione dalle attività plagiarie che gli ordinamenti erano abituati a scoraggiare e perseguire*».

ni musicali, generalmente trattate, infatti, nell'ambito delle protezioni autoriali, e non per gli elementi culturali implicati¹¹⁶.

La libera acquisizione e riutilizzabilità che connota questi contenuti immateriali del bene culturale pubblico digitalizzato, occorre notare, non significa anche, e necessariamente, gratuità nell'accesso¹¹⁷; non si è mai dubitato, in effetti, che la fruizione universale possa essere soggetta ad un prezzo, quantomeno a titolo di mero concorso dei costi di produzione e tenuta dei beni e dei luoghi che li conservano ed espongono¹¹⁸, e dunque non sorprende che la disciplina europea sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, oggi, consenta che biblioteche, musei e archivi possano richiedere un corrispettivo in denaro per la fornitura e l'autorizzazione al riutilizzo dei beni digitalizzati, che contempli i costi di raccolta, produzione, riproduzione, diffusione, conservazione e gestione dei diritti, maggiorati di un congruo utile sugli investimenti¹¹⁹. Tale indirizzo è oggi recepito in Italia con le modifiche apportate al d. lgs. 24 gennaio 2006, n. 36 dal d. lgs. 18 maggio 2015, n. 102, e sembra compatibile con gli standard più in uso nel variegato panorama delle "licenze" connesse alla definizione di "dato o contenuto aperto" in ambiente digitale¹²⁰.

Ciò ci consente però una prima assunzione: mentre la diffusione di un'immagine acquisita in seguito alla fruizione personale, anche se poi elabora-

¹¹⁶ L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi* cit., nota che «la riproduzione delle immagini, in connessione con il potenziale di polisemia e ambiguità delle opere, produce fenomeni culturali rilevanti, quali l'accomodamento, il riuso, sino alla manipolazione, che, per un verso, possono alimentare disinformazione e conflitti, ma, per altro verso, possono rivelarsi cruciali anche per la sopravvivenza delle opere stesse in contesti lontani da quelli che le hanno prodotte».

¹¹⁷ Il recente studio di A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Roma-Bari, Laterza, 2019, spec. pp. 17 ss., dimostra le notevoli lacune nella consapevolezza degli introiti da biglietteria negli accessi ai luoghi della cultura italiani, e la mancanza di apposite, consapevoli strategie di *ticketing*, anche in ordine agli accessi gratuiti, che per i luoghi museali statali ammontano alla metà del totale degli ingressi.

¹¹⁸ Per R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, cit., p. 503, nell'ipotizzare «un diritto di credito alle prestazioni di servizio pubblico o d'interesse economico generale» non è «importante cercare di comprendere quando questo diritto di credito insorga in capo al suo titolare, cioè se l'utente possa fruire di un museo, piuttosto che di una biblioteca, di una scuola o dell'università in ragione di un titolo di rappresentazione del credito (biglietto), della sottoscrizione di un contratto d'utenza, di un atto d'ammissione di diritto amministrativo, o ancora per fatto concludente poiché il diritto di credito dell'utente a un certo punto sorge ed è esigibile dal suo titolare che può pretendere la prestazione. Una volta sorto il diritto di credito è protetto dalla disciplina delle obbligazioni e contratti, sicché allestito un museo, aperto al pubblico, appare evidente che ciascun individuo possa pretenderne la fruizione secondo le modalità d'orario, di luogo e quant'altro sia oggetto della predefinita prestazione».

¹¹⁹ Art. 6 della direttiva 2003/98/CE, come modificata dalla direttiva 2013/37/UE.

¹²⁰ Si veda ad esempio la condizione relativa all'accesso recata da Open Knowledge Foundation per le licenze "aperte", in <https://opendefinition.org/>: «L'opera deve essere disponibile nella sua interezza ed a un costo di riproduzione ragionevole, preferibilmente tramite il download gratuito via Internet».

ta e capace, perciò, di costituire un nuovo, diverso oggetto suscettibile di essere qualificato a sua volta come bene digitale, resta gratuita se effettuata senza scopo di lucro, dal lato dell'offerta la messa a disposizione di un bene culturale digitalizzato ad opera del soggetto affidatario del "bene di base" può anche essere sottoposta ad un prezzo di accesso, come accade quando si fruisce di beni culturali raccolti in luoghi della cultura dietro il pagamento di un "biglietto" di ingresso, ed anche di riutilizzo, se esso non generi prodotti originali; ma trova anche una riprova nel principio desumibile dalla disposizione dell'art. 940 c.c., secondo cui «se taluno ha adoperato una materia che non gli apparteneva per formare una nuova cosa, possa o non possa la materia riprendere la sua prima forma, ne acquista la proprietà pagando il prezzo della materia».

In definitiva, sembra che la sua fruizione consenta tre tipologie di combinazione di accesso ed utilizzo per il bene digitalizzato, poiché non in grado di alterare in alcun modo la conservazione e l'uso universale del bene di base:

- a) l'acquisizione e l'utilizzazione della conoscenza da esso recata, libere e gratuite qualunque ne sia l'esito creativo che concorre a generare;
- b) l'acquisizione e l'uso libero e gratuito del bene digitalizzato in quanto oggetto, anche per la costituzione di prodotti derivati diversi da esso, senza scopo di lucro specifico;
- c) l'acquisizione libera ma a pagamento e l'uso libero e gratuito del bene digitalizzato acquisito in quanto oggetto, anche per la costituzione di prodotti derivati diversi da esso, senza scopo di lucro specifico.

10. La riproduzione digitale ed il riutilizzo per scopi di lucro.

Se, come si è visto, le operazioni di acquisizione personale e diffusione senza scopo di lucro specifico di beni culturali digitalizzati sono libere e tendenzialmente – ma non obbligatoriamente – gratuite, vanno ora analizzate quelle che, al contrario, perseguono intenti lucrativi.

Se si segue il percorso indicato, potrebbe essere utile provare a distinguere i valori epistemici, le conoscenze, recate con il bene digitale, dalla mera immagine e dai prodotti che ne consentano una dimensione virtualizzata, generati con la riproduzione che, s'è detto, è parte di ogni operazione di digitalizzazione¹²¹.

¹²¹ G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit., rinviene cinque «declinazioni» dei valori immateriali dei beni culturali, e, come detto, ne evidenzia la differenza con i così detti «beni culturali immateriali»; G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2018,

Per i primi, infatti, si è visto che appare dubbia una eccessiva limitazione dei loro utilizzi (al netto dei profili di diritto d'autore, cui si è potuto fare solo un cenno), finanche per la generazione di prodotti o servizi commerciali nuovi, cioè diversi significativamente dal bene digitalizzato cui si ispirano, in quanto frutto di espressione artistica, creativa, innovativa, o del pensiero¹²².

Più agevole pare, invece, affermare la possibilità di assoggettare ad un assenso esplicito e ad un prezzo l'uso commerciale pedissequo dell'immagine recata dal bene digitale (come nei tanti casi di uso pubblicitario di opere famose, dal David di Michelangelo alla Gioconda di Leonardo¹²³, o per la produzione di *puzzle* recanti immagini di beni culturali¹²⁴), che può essere infatti riportata alla mera riproduzione per scopi lucrativi, per la quale, come visto, da sempre vi è una disciplina che consente limitazioni di utilizzo¹²⁵.

Prima di procedere oltre, occorre domandarsi se, e su quali presupposti giuridici, il titolare del bene culturale di base abbia anche poteri e facoltà esclusive in ordine al bene digitalizzato.

Abbiamo infatti visto che questo è bene distinto da quello, dunque non può utilizzarsi l'argomento della estensione del diritto del proprietario del primo ed il limite della sua potestà su di esso¹²⁶; inoltre, la naturale vocazione alla fruizione universale del bene culturale pubblico impedisce di ricorrere a tesi "dominicali" di escludibilità, che passino cioè per le facoltà di godimento esclusivo tipiche del diritto di proprietà¹²⁷, soprattutto materiale; infine, s'è visto che

pp. 21 ss., considerando invece la già nota struttura duale del bene culturale, ne desume due conseguenti possibilità di valorizzazione; R. DE MEO, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, cit., p. 672, assume esplicitamente che «l'iconografia digitale è essa stessa un bene, un asset museale».

¹²² A titolo di esempio, si veda il caso affrontato da Cass. civ., sez. VI, sent. 23 aprile 2013, n. 9757, che ha ritenuto lecita la riproduzione di un bene archeologico con un'opera ispirata solo parzialmente all'aspetto reale del bene tutelato, essendo frutto di autonoma attività creativa da parte dell'autore.

¹²³ Da ultimo, cfr. Tribunale Firenze, ordinanza 26 ottobre 2017, che inibisce con provvedimento d'urgenza la cui efficacia è estesa a tutto il territorio europeo, la promozione a scopo di lucro, da parte di una agenzia specializzata, di accessi e visite guidate a musei italiani utilizzando, sui dépliant e sul sito Internet, riproduzioni fotografiche della galleria dell'Accademia di Firenze e del David di Michelangelo, ivi conservato, senza la necessaria concessione del ministero competente.

¹²⁴ Cfr. il parere dell'ufficio legislativo MIBAC 11 marzo 2015 prott. 0005585, riguardante un *puzzle* che utilizzava, non autorizzato, l'Autoritratto di Leonardo da Vinci.

¹²⁵ L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, cit.: «gli argomenti storico-culturali a favore di una libera circolazione delle immagini sono quindi numerosi. Ma, sotto il profilo giuridico, se sin dal 1913 si è distinto tra usi commerciali e non commerciali e se l'Unione europea continua a farlo ancora 100 anni dopo, non può non riconoscersi che si tratta di un tema radicato e certamente complesso».

¹²⁶ cfr. *supra*, nt. 12.

¹²⁷ Ben riassunte da G. RESTA, *Chi è proprietario delle piramidi?*, cit., pp. 581 ss.; in l'argomento, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Proprietà museale ed usi non autorizzati di terzi*, in *AIDA*,

quello digitalizzato è bene fondamentalmente cognitivo, portatore di conoscenza, ed è noto quanto ciò resista ad appropriazioni e titolarità esclusive, soprattutto in ambientazioni costituzionali come quella italiana¹²⁸.

Come in tutte le vicende riguardanti i beni pubblici, anche per quelli digitali ha rilievo giuridico, più che l'insieme delle facoltà dominicali, il regime dell'appartenenza, la titolarità, perché assegna la capacità decisionale, la quale però è inserita in un regime giuridico che, disciplinando finalità e possibilità decisionali, limita l'arbitrio proprio del *dominium*¹²⁹. E come s'è già molte volte ripetuto, sia per l'origine del bene culturale digitalizzato (che proviene dal patrimonio culturale della Nazione), sia per i suoi contenuti di conoscenza, esso è costituzionalmente destinato alla massima fruizione, che è, a dir così, il suo statuto di base.

Dove però la parte di quei contenuti immateriali limitata agli aspetti rappresentativi ed evocativi (immagine, marchio, notorietà, fascino) possa direttamente generare utilità circoscritte, esclusive, rivali¹³⁰, questo utilizzo fuoriesce dall'ambito della fruizione, ed entra in quello dell'uso strumentale individuale, e come tale, generando utilità non universali, è trattabile in termini di mercato, e dunque può essere soggetta a un prezzo e ad un controllo ad opera del titolare.

Per spiegare la titolarità delle decisioni e dei diritti alla percezione dei rendimenti dovuti ad utilizzi commerciali dei beni digitalizzati, allora, senza dover ricorrere alla disciplina del diritto d'autore, e più in generale alla *creazione* come fenomeno giuridico costitutivo della proprietà, probabilmente dovrà lavorarsi su altro, come, ad esempio, sul fatto che, attingendo all'immateriale del bene di base, quello digitalizzato può essere considerato una forma, un prodotto della sua valorizzazione, divenuta ormai doverosa per le amministrazioni

1999, p. 74; M. FUSI, *Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, pp. 89 ss..

¹²⁸ Tra la sterminata letteratura di un dibattito ancora molto vivace, si vedano, ad esempio, gli studi raccolti in C. HESS, E. OSTROM (a cura di), *La conoscenza come bene comune: dalla teoria alla pratica*, trad. it. Milano, Bruno Mondadori, 2009; L. GALLINO, *Tecnologia e democrazia. Conoscenze tecniche e scientifiche come beni pubblici*, Torino, Einaudi, 2007; C. R. SUNSTEIN, *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, trad. it. Bologna, il Mulino, 2003; in realtà l'argomento è noto già da tempo: cfr. per tutti, il "paradosso della libertà" in K. R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario*, trad. it, Roma, Armando Editore, 2004.

¹²⁹ Per tutti, cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, pp. 92 ss., in ordine alla possibilità di distinguere il godimento collettivo dalla appartenenza «in funzione di costituzione, conservazione, disposizione delle utilità collettive».

¹³⁰ E cioè i rendimenti di «un capitale intellettuale e un capitale cognitivo» di cui parla G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit., 29.

pubbliche¹³¹, e poiché in quell'immateriale vi sono anche le dimensioni economiche¹³², è la titolarità della funzione di valorizzazione del patrimonio culturale ad appartenenza pubblica che conferisce potestà decisionali a chi ne sia incaricato per legge, in ordine agli utilizzi commerciali di questo contenuto immateriale¹³³; e quando esso è recato da un veicolo, la potestà decisionale, ovviamente, si estende ad esso.

Questa ipotesi di lavoro può tornare utile anche per comprendere (e ribadire, in realtà) che gli utilizzi commerciali del bene digitalizzato non si riferiscono al complesso contenuto che esso reca, ed in particolare poco attingono a quelli cognitivi; ciò che viene prevalentemente in gioco è la sfera più replicabile del bene di base, la sua "immagine", che consente "riproduzioni" materiali (come ad esempio nei classici "calchi", o nella generazione di arredi e complementi pedissequi a quelli rinvenuti in scavi archeologici, ecc.), o sfruttamenti immateriali, come avviene in ogni declinazione reputazionale, comunicativa e pubblicitaria dell'utilizzo commerciale del bene digitalizzato. Ed ha anche una conseguenza impegnativa, poiché – connettendo l'uso dell'immagine alla funzione di valorizzazione del bene di base – non consente di distinguere tra le tipologie di beni¹³⁴, ed in particolare quelli esposti alla pubblica vista, incidendo sulla discussione in ordine alla cd. libertà di panorama¹³⁵: anche l'immagine esterna del Colosseo, per intenderci, per questa via potrebbe essere assoggettata a limiti nello sfruttamento commerciale (e non più, s'è visto, nella riproducibilità e nella libera utilizzabilità conseguente alla fruizione)¹³⁶.

¹³¹ G. SEVERINI, *Art. 111*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 1011.

¹³² Il «riflesso economico» come elemento immateriale «nei fatti comunque dimora, e sotto varie forme» in «ciascuno dei due profili della struttura del bene culturale»: così, riassumendo ottimamente una osservazione ormai attestata, G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, 2015, n. 3.

¹³³ La connessione tra valorizzazione ed uso dei beni culturali è colta, tra altri, da C. VENTIMIGLIA, *Art. 106*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., pp. 986 ss..

¹³⁴ È uno dei difetti della tecnica normativa (e forse della concettualizzazione) sul bene culturale come sintesi di una pluralità amplissima di forme espressive, più volte rilevata in letteratura: cfr., per tutti, L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, 2012, n. 1-2, che parla di «*spandora del ben culturalismo*».

¹³⁵ G. RESTA, *L'immagine dei beni*, in ID, (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, UTET, 2010, p. 560; S. FAGGIONI LARA, *La libertà di panorama in Italia*, in *Il dir. industr.*, 2011, pp. 535 ss.; A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, cit., pp. 111 ss.; P. MAGNANI, *Musei e valorizzazione delle collezioni: questioni aperte in tema di sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale sulle immagini delle opere*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, I, p. 237.

¹³⁶ La questione è in discussione in tutto il mondo; è rimasta alle soglie dei tribunali la vicenda del Gay Pride 2016, i cui organizzatori avevano usato l'immagine esterna del "Colosseo Quadrato" in Roma, immobile del patrimonio culturale pubblico affidato in uso individuale a

C'è tuttavia un secondo fondamento che può essere esplorato, su cui peraltro torneremo a breve, che riguarda la possibilità che il bene digitalizzato completamente e liberamente disponibile a chiunque possa subire una variante della “tragedia” dei *commons*¹³⁷, con il degrado dei valori che reca dovuto allo sfruttamento non solo eccessivo, irriguardoso, ignorante, ma soprattutto incontrollato e biecamente lucrativo della immagine che esso reca, e ciò può giustificare – nella tesi di Hardin, per “necessità”¹³⁸ – un controllo ad opera delle istituzioni che ne abbiano il potere (per questioni di appartenenza o anche, lo vedremo, in funzione di tutela, prescindendo perciò dalla titolarità)¹³⁹. Tuttavia, poiché questo è un problema potenziale per ogni utilizzo del bene digitalizzato, l'argomento sembra provare troppo e, usato estensivamente, entrerebbe in conflitto con la disciplina degli utilizzi a titolo di fruizione¹⁴⁰, e pertanto va probabilmente considerato in termini più limitati, con riferimento alle tematiche della tutela.

Volgendoci a ricercare spunti nella normativa che riguarda il bene di base, essendo dunque in esame l'utilizzo ad opera di terzi della sua immagine, che ne è una forma di riproduzione, va considerato che, sin da epoche remote, quella disciplina prevede forme sia di “concessione” dei diritti conseguenti alla riproduzione¹⁴¹, sia qualcosa che è assimilabile all'autorizzazione¹⁴²; e pare rilevante la differenza delle disposizioni degli artt. 106, da un lato, e 107 e 108, dall'altro, del d. lgs. n. 42/2004, che può leggersi propriamente nel fatto che l'“uso individuale” disciplinato dalla prima norma è quello concesso ad un soggetto individuo e, secondo una lettura tradizionale, fisiologicamente limitante la fruizione universale, e perciò lo schema di quell'utilizzo ad opera di terzi è tra-

Fendi che, ritenendosi licenziataria esclusiva dell'immagine dell'edificio, aveva dapprima diffuso alla diffusione “non autorizzata”, non dandovi però seguito, probabilmente anche in considerazione del fatto che l'uso in questione non avesse fini di lucro.

¹³⁷ Per quanto più volte discussa e confutata, la tesi di G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, Vol. 162, pp. 1243 ss., continua ad essere ampiamente utilizzata, forse anche per la particolare efficacia della denominazione, che lo stesso Hardin spiega aver attinto da A. N. WHITEHEAD, *La scienza e il mondo moderno* (1948), tr. it. Torino, Bollati Boringhieri, 1979.

¹³⁸ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., p. 1248.

¹³⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Proprietà museale ed usi non autorizzati di terzi*, cit., p. 73.

¹⁴⁰ Una efficace confutazione ed il superamento della prima tesi di Hardin, relativa soprattutto alle diverse possibilità di affrontare la “tragedia”, è stata condotta con gli studi, largamente empirici, di E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, tr. it. Venezia, Marsilio, 2006.

¹⁴¹ C. VENTIMIGLIA, *Art. 106*, cit., pp. 980 ss..

¹⁴² L'evoluzione storica della normativa è rinvenibile nella manualistica e in numerosi studi recenti in argomento; per tutti, data la peculiarità del tema, si veda M. MODOLO, *Promozione del pubblico dominio e riuso dell'immagine del bene culturale*, in *Archeologia e Calcolatori*, 2018, 29, pp. 75 ss..

latizia, col tipico atto concessorio, il pagamento di un canone, e la valutazione delle finalità compatibili con la natura culturale del bene¹⁴³.

Orbene, viene ora in particolare rilievo la caratteristica della non rivalità propria del bene digitalizzato, anche se solo nell’“immagine”, laddove cioè l’utilizzo ad opera di un soggetto – per qualunque scopo – non priva alcun altro della possibilità di fruirne; e dunque non si è di fronte ad un “uso individuale” come letto tradizionalmente, dato che, senza la limitazione nella fruizione altrui, qualunque utilizzo di un bene è fisiologicamente “individuale”¹⁴⁴; in realtà, la disposizione recata dall’art. 106 non fa esplicito agli impatti sulla fruizione, limitandosi a descrivere l’operazione, consistente nel «concedere l’uso dei beni culturali [...] per finalità compatibili con la loro destinazione culturale, a singoli richiedenti».

Né ai nostri fini appare perciò significativa la distinzione con il successivo art. 107 (“Uso strumentale e precario e riproduzione di beni culturali”), che secondo la lettura dottrinale prevalente consisterebbe proprio nella diversa durata dell’utilizzo, e dunque della minore limitazione alla fruizione universale¹⁴⁵, e proprio per questo suo carattere temporaneo, “precario”, la norma prevederebbe un’autorizzazione in luogo della concessione¹⁴⁶, una procedura molto agile, ed ampia discrezionalità decisionale.

Infine, viene in particolare rilievo anche il connotato de-materializzato del bene culturale digitalizzato, perché rende irrilevante la natura mobile o immobile di quello “di base”, e dunque superflua ogni discussione sul carattere reale o personale dei diritti che possono essere riconosciuti o trasferiti per il suo utilizzo¹⁴⁷, oltre che inutilizzabile la specifica disciplina relativa alla dismissione,

¹⁴³ A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, cit., pp. 64 ss.; M. BROCCA, *La disciplina d’uso dei beni culturali*, cit.; A. FANTIN, *La concessione in uso dei beni culturali nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Aedon* 2010, n. 2; come è noto, anche in questa fattispecie è invece gratuita la riproduzione per uso personale o per motivi di studio, ovvero richiesta da soggetti pubblici o privati senza scopo di lucro per finalità di valorizzazione – art. 108 co. 3 d. lgs. n. 42/2004.

¹⁴⁴ G. SCIULLO, *Le funzioni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il Diritto dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 79: all’uso generale «vengono ammessi indiscriminatamente tutti i componenti della collettività e in genere gli interessati, sia pure eventualmente previo pagamento di un corrispettivo».

¹⁴⁵ W. CORTESE, *Art. 107*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 423; A. FANTIN, *La concessione in uso dei beni culturali nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit.; va anche rilevata la percezione del Ministero per i beni e le attività culturali ed il turismo, in ordine alla rilevanza, per questa differenza, di pretese dominicali: cfr. MIBACT, Uff. legislativo, parere prot. 13014 del 16 giugno 2009.

¹⁴⁶ L’art. 107, co. 1, del d. lgs. n. 42/2004 stabilisce che i soggetti pubblici consegnatari del bene «possono consentire la riproduzione nonché l’uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna, fatte salve le disposizioni di cui al comma 2 e quelle in materia di diritto d’autore»; cfr. M. BROCCA, *La disciplina d’uso dei beni culturali*, in *Aedon*, 2006, n. 2.

¹⁴⁷ Questione ampiamente esaminata da A. FANTIN, *La concessione in uso dei beni culturali nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit..

valorizzazione e utilizzazione, anche a fini economici, di beni immobili pubblici di interesse culturale, recata dagli artt. 54-58 del d. lgs. n. 42/2004.

Insomma, la disciplina vigente dell’“uso dei beni culturali” connesso alla loro riproduzione, già piuttosto incerta di suo, è pervasa dal presupposto (non esplicitato) che abbia a riguardo beni materiali, ad uso rivale ed escludibile, e per di più – sia pure in termini inespressi – immobili¹⁴⁸, e perciò appare davvero poco precipua per quelli digitalizzati che tutto sono, fuorché materiali, rivali ed immobili.

Di tutt’altro genere si rivela la evoluzione della disciplina sulla sponsorizzazione legata al patrimonio culturale, oggi recata sia dall’art. 120 del d. lgs. n. 42/2004, sia dagli artt. 19 e 151 del d. lgs. n. 50/2016; prescindendo del tutto dalle notevoli complessità e dai percorsi normativi che vi hanno condotto, come ormai ampiamente attestato in letteratura¹⁴⁹ questa operazione utilizza parte dei contenuti immateriali del bene culturale cui si riferisce, ed in particolare l’immagine del bene (nei suoi profili iconici, ma anche reputazionali, percettivi, di fama), che costituisce precipuamente l’oggetto di una delle prestazioni sinalagmatiche, e dunque della causa, del relativo contratto¹⁵⁰; ed anche in questa disciplina va vagliata la compatibilità dell’uso con il carattere artistico o storico, ed anche, esplicitamente, «*l’aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare*» (art. 120 cit., co. 2).

Se si accettasse l’ipotesi di lavoro che si sta seguendo, e dunque ci trovasimo al cospetto di strumenti di valorizzazione economica dei beni di base, va considerato che si tratterebbe di attività che si svolge “al di fuori degli istituti e dei luoghi” della cultura, e dunque va condotta «*compatibilmente con lo svolgimento degli scopi istituzionali cui detti beni sono destinati*» (art. 112, co. 3, d. lgs. n. 42/2004).

¹⁴⁸ Basterà verificare come molti commenti dottrinari subordinino pacificamente la disciplina degli artt. 106 e 107 a quella degli artt. 54, 55 e 56 d. lgs. n. 42/2004, per effetto del primo comma dell’art. 57-bis, il quale tuttavia si riferisce esclusivamente ai «*beni immobili pubblici di interesse culturale*»: A. FANTIN, *La concessione in uso dei beni culturali nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit.; C. VENTIMIGLIA, *Art. 106 cit.*, pp. 974 ss.; la latente incombenza dei beni immobili negli schemi teorici del diritto è lamentata anche nelle analisi giusprivatistiche: O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., pp. 3 ss. .

¹⁴⁹ Tra la enorme mole di studi, si vedano, ad es., M. V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, I, *Le sponsorizzazioni*, Padova, Cedam, 1988; G. PIPERATA, *Commento all’art. 120*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., pp. 484 ss.; L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 788; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione del patrimonio culturale: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, nn. 1-2/2012;; P. CARPENTIERI, *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, in *www.giustamm.it*, 2014; G. MANFREDI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon*, 2014, n. 1; G. D. COMPORTI, *Sponsorizzazioni ed erogazioni liberali*, *ivi*, 2015, n. 2.

¹⁵⁰ P. BARRERA, *Art. 120*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 1067.

In assenza di una disciplina specifica che li riguardi, dunque, e provando a radunare questi indizi sparsi, attinti qua e là dalle norme sull'uso, sulla valorizzazione e sulla sponsorizzazione dei beni culturali, che costituiscono una sorta di tessuto normativo rilevante anche per quelli digitalizzati, essi fanno ipotizzare che l'utilizzo con intento lucrativo del bene culturale digitalizzato:

a) sembra essere espressione della funzione di valorizzazione economica che può trarsi dal bene di base, e dunque è assoggetta ad un previo consenso dell'amministrazione che ha in consegna il bene, che può avere forma di atto provvedimentale o, esplicitamente, di contratto di sponsorizzazione, e ad un prezzo, con procedure che, salva specifica disposizione, rispettano i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica;

b) sembra riferirsi prevalentemente, se non esclusivamente, all'“immagine” in senso lato del bene “di base”¹⁵¹, poiché il riuso della parte immateriale cognitiva è invece, lo abbiamo visto, libera e gratuita come effetto della fruizione, anche quando generi nuovi beni di mercato;

c) va assentito e condotto previa valutazione di compatibilità con “i caratteri storici o artistici” dei beni di base implicati, con “gli scopi istituzionali cui detti beni sono destinati”, ed anche, a differenza di altri utilizzi, con riguardo al loro “decoro”.

A parte la difficoltà di ricostruire, adattandola, la base normativa di queste operazioni, tanto altro va sistemato sul piano giuridico; se, ad esempio, si attestasse l'ipotesi che quelli digitalizzati siano beni, l'amministrazione che ne sia titolare potrebbe trasferirne, precariamente, l'utilizzo per scopi commerciali, tracciando tuttavia non solo i contenuti di tali beni oggetto dell'operazione, ma anche limiti e modalità di utilizzo; orbene, in un mondo “analogico”, cioè, staremmo a continuare a discutere di concessioni, autorizzazioni e contratti, ma invece, qui, s'è visto, il tema comincia ad essere affrontato con strumenti propri del mondo digitale, con “licenze”¹⁵² contenenti operatività tecnologiche che vanno perciò conformate alla disciplina vigente, e fanno perciò desumere la possibilità di una vera e propria funzione di gestione del bene digitalizzato, che

¹⁵¹ Per quanto possa sembrare superfluo, è evidente che non viene in rilievo il cd. “diritto all'immagine”, desumibile come diritto della personalità, e connesso alla riservatezza, dagli artt. 2 Cost., 10 c.c., 97 l. n. 633/1941, 4 d. l. 30 giugno 2003, n. 196; pur se le evoluzioni più recenti autorizzano l'esplorazione anche di questo territorio: si vedano ad es. le sentenze Cass, 29 ottobre 2002, n. 15233, 11 agosto 2009, n. 18218, che estendono questa tutela alle persone giuridiche ed all'utilizzo dei loro beni.

¹⁵² Una buona rassegna delle questioni (complicate) connesse alle varie tipologie di licenze è in F. MORANDO, *Interoperabilità giuridica: rendere i dati (pubblici) aperti compatibili con imprese e comunità online*, in *JLIS.it*, Vol.4, n.1 (Gennaio/January 2013).

tuttavia si presenta con caratteristiche peculiari rispetto al bene tradizionale, come presto vedremo.

11. La questione della tutela del bene culturale digitalizzato.

Lo scenario che andiamo tratteggiando impone una profonda riflessione sulle modalità, e persino sulle tecniche, della tutela intesa come funzione pubblica in senso tecnico, posto che i beni culturali digitali, s'è visto, possono essere complessi in termini diversi da quelli da cui traggono origine.

Il bene digitalizzato ci aiuta a rendere chiaro come ciò che chiamiamo tutela è una funzione insita in ognuna delle altre, è cioè un compito, un'attitudine, che pervade e connota ogni lavoro sul e per il bene culturale¹⁵³; i profili di tutela del bene culturale compaiano già a partire dalle operazioni di popolamento della digitalizzazione, e permangono sia in ordine ai profili di fruizione che a quelli di valorizzazione, sia ovviamente nella gestione del bene digitalizzato, confermando, per un verso, che la tutela è funzione incorporata in ogni altra riguardante i beni culturali, e che distinguerla dalle altre non è molto significativo in termini teorici¹⁵⁴, ancorché non si possono negare le ragioni pratiche che conducono a trattenerla in una condizione separata.

In confronto al patrimonio digitale, infatti, gran parte del lavoro, dei compiti tradizionali connessi a questa funzione, come tutto ciò, per riassumere, che è rivolto alla dimensione fisica delle cose che hanno valore di bene culturale, ha poco spazio di manovra, mentre diventa determinante, se vuole avere senso, un intervento capace di concorrere alla ontologia culturale dell'oggetto digitale, di fornire quelle complessità cognitive che gli rendono l'identità in quel formato, e che si renda poi disponibile a valutare e concorrere a dirigere gli utilizzi diretti o derivati che se ne possono trarre¹⁵⁵.

Va innanzitutto considerato quanto sia discutibile ricondurre i bisogni di tutela alla sola fenomenologia complessa dell'*immateriale* in senso tecnico. Per quanto utilizzi effettivamente la parte immateriale del bene di base, quello digi-

¹⁵³ L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, pp. 659 ss.; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 34; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Riflessioni sul regime giuridico dei beni culturali. I beni culturali, gnoseologia e nuove disposizioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Abbamonte*, Napoli, Jovene, 1999, p. 252; G. SCIULLO, *Tutela*, cit., p. 145.

¹⁵⁴ S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, pp. 673 ss..

¹⁵⁵ Per G. SEVERINI, *Artt. 1-2*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 28, la tutela dei beni immateriali «richiede per natura e obiettivi la messa a punto di strumentazioni e istituti giuridici adeguati e diversi da quelli delle cose»; a maggior ragione, dunque, essi servono per i beni digitali.

talizzato ha un suo supporto che, pur essendo – ovviamente – non tradizionale, presenta caratteristiche tali da indurre bisogni di conservazione; la quale, in effetti, anche in confronto ai beni digitalizzati sembra presentare le medesime essenze di quella relativa ai beni tradizionali, rivolgendosi sia al *corpus mechanicum* che a quello *mysticum*, ma in entrambi gli ambiti con caratteri propri e per certi aspetti differenti.

Con riguardo al primo, infatti, il problema principale attiene – come sempre – alla permanenza dei supporti, messa a rischio, però, da agenti che possono ricondursi all'obsolescenza tecnologica; il “nemico” è cioè sempre lo stesso, ma agisce in forme diverse, e in forme diverse perciò occorre reagire, aggiungendo ai saperi implicati anche quelli in grado di fronteggiare il degrado specifico in questione, di natura, appunto, tecnologica. La quale natura può influire anche su un secondo aspetto “materico”, più latente, relativo al supporto tecnologico, riguardante da un lato l'impatto della tecnica di riproduzione sulla materia della cosa da digitalizzare, e dall'altro la qualità dell'immagine, del ritratto, fornita dalla riproduzione digitale al bene di base, che abbiamo visto essere parte del bene, sia pure tutt'altro che esaustiva: le scorciatoie che al riguardo vengono utilizzate per soluzioni nell'ambito del diritto d'autore, come il ricorso ad immagini “degrate” per utilizzi liberi, in confronto ai beni culturali pongono notevoli problemi non solo in ordine agli obblighi di fruizione, ma per certi aspetti anche per il rispetto dei beni medesimi curato con la loro tutela.

Quanto invece alla dimensione immateriale, la questione è complessa, poiché, pur rimanendo implicati i medesimi temi della tutela “tradizionale”, con l'ontologia digitale si moltiplicano gli agenti in grado di intervenire, e non è detto che una tutela intelligente debba, sul bene digitale, essere rivolta ad una mera preservazione del carattere originario, se questa dovesse giungere ad impedire un uso capace di costituire nuovi beni (s'è visto, d'altronde, quanto ampie siano le possibilità di utilizzo dei profili immateriali conseguenti alla fruizione).

Le enormi conoscenze accumulate presso gli uffici che da decenni si occupano della tutela del patrimonio culturale, costituite spesso da elementi di preziosissima nicchia, possono essere immessi nella “coda lunga”¹⁵⁶, vanno cioè messe a disposizione dell'operazione di digitalizzazione e delle sue conseguenze, in primo luogo per la sua corretta ed interessante costituzione, con tutti gli impegni di mediazione, assistenza e guida che richiede, ma poi non potrà trascurarsi la grande responsabilità che nascerà dagli utilizzi potenziali del materia-

¹⁵⁶ C. ANDERSON, *The Long Tail*, in *Wired Magazine*, 2004.

le digitale, che, è bene ripeterlo, è già e sarà sempre più molto attivo, in parte affidato ad automatismi in evoluzione, ed è prevedibile divenga uno straordinario serbatoio di idee, innovazioni, prodotti, servizi, non solo, a loro volta, culturali, in un'atmosfera nella quale i ruoli di pubblico, *audience*, cittadino, utente, produttore, tutore, non sembrano più nettamente distinguibili, ed i neologismi *produsage*, *prosumption*, *prosumer*, *co-creative consumer*, *connector*, *netizens* sono già oggi ampiamente utilizzati¹⁵⁷.

Di fronte a questa realtà ed alle sue prospettive, si profila la possibilità di una missione ulteriore della funzione di tutela in confronto al bene culturale digitalizzato, ovvero di interventi in ordine ad operazioni di digitalizzazione (che, s'è visto, non può ritenersi riservata al soggetto pubblico) e ad utilizzi appropriati e rispettosi; e ciò non tanto in funzione tradizionale di conservazione, preservazione e cura, quanto soprattutto per le medesime ragioni che in fin dei conti si rinvergono al fondo delle "tragedie" dei *commons* e degli *anticommons*¹⁵⁸, e cioè per contrastare la diffusione di conoscenze improprie, falsamente ricondotte al bene culturale, o al reciproco per evitare che le conoscenze recate dal bene culturale possano essere irragionevolmente consegnate ad appropriazioni eccessivamente esclusive, tali cioè da sottrarle alla loro finalità giuridica costituzionale, la fruizione universale¹⁵⁹.

Qui, mi sembra di poter dire, è anzitutto in questione l'uso corretto dei valori culturali recati dai beni in forma digitale, ed anche l'attendibilità e l'appropriatezza delle conoscenze che recano, e che sono molto chiaramente una straordinaria opportunità di crescita e sviluppo delle comunità umane, ma che proprio perciò vanno trattate con la serietà ed il rispetto dovuto al loro statuto ontologico, e per farne conseguire le maggiori utilità una volta messe a disposizione non solo della fruizione pubblica, ma anche della produzione economica e industriale, e più in generale dei complessi meccanismi che alimentano il dominio della così detta intelligenza artificiale, soprattutto nella versione

¹⁵⁷ C. LAMBERTI, *Ma esistono i beni culturali immateriali? (in margine al Convegno di Assisi sui beni culturali immateriali)*, in *Aedon*, 2014, n. 1, parla di «esigenza di ridefinire lo stato giuridico dei diritti di proprietà intellettuale una volta perduto il parametro della *lex rei sitae*».

¹⁵⁸ M. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Rev.*, 1998, p. 621. E. BAFFI, *Gli «anticommons» e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 455.

¹⁵⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Proprietà museale ed usi non autorizzati di terzi*, in *Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 77 ss., che individua anche una conseguenza extracontrattuale, per «i comportamenti di terzi che integrino lesioni di quest'interesse (così dischiudendo la strada alla qualificazione in termini di ingiustizia, alla stregua dell'art. 2043 c.c., del danno che ne sia derivato) potranno costituire la premessa dell'affermazione di un obbligo risarcitorio commisurato al corrispettivo che, per quegli atti di utilizzazione, il titolare della proprietà museale avrebbe potuto richiedere sul mercato» (p. 80).

prospettica, capace di decisione, e persino di una sorta di autocoscienza, e di applicarle a qualsiasi problema.

Con riguardo alla digitalizzazione, cioè, viene in questione la tutela del bene culturale digitale nella parte più intima del concetto, ovvero la immissione appropriata e la conservazione rispettosa delle essenze culturali, epistemiche, cognitive, che vengono messe in movimento dalla versione digitale del bene diversamente da quanto accade in confronto a quella fisica, analogica, primaria.

E dunque sorge anche la responsabilità propria di una capacità tipicamente pubblica, quella di certificazione¹⁶⁰, che in confronto al Web dimostra tutta la sua delicata funzione, che con riguardo al patrimonio culturale ed alla sua presenza digitale richiede, appunto, l'immissione di dati e conoscenze non solo "veritiere", ma per quanto possibile anche ampie, profonde, rispettose.

E' qui, dunque, in una finalità di tutela, che può scorgersi una seconda possibilità di fondamento per interventi sul bene culturale pubblico digitalizzato ad opera del soggetto che ne sia affidatario; lungi cioè dall'esercitare facoltà connesse al diritto di proprietà, potranno essere giustificati da ragioni di tutela dell'affidabilità delle conoscenze recate dai beni culturali digitalizzati che sottostanno alle funzioni certative, e sviluppate nelle molte declinazioni e con i numerosi strumenti ormai disponibili al riguardo¹⁶¹, per utilizzi «compatibili con il carattere storico o artistico» (art. 20 d. lgs. n. 42/2004), e poiché tale potere è attribuito dalla legge italiana alle autorità che esercitano tutela sui "beni culturali", indipendentemente dal carattere pubblico del loro "proprietario", esso potrà essere esercitato anche in confronto a beni digitali di proprietà privata¹⁶².

¹⁶⁰ Devo lo spunto alla notazione di L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, cit., in ordine alla «esigenza di assicurare una forma di "controllo" sull'originalità, sulla autenticità e sulla "veridicità" delle cose che costituiscono il patrimonio culturale», ed al fatto che «l'interesse pubblico a quella "autenticità", che Merryman ben descriveva già negli anni Ottanta del XX secolo, potrebbe avere rilievo: esso rientrerebbe, in un certo senso, anche nel potere che lo Stato detiene di produrre certezza».

¹⁶¹ Le conoscenze in ordine a questa complessa questione sono molto aumentate per effetto di ampi studi in argomento; giusto per una ricognizione di letteratura in argomento, si possono vedere A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 205 ss.; S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, Giuffrè, 1961; M. S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 769 ss.; S. GIACCHETTI, voce *Certificazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, pp. 4 ss.; B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, Cedam, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 889 ss.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, Giuffrè, 2006; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, Giuffrè, 2010; E. CARLONI, *Le verità amministrative*, Milano, Giuffrè, 2012.

¹⁶² Spunti sull'argomento si rinvencono in C. SCOGNAMIGLIO, *Proprietà museale ed usi non autorizzati di terzi*, cit., pp. 73 ss..

Ma questa prerogativa, occorre rammentarlo, si rivolge a beni materiali con intense capacità repressive, cosicché è evidente che consenta di impedire di disegnare baffi sulla tela della Gioconda di Leonardo, cingere con tanga e costumi colorati il marmo dei bronzi di Riace, o incastrare tra le muscolose braccia del David di Michelangelo un enorme mitragliatore; è invece molto discutibile che sia possibile impedirlo anche in confronto alle medesime operazioni effettuate sulle rispettive “immagini”, che ovviamente non attentano alla conservazione delle opere di base, ma semmai, e qui sta il punto, al loro *decoro*.

La normativa vigente, s'è visto, impone la valutazione del rispetto del decoro dei beni culturali in relazione alla sponsorizzazione, ma lo fa anche con riguardo alla cd. tutela indiretta¹⁶³ e alle espropriazioni cd. strumentali¹⁶⁴, e cioè a circostanze nelle quali viene in rilievo la percezione a dir così esterna del bene materiale¹⁶⁵, e cioè, appunto, quando è direttamente in questione la sua “immagine”; con riguardo ai beni digitalizzati, perciò, non abbiamo avuto dubbi nel ritenere che l'utilizzo per fini commerciali, che utilizza direttamente, e prevalentemente, l'immagine in senso ampio del bene, debba considerare anche aspetti di decoro.

Ma non è dato rinvenire nella disciplina vigente alcun riferimento al decoro nelle motivazioni di ogni altro potere di inibizione a fini di tutela, in particolare nell'art. 20 del d. lgs. n. 42/2004, che significativamente vieta usi che rischino la distruzione, il deterioramento, il danneggiamento del bene materiale (che vanno letti come attentati *fisici*¹⁶⁶), o non compatibili con il suo carattere storico o artistico, oppure tali da recare pregiudizio alla sua conservazione (che sono invece rischi afferenti anche alla dimensione immateriale¹⁶⁷); e ciò è im-

¹⁶³ Art. 45, co.1, art. 49, co. 1 e 2, art. 52, co. 1-ter, d. lgs. n. 42/2004.

¹⁶⁴ art. 96 d. lgs. n. 42/2004.

¹⁶⁵ S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, cit., p. 673, rileva un dovere di conservazione «nel contesto».

¹⁶⁶ P. CERBO, *Commento agli artt. 160-163 e 165-168 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 653.

¹⁶⁷ Ed in questo senso alcuna autorevole dottrina ritiene rinvenire in questa parte del divieto anche la protezione di forme di decoro: si veda, ad es. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Diritto dei beni culturali*, Napoli, Jovene, 2005, p. 251, ove si fa l'esempio del diniego di autorizzazione all'uso di un immobile culturale per una sala da ballo o da gioco; la questione è sottile, non solo perché è ormai ampiamente ammesso lo svolgimento in luoghi culturali di feste (anche danzanti), e di recente il Museo archeologico nazionale di Napoli ha ospitato un torneo del gioco “Subbuteo” (cfr. <https://www.museoarcheologiconapoli.it/it/2016/09/torneo-di-subbuteo-al-mann/>), senza destare particolari reazioni, ma soprattutto perché non è chiaro se una valutazione di compatibilità, che ha possibilità di canoni di ragionevolezza e criteri tecnici discrezionali, debba estendersi anche ad una qualifica indubbiamente molto soggettiva, qual è il decoro, nel silenzio della norma (specie considerando che, invece, altrove lo menziona esplicitamente).

portante, perché rileva ai fini della possibilità di esercizio delle potestà sanzionatorie e ripristinatorie disciplinate dagli artt. 160 e ss. del d. lgs. n. 42/2004 attribuite all'autorità amministrativa¹⁶⁸, al di fuori delle quali la tutela *ex post* è rimessa all'intervento del giudice, salve le conseguenze penali.

E ciò si spiega bene nella dimensione del bene digitalizzato, poiché, s'è visto, gli usi dei suoi contenuti epistemici, cognitivi, delle conoscenze, afferendo alle conseguenze della fruizione, anche quando intervengono sull'immagine appartengono all'area della creazione, della libera espressione, dell'arte, e come tali liberi o quantomeno non limitabili per considerazioni di decoro¹⁶⁹.

Dunque, negli esempi citati, la pubblicità di un'azienda produttrice di armi che ha usato l'immagine del David di Michelangelo potrebbe essere considerata illecita, sia per la mancanza del consenso ad opera delle Gallerie dell'Accademia che l'hanno in consegna, sia per l'attentato al decoro dell'opera per mere finalità commerciali, e dunque avrebbe consentito l'adozione dell'ordine di reintegrazione di cui all' art. 160 del d. lgs. n. 42/2004, e probabilmente l'irrogazione di una misura pecuniaria ripristinatoria, ai sensi dei commi 4 e 5 della disposizione, ancorché di difficile definizione¹⁷⁰, poiché il bene culturale di base ha subito un danno che può consistere, appunto, nell'attentato al decoro; gli indumenti osee fatti indossare ai Bronzi di Riace con una malintesa autorizzazione del Museo di Reggio Calabria che li ha in consegna sono invece discutibili non per ragioni di decoro (la ripresa aveva finalità promozionali, non lucrative¹⁷¹) ma, semmai, per i rischi di danneggiamen-

¹⁶⁸ Le sanzioni amministrative recate dal Codice sono ricondotte all'attività di tutela da A. BARTOLINI, voce *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, VI, 2013, p. 110.

¹⁶⁹ *Contra* A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni* cit., p. 239 ss., che invoca un «immaterialità funzionale da salvaguardare e tutelare».

¹⁷⁰ M. A. SANDULLI, C. MAGRÌ, *Artt. 160, 161*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio* cit., pp. 1421 ss.. Ha riscosso molta attenzione, peraltro, la sentenza del Tribunale di Palermo 21 settembre 2017 n. 4901, che ha riconosciuto il diritto, in capo alla Fondazione che gestisce il teatro Massimo del capoluogo siciliano, di ottenere il pagamento di un canone, ai sensi del richiamato art. 108, d. lgs. n. 42/2004, per la divulgazione a fini commerciali delle immagini dell'edificio del Teatro ad opera di una Banca senza autorizzazione della Fondazione medesima, rigettando peraltro le domande di questa relative alla presunta violazione di un suo diritto all'immagine.

¹⁷¹ Su Ansa.it è riportata la vicenda delle foto dei Bronzi di Riace scattate nel 2014 da Gerald Bruneau, che li ha ritratti dopo averli guarniti con il velo da sposa, un tanga leopardato ed un boa fucsia, con le seguenti dichiarazioni dell'allora Soprintendente ai beni archeologici della Calabria: "La vicenda - ha ricostruito la Bonomi - risale ai primi dello scorso mese di febbraio, quando la Regione ha organizzato una kermesse di fotografi internazionali per promuovere i Bronzi all'estero. In quella occasione c'era tanti fotografi, tra i quali Bruneau, per realizzare un servizio per alcune testate tedesche ed inglesi. Mi mostrò la foto di Paolina Borghese avvolta in un drappo rosso e la trovai bellissima. Quindi mi propose di fare uno scatto ad una

to dovuti al fatto che l'intervento è avvenuto sulla materia delle opere, salve anche qui le conseguenze penali connesse all'inosservanza dell'autorizzazione (art. 180 d. lgs. n. 42/2004); ma dubito che alcuno vorrebbe discutere la piena liceità del famigerato L.H.O.O.Q. (1919) di Duchamp, noto anche come "la Gioconda coi baffi", soprattutto adducendo ragioni di decoro dell'opera di base, dato che quell'operazione aveva precisi ed importanti intenti artistici e culturali, utilizzava cioè non solo la riproduzione e non direttamente la tela di Leonardo, ma i suoi aspetti ideali, le complesse implicazioni estetiche, artistiche, sociali, storiche, epistemiche che quel capolavoro reca con sé, per generare un'opera non solo indiscutibilmente diversa ed originale, ma rilevante nella storia dell'arte moderna, senza che l'opera di base ne sia stata danneggiata, ed anzi concorrendo alla sua già peraltro enorme reputazione.

E non c'è bisogno di essere artisti dadaisti per invocare la libertà nell'uso di quei contenuti epistemici che il bene digitalizzato reca nel mondo: basta girare un po' sul Web per incontrare migliaia di interventi su oggetti digitali che recano l'immagine di beni culturali, alcuni meravigliosi, ironici, densi di implicazioni, altri semplicemente spiritosi, o superflui, persino inutili, inani, talora irritanti per la pochezza, ma non per questo capaci di attentare, in alcun modo, ai valori recati dai beni originali, ed anzi concorrenti alla costituzione intorno ad essi di un discorso pubblico più largo e diffuso, che sarebbe improprio, giuridicamente discutibile, e senz'altro molto, molto difficile in termini pratici, provare a soffocare per ragioni di decoro.

12. La gestione del patrimonio digitalizzato: cenni.

Tutte le funzioni che abbiamo rilevato hanno evidentemente bisogno di gestione, di capacità e facoltà decisionali: c'è qualcuno che deve essere abilitato alle decisioni ed alla tenuta delle operazioni di "popolamento", offerta, circolazione, controllo, amministrazione, anche economica con riguardo al patrimonio pubblico. E qui torna nuovamente utile l'argomento classico della teoria dei beni pubblici che, s'è visto, consente di individuare il gestore nel soggetto pub-

statua con alle spalle un tulle bianco. Avendo visto la foto di Paolina e conoscendolo come un ottimo fotografo, gli dissi di sì. Infatti mi fece vedere uno scatto con la statua A con dietro il tulle bianco ed era molto bella. Poi, a mia insaputa, ha scattato le altre immagini, che sono terribili. Quando i custodi se ne sono accorti sono intervenuti e lo hanno bloccato, ma evidentemente era già riuscito a fare alcuni scatti". "Per me - ha aggiunto la Bonomi - era scontato che se le tenesse per sé, visto che non era state autorizzate, ma adesso vedo che sono uscite e non so come". Il caso è considerato anche da G. MANFREDI, *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI (a cura di), *L'immateriale*, cit., pp. 124 ss., e da A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, cit., p. 239.

blico affidatario del bene di base, dal quale quello digitalizzato trae i contenuti immateriali che, una volta lavorati ed arricchiti, rende la sua distinta ontologia.

La gestione, dunque, dovrebbe avere a che fare con i vari aspetti connessi alla costituzione del bene digitalizzato, con la produzione e l'acquisizione dei servizi tecnologici, la selezione ed il versamento dei contenuti immateriali rilevanti, la collocazione in rete, la tenuta e la manutenzione del bene, e poi con la sua permanenza e della offerta alla fruizione e agli usi redditizi. In ognuna di queste tratte, come visto, sorgono temi specifici di tutela, con i caratteri precisi che abbiamo sommariamente esaminato.

La complessità di questa attività richiede perciò attenzione sull'aspetto organizzativo, non solo per le specifiche *expertises* necessarie¹⁷², ma anche per la varietà dei compiti implicati, resa più difficile dalla mancanza, s'è visto, di una compiuta normativa dedicata, e dalla difficoltà di utilizzo di quella vigente, a causa della mancanza nei beni digitalizzati di un suo presupposto evidente, la materialità. Inoltre, il patrimonio di base è ampiamente distribuito tra i livelli istituzionali, senza contare le implicazioni recate dai beni di proprietà privata, che appartengono indiscutibilmente anch'essi al "patrimonio della Nazione".

In ambito statale, poi, la situazione si presenta davvero complessa¹⁷³, per la presenza di numerose strutture del Mibact dotate di autonomia che le abilita alla gestione, e più in generale per la disciplina vigente che, s'è visto, più si avvicina alla funzione (quella relativa alla fruizione ed all'uso dei beni di base), attribuisce capacità gestionale all'autorità che ha in consegna i beni¹⁷⁴.

In più, all'Istituto centrale per il catalogo e la documentazione (ICCD), sono attribuite funzioni in materia di ricerca, indirizzo, coordinamento tecnico-scientifico e formazione finalizzate alla catalogazione e documentazione dei

¹⁷² Basti pensare che l'art. 17 del "Codice dell'amministrazione digitale" (d. lgs. n. 82/2005) introduce e regola le figure del "Responsabile per la transizione al digitale" e del "Difensore civico digitale".

¹⁷³ Resa ancor più tale dalle recenti sovrapposizioni di ravvicinati regolamenti di organizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo; dopo il d.p.c.m. 19 giugno 2019, n. 76, è noto che Consiglio dei ministri, nella riunione del 2 dicembre 2019, ha deliberato un nuovo regolamento, esaminato dal Consiglio superiore Beni culturali e paesaggistici nelle riunioni del 4 novembre 2019 e del 2 dicembre 2019. Tuttavia, al momento della chiusura di questo testo il provvedimento non è stato ancora pubblicato, per quanto se ne sia data ampia descrizione, e vi sia anche un primo, autorevole e ovviamente molto informato commento (L. CASINI, *La riorganizzazione del Mibact: dal "lego" istituzionale alla manutenzione amministrativa*, in *Aedon*, 2019, n. 3). Di entrambi, perciò, non si è potuto qui tener conto.

¹⁷⁴ A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, pp. 85 ss., riporta ampia casistica anche in ordine alle differenti modalità con cui vengono gestite sia la digitalizzazione che il successivo utilizzo del bene digitalizzato.

beni culturali¹⁷⁵, ed è stato recentemente dotato di un servizio Digital Library, per il coordinamento dei programmi di digitalizzazione del patrimonio culturale di competenza del Ministero, e per l'elaborazione del Piano nazionale di digitalizzazione del patrimonio culturale, di cui dovrebbe curare l'attuazione, esprimendo parere obbligatorio e vincolante su ogni iniziativa del Ministero in materia¹⁷⁶; ma, poi, compiti analoghi sono affidati alla Direzione generale Musei¹⁷⁷, alla Direzione generale Biblioteche e istituti culturali¹⁷⁸, mentre quella "Archivi" deve predisporre linee guida e direttive per la formazione degli archivi correnti e collaborare con le amministrazioni competenti alla definizione delle regole tecniche e dei requisiti funzionali in materia di formazione e conservazione di documenti digitali della pubblica amministrazione¹⁷⁹, e a quella "Organizzazione" è commesso il compito di adottare "una strategia unitaria per la modernizzazione dell'amministrazione attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, assicurandone il monitoraggio e verificandone l'attuazione"¹⁸⁰. E va infine considerato il ruolo di impulso, coordinamento, indirizzo e programmazione dell'Agenzia per l'Italia digitale (AgID)¹⁸¹.

Cosicché non sorprende che, mentre manca ancora la normativa secondaria relativa al "diritto esclusivo di utilizzo" ed agli eventuali corrispettivi e canoni specifici¹⁸², sono invece disponibili sui siti riconducibili al portale del Mibac "Linee guida per la pubblicazione e la promozione del riuso del Catalogo generale dei beni culturali" (ottobre 2018)¹⁸³, un "Documento strategico"¹⁸⁴ per il "Piano nazionale di digitalizzazione dei beni culturali", un "Piano Trien-

¹⁷⁵ Decreto ministeriale 8 ottobre 2008, recante "Ordinamento dell'Istituto centrale per il catalogo e la documentazione"

¹⁷⁶ Decreto ministeriale 23 gennaio 2017, "Istituzione del servizio per la digitalizzazione del patrimonio culturale - Digital library dell'Istituto Centrale per il Catalogo e la Documentazione".

¹⁷⁷ Art. 20 del d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171.

¹⁷⁸ Art. 22 del d.P.C.M. n. 171/2014.

¹⁷⁹ Art. 21 del d.p.c.m. n. 171/2014.

¹⁸⁰ Art. 23 del d.p.c.m. n. 171/2014

¹⁸¹ L'articolo 1, co. 513 della l. 28 dicembre 2015, n. 208, ribadisce che spetta all'Agenzia per l'Italia Digitale predisporre il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, approvato dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro delegato.

¹⁸² Il "tariffario per la determinazione dei canoni relativi all'uso strumentale e precario dei beni in consegna al Ministero per i Beni e Attività Culturali", adottato con decreto 8 aprile 1994, è stato integrato per gli Archivi con circolare n. 21 del 17 giugno 2005, con riferimento ai "prodotti digitali". Si tratta di una disciplina dovuta a previsioni normative superate, e pur se ormai ogni istituto adotta proprie misure al riguardo, costituisce a tutt'oggi la base per la determinazione dei canoni anche con riguardo al mondo digitale: cfr. A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, cit., p. 70.

¹⁸³ <http://www.iccd.beniculturali.it/getFile.php?id=6318>.

¹⁸⁴ <http://pnd.beniculturali.it/wp-content/plugins/pdf.js/web/viewer.html?file=/wp-content/uploads/documento-strategico-03-gen-2018.pdf>.

nale per la Digitalizzazione e l'Innovazione dei Musei"¹⁸⁵, il tutto nel quadro dell'Agenda digitale europea, di una "Strategia nazionale per la crescita digitale", del "Piano Nazionale per la Banda Ultralarga", del Piano Triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione¹⁸⁶, e di tanti altri atti e documenti europei e domestici.

La complessità, insomma, che è un carattere endemico delle organizzazioni pubbliche che si occupano della enorme latitudine del patrimonio culturale e dei compiti che vi afferiscono, rischia di diventare confusione, con effetti di strabismo, duplicazioni, perplessità o contraddittorietà di comportamenti, dispersione di energie, errori¹⁸⁷.

Se l'ipotesi di questo lavoro fosse valida, e dunque fossimo al cospetto di beni culturali digitalizzati, forse ciò potrebbe indurre alla possibilità di una struttura specifica di gestione, magari in forma di agenzia¹⁸⁸, dotata delle appropriate competenze, che si occupi di promuovere e coordinare il raduno dei materiali cognitivi, provenienti dagli altri segmenti del Ministero, di fornire (producendoli direttamente o acquisendoli dal mercato) i servizi e gli apporti tecnologici per la costituzione, e che studi le misure necessarie sia per proporre una disciplina più esplicita ed appropriata per questi beni, sia per la loro tenuta in rete, e provveda, infine, alla loro gestione, in connessione con gli uffici preposti alla tutela, concorrendo al perfezionamento degli strumenti innovativi che, s'è provato a dire, essa deve essere capace di produrre per funzionare in ambito digitale¹⁸⁹.

Le funzioni di gestione, in effetti, scontano oggi ulteriori difficoltà dovute allo scarso raccordo tra il regime giuridico dei beni digitalizzati e lo strumentario operativo che viene utilizzato nel mondo digitale, il quale – come accennato – per le operazioni gestionali fa ricorso ad un termine unico di derivazio-

¹⁸⁵ Decreto Ministeriale 19 luglio 2019 n. 892, <http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2019/08/Decreto-Ministeriale-19-luglio-2019-n.-892-Approvazione-Piano-Triennale-per-la-Digitalizzazione-e-l%E2%80%99Innovazione-dei-Musei.pdf>.

¹⁸⁶ Il Piano 2017-2019 è stato approvato con d.p.c.m. 31 maggio 2017, ma sul sito dell'AgID è disponibile l'aggiornamento 2019- 2021.

¹⁸⁷ A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, cit., pp. 93 ss.

¹⁸⁸ Come già menzionato, la Repubblica dispone già dell'Agenzia per l'Italia digitale, i cui compiti, però, desumibili dalla norma istitutiva (art. 19 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 7 agosto 2012, n. 134) e dallo Statuto (approvato con d.p.c.m. 8 gennaio 2014), le consentono amplissime possibilità di impulso, indirizzo, coordinamento, produzione tecnica, consultazione, ma non proprio, almeno esplicitamente, di gestione. Guarda favorevolmente al modello francese, con uno specifico EPIC (ente pubblico a carattere industriale e commerciale) A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, cit., pp. 100 ss.

¹⁸⁹ Conf. A. L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, spec. pp. 280 ss., con ampi richiami dottrinari.

ne anglosassone (la cd. “licenza”) che, per quanto tutt’altro che sconosciuto al diritto amministrativo, è nella nostra tradizione gergale, oltre che un po’ desuetto, solo una delle numerose varianti in cui secoli di esperienza e conoscenze accumulate hanno declinato i macro fenomeni delle autorizzazioni e delle concessioni. E ciò non sembra una notazione puramente nominalistica, dato che il “*licencing*” in ambiente digitale è stato elaborato dal punto di vista giuridico soprattutto, anzi forse esclusivamente, in confronto ai temi del diritto d’autore e del *copyright*, insomma della proprietà intellettuale, senza considerazione alcuna delle complesse sofisticazioni che la proprietà pubblica dei beni, e la disciplina specifica del diritto dei beni culturali, reca con sé, non solo in Italia.

Cosicché uno dei temi da affrontare, con una certa urgenza, è quello di ricondurre i contenuti degli atti di rilascio in ambiente digitale alla precipua disciplina giuridica di tali beni, insomma di tradurre in termini tecnologici il regime giuridico dei beni digitalizzati, in relazione alle diverse possibilità di utilizzo che, abbiamo visto, li connotano, costituendo il “disciplinare” che poi si riverbera nel contenuto di provvedimenti amministrativi o atti contrattuali, e che costituisce la base giuridica del rapporto che si va ad instaurare, anche automaticamente, e della traduzione algoritmica che ne viene generata, con la garanzia delle libertà assicurate per legge e il trasferimento di diritti, facoltà e poteri, e così potendo determinare un atto giuridico che vorremmo definire “algoritmico”, anche se viene riconosciuto sotto forma di “atto amministrativo informatico”¹⁹⁰ o di “contratto informatico”¹⁹¹.

Abbiamo visto che le tipologie di utilizzo potenziale dei beni culturali digitalizzati rispondono ad almeno quattro diversi macro-regimi giuridici: l’uso a titolo di fruizione libero e gratuito delle conoscenze, che sembra non conoscere limitazioni di riuso dei contenuti cognitivi; l’uso libero e gratuito, che poi

¹⁹⁰ Così lo definisce la notevole sent. Cons. stato, VI, 8 aprile 2019, n. 2270, che inoltre assume che la «*conoscibilità dell’algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In altri termini, la “caratterizzazione multidisciplinare” dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la “formula tecnica”, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella “regola giuridica” ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice*».

¹⁹¹ In letteratura, oltre che sui “contratti ad oggetto informatico”, si rinvencono studi sui contratti (e sulla contrattazione) telematici, virtuali, digitali, informatici: cfr., ad es. G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova, Cedam, 1993; E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali: nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, Giuffrè, 2010.

consente riutilizzi senza limiti, ma non per operazioni lucrative; l'uso libero ma soggetto ad un pagamento, che poi consente riutilizzi senza limiti, ma non per operazioni lucrative; l'uso dell'immagine del bene, per scopi lucrativi, che richiede un consenso dell'amministrazione affidataria del bene che dà disciplina e trasferisce diritti, poteri e facoltà, all'esito di valutazioni tecnico-discrezionali di tutela che possono estendersi anche al "decoro", ed il pagamento di un canone o corrispettivo.

Non saprei dire se per questa complessa situazione esistano già schemi giuridici in forma di "licenza" tecnologica, e dunque disciplinari d'uso tradotti poi in algoritmi pedissequi, utilizzabili come provvedimenti di rilascio, cioè *atti algoritmici*¹⁹²; ma, a giudicare da alcuni indizi, la questione richiede ancora di essere affrontata, se le *Linee guida nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico* rilasciate da AgID¹⁹³ ritengono opportuno per "i beni del demanio culturale" fare riferimento «ad una licenza unica aperta, che garantisca libertà di riutilizzo, che sia internazionalmente riconosciuta e che consenta di attribuire la paternità dei dataset (attribuire la fonte)», suggerendone una esistente che consente di condividere, adattare e creare anche per finalità commerciali, con il solo vincolo di riconoscere la paternità del *dataset*; se non si erra, tali facoltà non sembrano pienamente rispettose delle diverse declinazioni del regime giuridico di accesso e riuso che abbiamo rilevato¹⁹⁴.

L'attività di gestione dovrà anche fare i conti con la disciplina prevista per quella funzione in relazione ai beni culturali, che come è noto consente anche l'*outsourcing*, definito "gestione indiretta" dall'art. 115 del d. lgs. n. 42/2004; ora, tra i "servizi per il pubblico" individuati dall'art. 117, co. 2, del d. lgs. n. 42/2004, almeno quattro categorie rilevano per i beni culturali digitalizzati pubblici: il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali; i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la

¹⁹² R. DE MEO, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, cit., p. 684, ritiene che «versioni delle opere d'arte (altrettanto pregne di messaggi storici, suggestioni estetiche ed emotive) contenute in vettori potenzialmente in grado di raggiungere chiunque volesse elettronicamente fruirne, sono trattenute dalla barriera dei diritti di esclusiva del licenziatario. [...] È fondato il timore che il bipolarismo della normativa, unito alla possibilità di licensing policies museali diversificate in ragione di interessi contingenti, sia in grado di rendere incerto il regime d'uso delle immagini e si traduca in una barriera ai benefici che la tecnologia digitale potrebbe rappresentare per la disseminazione culturale alla quale deve ispirarsi l'esercizio delle funzioni museali».

¹⁹³ <https://docs.italia.it/italia/daf/lg-patrimonio-pubblico/it/bozza/index.html>, versione 11 febbraio 2019, pp. 40 ss..

¹⁹⁴ Il "legal code" di tale licenza è reperibile a <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.it>.

fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario; la gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali; la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni¹⁹⁵.

E, naturalmente, viene in rilievo anche la disciplina dei contratti pubblici per le circostanze in cui il popolamento e la gestione dei beni faccia ricorso a prestazioni (servizi, forniture, lavori) acquisite sul mercato.

Insomma, le possibilità della costituzione e della esistenza del patrimonio digitale portano con sé necessariamente importanti incombenze gestionali, che come abbiamo visto scontano una complessità endemica del fenomeno, ed anche la difficoltà di dover applicare una disciplina concepita per i beni materiali ed integralmente rivolta ad essi, che mal si adatta ai fenomeni di beni digitali. Una attenta riflessione sul tema sembra una delle urgenze che il nostro Paese ha di fronte.

¹⁹⁵ Art. 117, co. 2, lett. *a)-d)* del d. lgs. n. 42/2004.

LUCA R. PERFETTI

Ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "A. Moro" di Bari

luca.perfetti@belex.com

IL BENE PUBBLICO AI TEMPI DELL'ASSENZA DELLA COSA. APPUNTI PER UNA POSSIBILE (CONTRO)TEORIA DEI BENI PUBBLICI.

PUBLIC PROPERTIES AT THE TIME OF IMMATERIAL. NOTES FOR A POSSIBLE (COUNTER)THEORY OF PUBLIC GOODS.

SINTESI

Il contributo è diretto a discutere alcuni aspetti del saggio di Pier Paolo Forte ed in particolare l'idea dell'esistenza di beni pubblici immateriali. In questa prospettiva, la riflessione pone alcune questioni sulla sostanziale centralità del supporto materiale (la *res*) nell'elaborazione della teoria dei beni di titolarità pubblica o a fruizione pubblica. Nel passaggio dalla centralità del soggetto (pubblico) proprietario a quella della fruizione pubblica oggettiva del bene, restano in ombra le questioni del concetto stesso di bene e cosa. L'esistenza di beni pubblici immateriali, invece, costringe a confrontarsi con questo problema. L'idea che emerge dal saggio è che la protezione pubblica abbia ad oggetto non la titolarità o la fruizione del bene, ma la sua percezione sociale, sottraendola quindi sia dal dominio del sostrato materiale che da quello del potere dominante (pubblico o privato che sia).

ABSTRACT

This paper contains a discussion on the theory exposed in Pier Paolo Forte paper, offering the innovative idea of immaterial public good. Public property, public good, asset of public interest are controversial concepts and in Italian legal literature the explanation of the problem moved from importance of the owner (the State or a public body) to the one of public use. In any case, the material thing (e.g. *res*) retains a dominant role. Considering immaterial public goods, the paper suggests moving to perception of social or cultural function by the community as core of the idea of public goods; this would achieve the aim of consider immaterial public goods to and free the idea from dominium (public or private, doesn't matter)

PAROLE CHIAVE: beni pubblici – beni immateriali – demanio – funzione sociale.

KEYWORDS: public goods – immaterial goods – State property – social function.

INDICE: Esergo. – 2. Domande ed esempi. Questioni su denaro e ciminere. – 3. Beni e cose. – 4. Demanio, beni pubblici, beni a fruizione pubblica. – 5. La funzione sociale come carattere del bene pubblico.

1. Esergo.

L'intenso dialogo personale di questi anni con Pier Paolo Forte sui temi oggetto del saggio del quale qui si discute, a ben vedere non costituiscono un vantaggio nell'esprimere le proprie osservazioni alle tesi sostenute dall'autore intorno all'idea dell'esistenza di beni pubblici immateriali. Piuttosto, l'intensità delle conversazioni personali¹ e il grandissimo respiro del saggio che la *Rivista* ha l'onore di pubblicare, determinano un sovraffollamento di pensieri e questioni aperte che non può essere gestito in un breve intervento.

Non resta quindi che provare a focalizzarsi su uno dei temi centrali che la vasta riflessione dell'autore propone ai lettori della *Rivista* con qualche pensiero intorno al concetto centrale di bene pubblico immateriale.

L'idea nasce a partire dalla riflessione sui profondi mutamenti che la digitalizzazione ha portato con sé quanto all'arte in generale e all'oggetto d'arte più in particolare. Conviene, quindi, muovere da qualche domanda che sorge intorno al problema, tra le molte che pure si affollano.

Resta utile premettere una considerazione puramente terminologica: il dibattito specialistico circa i beni culturali digitalizzati utilizza il concetto di "immateriale" soprattutto come sinonimo di digitale², mentre in queste pagine l'aggettivo verrà riferito a ciò che propriamente non è incorporato in una cosa materiale.

2. Domande ed esempi. Questioni su denaro e ciminiera.

Per l'art. 826 del codice civile le « *cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico*» sono patrimonio indisponibile. Per quale ragione allora la ciminiera di un sito industriale della fine dell'Ottocento per un tratto della nostra storia è soltanto un vecchio manufatto da abbattere e poi diviene una « *cosa di interesse storico*»?

Il problema è proprio lì, nel fatto che ad essere protetta è la « *cosa*» ed essa è sempre la medesima, non si modifica se non per il fatto di rovinarsi un poco con l'andare del tempo, tra il momento in cui è un oggetto pericolante da abbattere e quello in cui diviene invece una « *cosa*» da preservare. Perché mai assumerà il regime di cui all'articolo 826 del codice civile una « *cosa*», mentre ad essere protetta è evidentemente l'immagine di quella cosa, l'accumularsi del suo valore simbolico³, la rappresentazione

¹ Che per me sono precedenti al lavoro fondativo di P. FORTE, *Oggetti Giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 3, al quale comunque occorre riferirsi.

² Per il dibattito in questione, occorrerà riferirsi alla letteratura che viene discussa dal saggio che qui si commenta, vale a dire P. P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. note per uno studio giuridico*, in questa *Rivista* ed in questo stesso volume.

³ Da questo punto di vista, mi sono sembrate utili le considerazioni M. PISTOLETTO, *Simbolo e arte*, p. 7, W. SANTAGATA, *Nota sull'economia dei beni simbolici*, p. 35 e U. VOLLI, *Il simbolo: plusvalore semiotico*, p. 73, in M. Melotti (a cura di), *Sul simbolo. Confronti e riflessioni all'inizio del millennio*, Roma, Luca Sossella editore, 2004.

della storia delle persone che hanno abitato quel territorio e in esso hanno lavorato e dei modi in cui lo hanno fatto⁴; per certo verso, quindi, la sua aura o la percezione sociale di essa.

E, ancora, allontanandoci di poco dalle cose ed avvicinandoci all'immateriale⁵: perché mai costituirà una cosa di interesse storico il rudere di un'importante fabbricato del passato e non la sua perfetta riproduzione tecnologica, tale da rendere a chi ne fruisca l'esperienza viva e completa di quel fabbricato nel momento in cui è stato realizzato e quindi ha assunto il suo valore simbolico e la sua importanza sociale? Eppoi: si tratta di una cosa di interesse storico (il rudere) e di un prodotto commerciale privo di valore simbolico (la riproduzione tecnologica) o di due diverse e distinte cose di interesse storico?

Non c'è forse ragione di pensare che la sua riproduzione consenta di superare la distinzione tra autore e fruitore, privando così l'ideale della sua sacralità e rendendolo merce e, quindi, riproducibile e modificabile; tuttavia, modificandosi si carica di nuovo ideale, sicché la stessa possibilità di modificare e contribuire potrebbe essere un ideale in sé?⁶

Ancora: come tutti sappiamo il paesaggio di particolare bellezza è oggetto di una regolamentazione pubblicistica molto intensa; ad essere protetta è appunto la sua bellezza che è inequivocabilmente un concetto che appartiene alla dimensione immateriale assai più che a quella fisica o meccanica; ma se quel paesaggio viene fotografato, la riproduzione fotografica che le incorpori la bellezza dovrà anch'essa essere oggetto di protezione? E se venisse ripreso come sequenza di una pellicola cinematografica che intende dare a quel paesaggio uno specifico valore simbolico, quale sarà il paesag-

⁴ Per più ampie considerazioni sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2009, p. 1.

Successivamente è però imprescindibile P. GROSSI, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'post-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1060.

Per la comprensione dell'evoluzione della separazione del diritto dal corpo e dal suo valore, comunque, M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 (trad. it., Torino, 1976).

Sui profili pubblicistici del problema, resta da leggere S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 202.

Sul fronte privatistico, B. BIONDI, *I beni*, nel Trattato Vassalli, Torino, Utet, 1956, S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1934, II, 16; ID., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffrè, 1962 – e, prima, ID., *Beni (teoria generale)* e ID., *Cosa (teoria generale)* entrambi in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, rispettivamente V, 1959, p.168 e VI, 1962, p. 28; poi, particolarmente utile ai nostri fini D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, Giuffrè, 1970 e A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A.Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlessinger, Milano, Giuffrè 2012, p. 68.

⁵ Per alcune importanti riflessioni sul tema si vedano i saggi raccolti da G. MORBIDELLI e A. BARTOLINI (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2018 e A. BARTOLINI, D. BRUNELLI, G. CAFORIO (a cura di), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche* (Atti Assisi, 25-27 ottobre 2012), Napoli, Jovene, 2014.

⁶ Non è questo il momento per discutere anche della relazione tra ideale e reale e, tuttavia, basterebbe il rinvio all'imprescindibile opera di N. BOHR, *Atomic Physics and Human Knowledge*, New York, (John Wiley & Sons), 1958 o i saggi raccolti in ID., *The philosophical writings of Niels Bohr*, Ox Bow Press, Woodbridge (Conn), 1987, per rendersi conto di quanto poco convincente sia l'idea del reale (o materiale) che ordinariamente pratichiamo.

gio da proteggere? Quello materiale o quello oggetto della ripresa? Poiché la ripresa cinematografica risulterà necessariamente il risultato del montaggio, che come tale potrà rendere quel paesaggio in un modo diverso da come l'occhio lo percepisca "dal vero", sarà creata nuova bellezza e quindi un nuovo bene di interesse paesistico? Se il valore dell'opera d'arte risiede anche nella sua bellezza estetica, è più bella la riproduzione perfetta di come era il Partenone ovvero il Partenone per come è adesso? «*A vacillare è l'autenticità della cosa*»⁷.

Eppoi, le miniere, le cave e torbiere, le «*cosa*» d'interesse storico, archeologico o artistico mutano nel tempo, si deteriorano, se ne modifica la funzione. Quanto alle «*cosa*» d'interesse storico, archeologico o artistico – che più di altre subiranno il deterioramento del tempo e, quindi, il restauro, che in taluni casi potrà consistere in una loro parziale ricostruzione – quale sarà la «*cosa*» che rientra nella proprietà pubblica, quella "originale", quella "restaurata", quella "riprodotta"?

E, ancora: il denaro⁸ è certamente di proprietà pubblica; la sua azione generalizzata, non soffre regimi particolari all'interno del confine dello Stato o della Federazione che lo abbiano emesso – salvo quelli relativi a contraffazione o diretti a prevenire altri reati, ad esempio fiscali. Eppure il suo valore d'uso non dipende affatto da quello della cosa alla quale viene assegnato: una banconota ha un valore che non dipende da essa, ma da elementi del tutto immateriali, come la politica monetaria o il valore di cambio.

Si potrebbe continuare a lungo.

Alcuni elementi, tuttavia, emergono già a questo primissimo stadio.

3. Beni e cose.

Anzitutto, come mi sembrava necessario notare già in passato, la nostra tradizione giuridica sconta confusioni importanti tra il concetto di bene e quello di cosa.

Proverei per il momento, solo per utilità di discorso e sempre nella relazione con il saggio di Pier Paolo Forte, ad assumere preliminarmente che la cosa assuma rilievo giuridico solo perché su di essa si iscrive il bene giuridico.

In questa prospettiva, il profilo dell'emersione dell'immateriale reca un duro colpo alle impostazioni fin qui seguite in materia di beni pubblici, perché in questo caso, per definizione, la cosa non esiste – e quindi vi sono beni senza alcun sottostante cosale.

Abbiamo beni pubblici senza alcun riferimento ad una «*cosa*».

A me pare di poter notare, tuttavia, che l'assenza della cosa e la dimensione immateriale non siano una novità assoluta.

⁷ Su tutti questi temi è necessario ed ovvio il rinvio a W. BENJAMIN, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, in *Schriften*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1955 (trad. it, Torino, Einaudi, 1966).

⁸ Utilmente, N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, Cedam, 1993.

Il prof. Forte ricorda giustamente che si è ritenuto che cosa possa essere il documento materiale sul quale Petrarca ha scritto delle rime e bene il valore artistico intrinseco di quella poesia⁹; mi sembra necessario osservare che vi sono casi in cui il documento “originale” non esiste affatto, anche in letteratura. Ciò è fisiologico nella musica, perché l’esecuzione del pezzo musicale è un evento e rispetto ad esso lo spartito “originale” può mancare del tutto – come in alcuni casi nella musica jazz. Ma siamo ancora nella ricerca della «cosa» oggetto di protezione. Ciò non supera l’obiezione che alcune cose sono avvertite come del tutto prive di valore in certe fasi storiche e da proteggere con un regime pubblicistico in altre.

La dimensione rilevante per il diritto, quindi, non sembra essere né l’esistenza di una cosa, né il suo valore di fruizione.

Qui è un secondo punto rilevante.

4. Demanio, beni pubblici, beni a fruizione pubblica.

La questione di fondo (quella del bene pubblico immateriale) è che finché ci si è occupati del demanio o del patrimonio indisponibile, tali in quanto di titolarità pubblica, la questione poteva anche non porsi. Quelle impostazioni muovevano dalla centralità dello Stato, del regime che poteva imprimere a cose, beni o altre diavolerie per il suo interesse (pubblico) attraverso dispositivi (di legge o con altre forme di tutela o perfino di apprensione momentanea o urgente) suoi propri.

Il problema comincia a porsi quando si passa dalla proprietà pubblica alla fruizione pubblica¹⁰.

La fruizione pubblica di una «cosa» da sé sola non definisce un regime, ma soprattutto, rende evidente la distinzione tra la «cosa» - materiale, meccanica, reale – e il bene – appunto la fruizione.

⁹ G. SCIULLO, *I beni*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, ove si sostiene (p. 24) che «le Rime del Petrarca sono un bene immateriale, in quanto indiscutibile espressione letteraria, i manoscritti delle Rime, cioè gli originali dell’opera, costituiscono bene culturale (ex art. 10, comma 4, lett. c, del codice)».

¹⁰ I testi fondamentali in argomento sono tutti da ritenere più che noti; solo per semplicità si richiamano A. M. SANDULLI, *Beni Pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 285; S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1962; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano, Giuffrè, 1967; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, Jovene, 1971; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1975; M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 5; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell’uso dei beni pubblici*, Napoli, Jovene, 1979. In tempi recenti, e con diverse prospettive, AA. VV., *Titolarità pubblica a regolazione dei beni*, Annuario Aipda 2003, Milano, Giuffrè, 2004; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004; A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela valorizzazione e gestione*, Milano, Giuffrè, 2008 – ove in particolare, M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall’appartenenza al fine*, da p. 17; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008; L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009.

Se il bene che l'ordinamento protegge è la fruizione delle cose di interesse generale, e quindi, la fruizione pubblica, sicché codeste cose sono pubbliche esse stesse, è chiaro che laghi, corsi d'acqua, caserme o fortezze, divengono meno centrali – perché la loro natura pubblica è tale perché sono funzionali all'interesse dello Stato e, quindi, solo mediatamente rilevano i diritti dell'individuo a veder scolpiti i confini della nazione o ad essere difeso dalle sue forze armate.

Il problema è dato da quelle categorie di beni a fruizione pubblica per i quali la proprietà pubblica sia un accidente, potendo anche mancare. E' la regolazione della fruizione a divenire centrale. Ma nella fruizione la «cosa» può anche mancare. Il regime proprietario diviene quasi irrilevante – poco importa di chi sia, a chi si paghi il biglietto del museo o il canone per l'uso della rotaia o dell'acquedotto – perché quel che rileva è che sia fruibile.

Ma, in questa prospettiva si va sempre più chiarendo che «cosa» e «bene» non solo sono distinti, ma sono entrambi di poco momento, rilevando, appunto, la fruibilità e la sua regolazione (pubblica o di diritto pubblico).

Il perimetro fatalmente si allarga, perché la natura del soggetto titolare (lo Stato o gli enti pubblici) sfuma nell'irrilevante. Diviene rilevante, invece, l'oggetto della fruizione e la regolazione della fruizione stessa.

Ma in questa prospettiva, essendo poco rilevante chi ne sia titolare, anche l'oggetto diviene di poco significato. Ciò che ha significato è il godimento, la fruizione. E non si fruisce lo spartito o il manoscritto originale, quanto piuttosto la musica o la poesia.

Si fruisce il valore immateriale. Il bene, quindi, è l'immateriale – e su questo terreno la nostra letteratura mostra una parziale inadeguatezza.

Quanto al denaro la cosa è così evidente da non dover essere argomentata: la parità aurea non c'è più, la banconota ha un valore incomparabile a quello d'uso e, soprattutto, essa ormai ordinariamente manca del tutto – stante che le transazioni avvengono assai spesso solo attraverso segnali informatici.

Non si fruisce di una cosa, quindi, né forse di un bene pubblico nel senso comunemente utilizzato – che si collega alla fruizione di cose – ma di una funzione, di un valore immateriale.

5. La funzione sociale come carattere del bene pubblico.

Tra i tanti meriti del saggio di Pier Paolo Forte c'è quello di porre in luce il fatto che il bene pubblico immateriale è indefinitamente riproducibile, suscettibile di appropriazione e modificazione, non appartiene a nessuno (nella più parte dei casi), non ha un originale ed è totalmente fruibile.

In questi termini, la fruizione non è il suo carattere distintivo, giacché fruibile esso è sempre. La fruizione del bene pubblico immateriale (o, se fosse vero che qualunque bene pubblico è immateriale perché la cosa sottostante è per la più parte dei casi irrilevante – salvo che per il domani costiero o militare o simili) è anch'essa irrilevante e quindi la fruizione, la regolazione della fruizione, non sono tratti significativi.

Non lo è la proprietà, giacché circola liberamente ed è infinitamente riproducibile. Tanto meno la natura soggettiva di chi lo detiene (o, meglio, ne conserva una copia).

L'unica cosa che rileva è la sua dimensione di valore e rilievo sociale. Il suo significato è quello che la società gli imprime, mancando all'origine.

Si rende evidente che lungo un certo arco temporale *«insieme coi modi complessivi di esistenza delle collettività umane, si modificano anche i modi e i generi della loro percezione»*¹¹. Ecco allora perché una vecchia ciminiera è un rudere pericolante o un bene di interesse storico in tempi diversi.

La questione non è quella della fruizione del bene ma della sua percezione (sociale).

L'idea che il bene sia pubblico per natura o per fruizione si accompagna a quella dell'unicità dell'esperienza che ne deriva (solo il Partenone è il Partenone e non lo è nessuna delle sue riproduzioni) e della permanenza del rilievo (esso è tale anche se in parte rovinato).

In questi termini si è ancora nella prospettiva del rilievo centrale della *«cosa»* sottostante, della necessaria regolazione pubblica, del valore del bene in sé.

Nella prospettiva, quindi, del potere pubblico sulla cosa.

Nella prospettiva, ancora, dominicale sulla cosa, del potere sull'oggetto.

Ovvero, della definizione dello stesso sulla base dell'idea di fruizione che ne abbia un ceto dominante – politico (basta pensare alle osservazioni sull'arte o dell'architettura come propaganda dei regimi totalitari, anche nostrani), intellettuale (assiepatato nelle Soprintendenze), etc.

Ciò che, invece, si accompagna alla larga fruizione sociale è la ripetibilità dell'esperienza (aperta ad una pluralità indistinta di persone) e della sua temporaneità (la persona fa esperienza della percezione del bello, dell'utile, etc., sulla base dei suoi bisogni, quando li esprime e come li esprime).

La natura immateriale del bene di interesse collettivo lo sottrae dal dominio, dal potere, dalla regolazione, così come lo sottrae dalla relazione con una cosa ritenuta rilevante.

In questa prospettiva, quindi, il rilievo pubblico si associa alla funzione sociale del bene. E la funzione sociale è regolata in Costituzione all'art. 41, laddove si prevede che l'esercizio dell'attività economica debba raggiungere un risultato funzionale alla società. In tempi ormai non recenti ho provato a spiegare per quali ragioni mi sembrasse che laddove *«La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»* si debba ravvedere l'ipotesi nella quale l'attività economica come tale non raggiunge il risultato di rendere disponibili in misura adeguata beni e servizi perché le persone, attraverso questi stessi beni e servizi, possano godere in modo effettivo della componente delle libertà e dei diritti fondamentali che non si possa esercitare da sé soli, senza intermediazione, senza

¹¹ W. BENJAMIN, *op. ult. cit.*, p. 11

bisogno di mezzi. Codesta dimensione non *self executing* dei diritti sociali o delle libertà fondamentali richiede beni e servizi per essere goduta.¹²

E allora, se la dimensione pubblica rilevante del bene pubblico è quella che deriva dalla sua funzione sociale, se essa sia già conseguita senza alcun intervento pubblico – nell'esercizio spontaneo dell'attività economica e delle possibilità tecnologiche – essa non sarà meno di rilievo pubblico, ma non necessiterà l'introduzione di alcuna regolazione pubblicistica. Quest'ultima si impone, invece, solo laddove questo risultato non si raggiunga spontaneamente ed una funzione sociale vada perseguita attraverso misure pubbliche («i programmi e i controlli» posti in essere in base alla legge).

Conseguentemente, se il dato essenziale è la percezione e, quindi, la funzione sociale del bene di rilievo pubblico, esso sarà sottoposto ad un regime pubblicistico se e solo se i modi della sua produzione e fruizione non ricevano da sé soli il risultato di consentirne il godimento che serve perché diritti sociali e libertà possano essere esercitati in modo effettivo.

In questi termini, è proprio il dato della socialità della percezione che muta di tempo in tempo l'oggetto della protezione (il paesaggio o il film o entrambi; il Partenone o la sua riproduzione tridimensionale informatica; etc.).¹³

Anche in questa prospettiva, l'idea dell'esistenza di un bene pubblico immateriale digitale mostra possibilità di sviluppo inattese ed un relevantissimo valore euristico. Valore che va ben oltre la teoria dei beni.

Infatti, l'intero diritto pubblico è caratterizzato da un elemento assolutamente immateriale – l'interesse pubblico. Beni, cose, rapporti, azioni, relazioni mutano significativamente a seconda che vi sia iscritto un interesse pubblico o meno ed esso è certamente immateriale.

Naturalmente, non si può non sottolineare con grande forza che si tratta di riflessioni solo iniziali, provocate dallo studio con il quale si dialoga – il cui interesse va ben oltre i limitati elementi di rilievo che ho potuto discutere brevemente qui.

Proprio per questo conviene rammentarsi ancora che «vi sono cose che sono soltanto cose e altre che sono anche segni. Tra questi segni, alcuni sono solo dei segnali, altri dei contrassegni o degli attributi, altri ancora dei simboli» (Sant'Agostino)¹⁴.

¹² Sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001 – o se si vuole, ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, da p. 6.

¹³ Ancora, essenziale, W. BENJAMIN, *op. ult. cit.*, *passim*

¹⁴ Traggo la citazione dal vasto lavoro di M. PASTOREAU, *Une histoire symbolique du Moyen Age occidental*, Paris, Seuil, (trad. it., Bari, 2007)

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane
dell'Università degli Studi di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

BREVI RIFLESSIONI INTORNO AL SAGGIO DI PIERPAOLO FORTE SUI “BENI CULTURALI DIGITALIZZATI”

BRIEF THOUGHTS ON PIERPAOLO FORTE'S ESSAY ON “DIGITIZED PUBLIC CULTURAL GOOD”

SINTESI

Il paper suscita almeno tre ordini di approfondimenti: l'arte nell'epoca digitale, il tema dell'immateriale del bene culturale, la rilevanza della questione per esplorare più ampie trasformazioni generali dell'intero diritto amministrativo, dalla teoria dell'organizzazione a quella dell'attività.

ABSTRACT

The paper aims to at least three insights: art in the digital age, the intangible cultural heritage, the importance of the matter to know more about the whole administrative law, from organization theory to activities and function.

PAROLE CHIAVE: Beni culturali, digitale, immateriale, organizzazione amministrativa, attività amministrativa

KEYWORDS: Cultural heritage – digital – intangible, public organization – public activity.

INDICE: 1. Introduzione – 2. Oltre Benjamin... - 3. Beni culturali digitalizzati e problema dell'immateriale – 4. Il bene digitale come “sonda di ricerca” – 5. Conclusioni

1. Introduzione.

Il saggio di Pierpaolo Forte (d'ora in poi: PF) che ho potuto leggere in anteprima suscita davvero grande interesse, per almeno tre profili che dal generale si dipanano al particolare.

C'è uno scenario di fondo che ha a che vedere con la teoria estetica *tout court*: qui l'interlocutore primo di PF è Walter Benjamin e il suo noto scritto su *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*¹.

¹ W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, [1955], trad. it. Einaudi, Torino, 1998. Su una linea critica simile a quella di Benjamin si è posto l'allievo e amico

Vi è poi un sorprendente spaccato dei grandi comparti classici del diritto amministrativo, passati in rassegna attraverso la “sonda paradigmatica” del bene culturale pubblico digitale.

Infine PF fa i conti con un altro “gigante”, questa volta più vicino al nostro ambito giuridico di interesse, misurandosi col lascito di Giannini sul dibattuto tema dell’immateriale nel bene culturale, che a sua volta implica una presa di posizione sul carattere tipico o atipico della nozione.

Ho riassunto con disordine e per difetto i molti spunti che lo scritto regala al lettore.

Ma credo di interpretare bene il senso dell’invito rivoltomi da Luca Perfetti se procedo in questo senso, posto che altri colleghi sono stati interpellati per una discussione a più voci che soltanto nell’insieme darà un senso compiuto al progetto.

Quella che segue, dunque, non aspira ad essere né una recensione né tanto meno una completa rassegna critica dei tanti temi che emergono dal saggio, ma semplicemente una piccola tessera di un mosaico più ampio, volto ad alimentare un dibattito.

2. Oltre Benjamin...

Se ci fermassimo alla nota elaborazione di Benjamin già la fotografia (salvo i primi dagherrotipi sui “cari estinti”) e il cinema sarebbero fuori dall’arte, dalla *tradizione*, in quanto riproduzioni prive di “aura”, come il chirurgo non può confondersi col mago. Se ci fermassimo a Benjamin saremmo al capolinea dell’arte, coi suoi antichi connotati rituali e religiosi, e nel pieno della massificazione e della politicizzazione.

Di fronte alla proposta categoria del bene pubblico digitale la politica in effetti c’entra (ma è mai mancato il suo contatto più o meno diretto con l’arte, anche prima del Cinquecento italiano?), tanto è vero che PF nel corso di tutto lo scritto si occupa di vagliare l’emersione di un nuovo interesse pubblico che richiede attualizzate forme di tutela e/o valorizzazione, oltre che di centri di potere *ad hoc*.

Ma entra in gioco anche l’arte o si tratta solo di documentazione e divulgazione, corollari, appunto, della riproduzione?

La domanda è provocatoria fino a un certo punto. In realtà a mio avviso è centrale.

Perché gran parte delle questioni trattate hanno a che fare col digitale che ha come base un bene culturale materiale di riferimento, e, non a caso, come vedremo l’unico modo di ammetterne la configurazione come bene immateriale è quello del cd. immateriale economico, ingegnosa trovata di Giuseppe Severini².

E qui entra di nuovo in gioco il fantasma di Benjamin.

Adorno, del quale si v. almeno T. W. ADORNO, *Minima Moralia. Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1951 (*Minima moralia. Meditazioni sulla vita offesa*, trad. di, R. Solmi, Einaudi, Torino, 1994).

² G. SEVERINI, *L’immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon*, n. 3/2015.

Emblematico il seguente passaggio del saggio di PF: «E ciò si spiega nella dimensione del bene digitalizzato, poiché, s'è visto, gli usi dei suoi contenuti epistemici, cognitivi, delle conoscenze, afferendo alle conseguenze della fruizione, della libera espressione, dell'arte, [sono] come tali liberi o quantomeno non limitabili per considerazioni di decoro».

Dunque qui non si tratta tanto del tema, pur sondato nei lavori sull'immateriale economico, dei limiti dello sfruttamento del diritto d'immagine, si pensi alla pubblicità di un'azienda produttrice di armi che ha usato l'immagine del David di Michelangelo o delle foto dei Bronzi di Riace scattate da Gerald Bruneau³, ma del *web* come specifico contenitore di arte e di occasioni artistiche, dove il decoro tendenzialmente non trova limiti, ai sensi degli artt. 2, 21 e – soprattutto – 33 Cost.

Inoltre, ritiene PF che per far fronte alla riduzione di “aura” che consegue a causa della riproduzione, la digitalizzazione del bene culturale si avvalga di “iscrizioni”, utilizzando questa possibilità per aggiungere elementi di conoscenza che mancano, o comunque non sono espliciti, nell'originale in sé. Ci si avvale qui della categoria filosofica più ampia di “performativo”, e si evidenzia proprio quella corrente nord-americana secondo cui l'iscrizione supera la condizione propria della mera riproduzione, per attingere allo statuto di autonomo oggetto sociale⁴.

Benjamin è battuto in breccia dalla riproduzione che si fa a sua volta arte, o comunque autonomo oggetto sociale.

Richiamare Warhol sarebbe sin troppo facile, e ci troveremmo del resto ancora nel campo da gioco del grande intellettuale tedesco, ovvero la pittura. Sì perché la riproducibilità è l'arte soprattutto del cinema, che appunto è il principale bersaglio di Benjamin, il quale rifugge l'ossimoro: si pensi invece, per stare all'attualità, all'elegantissimo gioco di rimandi western di *C'era una volta ad Hollywood* dell'ultimo Tarantino, o al magnifico (al netto delle considerazioni socio-politiche) *Joker* di Todd Phillips, che dialoga costantemente, con ricorsività cinefila e *mise en abyme* ipertestuale⁵, col Martin Scorsese di *Taxi driver* e *Re per una notte*. Ancora: alla riproduzione che si fa arte per eccellenza, in *The Clock*, l'orologio videoinstallazione che scandisce i secondi con scene tratte dalla storia del cinema, nel meraviglioso Leone d'oro veneziano di qualche anno fa di Christian Marclay.

E l'arte è sempre più di massa. Ribaltando Benjamin verrebbe da dire: oggi è di massa, o non è⁶

³ V., ad es., G. MANFREDI, *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in *Dir. econ.*, n. 1/2017, 29 ss.

⁴ J. R. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* (1969), tr. it. Torino, Bollati Boringhieri, 1992; J. DERRIDA, *Firma, evento, contesto* (1971), tr. it. in ID., *Margini della filosofia*, Torino, Einaudi, 1997.

⁵ M. BENOÎT CARBONE, *Cinque idee su “Joker”*, in *www.doppiozero.com*, 17 ottobre 2019.

⁶ C'è da notare che nell'ambito degli studi di estetica è un dato ormai acquisito il fatto che questa disciplina si vada sempre più caratterizzando come un settore di ricerca filosofica aperto alle pratiche della vita quotidiana, precisandosi progressivamente come un “paradigma

In qualsiasi biennale o triennale d'arte contemporanea almeno il 30% delle opere sono ormai digitali.

Fra l'altro il digitale entra prepotentemente anche nel mercato dell'arte, apportandovi impensabili modifiche, e massificando anche questo. È recentissima la notizia che il *writer artist* inglese Banksy ha creato un *temporary shop online* (cd. *Gross Domestic Product*) pensato per tutti coloro che amano l'arte contemporanea ma hanno un basso reddito.

Coinvolge, inoltre, molteplici interessi pubblici, anche quelli apparentemente più distanti: ad esempio il governo del territorio e la sicurezza urbana⁷. Si pensi, a proposito di Banksy, proprio al tema della *street art*. Negli ultimi anni sempre più comuni individuano dei muri, spesso in zone periferiche e a elevata percezione di insicurezza da parte delle collettività ivi radicate, che vengono messi a disposizione dei *writers* per la realizzazione delle loro creazioni.

Anche l'immenso spazio digitale, del resto, diviene spazio d'arte, di liberazione, perché consente a tutti la possibilità di creare con poco.

In Benjamin l'autoestraniazione determina una estetizzazione della politica che si denomina fascismo. Ma lo stesso Autore è ben consapevole che il comunismo gli risponde con la politicizzazione dell'arte. Ecco forse perché l'aggiornamento del marxismo oggi passa per l'idea di *Comune*, e vede nella rete una possibilità di riscatto rivoluzionaria, come affermato nel noto libro di Hardt e Toni Negri⁸.

Ma c'è qualcosa in più che ci suscita l'indagine di PF: c'è l'arte che, nello spazio digitale, si autonomizza, liberandosi quasi del *medium* umano. Qui si tocca il tema del *government by algorithm*, dei *big data*, della *Superintelligenza* di cui ci parla il filosofo svedese, di stanza ad Oxford, Nick Bostrom⁹, che PF dimostra di conoscere, richiamando in nota. È superfluo dire quanto la questione sia all'ordine del giorno, non solo presso i filosofi, ma anche presso i giuristi. A fronte di un tribunale amministrativo regionale che giudica illegittima la scelta di assegnare tramite un algoritmo le sedi scolastiche¹⁰, o che ritiene inammissibile un provvedimento in forma di tweet¹¹, ormai fioriscono in ogni dove convegni sul tema¹², e importanti Riviste scientifiche¹³ vi dedicano pensati approfondimenti monografici.

transdisciplinare". Si pensi a un nuovo campo d'indagine, quello dell'*Everyday Aesthetics*, che intreccia le ricerche angloamericane con quelle propriamente europee dedicate alla cosiddetta estetizzazione del reale. Sul punto v. E. DI STEFANO, *Che cos'è l'estetica quotidiana*, Bari, Carocci, 2017.

⁷ Cfr. A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 31 ss.

⁸ M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, Rizzoli, 2010.

⁹ N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, trad. it. Torino, Bollati Boringhieri, 2018.

¹⁰ Tar Lazio, sez. III-bis, 13 settembre 2019, n. 10964.

¹¹ Tar Liguria, 19 maggio 2014, n. 787, confermata da Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 769.

¹² V. da ultimo il panel del convegno annuale dell'AIPDA su *Quali saperi servono alla pubblica amministrazione?*, Pisa, 10-12 ottobre 2019, dedicato a "competenze e fabbisogni della pubblica amministrazione: la digitalizzazione".

¹³ V. *Diritto pubblico*, n. 1/2019, con saggi di S. Civitarese Matteucci, F. Costantino, P. Costanzo, G. De Minico, A. Masucci, e n. 2/2019, con un saggio di E. Carloni.

Sono i problemi di un domani che è già (quasi) oggi. Il saggio di PF li attraversa con eleganza e lascia al lettore tante suggestioni.

Qui, come detto, solo lambite.

Perché a questo punto è necessario tentare di impostare il discorso attraverso le lenti del diritto positivo e della giurisprudenza teorica.

Dopo Benjamin, infatti, c'è Giannini. Giannini *re-loaded*, verrebbe da dire, a proposito di *Matrix* e di *Superintelligenza*, se non fosse che qui c'è una nemesi.

3. Beni culturali digitalizzati e problema dell'immateriale.

È proprio l'illustre giurista romano che nel 1976 dà l'avvio alle indagini sull'immaterialità del bene culturale, quando qualifica il bene culturale come «testimonianza avente i valori di civiltà»¹⁴.

Senonché il diritto positivo italiano non ha ancora accolto questa impostazione seminale.

Alla stregua delle elaborazioni che hanno fatto seguito a Giannini, nelle quali la materialità continua a prevalere sulla immaterialità, l'evoluzione del dato normativo ha confermato l'impostazione tradizionalista.

Come è noto, infatti, in un primo tempo l'art. 148 del d.lgs. n. 112/98 aveva superato la concezione materiale di bene culturale, a sua volta introdotta dalla Commissione Franceschini, parlando di bene come «testimonianza di civiltà». Tale disposizione è però stata abrogata dall'art. 184 del d.lgs. n. 42/2004, che ha fatto di nuovo propria la concezione materiale, prevedendo che i beni culturali sono soltanto quelli mobili e immobili individuati dalla legge o in base alla legge, quali testimonianze di civiltà.

L'art. 7-*bis* del Codice dei beni culturali precisa, quindi, che «le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle convenzioni Unesco sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10». La norma, dunque, è molto chiara, ma al contempo esprime un apparente paradosso: i beni immateriali, per il Codice, sono soltanto quelli muniti di un'evidenza materiale. Non solo: il (necessario) supporto materiale deve presentare, affinché la fattispecie considerata possa ritenersi assoggettata al Codice stesso, i requisiti per l'apposizione del vincolo. In estrema sintesi, il bene immateriale è preso in considerazione dal Codice nella misura in cui sia (anche) un bene materiale suscettibile di vincolo.

Si prospetta, quindi, una nozione di bene culturale immateriale a cerchi concentrici: quella nazionale, ancora tradizionalmente materiale, e quella internazionale, più aperta all'intangibile.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3 ss.

Peraltro, si mette spesso in luce il rischio di incertezza cui va incontro la categoria, atipica e slabbrata, di bene culturale immateriale, se resa autonoma dal referente materiale.

La via di fuga rispetto a questa *impasse* seguita da alcuni autori è, appunto, quella fondata sulla distinzione tra “immateriale funzionale”, ovvero il valore ideale della *res* in senso proprio, e “immateriale economico”, cioè il capitale economico immanente al singolo bene.

In tale contesto, quindi, è più agevole, sviluppando la seconda delle due declinazioni di immateriale, trattare temi limitrofi a quello studiato da PF, come l’immagine nel bene culturale. Non è un caso come in una relazione al Convegno Aipda 2018 svoltosi a Reggio Calabria sulle plurime concezioni di bene culturale il tema della digitalizzazione si sia trattato proprio come corollario dell’immateriale economico e del tema dell’immagine¹⁵.

Tuttavia questa strategia argomentativa, pur lineare, sottovaluta alcune persistenti complicazioni.

La prima si è già vista considerandosi il tema su un piano più generale, di estetica. Si è già detto come PF sfugga alla tentazione semplificante di assimilare il bene pubblico digitale all’immagine e al suo sfruttamento commerciale. Non si tratta semplicemente di opportuna *actio finium regundorum* con altri settori disciplinari, primo fra tutti il diritto industriale e dei marchi e brevetti, ma anche di matura consapevolezza di come le questioni che ci aspettano siano tante, e prescindano dal mero sfruttamento economico dell’immagine.

Si vuol dire che Giannini rischia di riapparire come nemesi perché il digitale porta di nuovo al centro della scena la nozione, più incerta e non accettata dal nostro legislatore, di “immateriale funzionale”, come concepita nella ricostruzione pan-immateriale di Giannini.

Un’ulteriore complicazione è rappresentata dal fatto che anche la concezione dell’“immateriale economico” è sottoposta a criticità.

Si pensi al tema emblematico della salvaguardia dei locali storici¹⁶. L’attività commerciale di per sé rappresenta un bene immateriale, pur dovendosi esplicitare in un adeguato contesto spaziale, avente le caratteristiche del bene immobile. D’altra parte, non è tanto il carattere immateriale dell’attività il vero elemento problematico ai fini delle predisposte iniziative legislative di tutela, ma proprio il fatto che l’esercizio dell’attività commerciale scaturisce da un’attività economica, costituzionalmente libera (art. 41 Cost.). Se ciò è vero, è pur vero che nella recente giurisprudenza tende ad affermarsi una nozione di locale storica priva di pregnanza giuridica o comunque atecni-

¹⁵ A. BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Annuario AIPDA 2018, Arte cultura e ricerca scientifica. Costituzione e amministrazione*, Napoli, 2019, 49, che fa l’esempio del *Google’s Art Project*.

¹⁶ Sia consentito, sul punto, il rinvio a G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Riflessioni in tema di salvaguardia dei “locali storici”*, in corso di pubblicazione in *Dir. econ.*, n. 2/2019.

ca, finendo per divenire un inaccettabile *passepourtout* in mano agli amministratori per ridimensionare l'effettività di principi generali come quello di contendibilità delle risorse pubbliche¹⁷.

Sicché anche per questa ragione più strettamente giuridica, che evidenzia i potenziali contrasti tra bene immateriale e libertà di impresa, non pare sufficiente sviluppare il discorso sul solo asse del bene immateriale economico.

PF ha il merito, fra gli altri, di essere consapevole di tali difficoltà ed evita il rischio di una nozione di bene immateriale atipica e *bonne a tout faire*, di scarsa valenza sistematica e comportante incertezza giuridica¹⁸.

Da un lato, come già osservato, ritiene non sufficiente affrontare la problematica sul fronte dello sfruttamento industriale dell'immagine, in quanto il bene culturale digitale ha un suo statuto autonomo, poiché fornito di "iscrizioni" che lo rendono oggetto sociale e potenziale opera d'arte.

Dall'altro, e in modo più radicale, afferma¹⁹ che i beni digitali siano cosa diversa dai beni immateriali, di cui alla ristretta definizione data dall'art. 7-*bis* del d.lgs. 42/2004, e quindi «non valgono per quelli gli argomenti, i dubbi e le esitazioni che continuano a circondare questi; e che, proprio perciò, a causa di queste sue peculiari condizioni evolute, il bene culturale digitalizzato è effettivamente una ottima cavia di ricerca per cominciare a capire qualcosa in più sul bene pubblico digitale *tout court*».

Il che, sia consentita la chiosa non troppo originale, non deve sorprendere: se i riconoscimenti del bene immateriale sono soprattutto a livello globale e di trattati internazionali, è naturale che la sublimazione del problema si abbia proprio nel *web* e nello spazio digitale, che tanta parte ha avuto nelle impetuose dinamiche della globalizzazione degli ultimi trenta anni.

4. Il bene digitale come “sonda di ricerca”.

Una volta liberato il bene culturale pubblico digitale dall'ingombrante fardello dell'incerta categoria dell'immateriale, almeno in sede nazionale, PF può dipanare il suo ambizioso disegno di metodo: fare del primo una “sonda di ricerca” per un più ampio studio sul bene pubblico digitale *tout court*.

Il bene digitale assurge così a bene in senso giuridico e il bene culturale digitale è un “oggetto documentale” che concorre a pieno titolo ad attuare l'art. 9 Cost.²⁰

¹⁷ Si pensi al caso degli immobili collocati presso la Galleria Vittorio Emanuele di Milano.

¹⁸ Si pensi al dibattito, sempre nel convegno reggino AIPDA del 2018, sulla lingua italiana o sulla moda come beni immateriali.

¹⁹ Sulla scorta della ricostruzione di G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del convegno di Assisi (25-27 ottobre 2012), (a cura di) A. Bartolini, D. Brunelli e G. Caforio, Napoli, 2014, 171.

²⁰ Cfr. M. CAMMELLI, *Lo sguardo lungo e la difficile attuazione dell'art. 9 Costituzione*, in *Anuario AIPDA 2018, Arte cultura e ricerca scientifica. Costituzione e amministrazione*, cit., 11.

Vengono quindi esaminate le vicende giuridiche che riguardano il bene culturale digitalizzato: costituzione, fruizione, riutilizzo, senza o con scopi di lucro, tutela, gestione.

Non posso ovviamente soffermarmi sui tutti questi impegnativi aspetti, anche perché immagino verranno trattati *funditus* dagli amici e colleghi che con me condividono questa bella occasione di dialogo.

Accennerò solo ad alcune suggestioni.

Nell'attraversare praticamente tutti i comparti del diritto amministrativo generale, all'interno della sonda di ricerca del bene digitale, PF non può non soffermarsi sulla teoria dei beni pubblici: lo impone la coraggiosa scelta di qualificare come "pubblico" il bene digitale.

Nel farlo, si mette innanzi tutto in luce come anche il bene culturale digitale confermi gli approdi dei più recenti studi sui beni culturali – ma, direi, dei beni pubblici *tout court* – in cui la questione "proprietary" è molto ridimensionata ed essi si pongono come "beni di fruizione"²¹. Sul punto non si può che convenire con l'Autore.

È pure degno di nota il fatto che PF esamini lo statuto dei beni digitali anche nel senso economico dei *public goods*, e si misuri con la loro non escludibilità e non rivalità, pur mettendo in luce che ciò non toglie che in determinati casi essi possano non essere gratuitamente fruiti.

Mi chiedo: è questa la frontiera per una teoria del bene pubblico, trasfigurata nel senso di *commons*, che difenda gli ultimi bastioni di ciò che non è privatizzabile ed esternalizzabile? Il pensiero torna alla costruzione di Toni Negri, sopra richiamata, che viene colorata di ulteriore suggestione in un mondo in cui lo statuto del bene pubblico in senso economico sembra perduto. Tutto oggi sembra non esserlo, o comunque dipendere dalle contingenze storico-politiche, almeno a far data dal celebre *The Lighthouse in Economics* di Coase del 1974²², anche la sicurezza, tradizionalmente considerata riconducibile alla sfera pubblica per ragioni filosofiche, politologiche, e poi anche economiche²³.

PF mette in luce come per i beni digitali non dovrebbe porsi un problema di tragedia dei *commons*, al netto delle critiche ricevute dalla comunque fortunata teoria di Hardin²⁴.

D'altra parte resta qualche dubbio rappresentato dal "lato oscuro" della rete: mi riferisco sia allo sfruttamento commerciale dei dati immessi nei grandi motori di ricer-

²¹ Cfr. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004.

²² R.H. COASE, *The Lighthouse in Economics*, in *Journal of Law and Economics*, 1974, 357 ss.

²³ Sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010, spec. 279 ss.

²⁴ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, Vol. 162, pp. 1243 ss. La critica più influente, come noto, è di E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, tr. it. Venezia, Marsilio, 2006.

ca e nei social network sia al tema del *digital divide*²⁵, che persiste, come hanno intelligentemente notato alcuni critici di nozioni giuridiche oggi *à la page* come quella di *smart city*²⁶.

Quanto all'organizzazione, PF considera le inadeguatezze della complessa struttura ministeriale, e i molteplici intrecci con altri settori (es. Agenzia per l'Italia digitale), fonte di «duplicazioni, perplessità o contraddittorietà di comportamenti, dispersione di energie, errori» e propone per i beni pubblici culturali digitali un'agenzia *ad hoc*. Anche questa mi sembra un'idea intelligente e attuale: in un clima politico di alternanza non certo fisiologica, proprio la struttura e l'organizzazione del MIBACT è quella che, più di altre, è stata al centro di prospettive di riforma forse non assistite da un disegno lungimirante, che imporrebbe un adeguato tempo di sedimentazione²⁷. L'intervento proposto da PF, invece, ha il pregio di apportare un miglioramento all'esistente nel senso della semplificazione, senza prospettare miopi visioni palingenetiche di riforma della riforma.

Anche la teoria dell'attività viene ripercorsa e aggiornata.

Dalle più risalenti impostazioni in tema di certazioni, sulle quali la scuola messinese di teoria generale ha dato un contributo fondamentale²⁸, richiamate per una tutela sul rischio *anticommons* di conoscenze *fake* o improprie del bene digitale, alle più attuali e dibattute questioni sulle decisioni prese da algoritmi e sui *big data*, si vede chiaramente come con sano metodo induttivo²⁹ PF riesca a farci riflettere sull'edificio in costruzione del nuovo diritto amministrativo che, per essere veramente tale, non può però abbandonare i legami con la tradizione.

Infine, lo scritto di PF tratta sotto altra luce i provvedimenti finalizzati alla tutela, all'uso, alla valorizzazione, implicanti il sempre più intenso coinvolgimento dei privati. Si vede qui l'esigenza di uscire dalle maglie strette di istituti antichi come l'autorizzazione e la concessione, oggi in crisi d'identità, stretti in una progressiva riduzione della discrezionalità di origine europea, si pensi alle autorizzazioni, e la sempre europea tendenza a un (ri)avvicinamento al modello contrattuale, si pensi alle concessioni, quanto meno per i servizi (per i beni il discorso è, come noto, in parte diverso).

Torna a questo punto la questione del rapporto tra l'immateriale e le regole della concorrenza, sopra accennato quando si è parlato della questione dei locali storici.

²⁵ D. DONATI, *Governare l'inafferrabile: la cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in *Munus*, 2017, 313.

²⁶ F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, n. 22/2015.

²⁷ M. CAMMELLI, *Lo sguardo lungo e la difficile attuazione dell'art. 9 Costituzione*, cit., 10.

²⁸ PF richiama A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, voce in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 205 ss.; S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano, 1961. Mi permetto di aggiungere le più recenti riflessioni del compianto A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss.

²⁹ Riecheggia qui l'impostazione di A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, 651 ss.; ID., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 11 ss.

Peraltro, non è possibile sfruttare il concetto presente nel mondo anglosassone, e molto utilizzato nell'ambito del diritto d'autore e del copyright, della "licenza", sia perché, come si è detto, l'Autore ha scelto di esaminare un ambito che va oltre il mero diritto dell'immagine, sia perché nel nostro diritto amministrativo l'istituto è desueto ed è considerato null'altro che una variante terminologica dei macro fenomeni delle stesse autorizzazioni e concessioni.

PF prova allora ad uscire dalle secche dell'impostazione tradizionale, che è propria degli artt. 106, 107 e 108 del d.lgs. 42/2004 che parlano appunto di "concessioni" e "autorizzazioni", anche perché tali istituti mal si conciliano con i beni digitali, «che tutto sono fuorché materiali, rivali e immobili», e ricorre al modello della sponsorizzazione e più in generale del PPP, la cui importante funzione nel settore dei beni culturali è stata messa più volte in luce³⁰.

Resta d'altra parte il problema, di cui l'Autore si rende ben conto, di disegnare una sorta di statuto disciplinare generale relativo «agli atti di rilascio» in ambiente digitale, che si riverberi nel contenuto di provvedimenti amministrativi e atti contrattuali. Un tema enorme, che è attualissimo e molto controverso nel mondo dei beni materiali³¹, figuriamoci in quello digitale. Sul punto ritengo che non crei particolari perplessità l'idea di un "atto amministrativo informatico" o di "contratto informatico" come *output* di questo processo, mentre, laddove si voglia prefigurare una base algoritmica che costituisca l'*input* della procedura di rilascio, credo vi possano essere taluni problemi rappresentati dalla natura tecnico-discrezionale della valutazione.

5. Conclusioni.

In conclusione il bel saggio di PF coglie tre profili essenziali: *i*) estetico: *ii*) relativo al dibattito materiale/immateriale; *iii*) relativo ai più ampi rivolgimenti che la questione presenta per alcuni comparti del diritto amministrativo generale (teoria delle funzioni, dell'organizzazione, dell'attività, etc.).

Sotto il profilo estetico PF prende giustamente atto del superamento della critica di Benjamin e prefigura una *suitas* del bene digitale connotato da un'autonoma significanza, anche attraverso il concetto di "iscrizione", che ne conferisce un valore aggiunto e lo libera dall'avvilente statuto di mero calco del mondo reale.

Quanto al dibattito materiale/immateriale PF riesce a dimostrare come proprio la costruzione di un bene pubblico digitale possa aiutare ad uscire dalle secche di un dibattito che non aiuta la giurisprudenza pratica a risolvere i tanti problemi oggi sul tavolo.

Infine, al netto della condivisibilità di alcune specifiche proposte ricostruttive, mi pare che l'ultimo profilo, volto a fare del bene pubblico culturale digitale una "son-

³⁰ Cfr., da ultimo, C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2019.

³¹ A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2017.

da paradigmatica” del bene pubblico digitale e quest’ultimo del diritto amministrativo *tout court*, sia un apprezzabile manifesto di metodo sul quale – forse più che su ogni altra cosa – vale oggi la pena di discutere.

Credo che soprattutto questo sia il senso della Sezione della Rivista che si inaugura in questo numero, e sono certo che i tanti amici e colleghi che vi intervengono sapranno, più e meglio di me, criticamente coglierlo e restituirlo.

DANIELE DONATI

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università di Bologna
daniele.donati@unibo.it

**LA DIGITALIZZAZIONE DEL PATRIMONIO CULTURALE.
CARATTERI STRUTTURALI E VALORE DEI BENI, TRA
DISCIPLINA AMMINISTRATIVA E TUTELA DELLE OPERE
D'INGEGNO**

**DIGITALIZATION OF CULTURAL HERITAGE.
STRUCTURAL CHARACTERISTICS AND VALUE OF GOODS,
BETWEEN ADMINISTRATIVE LAW AND LEGAL PROTECTION OF
ENGINEERING WORKS**

SINTESI

L'articolo discute della digitalizzazione del bene culturale pubblico a partire dall'impostazione al tema proposta dal saggio di apertura della Rivista, che vede nel risultato della trasformazione in *bit* un bene ulteriore e autonomo.

Accogliendo questa visione, da una prospettiva giuridica ci si sofferma in primo luogo sugli effetti strutturali recati al bene dal processo di trasformazione in digitale (non rivalità, incerta esclusività, ubiquità potenziale, ma anche immaterialità almeno di facciata).

In secondo luogo, si discute del momento, successivo e distinto, della qualificazione del prodotto della digitalizzazione quale bene culturale. E quindi si tratta dell'accoglimento della forma digitale nelle principali Carte internazionali ed europee, della conseguente necessità di definizione di criteri specifici per la qualificazione dei beni, del ricorrere dei caratteri di tipicità e pluralità.

Infine, l'articolo ragiona della possibile applicazione della disciplina sulle opere d'ingegno, laddove si intenda il bene trasformato come prodotto creativo originale o in relazione al regime dei diritti connessi.

ABSTRACT

The paper debates the digitization of public cultural goods moving from the approach to the topic proposed by this journal opening essay, which perceives the result of the transformation into bits as a further and autonomous good.

Accepting this conception, from a legal perspective this paper first focuses on the structural effects brought by the process of digitization to the cultural good (non-rivalry, uncertain exclusivity, potential ubiquity, but also immateriality at least of façade).

Secondly, the successive and distinct moment of qualification of the product of digitization as a cultural good is discussed. Therefore this study tells of the acceptance of the digital form in the main international and European Charters, the consequent need to define specific criteria for the qualification of these goods, the recurrence of the characters of legal typicality and plurality. Finally, the article discusses the possible application of copyright law, if the good is understood as an original creative product or in relation to the regime of connected rights.

PAROLE CHIAVE: bene culturale digitale; non rivalità, esclusività, ubiquità; qualificazione culturale; materialità, tipicità, pluralità; diritto d'autore.

KEYWORDS: digital cultural good; not rivalry, exclusivity, ubiquity; cultural qualification; materiality, typicality, plurality; Copyright.

INDICE: 1. Una premessa (quasi una *excusatio*). – 2. L'impostazione del tema – 3. La transizione in digitale del bene culturale. – 4. L'esigenza di qualificazione culturale del bene digitalizzato. – 5- Il digitale come forma del bene culturale. – 6. Tipicità e pluralità dei beni culturali digitali. – 7. L'interferenza del diritto d'autore.

1. Una premessa (quasi una *excusatio*).

L'osservazione che corre fare in premessa sullo studio di Pierpaolo Forte è che la sua prima ambizione, quella di disegnare una “traccia esemplare” (o lanciare una «sonda paradigmatica», come dice l'autore) per lavori a venire attorno al tema del patrimonio culturale digitale¹, è senz'altro soddisfatta.

Lo dico vista l'ampiezza di un'analisi che, circoscrivendo la propria attenzione ai beni culturali pubblici tradotti in digitale, coglie l'occasione per un'esplorazione profonda del concetto (nei suoi profili teorici e nelle ricadute disciplinari), delle dinamiche della sua costituzione, dei suoi tratti distintivi, arrivando a discutere anche dell'evolvere delle funzioni che ad esso si possono ricollegare. Si affrontano quindi al contempo due degli ambiti più complessi che la scienza giuridica si trova oggi ad affrontare: l'insieme indefinito a cui ci riferiamo quando parliamo di cultura², e gli effetti, ancora in gran parte inesplo-

¹ Sul tema della immaterialità, si vedano, tra gli altri, i contributi pubblicati su *Aedon* 1/2014: A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*; L. CASINI, “*Noli me tangere*”: i beni culturali tra materialità e immaterialità; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*; G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*; G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali?*. A questi si aggiungano: L. GASPARINI, *Il patrimonio culturale immateriale. Riflessioni per un rinnovamento della teoria e della pratica sui beni culturali*, Milano, Vita e Pensiero, 2014; P. Forte, *Il patrimonio digitale: una enorme sfida per la comunità nazionale*, *Impresa cultura*, 14^{esimo} rapporto annuale di Federculture, Roma, Gangemi Editore, 2018, pp. 287 e ss.; L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale*, in *Aedon*, 3, 2018; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali, una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 1, 2019.

² Mi si consenta il rinvio a D. DONATI, *Governare l'inafferrabile. La cultura nella disciplina normativa e nella prassi amministrativa*, in *Munus*, 2, 2017, pp. 259-323.

rati, che il diffondersi delle nuove tecnologie dell'informazione stanno avendo su da sempre luoghi pensati e quindi regolati in analogico.

Mi assumo dunque tutti i rischi e le responsabilità che discendono dal commentare - nell'imminenza della lettura e della rilettura- un testo ricchissimo che, com'è evidente, è frutto di un lavoro lungo e finemente meditato.

Diversamente le mie sono riflessioni "a caldo" sugli aspetti che più mi hanno colpito, e dei quali ho il piacere di poter discutere con la sinteticità giustamente richiesta a questi commenti.

2. L'impostazione del tema.

L'assunto iniziale del lavoro di Forte è che *«partendo da una prima dimensione tangibile o comunque dotata di una peculiare capacità di percepibilità»*, il bene transitato in forma digitale *«si affranchi dalla sua "cosità" originale»*, divenendo oggetto a sé, altro dall'originale, in quanto tale degno di propria distinta regolazione.

È dunque ben chiara, fin da queste prime righe, la lontananza del lavoro in commento dall'influenza di quelle posizioni, immaginifiche ma per niente marginali³, che vedono le tecnologie dell'informazione, e tra queste specialmente la Rete, come fondative di una dimensione altra, alla quale la scienza giuridica non sa rivolgersi per l'afasia che coglie chi si trovi, improvvisamente, spogliato degli strumenti e delle categorie con cui ha da sempre operato. Né manca chi, procedendo in questa direzione, si spinga ad affermare l'assoluta assenza di "giurisdizione" di sistemi normativi legittimati altrove, nel mondo materiale, e quindi irrilevanti in uno spazio virtuale e non statuale⁴.

Nel saggio in commento, pur riconoscendo al digitale la dignità di entità ulteriore, dai tratti inediti, si intendono inquadrare le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie partendo dagli istituti giuridici tradizionali, col duplice risultato di una migliore cognizione delle prime e di un rinnovamento dei secondi. Infatti, nonostante la natura necessariamente prognostica di molte considera-

³ Per una panoramica generale sull'argomento si rinvia al manuale di G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso di informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2016, sempre sull'argomento E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in "Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini", 2/2019; G. DE MINICO, *Internet regole e anarchia*, Napoli, Jovene Editore, 2012; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁴ Si veda in questo senso la *Declaration of Cyberspace Independence* di John Perry Barlow, del 1996. Inoltre, sempre su questo argomento si veda [A. H. MORRISON](#), *An impossible future: John Perry Barlow's 'Declaration of the Independence of Cyberspace'*, in *New Media & Society*, 2009 e V. MAYER-SCHÖNBERGER, J. CROWLEY, *Napster's Second Life? - The Regulatory Challenges of Virtual World*, KSG Faculty Research Working Paper Series, 2005.

zioni, gli esiti sono comunque innovativi, capaci di sfidare categorie che ritenevamo oramai definite.

Nell'inquadramento di Forte, la traduzione in codice binario di un bene culturale tangibile o analogico appare come azione in sé generatrice di altro dall'oggetto "sorgente". E la versione in *bit* è intesa quindi come bene a sua volta originale, non semplice veste nuova o diversa rappresentazione di una "cosa" che, per i suoi caratteri distintivi, è divenuta prima "bene culturale materiale" e poi bene culturale digitale che replica il primo. In questo senso, mi pare, sono le specifiche e inedite caratteristiche "strutturali" del nuovo bene a fargli acquistare identità propria e distinta.

Inoltre - sostiene il saggio in commento - se nell'opera di digitalizzazione da una parte si perde l'"aura"⁵, il valore che inevitabilmente reca l'unicità materiale del bene originale, dall'altra si guadagna in fruibilità, vicinanza, possibilità di studio e, forse soprattutto, si accede a possibilità espansive e a occasioni di creatività "derivata o connessa".

Per queste sue capacità e potenzialità, il nuovo bene in forma digitale merita di essere considerato anch'esso culturale.

Su quest'ultima affermazione ritengo si debba riflettere.

3. La transizione in digitale del bene culturale.

Per parte mia, sarei infatti portato a separare decisamente due momenti - digitalizzazione del bene e sua qualificazione culturale - che, almeno giuridicamente, attengono a profili e conducono a esiti diversi.

In primo luogo vi è il processo, l'azione trasformante.

Quando Forte dice che il bene (ri)creato in digitale è bene ulteriore, nuovo, riconosce giustamente a questo momento, a questa operazione, capacità creativa di un'entità immateriale nuova che, rispetto all'analogo materiale, mostra tratti inediti i quali sollecitano un regime giuridico specifico.

Intendiamo qui riferirci alla non rivalità e all'incerta, fragile, provvisoria escludibilità⁶, da cui conseguono una disponibilità "fisica" (ma non necessaria-

⁵ Quell'aura che dell'"aura" che Walter Benjamin riteneva insita nell'opera d'arte, ma che è destinata a perdersi nella riproduzione tecnica dell'originale: W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* (1936), tr. it., Torino, Donzelli, 1991.

⁶ La teoria dei beni rivali, escludibili e non si può far risalire fino a A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Roma, Newton Compton, 1995, p. 585 (in originale *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, del 1776) e alla sterminata letteratura che l'ha commentato. Per la ripartizione in beni privati, pubblici, di club e comuni è da attribuire a P. A. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n. 4, novembre 1954.

mente giuridica) potenzialmente infinita, e una altrettanto potenziale capacità di fruizione diffusa, plurale, ubiqua (tratto che fa superare la dicotomia mobile/immobile).

Su questo punto, come rileva lo stesso autore, vi sono studi oramai consolidati⁷, anche se resta fertile, e forse non del tutto esplorata, l'idea che sia «l'inevitabile intercessione della meccanica riproduttiva», il solo azionarsi di un algoritmo di conversione (alla cui base resta sempre il fare umano) a formare un bene che, per la sola alterazione «dei caratteri oggettivi del bene di base» diviene oggetto di considerazione giuridica a sé stante, nuova entità.

Non vi è quindi dubbio alcuno sul fatto che i tratti appena accennati del bene digitale, offrendo possibilità fin qui sconosciute, sollevino nuove questioni, mostrino esigenze specifiche e invochino un ripensamento di regole oramai in crisi.

Reclamano, di fatto, un “codice” proprio, propri principi, su cui vale la pena riflettere come fa puntualmente l'autore, e come occorre fare ancora.

A dire della prima esigenza che si avverte, ritengo innanzitutto che la migrazione del bene culturale debba avvenire in una forma che consenta la piena espansione ed espressione delle sue esclusive, inedite possibilità (annotando a margine che qualsiasi tentativo di porvi limite si è rivelato finora inefficace).

Inoltre, essendo il bene “materiale” che si intende trasformare un bene

In tempi più recenti si è molto discussa la teorica su questi ultimi. In Italia le radici di questi studi sono in P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977. Ma a livello internazionale lo scritto che si usa indicare come fondante è E. OSTROM, *Managing the commons*, oggi in G. HARDIN, J. BADEN (a cura di), *Managing the commons*, New York, W.H. Freeman and Company, 1977. Degli studi giuridici che hanno fatto seguito a questi primi lavori segnaliamo G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci Editore, 2012; M. RENNA, voce *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, vol. I, pp. 714-725, M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004. Su posizioni più radicali U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011, a cui si contrappongono le considerazioni improntate a una critica di radice liberale, come quelle di E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, Laterza, 2013, E. Castorina, *Beni Pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁷ Sull'argomento si veda <http://temi.repubblica.it/micromega-online/beni-comuni-e-diritti-di-proprietà-per-una-critica-della-concezione-giuridica/> oltre che M. CERQUETTI, *Dall'economia della cultura al management per il patrimonio culturale: presupposti di lavoro e ricerca (From Cultural Economics to Cultural Heritage Management: Research Assumptions)*, in *Il capitale culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage*, n. 1, 2010, pp. 23-46, G. RUOCCO, P. MONTALBANO, P.A. VALENTINO, *Beni comuni e Cultura. Nota introduttiva*, in *"Economia della Cultura, Rivista trimestrale dell'Associazione per l'Economia della Cultura"* 1/2017, pp. 3-13, L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *"Politica del diritto, Rivista trimestrale di cultura giuridica fondata e diretta da Stefano Rodotà"*, 2/2014, pp. 253-296.

culturale, mi pare utile sottolineare come la sua trasformazione richieda l'adozione di misure e accortezze particolari.

Diciamo in primo luogo che, mentre per i libri, i manoscritti e le pergamene, i disegni e dipinti, i prodotti fotografici o audiovisivi, la trasformazione in digitale non presenta particolari difficoltà, mentre molti degli oggetti conservati nei musei (o ancora i siti culturali e archeologici, gli affreschi ecc.) faticano almeno ad oggi a trovare un'esatta, appropriata versione in *bit*. Per questi ultimi, si immagina, l'attività di digitalizzazione consisterà sostanzialmente in una catalogazione e in una documentazione fotografica dettagliatissime, non potendo offrire una riproduzione della tridimensionalità, o del contesto che caratterizzano l'originale.

Questa osservazione, forse banale ma spesso omessa, ci consiglia di pensare a una disciplina differenziata in ragione della natura del bene e dell'esito possibile di ciò che, con formula sintetica e generica rubrichiamo come "digitalizzazione" e che non sempre consiste in una vera e propria (ri)creazione del bene materiale in sequenza binaria.

Nel caso in cui invece ciò avvenga, l'attenzione andrà a mia giudizio rivolta prima di tutto alla sicurezza, fedeltà, consistenza delle tecniche di digitalizzazione, le quali, per quanto consentito dalla loro evoluzione costante e dal mutare dei formati, devono garantire una complessiva affidabilità, permanenza, interoperabilità e usabilità diffusa del prodotto finale.

In questo senso muovono molte delle carte internazionali.

Si consideri su questi profili cosa prescrive la *UNESCO Charter for the Preservation of the Digital Heritage*⁸. Fin dal suo Preambolo la Carta riconosce che le risorse informative e dell'espressione creativa sono sempre più prodotte, distribuite, fruite e conservate in forma digitale. Quindi, nella dichiarata piena consapevolezza del fatto che l'accesso a queste risorse offre opportunità molto più ampie per la creazione, la comunicazione e la condivisione della conoscenza, la Carta richiama con forza l'attenzione sul rischio che il patrimonio digitale vada perduto e al contempo sollecita gli Stati ad adottare misure urgenti per garantire la sua conservazione a vantaggio delle future generazioni⁹.

Le cause di un suo deterioramento, come precisa l'art.2, sono da individuare specialmente in «*rapid obsolescence of the hardware and software which brings it to life, uncertainties about resources, responsibility and methods for maintenance and preservation*» e, per quanto riguarda specialmente il lavoro in commento (e i giuristi), «*the lack of supportive legislation*».

⁸ Adottata nella 32esima sessione della Conferenza Generale dell'UNESCO, il 17 ottobre 2003.

⁹ Traduzione e adattamento dell'autore del testo originale in inglese.

Del pari mostra segni di preoccupazione e sollecita l'impegno dei legislatori nazionali la Raccomandazione della Commissione Europea del n.711 27 ottobre 2011 su «*La digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale*» (poi rilanciata nel 2018 grazie ai progetti sull'Anno europeo della Cultura).

In essa, nel ricordare il varo di *Europeana*¹⁰ nel novembre 2008, si raccomanda agli Stati membri l'adozione un insieme di norme aggiornate sulla digitalizzazione, la messa in rete del patrimonio e la conservazione digitale¹¹.

Nello specifico è proprio alla trasformazione che la Commissione pensa quando, a seguire, sollecita lo sviluppo di materiali digitalizzati provenienti da biblioteche, archivi e musei «*al fine di garantire che l'Europa conservi la sua posizione di leader internazionale in riferimento alla cultura e ai contenuti creativi*».

A livello nazionale, con speciale attenzione al tema della fruizione circolare, aperta, condivisa, muove in senso analogo alle disposizioni internazionali il Piano Triennale per la Digitalizzazione e l'Innovazione dei Musei.

Redatto in osservanza del Piano Nazionale di Digitalizzazione dei Beni Culturali (d.m. 23 gennaio 2017) e nel quadro di quanto previsto dal Piano triennale di digitalizzazione della PA (oggi nell'edizione 2019-2021)¹² e dalle linee guida per l'interoperabilità di AgID, il Piano pone tra i suoi obiettivi «*garantire sicurezza, sia fisica che digitale*».

A tal fine prevede che i sistemi digitali del comparto culturale siano progettati e sviluppati in modo da risultare «*modulari e scalabili, cioè aperti, in grado quindi di recepire nel tempo in modo semplice ed economico gli aggiornamenti di funzionalità o di tecnologie*». Si prevede così la realizzazione di piattaforme abilitanti nazionali¹³ e l'utilizzo di servizi e moduli già realizzati, evitando il più possibile interventi duplicati o ridondanti, al fine di aumentare l'efficienza globale dell'ecosistema. Del pari ci si preoccupa della sicurezza delle infrastrutture, dei

¹⁰ *Europeana* è una biblioteca digitale europea che raccoglie contributi già digitalizzati da diverse istituzioni dei 28 paesi membri dell'Unione Europea in 30 lingue. *Europeana Collections* fornisce l'accesso a più di 50 milioni di voci, tra cui libri, film, dipinti, giornali, archivi sonori, mappe, manoscritti ed archivi. *Europeana Collection* è articolata in tematiche dedicate a arte, moda, musica, fotografia e Prima Guerra mondiale, che evidenziano gallerie, blog ed esposizioni ricchi di informazioni e spunti di riflessione.

¹¹ Sull'importanza delle tecnologie per la conservazione del patrimonio culturale si rimanda all'articolo di V. FRANCOLA, *Nuove tecnologie, conservazione e fruizione dei beni culturali*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2018.

¹² https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/piano_triennale_per_linformatica_nella_pubblica_amministrazione_2019_-_2021_allegati20190327.pdf.

¹³ Le «piattaforme semantiche» di cui bene ci dice Forte nel saggio qui in commento sono «*perseguite intenzionalmente e professionalmente, ma con apporti che potranno essere numerosissimi e dispersati*».

servizi e della rete dei musei, e della riservatezza dei dati personali, *«vincolata al rispetto delle normative previste dal GDPR che salvaguardano i dati degli utenti da usi impropri e non autorizzati»*.

4. L'esigenza di qualificazione culturale del bene digitalizzato.

A questo primo momento “costitutivo”, che prende in considerazione la trasformazione del bene culturale analogico e le caratteristiche strutturali acquisite dal bene trasformato, ed è quindi incentrato sui suoi profili tecnici, deve far seguito un altro momento, più propriamente “valutativo”, di apprezzamento del valore culturale del risultato.

In altre parole, come avviene per i beni materiali e immateriali, a mio parere anche per il bene digitalizzato si pone l'esigenza di un riconoscimento in tal senso, perché la qualificazione culturale del bene materiale originale, che pur ha suggerito alcune delle prescrizioni sopra ricordate, non mi pare possa migrare assieme ai contenuti formali, alle forme dello stesso.

Non tutti i beni culturali trasformati in digitale, pur se pubblici e in forma analoga all'originale, meritano questa qualificazione, prova ne sia la permanenza - ben avvertita nel saggio in commento - del rischio di mera *«replica»* di beni materiali.

Il riconoscimento di un bene come bene culturale discende infatti da sue qualità peculiari che, se rispondenti a criteri predefiniti, vi conferiscono quel valore specialissimo che è appunto il valore culturale. Ed è in ragione di questo valore, e non della sua forma o dei suoi caratteri strutturali che si attribuisce al bene uno *status* che reca prerogative specifiche richiamandosi ad altrettanto specifici interessi, funzioni e problemi.

Diversamente, nell'ipotesi che qui si discute, si conferirebbe al procedimento di digitalizzazione la duplice capacità di realizzare il mutamento della condizione fisico-strutturale del “bene-matrice” e, allo stesso tempo, di attribuire (o, se si preferisce, confermare) al “bene-risultato” una qualificazione che le cose (e non-cose) del mondo analogico devono conquistare altrimenti. E si verrebbero ad assumere le possibilità proprie del bene digitalizzato come criterio qualificante la “culturalità”, il che appare francamente eccessivo, visto che le stesse qualità possono ritrovarsi in qualsiasi prodotto digitale.

Se dunque qualificazione deve esserci, si deve avvertire come il ritorno all'antico, con l'adozione pedissequa del procedimento di riconoscimento e dei criteri di cui al Codice dei Beni culturali, sia tentazione forte. Eppure, come dimostra il saggio qui in commento, se è pur giusta un'analisi che tenga conto

delle scelte e degli esiti di regolazione fin qui conseguiti, proprio in ragione delle proprietà strutturali determinatesi con la trasformazione, è fortemente sconsigliata¹⁴ ogni applicazione acritica di quelle disposizioni.

5. Il digitale come forma del bene culturale.

Muovendo quindi a considerare la qualificazione dei beni culturali digitalizzati in forma specifica, è utile incominciare ricordando che, nella (pur discussa¹⁵) classificazione di ciò che compone il patrimonio culturale, la forma digitale sia stata da tempo riconosciuta come possibile terza categoria, oltre al materiale e all'immateriale.

Vi dà pieno riconoscimento, fin dal 2003, la già ricordata *UNESCO Charter for the Preservation of the Digital Heritage* la quale, nel riconoscere la duplice condizione dei beni trasformati od originati in digitale¹⁶, delinea un campo "largo" di applicazione della nuova forma d'espressione in «*cultural, educational, scientific and administrative resources, as well as technical, legal, medical and other kinds of information*»¹⁷.

Come si vede, in modo forse non tassativo, ma comunque significativo, la Carta dell'UNESCO individua una serie di ambiti, di discipline di riferimento, richiedendo che si tratti o genericamente di "risorse" o, più restrittivamente (e in ambiti più tecnici), di vere e proprie "informazioni" per poi specificare che il materiale digitale considerato come possibile patrimonio culturale potrà includere «*texts, databases, still and moving images, audio, graphics, software and web pages*», redatti in ampio spettro di formati costantemente in evoluzione.

L'Unione Europea, nella Raccomandazione del 2011, muove in modo sensibilmente divergente laddove si afferma che il patrimonio culturale digitale «*comprende materiali a stampa (libri, riviste, giornali), fotografie, oggetti museali, documenti d'archivio, materiali sonori e audiovisivi, monumenti e siti archeologici*».

¹⁴ Sull'argomento si veda L. CASINI, G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. Caia (a cura di), *Il Testo unico sui beni culturali ambientali* (d.lgs. 29 ottobre, 1999, n. 490). *Analisi sistematica e lezioni*, Milano, Giuffrè, 2000; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, fasc. 1, 2014.

¹⁵ F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2016, nel testo l'autore nota come i numerosi tentativi per andare a definire cosa sia a tutti gli effetti un bene culturale non hanno mai raggiunto l'obiettivo, fermandosi sempre soltanto ad individuare quali essi siano.

¹⁶ ...per i quali, significativamente, ai sensi dell'art. 1 della Carta, non vi è altra forma se non il digitale stesso

¹⁷ Y. DONDEERS, *Do cultural diversity and human rights make a good match? Cultural diversity and human rights*, in *International Social Sciences Journal*, 2010.

Qui il richiamo è rivolto esclusivamente ai beni oggetto di trasformazione, non essendovi menzione dei beni nativi digitali, delle elaborazioni, dei programmi e delle applicazioni. Viene da pensare che l'attenzione europea sia tutta incentrata sul patrimonio "tradizionale" esistente e sulla sua traduzione in forma nuova. Il che in qualche modo è anche comprensibile pur se, negando dignità culturale ai beni *digitally born*, reca argomenti all'idea - che qui si rifiuta - di una coincidenza tra patrimonio materiale e digitale.

Il riconoscimento della forma digitale del patrimonio culturale da parte dei più importanti documenti internazionali in materia merita però qualche riflessione in più.

Rivela, anzi conferma, l'atteggiamento necessariamente aperto (e giustamente passivo) che l'ordinamento giuridico mantiene nei confronti del "culturale", in ragione di norme che seguono e assecondano il concetto e le sue concretizzazioni come un *unbestimmter Rechtsbegriff*¹⁸ specialissimo perché privo di qualsiasi stabilità o determinatezza. Per questo accoglie, anzi quasi invita la forma digitale tra quelle possibili per l'ambito alla nostra attenzione, accettando le implicazioni, ancora oggi in gran parte inesplorate, di una tecnologia che invece, in molte altre applicazioni, è tenuta in (comprensibile) sospetto.

Non si deve però dimenticare che, nei fatti, mentre il rinvio a elementi definiti in "altre stanze", da altre discipline, solitamente conferisce al 'normativo' una certa precisione e una significativa capacità di adattamento, in questo caso - come si accennava in premessa - l'ostinata, voluta e cosciente inafferrabilità dell'idea di 'cultura' e il contestuale rapidissimo modificarsi delle forme in *bit* rendano impervia l'interpretazione della dottrina e la scelta dei regolatori che, in molti casi, non possono che limitarsi alla redazione di norme meramente ricognitive dell'esistente.

Per parte sua, anche l'idea di immaginare il digitale come alternativa ai beni tangibili e intangibili, viste le sue caratteristiche strutturali e ciò che da esse consegue, non è priva di implicazioni.

Di alcuni di questi caratteri (non rivalità, incerta esclusività, ubiquità) si è già accennato.

¹⁸ Sull'indeterminatezza dei concetti giuridici avevo già detto in un precedente scritto, ricordato in nota 2. Dell'ampia letteratura si veda tra gli altri: M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione: contenuti e limiti*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 116 ss.; H. EHMKE, *Discrezionalità e concetto giuridico indeterminato nel diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 2005; W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitsverwagung: zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und Verfügungen: eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1913; L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus*, 1999, pp. 25 ss.

Si consideri adesso la natura “anfibia” del bene culturale digitale che, se pur si offre alla nostra fruizione in forma che *tangere non possumus*, immateriale quindi, grazie all’illusione del suo esistere in uno spazio altro, etereo, quasi effimero, fa dimenticare quell’aspetto di materialità che pure si ritrova negli *hard disk*, nei *server* e in tutti quei componenti magnetici e non magnetici che ospitano materialmente le sequenze di 0 e di 1 in cui il bene è redatto.

A ben vedere, è proprio ai “supporti” materiali e alla loro conservazione che si rivolgono gran parte delle preoccupazioni nei documenti nazionali e internazionali, con la conseguenza di un ricorrente e pur finora inascoltato richiamo alla definizione di *standard* comuni, “certificati” e sicuri per la conservazione del patrimonio digitale o digitalizzato, tra le funzioni di tutela.

Come sottolinea la Raccomandazione 711/2011 UE, in diversi Stati membri (Italia compresa) non esiste ancora una politica chiara e tantomeno globale a riguardo, e ciò «*costituisce una minaccia per la sopravvivenza dei materiali digitalizzati e potrebbe provocare la perdita dei materiali originariamente prodotti in formato digitale*», con implicazioni rilevanti che non riguardano solo le istituzioni culturali pubbliche, ma anche le organizzazioni private.

6. Tipicità e pluralità dei beni culturali digitali.

Se dunque vi è esigenza di valutazione dell’opera digitale sotto il profilo della potenziale “culturalità” (e ciò vale in egual modo i beni nativi digitali e quelli frutto di trasformazione) il solo inserimento nelle liste che abbiamo ricordato al punto precedente pare insufficiente. Quelle elencazioni vanno infatti considerate (al pari di quelle di cui all’art. 10 del Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) come categorie generali del patrimonio digitale potenziale. Se ci fermassimo a queste, così ampie, sommarie e redatte in base alle tipologie dei beni analogici, ci troveremmo sostanzialmente a negare che siano qualità specifiche di ciascun bene a farne un bene culturale.

Né mi pare (e qui mi discosto dall’autore del saggio in commento) possano bastare la rinnovata «*possibilità di accesso*» o l’offerta di un’inedita «*vicinanza*» all’opera a restituire al “bene risultato” il valore di testimonianza che si è perso nella traduzione in digitale del “bene-matrice”, e a escludere che ci si trovi di fronte a una sua mera replica in *bit*.

Se fossero sufficienti una fruibilità aumentata, personalizzata, individuale non vedo perché non avremmo dovuto riconoscere il medesimo valore a una qualsiasi copia industriale su pellicola, vinile, carta, da cui il bene in digitale si distingue soltanto per l’infinita replicabilità (quasi) gratuita e l’estrema fedeltà,

elementi ancora una volta “esterni”, propri delle sue specificità tecniche.

Il valore culturale, del tutto astratto, si ritiene debba invece riguardare i contenuti, la sostanza, le peculiarità, o l'interesse che il bene presenta come «*testimonianza avente valore di civiltà*».

A tal fine si immagina (questo sì, in parallelo a ciò che avviene nel nostro Codice) che i diversi ordinamenti debbano mettere a punto dei canoni specifici per operare detto riconoscimento, e quindi procedere all'assoggettamento al relativo regime giuridico dei beni riconosciuti come positivamente culturali, secondo le indicazioni puntuali fornite da Forte nei paragrafi 8 e seguenti.

Ora, se occorre disporre di elementi oggettivi qualificanti o di parametri utili per l'“individuazione”, determinati direttamente o indirettamente dal legislatore, si arriva di fatto ad affermare che anche per i beni culturali digitali ricorre il carattere della “tipicità”, che definisce, e definendo limita, l'insieme dei beni culturali digitali.

Ne fa entità circoscritte, nominate e qualificate, con conseguenze ben precise sul loro regime. Ovviamente, come per il patrimonio tradizionale, anche in questo caso, è da rilevare (e comunque da consigliare) una tipicità “bassa”, e cioè un regime flessibile che se da una parte fissa in legge criteri largamente interpretabili, redatti in forma sommaria, dall'altra rimette agli organi amministrativi un'ampia potestà tecnica discrezionale.

Inoltre, vista l'impossibilità di omologare le forme in cui la nuova tecnologia può esprimersi e la straordinaria varietà di prodotti innovativi a cui può dare vita, si immagina che la nozione dei beni culturali digitali presenti anche il carattere della “pluralità”¹⁹, non potendo configurarsi una nozione unificante o unitaria degli stessi, o ipotizzare che vi sia una sola categoria che accede a tale qualificazione. Il che si traduce in una “pluralità necessaria” dei criteri da adottare per conseguire il medesimo risultato.

Ne consegue, ancora una volta analogamente a ciò che avviene nella dimensione non-digitale, che a fronte di beni diversi, privi di una connotazione comune concreta se non la loro forma, è solo il regime amministrativo della tutela a essere elemento unificante, mentre nelle regole sulla fruizione, la valorizzazione e la gestione torna la differenziazione per tipologia, o specificità del bene nella sua individualità.

Un insieme chiuso, e un'unica via d'accesso dunque per categorie e fattispecie diverse che però, a differenza dei beni materiali, recano il tratto (già ri-

¹⁹ Si rinvia, per tutti, a M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, p. 62 ss.

cordato) dell'ubiquità, che consiglia l'adozione di criteri comuni, a livello sovra-statale o, meglio, internazionale.

Questa la ragione dell'attenzione, ripetuta più volte qui e nel saggio di Forte, a quelle fonti.

Se quindi torniamo all'art.1 della *UNESCO Charter for the Preservation of the Digital Heritage*, di fatto troviamo qualche indicazione utile.

In essa si afferma infatti che il patrimonio digitale consiste in «*unique resources of human knowledge and expression*», ove l'«unicità» sembra essere assunta come standard significativo «di base» a cui deve rispondere il bene digitalizzato per la sua qualificazione culturale.

Inoltre, prosegue la norma, molte di queste risorse hanno «*lasting value and significance*», venendo a costituire un patrimonio che dev'essere protetto preservato «*for current and future generations*» anche in ragione della loro natura effimera.

Infine, come ultima indicazione, la disposizione specifica che i beni digitali possono esistere «*in any language, in any part of the world, and in any area of human knowledge or expression*»²⁰.

Come si vede, la disposizione mette in campo canoni di apprezzamento precisi, anche se non puntuali, che per le autorità amministrativa possono rappresentare criteri riconoscibili, interpretabili e applicabili.

E sono comunque ulteriori rispetto alla sola forma digitale di un bene.

7. L'interferenza del diritto d'autore.

Un'ultima serie di osservazioni riguarda la possibile applicazione, in casi determinati, delle norme poste a tutela delle opere di ingegno.

Tra gli elementi che Forte ricorda come qualificanti il bene digitale come bene culturale, oltre all'aumentata vicinanza o alla maggiore fruibilità di cui abbiamo detto al precedente punto 4, trovo molto convincente il richiamo all'«*aggiunta di iscrizioni*» che dal contenuto originale prendono ispirazione e che, se ben realizzate, restituiscono «la autorevolezza, la distinzione, la preziosità» perdute nel distaccarsi dal bene materiale.

Si tratta di elementi accessori o aggiuntivi che arricchiscono e cambiano l'apprezzamento del bene originale, ne scompongono la struttura, ne ampliano la conoscenza.

In buona sostanza lo alterano.

Si è, in tal modo, davanti a un bene diverso da quello materiale che pur

²⁰ Il testo ha parti che sono frutto della traduzione dell'autore.

resta il presupposto e la ragione del bene digitale “iscritto”.

Se continuassimo a ragionare nel solco della disciplina sui beni culturali, dovremo osservare come neanche questa alterazione esonererebbe dal vaglio di culturalità che persino i beni *born digital* richiedono, e che in questo caso dovrà andare a verificare innanzitutto se il risultato ottenuto sia sufficientemente innovativo da potersi affermare di trovarsi di fronte a un bene “nuovo”, grazie a elementi che aggiungano davvero valore, considerazione e suggestione all’originale, che abbiano la «capacità di veicolare conoscenza».

Ma se l’alterazione del “bene-risultato” è significativa, e quindi si è davvero davanti a bene nuovo, originale a sua volta, la mia impressione è che il medesimo bene debba essere sottoposto, appunto, alla disciplina del diritto d’autore.

Si noti, a questo riguardo, come oggetto della tutela sia la forma espressiva dell’opera, «esterna» percepibile e «interna» o strutturale, non l’idea o il contenuto della stessa.

E come si richieda all’opera di ingegno di essere “in sé” originale, ma a fronte di una giurisprudenza particolarmente “generosa” e comprensiva la quale, più che valutare l’impronta personale e soggettiva, lo «sforzo» dell’autore, si è andata concentrando sull’elemento oggettivo della creatività, accontentandosi di un grado di originalità piuttosto basso.

Se così fosse, se il bene frutto di digitalizzazione fosse effettivamente ritenuto opera dell’ingegno ai sensi della l. 633/ 1941, si dovrebbe dunque sospendere ogni sua considerazione come bene culturale, almeno nei termini dettati da una parte alla Sezione III («Durata dei diritti di utilizzazione economica dell’opera») dalla stessa legge 633/1941 e, dall’altra, dall’art. 10, comma 5 del Codice dei Beni Culturali.

Più incerta è invece l’applicazione delle eccezioni di cui alla medesima l.633, previste per bilanciare le esigenze di tutela dell’autore con la salvaguardia di altri diritti costituzionalmente rilevanti, e che possono conferire piena libertà per l’uso personale in casa, o a scuola, in convitto e luogo di cura. O, ancora, delle limitazioni del caso.

Eccezioni e limitazioni al diritto d’autore sono infatti considerate, unanimemente, come prescrizioni tassative, per le quali è ben chiaro il divieto di interpretazione analogica. Si tratta dunque di valutare se e in che forma le stesse possano essere legittimamente “estese” anche al caso qui in esame²¹.

²¹ M. T SUNDARA RAJA, *Moral Rights in the Digital Age: New Possibilities for the Democratization of Culture*, in [International Review of Law, Computers & Technology](#), Vol. 16, 2002; G. DI LETO, *The price of everything and the value of Nothing International Trade Law and Creative Expression in the*

In alternativa, ma seguendo la medesima linea di analisi, potrebbe ragionarsi nel caso in questione anche della applicazione della disciplina dei diritti connessi.

E ciò non tanto per il prevalere della considerazione dell'attività di digitalizzazione come attività industriale o imprenditoriale o, ancora, come attività artistica in senso lato, perché in tutti questi casi dovrebbero manifestarsi in relazione a opere d'ingegno, e non a beni culturali.

La disciplina sui diritti connessi verrebbe piuttosto a essere rilevante nel caso in cui, come per le edizioni critiche, si considerasse il bene culturale digitalizzato come creazione intellettuale originale meritevole di tutela ma abbastanza originale per godere del pieno diritto d'autore.

ENRICO ZAMPETTI

Ricercatore di tipo B presso l'Università di Siena

enzampetti@gmail.com

**RIFLESSIONI IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ E
ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI DIRITTO PRIVATO E
PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE**

**REFLECTIONS ON SUBJECTIVITY AND ADMINISTRATIVE
ACTIVITY OF PRIVATE LAW AND PRINCIPLE OF “HORIZONTAL”
SUBSIDIARITY**

SINTESI

Il contributo si propone di esaminare gli ambiti nei quali l'azione amministrativa è interessata dal diritto privato, con particolare riferimento all'attività amministrativa di diritto privato, all'esercizio di pubbliche funzioni da parte di soggetti privati e alle attività d'interesse generale svolte da privati in applicazione del principio di sussidiarietà. Più esattamente, l'articolo sottolinea come l'applicazione del diritto privato debba necessariamente confrontarsi con il nucleo essenziale dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, al quale l'attività amministrativa resta comunque assoggettata in ragione del vincolo funzionale. Ciò segna l'urgenza di nuovi inquadramenti teorici che, al di là della rigida contrapposizione diritto pubblico e diritto privato, possano dare adeguatamente conto della complessità e varietà di un fenomeno amministrativo caratterizzato dagli aspetti funzionali dell'azione.

ABSTRACT

The paper aims to examine the areas in which administrative procedure is affected by private law, with particular reference to the administrative activity of private law, to the exercise of public functions by private subjects and to activities of general interest carried out by private individuals in application of the principle of subsidiarity. More precisely, the paper underlines how the application of private law must necessarily be compared with the essential core of the constitutional principles of impartiality and good progress, to which the administrative activity is subjected anyway due to the functional constraint. This marks the urgency of new theoretical frameworks which, beyond the rigid opposition of public law and private law, can adequately take into account the complexity and variety of an administrative phenomenon that is characterized by the functional aspects of the action.

PAROLE CHIAVE: attività amministrativa – diritto privato – principio di sussidiarietà – soggettività privata – vincolo funzionale.

KEYWORDS: administrative activity – private law – principle of subsidiarity – private subjectivity functional aspect.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Attività amministrativa e diritto privato. – 3. Attività amministrativa esercitata da soggetti privati. – 4. Attività d'interesse generale e principio di sussidiarietà orizzontale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

È noto che il ricorso alle forme del diritto privato caratterizzi ormai diversi ambiti dell'attività amministrativa. Un primo ambito è quello dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, nelle sue varie e diverse declinazioni. Un secondo è rappresentato dallo svolgimento di attività amministrative da parte di soggetti privati, secondo il modello tradizionale dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. Un terzo è segnato dall'operatività del principio di sussidiarietà orizzontale, che vede soggetti privati svolgere attività d'interesse generale variamente intese. In tutti questi ambiti, l'impiego del diritto privato si giustifica per il carattere non autoritativo dell'attività o per la natura del soggetto agente. Non è, tuttavia, escluso che, talvolta, il diritto privato possa sostituire il diritto pubblico anche nelle funzioni amministrative autoritative, quando ciò sia previsto dalla legge e si riveli funzionale al perseguimento dell'interesse generale.

Senonché, proprio i tre ambiti delineati evidenziano come l'applicazione del diritto privato debba necessariamente confrontarsi con il nucleo essenziale dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, al quale l'attività amministrativa resta pur sempre assoggettata in ragione del vincolo funzionale che la contraddistingue. Si potrà obiettare che si tratta di considerazione ormai scontata sulla quale non è necessario indugiare. Così, però, non è per varie ragioni. Anzitutto perché, anche di recente, vengono offerte ricostruzioni volte a preservare, all'interno dell'ordinamento amministrativo, “*il senso stesso della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*”¹, o comunque a valorizzare l'applicazione all'attività amministrativa dei principi di diritto comune². In secondo luogo, perché la questione generale del regime giuridico dell'azione amministrativa deve ancora compiutamente misurarsi con le attività d'interesse generale espletate in applicazione del principio di sussidiarietà. In terzo luogo, perché si avverte l'urgenza di nuovi inquadramenti teorici che, al di là della ri-

¹ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016.

² L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018.

gida contrapposizione diritto pubblico e diritto privato, diano adeguatamente conto della complessità e varietà di un fenomeno amministrativo pur sempre caratterizzato dagli aspetti funzionali dell'azione. Queste ragioni sembrano, dunque, sufficienti per giustificare un'ulteriore riflessione sul tema, a partire dai tre ambiti indicati che, ciascuno nella sua specificità, destano tuttora i maggiori e controversi aspetti di criticità.

2. Attività amministrativa e diritto privato.

Che l'attività amministrativa possa esplicarsi attraverso il diritto privato è attualmente codificato nella legge generale sul procedimento amministrativo, la quale, all'articolo 1, co. 1 *bis*, dispone espressamente che “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”. Sull'esatta portata della previsione si è già più volte, e ripetutamente, confrontata la dottrina e non è certo questa la sede per esaminare compiutamente gli aspetti di perplessità rivelati dalla norma³.

È, però, utile svolgere alcune osservazioni per coglierne l'impatto sulla disciplina generale dell'azione amministrativa.

Una prima considerazione è che il co. 1 *bis* abbia una scarsa portata innovativa, dal momento che, anche in sua assenza, non sarebbe dubitabile che le amministrazioni pubbliche siano dotate di una capacità d'agire di diritto comu-

³ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, 95 ss.; M. GOLA, *L'applicazione delle norme del diritto privato*, in *Il codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 209 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, 108 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit.; F. FRANCARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle recenti modifiche ed integrazioni recate dalla legge n. 15/2005 alla l. n. 241/1990)*, in *Giustamm.it*, 1/2015; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2005, 481 ss.; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Jovene, Napoli, 2006, 69 ss.; con riferimento al tema prima della legge n. 15 del 2015, si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649 ss.; ID., *sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.; ID., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997; F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2000, 75 ss.; per la dottrina più risalente, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, Cedam, 1938; per l'inquadramento storico, B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.

ne che consenta loro di utilizzare i moduli privatistici nell'esercizio delle rispettive attività⁴. Altrettanto indubbio è che l'attività amministrativa secondo il diritto privato sia anch'essa, al pari di quella autoritativa, vincolata al perseguimento degli interessi pubblici previsti dalla legge e che, nell'esercizio di tale attività, l'amministrazione sia chiamata a rispettare, nelle diverse declinazioni che possano assumere, i principi generali di buon andamento e imparzialità sanciti a livello costituzionale⁵. Ciò è confermato dal primo comma dell'articolo 1, secondo il quale *“l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”*, laddove per *“attività amministrativa”* deve intendersi sia l'attività autoritativa, sia l'attività che si concretizza nell'espletamento di un servizio pubblico, sia l'attività c.d. *iure privatorum*, quantomeno quella tradizionalmente definita come attività amministrativa di diritto privato⁶. In questa prospettiva, il co. 1 *bis* avrebbe soltanto ribadito che l'attività volta al perseguimento dell'interesse pubblico può svolgersi anche nelle forme del diritto privato, nei limiti in cui la legge non preveda che una determinata attività debba essere esercitata autoritativamente. Verrebbe così san-

⁴ F. FRANCIARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle recenti modifiche ed integrazioni recate dalla legge n. 15/2005 alla L. n. 241/1990, cit., secondo cui il co. 1-bis potrebbe volere soltanto chiarire che «l'amministrazione gode della generale capacità di diritto privato riconosciuta alle persone giuridiche, e non richiede l'attribuzione di un potere nominativo per poter agire iure privatorum (cosa che si escludeva nei primi del secolo scorso); fermo restando che, tanto se agisca iure privatorum, quanto se agisca iure imperii, l'azione rimane sempre “amministrativa”, finalizzata cioè alla cura concreta dell'interesse pubblico»*.

⁵ Si veda, in particolare, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., 649 ss., che si occupa di verificare l'adattabilità al diritto amministrativo della teoria istituzionale del diritto, con particolare riferimento all'opera di Salvatore Romano e all'elaborazione della categoria dell'atto esecutivo. Più precisamente, nel rilevare l'operatività del principio di legalità, l'A. evidenzia che, a fronte della legge che predetermina l'agire della pubblica amministrazione, «gli atti della pubblica amministrazione, anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi, cioè atti normativi, bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi, con le caratteristiche e le problematiche proprie degli atti amministrativi». Da qui, l'A. sottolinea l'inutilità di un'eventuale norma che preveda l'applicazione generale del diritto privato per gli atti non autoritativi, rilevando che «se rimane il principio di legalità (e la legge generale sul procedimento amministrativo pare che sia stata scritta apposta) l'atto, ancorché non autoritativo, di diritto privato di una pubblica amministrazione non può che essere un atto esecutivo, il quale, ancorché di diritto privato, essendo esecutivo, è del tutto simile ad un tradizionale atto amministrativo. Forse ci sarà qualche cambiamento solo nella modulistica...».

⁶ Si veda, per questa classificazione, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 489, nonché C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 57 ss.

cita, sul piano generale, la riduzione del conflitto autorità – libertà progressivamente emersa nella concreta esperienza storica, sociale e giuridica, già ben colta dalle teoriche sull'amministrazione "paritaria" e, in qualche misura, dalle concezioni oggettive del potere amministrativo (su questi aspetti si tornerà più avanti)⁷.

Resterebbe il problema d'individuare esattamente cosa debba intendersi per atto non autoritativo, dal momento che il co. 1 *bis* circoscrive l'utilizzabilità del diritto privato all'adozione di "atti non autoritativi". La questione non è di agevole soluzione poiché resta ancora perplesso il concetto stesso di autoritatività, ora intesa come esercizio di potere amministrativo, ora come unilateralità, ora come esercizio di potere discrezionale⁸. Ad ogni modo, significative indicazioni possono trarsi dalla legislazione positiva, nella misura in cui determinati atti sono assoggettati al regime del diritto privato o del diritto pubblico, anche a prescindere dalla loro naturale appartenenza all'uno o all'altro dei due rami del diritto⁹.

Rimarrebbe aperta anche la questione della sostituzione dell'attività autoritativa con l'attività di diritto privato¹⁰, ma, anche in tal caso, la soluzione si può in parte desumere dal diritto positivo, laddove sia prevista la possibilità di utilizzare alternativamente il modulo pubblicistico e il modulo privatistico¹¹. Non sembra che in tal senso sia di particolare ausilio l'articolo 11 della legge n.

⁷ Il riferimento è, in particolare, agli studi di F. BENEVENUTI sull'amministrazione "paritaria", *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. di Scienza dell'amm.*, 1978, 6 ss.; ID., *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994.

⁸ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, cit., 97, il quale sottolinea che l'ambito di applicazione della norma potrebbe riguardare «quella zona grigia rappresentata dai provvedimenti favorevoli (concessioni, sovvenzioni, ecc.), dagli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990, dai bandi di gara, dai bandi di concorso, dagli atti di esclusione da una gara o da un concorso, dai provvedimenti di conferimento dell'incarico dirigenziale, dalle certificazioni e dichiarazioni di scienza, dai contratti relativi a rapporti di godimento e di suo di beni demaniali al di fuori della loro specifica destinazione (quali esercizi commerciali, ristorazione, ecc.) nella quale l'inclusione nell'una o nell'altra delle categorie dipende dalla concezione di autoritarietà che si sposi»; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, cit., 125 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., 485.

⁹ Si pensi, ad esempio, agli atti delle procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti pubblici che, sebbene privi di carattere autoritativo, sono sottoposti alla disciplina sull'evidenza pubblica; viceversa, gli atti di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, tradizionalmente attratti nell'orbita del diritto pubblico, sono stati successivamente "privatizzati", come attualmente confermato dal d.lgs. n. 165 del 2001.

¹⁰ Sulla quale, si veda per tutti A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 455 ss.

¹¹ Si veda, ad esempio, l'articolo 20, co. 9, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 che prevede la cessione volontaria del bene in luogo del provvedimento espropriativo.

241 del 1990 in materia di accordi “integrativi o sostitutivi del provvedimento”, che, pur nella sua attuale portata di norma generale, riguarderebbe comunque una modalità di esercizio del potere attratta nel diritto pubblico, quantomeno in relazione alla scelta a monte di addivenire alla stipula dell’accordo¹². Va da sé che, in assenza di un’autorizzazione legislativa a utilizzare alternativamente il diritto privato, la questione dovrebbe misurarsi con il principio di legalità e tipicità degli atti amministrativi, involgendo aspetti di ben più alta complessità e portata.

Una seconda considerazione riguarda gli effettivi spazi applicativi del diritto privato in relazione ad un’attività funzionalizzata al perseguimento d’interessi generali. In taluni casi è la legge a risolvere il problema quando conforma in senso pubblicistico attività di per sé non autoritative, che restano così sottratte alla piena applicazione del diritto privato. Si pensi, solo per alcuni esempi, alla disciplina sulla formazione della volontà negoziale nell’ambito dei contratti pubblici, ad alcuni poteri unilaterali riconosciuti all’amministrazione nella fase di esecuzione del contratto o degli accordi ex articolo 11 l. n. 241 del 1990, o ancora, con riferimento a discipline più attuali, alle previsioni del d.lgs. n. 175 del 2016, Testo unico sulle società pubbliche, che pongono specifici limiti alla capacità d’agire dell’amministrazione¹³. Nei casi in cui la legge non disponga in tal senso, il vincolo funzionale rende l’attività *iure privatorum* comunque soggetta ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità¹⁴, nelle rispettive e diversificate declinazioni, imponendo all’amministrazione il perseguimento di scelte trasparenti, conoscibili, adeguatamente ponderate nella considerazione dei fatti e degli interessi in gioco, efficienti ed economiche rispetto al risultato da conseguire. Non è del resto un caso che, proprio al fine di garan-

¹² V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 130, il quale evidenzia che «il modulo negoziale nell’azione amministrativa resta differenziato dall’accordo di diritto pubblico, e salve le deroghe poste dalla normazione pubblicistica, resta nell’ambito del diritto comune»; si veda al riguardo anche Corte cost., 6 luglio 2004 n. 204, in www.cortecostituzionale.it.

¹³ Si consideri l’articolo 4, co.1, del d.lgs. n. 175 del 2016, secondo cui «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società» e il successivo co. 2 che ammette la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni esclusivamente per lo svolgimento di determinate attività puntualmente previste dalla stessa norma. Per approfondimenti sulle previsioni di cui al d.lgs. n. 175 del 2016, G. MORBIDELLI, a cura di, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018; F. CERIONI, a cura di, *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, Giuffrè, 2017.

¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 130.

tire l'attuazione e il rispetto di tali principi, le attività amministrative che possono ritenersi non autoritative vengano variamente assoggettate a meccanismi di pianificazione, controllo e vigilanza che contribuiscono ulteriormente a differenziare l'attività amministrativa in questione dalle dinamiche proprie dell'autonomia privata¹⁵.

È così che, nella più recente voce *Attività amministrativa* dell'Enciclopedia del Diritto, può trovarsi chiaramente affermato che «*si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale, e solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti)*», con la precisazione che «*l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimento) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)*»¹⁶. In altri termini, se l'applicazione del diritto privato può dar luogo ad un diverso regime giuridico dell'atto, resta impregiudicata la soggezione dell'attività a “quello statuto unitario” che vede il suo nucleo essenziale nei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità. Il che significa che, anche quando è svolta secondo il diritto privato, l'attività amministrativa non può mai essere declinata alla stregua dell'autonomia privata propriamente intesa, in ragione del suo necessario confrontarsi con un vincolo funzionale che, giuridicamente, si riflette nel principio di legalità anche nella più ampia accezione della legalità indirizzato.

3. Attività amministrativa esercitata da soggetti privati.

L'altro ambito da considerare è quello relativo all’“esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici”¹⁷. Come noto, anch'esso trova attualmente una codificazione generale nell'articolo 1, co. 1 *ter* della legge n. 241 del 1990, se-

¹⁵ G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., 484, il quale, nel rilevare le prospettive volte alla conciliazione tra diritto privato e regime funzionale dell'attività amministrativa, sottolinea che una di tali prospettive “confida, da un lato, nella costruzione di sistemi alternativi di regolazione e vigilanza nei vari campi dell'agire amministrativo e, dall'altro, nell'efficacia delle tecniche generali di funzionalizzazione dell'attività complessivamente intesa: la pianificazione strategica, i controlli di gestione e di risultato, i vincoli economici e finanziari”.

¹⁶ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 93; per la più risalente voce attività amministrativa, M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss.

¹⁷ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Società Editrice Libreria, Milano, 1935, vol. 2, parte III, 235ss.; ID., *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, 87 ss.

condo cui “i soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”¹⁸.

Le ragioni che hanno determinato la progressiva rilevanza dell’esercizio di attività amministrative da parte di soggetti privati sono ben note e non vale la pena indugiare. Basti qui ribadire che sono in parte individuabili nella trasformazione ed evoluzione dei compiti dello Stato, in parte nelle privatizzazioni degli enti pubblici avvenute per motivi di contenimento della spesa, di razionalizzazione dell’organizzazione e apertura di nuovi mercati al settore privato, in parte nell’incidenza del diritto europeo e della sua concezione sostanziale di amministrazione¹⁹.

Sul piano teorico, l’idea che i privati possano svolgere funzioni pubbliche è sostenuta dalle concezioni oggettive del potere amministrativo che, come meglio sarà precisato nelle conclusioni, tendono a legittimare l’azione dei pubblici poteri (anche) in base alle peculiari modalità del suo esercizio e non soltanto in ragione della sua riferibilità al soggetto pubblico. Del resto, come è stato più volte evidenziato, un’interpretazione evolutiva della Costituzione non appare affatto incompatibile con la descritta evoluzione, potendo ormai ritenersi che “i soggetti menzionati nell’articolo 97 possano essere soggetti di natura diversa rispetto alle tradizionali organizzazioni pubbliche”²⁰.

¹⁸ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell’attività amministrativa*, cit., 103 ss.; R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in *Il Codice dell’Azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 226 ss.; in generale, sul tema dell’esercizio di attività amministrativa da parte di privati, M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1966, 685 ss.; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005; ID., *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 97 ss.; ID., *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 570 ss.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.; ID., *L’esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, 89 ss.; N. PECCHIOLE, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 611 ss.; S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l’organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell’amministrazione tradizionale*, Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012, a cura di B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 151 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 147 ss.

¹⁹ Per questi aspetti, si veda per tutti M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986; S. CASSESE, a cura di, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, terza ristampa, 2010; F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 1997, 39 ss.

²⁰ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 150; Cons. St., Sez. VI, 30 ottobre 2019 n. 3043, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui l’attuale assetto ordinamentale risulta “caratterizzato da una cre-

In questo quadro, un primo aspetto problematico riguarda l'esatta individuazione delle attività amministrative esercitabili dai privati ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter* l. n. 241 del 1990. Secondo la prevalente ricostruzione, rientrerebbero nell'ambito della previsione l'esercizio di poteri amministrativi "*destinati a concludersi con l'adozione di provvedimenti amministrativi*"²¹, le attività svolte dai privati nel rispetto delle regole di evidenza pubblica, i poteri di certazione, di certificazione e altre funzioni autoritative²². Non è del tutto pacifico se vi rientrino anche le attività di servizio pubblico, registrandosi al riguardo posizioni non perfettamente coincidenti²³. Senonchè, per essere qualificata "attività amministrativa", non è sufficiente che l'attività sia riconducibile ad una delle indicate tipologie, essendo necessario uno specifico atto dell'amministrazione che preponga il privato all'esercizio dell'attività amministrativa²⁴. Solo l'esistenza di quest'atto consentirebbe il trasferimento dei poteri amministrativi spettanti all'amministrazione, giustificandone l'esercizio da parte del privato. Come si ricorderà, proprio l'atto di preposizione è alla base della più risalente teoria dell'organo indiretto, impiegata anche dalla giurisprudenza degli anni novanta per giustificare l'esercizio del potere da parte del concessionario di opera pub-

scente complessità in cui, anche per rispondere alla corrispondente complessità dei bisogni da soddisfare, si fa spesso ricorso alla c.d. ibridazione delle forme giuridiche e si attenuano i confini tra diritto pubblico e diritto privato. Forme privatistiche vengono così utilizzate per perseguire interessi pubblicistici e, all'opposto, figure soggettive pubblicistiche vengono sempre spesso sottoposte a regimi di diritto privato".

²¹ Così, A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 570 ss; si pensi alla delega dei poteri espropriativi al concessionario di opera pubblica prevista dall'articolo 6 del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327.

²² A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 570 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 104 ss..

²³ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 579, 586 e spec. 590, il quale tende ad identificare le attività amministrative esercitate dai privati ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter*, legge n. 241 del 1990 nelle attività amministrative proceduralizzate quali espressione di potestà pubbliche: «se è ben vero che un'attività de-procedimentalizzata o de-amministrativizzata può continuare ad essere funzionalizzata, allorché debba conformarsi a direttive e indirizzi impartiti da un ente pubblico, l'attività dei privati – si tenga, tra l'altro, presente che l'assetto organizzativo dei medesimi è sottratto all'applicazione dei principi di cui all'art. 97 Cost. – che sia estrinsecazione di potestà pubbliche, non pare permeabile a quella trama di principi costituzionali e di principi generali, anche *sans texte*, che costituiscono lo statuto tipico della funzione amministrativa, laddove non sia ordinata secondo moduli proceduralizzati»; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 105, il quale riconduce al co. 1-*ter* le ipotesi di "esercizio privato di servizi pubblici", precisando che «nelle ipotesi in cui, nei vari casi citati, sia presente un titolo giuridico che renda doveroso per il soggetto conseguire risultati d'interesse generale si può parlare, quindi, di azione amministrativa svolta da enti a soggettività privata (e non di vera e propria liberalizzazione del settore)».

²⁴ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 103.

blica²⁵. In assenza dell'atto di preposizione, l'attività del privato, sia pur compiuta nell'interesse generale, non può assurgere alla qualificazione di attività amministrativa, ma resta un'attività riconducibile all'autonomia del privato con ogni conseguenza in ordine al suo trattamento giuridico.

Un secondo aspetto problematico riguarda il regime giuridico dell'attività "amministrativa" posta in essere dal privato. Attualmente la questione è risolta dal diritto positivo e, segnatamente, dalla previsione che assoggetta l'esercizio privato di pubbliche funzioni "al rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1" ossia dei "criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"²⁶. La norma sottopone l'attività alle garanzie essenziali del procedimento, senza necessariamente vincolarla al rispetto puntuale di ogni adempimento procedimentale previsto dalla legge n. 241 del 1990. Con specifico riferimento all'attività espropriativa posta in essere dal privato, la giurisprudenza ha efficacemente precisato che "non si tratta, in altri termini, di prevedere o di introdurre la procedimentalizzazione di una attività che – quali che siano gli effetti che ad essa la legge riconnette – rimane pur sempre di diritto comune; si tratta, invece, di fare in modo che quegli obiettivi di garanzia sostanziale, ed in genere quegli effetti che la legge assicura, nel caso della tradizionale attività amministrativa, attraverso una rigida e formale procedimentalizzazione, siano comunque assicurati anche quando gli effetti propri di una dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, siano, per legge, realizzati attraverso strumenti di diritto comune"²⁷.

²⁵ Cass. civ., Sez. un., 29 dicembre 1990 n. 12221, in *Giur. it.*, 1991, col. 322, con nota di F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*; per un commento alla sentenza, si veda anche E. CANNADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, 929 ss.; sul tema, G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 235 ss.; in relazione alla delega di funzioni amministrative alle Regioni prevista, è stato, come noto, delineato l'istituto dell'organizzazione impropria, su cui si veda F. BENVENUTI, *L'organizzazione impropria della Pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 968 ss.

²⁶ L'attuale formulazione del co 1-ter rafforza ulteriormente la soggezione dei soggetti privati alla disciplina procedimentale di cui alla legge n. 241 del 1990, prevedendo espressamente che il rispetto dei "criteri e dei principi di cui al comma 1" debba avvenire "con un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge".

²⁷ Cons. St., Sez. VI, 25 marzo 2004 n. 1617, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1009 ss., con nota di R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u. indifferibilità e urgenza mediante atto di diritto privato di una S.p.A.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla l. n. 241 del 1990*; la sentenza è commentata anche da N. PECCHIOLI, *La delibera di approvazione del progetto di un'opera da parte di Ferrovie S.p.A.: effetti preordinati all'esproprio e soggezione alle garanzie di partecipazione*, in *giustamm.it*, 2004; Id., *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, cit., 619. Merita sottolineare che, ai sensi dell'articolo 29 della l. n. 241 del 1990, le disposizioni della stessa legge sul procedimento si applicano integralmente alle "società con totale o prevalente capitale pubblico", sia pure "limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative"; A.

Al di là del co. 1 *ter*, esistono discipline speciali che conformano ulteriormente in senso pubblicistico l'attività dei privati. Si pensi al codice dei contratti pubblici, che, in virtù della nozione sostanziale di amministrazione di derivazione europea, include tra i suoi destinatari soggetti privati assimilabili alle pubbliche amministrazioni (emblematica, al riguardo, è la vicenda dell'organismo di diritto pubblico²⁸). Si consideri il d.lgs. n. 175 del 2016 che, con riferimento alle società pubbliche, stabilisce che il reclutamento del personale avvenga in base ai principi previsti dall'articolo 35 d.lgs. 165 del 2001²⁹, nonché prevede specifici adempimenti in ambito organizzativo e di gestione finanziaria³⁰. Si pensi ancora alla sottoposizione dei soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche ai controlli di gestione della Corte dei conti³¹, alla disciplina sul perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, applicabile anche ai soggetti privati individuati negli elenchi Istat³², alla disciplina in materia di trasparenza e anticorruzione di cui al d.lgs. n. 33 del 2013.

MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 590, secondo cui «per poter affermare che il regime dell'attività è quello tipico della funzione amministrativa, non è necessario che trovi applicazione l'intera disciplina prevista dalla l. n. 241, cit. A tal fine, infatti, deve reputarsi essenziale non la puntuale e integrale sottoposizione a determinate regole procedurali. Bensì il fatto che i privati esercenti poteri amministrativi siano tenuti ad osservare quella trama di principi che identifica lo statuto del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa».

²⁸ Si veda articolo 3, lettera d), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

²⁹ Articolo 19, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175: «le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità di cui all'art. 35, co. 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, co. 3, del decreto legislativo n. 165 del 2011».

³⁰ Si veda in particolare l'articolo 6 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 che, con riferimento alle società a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, prevede la necessaria adozione di «sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività»; sul punto si veda Corte cost., sentenza 1 agosto 2008 n. 326, in www.cortecostituzionale.it, che distingue tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici, rilevando che «l'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza». In base a questa distinzione, la sentenza ritiene costituzionalmente legittime le disposizioni di legge impugnate (d.l. n. 223 del 2006) che prevedono delle specifiche limitazioni per le società a capitale interamente pubblico o misto regionali e locali deputate alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente di riferimento (impedimento a svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati; impedimento a partecipare al altre società o ente).

³¹ Corte cost., 28 dicembre 1993 n. 466, in www.cortecostituzionale.it; M. RAMAJOLI, *Il Controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 202 ss.

³² Legge 31 dicembre 2009, n. 196.

Un ultimo aspetto riguarda l'organizzazione dei soggetti privati che esercitano attività amministrative. In estrema sintesi, si può evidenziare che l'organizzazione di tali enti, pur non dovendo assumere una forma (organizzativa) di diritto pubblico, deve rivelarsi “*quella più idonea all'esercizio delle attività conferite*”³³. L'attuale legislazione si conforma a questo principio generale recando specifiche previsioni in materia organizzativa, volte a garantire che l'attività dell'ente si svolga in maniera imparziale, trasparente, efficiente ed efficace, improntata alle regole di una sana gestione finanziaria³⁴. Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, la disciplina sugli organismi di attestazione volte ad accertare la qualificazione per i lavori pubblici e la già citata disciplina sulle società pubbliche di cui al d.lgs. n. 175 del 2016³⁵.

Pur nella loro inevitabile sinteticità, le considerazioni svolte confermano, dunque, come il vincolo funzionale impedisca di misurare l'attività “amministrativa” svolta dai privati secondo gli ordinari schemi dell'autonomia privata, ma la assoggetti, invece, ad un regime in parte assimilabile a quello delle amministrazioni propriamente intese, incentrato su di un nucleo essenziale di garanzie sostanziali, espressione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità.

³³ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, cit., 160; il concetto è chiaramente svolto in M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 85; A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 590.

³⁴ La rilevanza dell'organizzazione è riconducibile alla sua diretta influenza sull'attività, secondo i noti rilievi di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 122, secondo cui «la distinzione tra area dell'organizzazione e la parte sostanziale della sfera amministrativa non può essere pensata in modo così netto da ritenere che la prima risulti una specie di isola nell'ambiente sostanziale circostante. Organizzazione e attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello steso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini»; per la rilevanza dell'organizzazione sull'attività, G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013; L. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 43 ss.

³⁵ Con specifico riferimento alle SOA, si veda art. 84 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e, in dottrina, I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in *Persona e Amministrazione*, 1/2019, 159 ss.; con riferimento alle società a controllo pubblico, si veda, ad esempio, l'articolo 6 d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, che prevede la possibilità d'integrare gli strumenti di governo societario con: a) regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza; b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza, deputato a collaborare con l'organo di controllo statutario, riscontrando le richieste da questo provenienti e trasmettendo allo stesso organo di controllo relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; c) codici di condotta, programmi di responsabilità sociale d'impresa; si veda anche Corte cost., ord. 9 novembre 2007 n. 377, in www.cortecostituzionale.it, sull'obbligo imposto ai concessionari di indicare nelle cartelle di pagamento il responsabile del procedimento.

4. Attività d'interesse generale e principio di sussidiarietà.

Possono dirsi ragionevoli quelle posizioni che riconoscono al principio di sussidiarietà la valenza di criterio procedurale³⁶. Secondo questa impostazione³⁷, il principio di sussidiarietà generalmente inteso non individuerrebbe la competenza di una determinata attività in capo ad un determinato soggetto, sia esso privato o pubblico, ma prescriverebbe unicamente il percorso logico e giuridico da seguire per identificare quale tra i diversi soggetti sia il più idoneo a garantire l'esercizio di quella determinata attività. Se il carattere procedurale informa chiaramente la sussidiarietà c.d. verticale, a maggior ragione caratterizza la sussidiarietà orizzontale laddove, nel delineare il principio, l'articolo 118, co. 4, stabilisce che “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”. In altri termini, il privato non sarebbe titolare di un diritto a ricevere il *favor* dell'amministrazione, ma soltanto di un interesse qualificato a che l'amministrazione adotti la propria scelta secondo il criterio “procedurale” desumibile dalla norma costituzionale³⁸.

³⁶ Senza alcuna pretesa di completezza, G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, agg. XII, Rom, Treccani, 2004; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; ID., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; ID., *L'amministrazione della società e l'emersione del principio della sussidiarietà sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 219 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, II, 2005, 1752; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2909 ss.; ID., *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2/2016, 305 ss.; ID., *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2/2016, 271 ss.; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Ist. fed.*, 3/2011, 593 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss.; E. CODINI – A. FOSSATI – S. A. FREGO LUPPI, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, terza edizione, 2017; R. REALDON, a cura di, *La sussidiarietà orizzontale nel titolo V della Costituzione e la sussidiarietà generativa. Verso l'auto-organizzazione della società civile istituyente*, Padova, Cedam, 2018.

³⁷ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 14: “come si vede si tratta di non di un principio o criterio sostanziale, ma di un principio o criterio procedurale: esso non dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente”.

³⁸ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 14; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 323, il quale sottolinea come non sia possibile vantare da parte dei cittadini “un diritto soggettivo”, ma che piuttosto il principio di sussidiarietà obbliga le amministrazioni pubbliche a interpretare “la propria missione in termini più moderni, capace di mettere a fuoco risorse che spesso in termini di conoscenza, abilità ed economicità sono migliori nel rispetto sempre del disegno costituzionale”.

Il che, sia pur nell'economia del presente scritto, richiede di esaminare alcuni aspetti problematici.

Anzitutto, bisogna chiarire cosa debba intendersi con la generica locuzione attività d'interesse generale. Restando nella dimensione degli enti locali, la più sensibile al principio di sussidiarietà, sembrerebbe da escludere che le attività d'interesse generale possano coincidere con le funzioni amministrative attribuite ai Comuni a cui fa riferimento il primo comma dell'articolo 118 Cost. Ciò è senz'altro vero per le funzioni autoritative, per la semplice ragione che, come è stato chiaramente evidenziato, i privati non possono generalmente porre obblighi o divieti e, quando ciò accade, ci si colloca nel diverso ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni³⁹. Ma se si considera che, tra le funzioni di cui al primo comma dell'articolo 118, dovrebbero essere annoverate anche le attività di prestazione di un determinato servizio pubblico, l'attività d'interesse generale potrebbe senz'altro rientrare in quelle funzioni, come dimostra proprio la concreta esperienza del principio di sussidiarietà, generalmente ambientata in attività variamente riconducibili ai servizi sociali⁴⁰. In quest'ambito, l'esercizio dell'attività d'interesse generale può venire a coincidere con l'esercizio di attività amministrative ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter*, della legge n. 241 del 1990, a condizione che le funzioni di prestazione si ritengano ricomprese nel campo di applicazione della suddetta norma⁴¹. Vi sono poi altre attività che, probabilmente, non sono riconducibili a vere e proprie funzioni di prestazione qualificabili in termini di servizio pubblico, ma che possono pur sempre rivelarsi d'interesse generale. È in quest'ambito che, come è stato bene evidenziato⁴², si coglie l'elemento veramente innovativo della sussidiarietà per come disciplinata dall'articolo 118 co. 4 Cost, che viene così a collocarsi in una dimensione affatto peculiare della libertà solidale, non necessariamente riconducibile ai doveri di solidarietà evocati dall'articolo 2 della Costituzione⁴³. Ci si

³⁹ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 20, secondo cui "la sussidiarietà orizzontale non si applica alle funzioni pubbliche e cioè a quelle attività che consistono nell'imporre obblighi o divieti o nell'esentare da obblighi o divieti (naturalmente si parla di obblighi o divieti imposti naturalmente da autorità pubbliche in base a Costituzione od a leggi conformi a Costituzione)".

⁴⁰ V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 12: "le attività di interesse generale sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative di cui al primo comma dell'art. 118, anche se in parte coincidono".

⁴¹ Sul tema generale, G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 135 ss.

⁴² F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 314; ID., *I regolamenti comunale per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, cit., 271 ss.

⁴³ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 70, secondo cui «non sembra possibile, pertanto, assimilare e sovrapporre pienamente il principio pluralistico espresso dall'art. 2 Cost. e la visione conciliativa e armonizzante delle dinami-

riferisce, in particolare, a tutte quelle attività che attingono a bisogni emersi nel tessuto sociale e che, tuttavia, non risultano ancora considerati e tutelati dagli apparati pubblici nell'esercizio delle rispettive prerogative⁴⁴. Muovendo dalle più recenti esperienze, il fenomeno viene, ad esempio, identificato nell'attività di cura del decoro dei centri abitati e dei beni comuni, nelle attività di riutilizzo di edifici abbandonati o degradati, nell'attività di gestione degli spazi verdi, in alcune iniziative culturali, ossia tutte attività che rivelano forme di "cittadinanza attiva o praticata" originatesi a livello sociale e che, come viene sottolineato, segnano la nuova frontiera della partecipazione del privato alla concreta determinazione degli interessi generali (in maniera qualitativamente diversa rispetto a forme di esercizio della sovranità unicamente incentrate sul diritto di voto o sulle ordinarie modalità della partecipazione procedimentale)⁴⁵. In tali casi, il principio di sussidiarietà diventa lo strumento attraverso il quale gli interessi emersi nella società assumono un preciso rilievo giuridico in relazione agli apparati pubblici, oltre e al di fuori della dimensione propria dell'autonomia privata.

Chiarito cosa possa intendersi per attività d'interesse generale, il carattere procedurale del principio richiede anzitutto che quella determinata attività sia concretamente ritenuta d'interesse generale dagli apparati pubblici di riferimento⁴⁶. Il che può avvenire o attraverso un diretto riconoscimento da parte della

che sociali sottesa al principio di sussidiarietà», e ciò proprio in ragione della funzione del principio di sussidiarietà di «criterio di regolazione dei rapporti fra individui, gruppi e potere pubblico, funzione che è volta invece a definire i confini del divieto di intervento o i criteri che impongono/legittimano l'intervento pubblico rispetto all'attività dei privati»; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 314.

⁴⁴ Già G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Jus*, 1996, 294, sottolineava che «l'amministrazione trova la sua identità nel servire gli interessi collettivi o sociali, veri in quanto effettivi e raccolti, alla luce regole generali, nella vita dei gruppi sociali. A cogliere questi interessi non sono sempre dei soggetti ed organi a ciò predestinati e inseriti in una trama organizzativa, ma anche figure cresciute liberamente nella società».

⁴⁵ F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 317, il quale si riferisce ad «ipotesi di cittadinanza praticata», in cui «è l'esperienza concreta per la cura degli interessi generali il campo di emancipazione, attraverso cui qualunque cittadino collabora con le pubbliche amministrazioni per risolvere questioni avvertite come rilevanti per la collettività». Con specifico riferimento alle attività di rigenerazione urbana "dal basso", si veda A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; sulle nuove frontiere della partecipazione, si inseriscono anche gli studi sulla democrazia partecipativa e deliberativa, su cui, per tutti, si veda U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, 295 ss. e R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, 271 ss.; di recente il tema è affrontato da V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; più in generale, si veda S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

⁴⁶ F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 317, che sottolinea come resti sempre «assegnato alle pubbliche amministrazioni il compito di riconoscere quale attività promossa sia di interesse generale».

legge o, sia pur nel rispetto della legge, attraverso una valutazione amministrativa effettuata dall'ente interessato. In questo secondo caso, sembra ragionevole ritenere che la valutazione debba essere compiuta verificando sia la compatibilità dell'attività con i fini perseguiti dall'ente, sia la sua concreta utilità a soddisfare le esigenze che vi sono sottese. Con la precisazione che il riconoscimento deve comunque misurarsi con il principio di legalità dell'azione amministrativa, sia pure nella sua forma della legalità indirizzata⁴⁷, nel senso che l'attività deve rispondere ai fini generali dell'ente per come attribuiti dalla legge o desumibili dalla Costituzione⁴⁸.

Una volta, poi, che l'attività sia riconosciuta d'interesse generale, il soggetto pubblico deve verificare se, per quella stessa attività, i soggetti privati astrattamente disponibili ad esercitarla siano concretamente "capaci" di svolgerla in maniera adeguata, efficace ed efficiente⁴⁹. Solo se sia verificata tale adeguatezza, il soggetto pubblico potrà – dovrà – "favorire" quell'attività in applicazione del principio di sussidiarietà⁵⁰. Diversamente, sarà tenuto a motivare

⁴⁷ Corte dei conti Abruzzo, Sez. cont., 10 settembre 2012 n. 346; Corte dei conti Liguria, Sez. cont., 10 maggio 2013, n. 23.

⁴⁸ Che sia necessario rispettare il vincolo del fine sembra confermato dalla previsione costituzionale che, all'articolo 117, co. 6, riconosce agli enti locali una propria potestà regolamentare per l'"organizzazione" e lo "svolgimento" delle "funzioni attribuite", laddove il riferimento alle "funzioni attribuite" riconduce ai fini assegnati dalla legge o desumibili dalla stessa Costituzione. Poiché non è infrequente che il riconoscimento dell'attività come interesse generale avvenga in base alla potestà regolamentare dell'ente locale, come ad esempio accade in alcuni Comuni per i fenomeni di c.d. cittadinanza attiva e praticata, la previsione costituzionale sembrerebbe chiaramente confermare la necessità di una compatibilità dell'attività in questione con i fini o le funzioni di pertinenza dell'ente locale. Sull'impiego dei regolamenti comunali come strumento di concreta attuazione del principio di sussidiarietà, A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, cit., 137 ss.; nonché F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione di beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto alla città*, cit., 272 ss.

⁴⁹ Ovviamente, gli eventuali atti amministrativi da cui si tragga il riconoscimento o meno dell'attività come d'interesse generale, nonché l'idoneità o inidoneità del privato a svolgerla, potranno essere sindacati dal giudice amministrativo sotto il profilo del rispetto del principio di sussidiarietà, nonché della ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza della scelta amministrativa.

⁵⁰ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 82, che sottolinea come, anche se i soggetti privati possano essere in astratto idonei a soddisfare interessi pubblici, si ponga per loro un "problema di adeguatezza" ad "assicurare il raggiungimento di tali interessi"; l'aspetto dell'adeguatezza tra interessi pubblici e privati costituisce uno dei ricorrenti temi di ricerca di G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a protezione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, un cui estratto è ora pubblicato con il titolo *Le trasformazioni in atto e gli albori di nuovi assetti. Il problema della adeguatezza*, in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, I, a cura di D. D'Alessandro e D. Pappano, Torino, Giappichelli, 2018, 275 ss.; ID., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, III, 661, ora anche in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Torino, Giappichelli, 2019, I, 21 ss.; ID., *Interessi pubblici e diritto privato. Problemi di metodo e adeguatezza*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2001, 7.

sulle ragioni che, principalmente sotto il profilo dell'efficacia ed efficienza, inducono a non ritenere il privato concretamente adeguato a svolgere l'attività e necessario l'intervento diretto dell'apparato pubblico⁵¹. Senonché, quando l'attività d'interesse generale coincide con un'attività di pubblico servizio propriamente intesa, la questione diventa più complessa, perché destinata a misurarsi con l'autonomia organizzativa riconosciuta agli enti – sia dal diritto interno che dal diritto europeo – in merito alle modalità di gestione e prestazione dei servizi di rispettivo interesse. In quest'ambito, il principio di sussidiarietà verrebbe, infatti, a limitare l'autonomia organizzativa dell'ente imponendogli uno specifico obbligo di motivazione finalizzato ad esplicitare le ragioni che lo inducono a preferire l'autoproduzione del servizio rispetto all'affidamento in gestione a soggetti privati disponibili sul mercato. Nella più recente legislazione la questione si coglie, ad esempio, nella previsione di cui all'articolo 192, co. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, richiamata dall'articolo 4 del d.lgs. n. 175 del 2016 Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, nella parte in cui si richiede all'ente pubblico che voglia gestire *in house* un determinato servizio un peculiare obbligo motivazionale che dia conto delle ragioni “*del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”. Sebbene sia specificamente ispirata al principio di concorrenza, è indubbio che la norma evochi, più o meno consapevolmente, anche il principio di sussidiarietà, nella misura in cui tende a legittimare l'intervento *in house* solo se venga dimostrata l'impossibilità di affidare il servizio sul mercato⁵². Vero è che, secondo alcuni, il principio di sussidiarietà non si applicherebbe alle attività con scopi di lucro quale potrebbe in ipotesi configurarsi un'attività d'interesse generale diversa da un servizio sociale, ma è altrettanto vero che la norma costituzionale non distingue tra attività con fini di lucro e attività senza fini di lucro e che, pertanto, come si desume anche dalla (pur scarsa) casistica giurisprudenziale, la

⁵¹ V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 12: “dall'operatività del principio deriva la sussistenza di uno specifico obbligo di motivazione a carico degli enti pubblici, nel caso di assunzione diretta di attività d'interesse generale, qualora questa sia già esercitata da un soggetto privato, ovvero questo dichiara di volerla svolgere. L'ente dovrà esplicitare puntualmente le ragioni (legate, naturalmente, a profili di efficienza ed efficacia nella gestione del servizio) che lo hanno indotto all'assunzione del servizio”; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 316.

⁵² Su tali aspetti, si veda in generale A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. cost.*, 2008, 4995 ss.

questione può ritenersi attuale e rilevante⁵³. Che la questione sia attuale e rilevante è dimostrato proprio dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia recentemente sollevato dal Consiglio di Stato⁵⁴, al fine di verificare la compatibilità del suddetto articolo 192 con la “*libertà e autodeterminazione di organizzare, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall'ordinamento dell'UE o da quello nazionale (ad. esempio: regime di affidamento con gara) rispetto a un'altra (ad. Regime di internalizzazione ed autoproduzione)*”⁵⁵.

⁵³ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 29, secondo cui la disposizione costituzionale “non distingue tra attività con fini di lucro e attività senza fini di lucro: i soggetti pubblici indicati favoriscono dunque sia iniziative economiche (con fini di lucro cioè) sia iniziative senza fini di lucro (salvo verificare se in base al principio di sussidiarietà, o in base ad altri principi costituzionali, vi debba essere una preferenza di una rispetto all'altra)”; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 15, il quale sottolinea come non sia chiaramente risolta la questione dell'operatività o meno del principio di sussidiarietà al cospetto di privati operanti per scopi di lucro in forma d'impresa; per la giurisprudenza, si veda T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. V, 2 ottobre 2019 n. 6094, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2019 n. 138, in www.giustizia-amministrativa.it; con ordinanza, sez. II, 15 novembre 2019 n. 886, in www.cortecostituzionale.it, il T.A.R. Liguria ha sollevato questione di legittimità costituzionale dello stesso articolo 192, co.2, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 nella parte in cui sancirebbe un onere motivazionale non riconducibile ai criteri direttivi della legge delega 28 gennaio 2016 n. 11; in argomento, C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2019.

⁵⁵ Senonché, è singolare che, nel sollevare la questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato si limiti ad evocare l'autonomia organizzativa dell'ente in contrapposizione al principio della “piena apertura concorrenziale”, senza affatto considerare che la prevista limitazione dell'autonomia organizzativa possa trovare fondamento anche e soprattutto nel principio di sussidiarietà, che proprio nel diritto europeo trova una sua specifica applicazione e naturale ambientazione. Che il diritto europeo tuteli anche il nucleo essenziale del principio di sussidiarietà orizzontale si ricava dall'interpretazione che dell'articolo 106, co. 2, TFUE (già art. 86 Tr. Nizza, già art. 90 Tr. Roma) ha offerto la Corte di Giustizia, la quale ha sottolineato che la previsione in esame “consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi” (Corte di Giustizia, 19 maggio 1993 C-320/91, Corbeau). In argomento, F. VESSIA, *La scelta di gestione in house dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, Giuffrè, 2017, 271 ss., che sottolinea che «il fondamento di legittimità degli affidamenti in house, ossia il principio di necessità e proporzionalità in applicazione della regola della sussidiarietà orizzontale, deriva dalle fonti comunitarie e costituisce il recepimento delle interpretazioni che la Corte di Giustizia ha fatto dell'articolo 1056, c.2. TFUE e che le istituzioni comunitarie hanno ribadito nelle fonti sui SIEG». L'attesa pronuncia della Corte di giustizia potrà auspicabilmente chiarire se e in che termini la disciplina nazionale di cui al citato articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016 possa essere giustificata in base ai principi di proporzionalità e necessità, espressione della regola generale della sussidiarietà orizzontale.

Gli ultimi due aspetti da considerare riguardano le modalità attraverso cui si attua concretamente il principio di sussidiarietà e il regime giuridico dell'attività posta in essere dai soggetti privati che esercitano l'attività d'interesse generale in applicazione del principio di sussidiarietà. Si tratta di questioni estremamente complesse che richiederebbero maggiore approfondimento rispetto alle poche osservazioni utili ai fini del presente scritto⁵⁶. Quanto al primo aspetto, il “favore” del soggetto pubblico può manifestarsi anzitutto attraverso l'affidamento del servizio, nel caso di attività che possa configurarsi come servizio pubblico propriamente inteso. In questi casi, il soggetto pubblico dovrà generalmente improntare la propria azione al principio di concorrenza, salve eventuali deroghe previste quando l'attività sia riconducibile ad un servizio sociale⁵⁷. Negli altri casi, come ad esempio in relazione ai fenomeni di cittadinanza attiva e praticata, il soggetto pubblico potrà manifestare il proprio favore attraverso l'erogazione di risorse o altre utilità per sostenere l'attività d'interesse generale, e in queste ipotesi dovranno necessariamente trovare applicazione il principio di predeterminazione e parità di accesso, diretta esplicazione dei principi di buon andamento e imparzialità⁵⁸. L'esercizio dell'attività potrà poi essere concretamente regolato da specifici accordi con il privato, sul modello dell'articolo 11 della legge n. 241 1990 o dei contratti di partenariato pubblico privato a seconda della qualificazione ritenuta preferibile – si pensi, ad esempio, ai c.d. patti territoriali nell'ambito della rigenerazione e della cura dei beni comuni – in base ai quali potranno essere anche previste forme di controllo e monitoraggio finalizzate a verificare che l'attività si espliciti secondo i fini prefissati, nel rispetto dei principi di efficienza ed efficacia⁵⁹.

⁵⁶ La questione è posta in questi termini da A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 80: «l'interpretazione della sussidiarietà che si è cercato di fornire apre però anche una serie di ulteriori complessi problemi ed impone di riflettere sulle ricadute di tale principio rispetto alle forme e al regime giuridico delle attività di interesse generale svolte da soggetti privati in rapporto con la pubblica amministrazione».

⁵⁷ Si veda al riguardo l'articolo 142, co. 5 bis, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nonché la disciplina di cui al d.lgs. n. 117 del 2017 recante il c.d. Codice del terzo settore; sul punto, si veda anche Cons. St., Comm. Spec., parere 20 agosto 2018, n. 2052, www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ Con riferimento al principio di predeterminazione, si veda, l'articolo 12 della legge 241 del 1990, ai sensi del quale “la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”; sulle implicazioni del principio, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

⁵⁹ F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 327; ID., *I regolamenti comunale per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, cit.,

Per quanto, invece, riguarda i privati che esercitano un'attività d'interesse generale, essi risulteranno assoggettati ai criteri e ai principi della legge sul procedimento secondo quanto previsto dall'articolo 1, co. 1 *ter*, negli specifici casi in cui l'attività svolta si configuri come esercizio di una funzione di prestazione e sempre che, in tal caso, si ritenga di considerarli "*soggetti preposti all'esercizio di attività amministrativa*"⁶⁰. Negli altri casi, quando l'attività non giunga alla configurazione di una vera e propria funzione di prestazione, ma sia comunque in vario modo "sussidiata" dal soggetto pubblico, l'autonomia privata sarà comunque condizionata, anche sotto il profilo organizzativo, dal rispetto dei principi di efficienza, economicità e adeguatezza, nel raggiungimento di risultati concretamente compatibili con le finalità generali che l'azione si prefigge, con ogni implicazione che può derivarne in termini di responsabilità anche di tipo amministrativo-contabile⁶¹.

Conclusivamente, sia per le amministrazioni "sussidiarie" che per i privati "sussidiati" il regime giuridico si declina su quelle stesse garanzie sostanziali che, in ragione del vincolo funzionale e dei principi costituzionali, devono presiedere allo svolgimento di un'azione funzionalizzata al perseguimento dell'interesse generale.

5. Considerazioni conclusive.

Le considerazioni svolte consentono di concludere che, nel rispetto del principio di legalità, il vincolo funzionale orienta e condiziona l'applicazione del diritto privato all'azione "amministrativa", sia quando l'attività è direttamente svolta dall'amministrazione, sia quando è espletata da soggetti privati ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter*, l. n. 241 del 1990, sia quanto viene svolta in applicazione del principio di sussidiarietà. A prescindere dalle forme concretamente

291 ss.; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, cit., 158 ss.

⁶⁰ Sulla riconducibilità dell'attività di servizio pubblico all'articolo 1, co. 1 *ter*, l. n. 241 del 1990, si rinvia alla nota n. 23.

⁶¹ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 81, che sottolinea come spetti all'amministrazione di riferimento definire le regole che l'attività svolta dai privati deve rispettare «perché il loro ruolo sia compatibile con gli obiettivi e con i principi cui l'azione pubblica deve comunque essere informata (cioè con il principio di uguaglianza, col dovere di imparzialità, con il dovere di salvaguardare la libertà degli utenti dei servizi soprattutto laddove questi ultimi incidano in modo diretto sulla sfera della persona, come avviene nel caso dei servizi sociali)»; Corte dei conti Lombardia, Sez. contr., 27 novembre 2014 n. 333; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 335, secondo cui «non si può escludere un'estensione della responsabilità contabile per i cittadini qualora il danno provocato nell'azione di gestione di verificano gravi perdite per l'erario».

impiegate, se privatistiche o pubblicistiche, l'incidenza del vincolo funzionale impone all'azione amministrativa di svolgersi nel rispetto del nucleo essenziale dei principi di buon andamento e imparzialità, secondo quello che è stato definito lo “*statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale*”⁶². In altri termini, il potere amministrativo è destinato a trovare una propria legittimazione in base ad oggettivi criteri di riconoscimento, secondo un'azione che sia aderente ai fatti, apprezzi ragionevolmente gli interessi basandosi sulla conoscenza di quei fatti, si renda prevedibile e conoscibile nel suo farsi e nelle scelte che ne risultano⁶³. Come si è anticipato, un impatto decisivo in tal senso hanno avuto le concezioni oggettive del potere amministrativo che, nel rispetto e nei limiti del principio di legalità, tendono a legittimare l'azione dei pubblici poteri (anche) in base alle peculiari modalità del suo esercizio e non soltanto in base alla legge o alla natura pubblica di chi agisce⁶⁴, sicché a qualificare l'attività come amministrativa non sarebbe necessariamente il suo essere espressione di un soggetto pubblico, ma la sua attitudine a perseguire finalità “*che sono pubbliche in quanto in se stesse qualificate come tali dalle leggi*”⁶⁵. In questa prospettiva, l'impiego di moduli privatistici è sempre strumentale al perseguimento dell'interesse generale, il che implica che, per una concezione funzionale dell'amministrazione pubblica, il “*problema non appare più quello dell'ammissibilità del contratto o dell'accordo*

⁶² F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 93.

⁶³ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilanciamento di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. Allegretti-Orsi Battaglini- Sorace, Rimini, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 243; ID., *L'attività amministrativa*, pubblicato negli Atti del XXX Convegno di studi di scienze dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 1984 su *Il diritto amministrativo negli anni '80*, Milano, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 257 ss.

⁶⁴ Per una concezione del potere declinata in senso oggettivo, si veda, in particolare, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952; *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1950, 1; ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss.; *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. di Scienza dell'amm.*, 1978, 6 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; ID., *Procedimento, processo e procedura*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 780 ss; più di recente, A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 415; *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1991; *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2007; *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione? - in margine al recente convegno dell'Aipda*, in *Dir. amm.* 4/2011; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, 1303, ora anche in *Scritti scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 523 ss.; si veda ancora M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001; L. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss.; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2018, 199 ss.

⁶⁵ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., 526.

(come si suole dire) ad oggetto pubblico)”, ma quello della “funzionalità e coerenza dell’atto convenzionale rispetto agli scopi pubblici e della conseguente sindacabilità”⁶⁶. Se è vero che, nel suo complesso, l’attività è soggetta ad un regime giuridico unitario a prescindere dalle forme concrete della sua manifestazione, provvedimentali, negoziali o contrattuali⁶⁷, la questione centrale diventa *come* il vincolo funzionale venga concretamente ad incidere sugli atti adottati in applicazione del diritto privato. La soluzione immediata è quella di scindere il regime degli atti da quello dell’attività, nel senso di ritenere che l’elusione del fine generale a cui è preordinata l’azione possa lasciare valido l’atto ma rendere comunque illecita la condotta⁶⁸. Non mancano, però, proposte più radicali che prefigurano un’invalidità dell’atto di diritto privato nelle ipotesi in cui non si riveli coerente rispetto al fine che deve perseguire. Nel caso dei contratti stipulati in esito alle procedure di evidenza pubblica, l’invalidità è stata, ad esempio, individuata nell’annullabilità o nella nullità *ex* articolo 1418 c.c. per violazione delle norme imperative, laddove la norma imperativa violata sarebbe quella che prescrive all’amministrazione di contrarre esclusivamente con il soggetto scelto attraverso una (legittima) procedura di gara⁶⁹.

In senso parzialmente analogo alle teorie oggettive sul potere rilevano quelle concezioni che, a partire da una prospettiva assiologica del diritto, sono specificamente incentrate sugli interessi da soddisfare più che sulla tradizionale

⁶⁶ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., 534.

⁶⁷ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 93. «si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all’attività amministrativa come tale, e solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti)».

⁶⁸ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 131, secondo cui il vincolo funzionale non indice sul regime di validità degli atti, ma si manifesta “nella disciplina dei controlli e nel regime della responsabilità degli agenti pubblici che possono essere chiamati a rispondere per i danni prodotti. Resta fermo che l’azione amministrativa negoziale di cui sia accertato il contrasto con i principi di efficacia ed i economicità, pur non tradotta senz’altro in attività giuridica viziata in termini di invalidità del negozio, può configurarsi come attività illecita, sotto il profilo della responsabilità per danni erariali”; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a margine di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 224.

⁶⁹ F. SATTA, *L’annullamento dell’aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 645 ss.; in senso solo parzialmente analogo, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all’attività amministrativa di diritto privato*, cit., 547, secondo cui «se si ammette che l’amministrazione possa anche in regime di diritto privato svolgere attività amministrativa, si comprende come (e particolarmente attraverso l’espedito della sostituzione dell’un regime all’altro) e in che larga misura atti e negozi compiuti da enti pubblici secondo il diritto privato debbano riportarsi al diritto pubblico per ritrovare in esso un elemento fondamentale per la loro validità».

classificazione in atti e fatti giuridici.⁷⁰ Valorizzare gli interessi significa individuare le modalità attraverso cui quel determinato interesse può essere soddisfatto al meglio, tanto se si tratta di un interesse privato quanto se si tratta di un interesse generale. È così evidente che, se l'interesse da realizzare è un interesse privato, il momento formativo sarà tendenzialmente meno strutturato perché destinato a misurarsi soltanto in relazione ai soggetti agenti che di quell'interesse sono gli specifici portatori. Viceversa, se l'interesse da realizzare è generale, il processo attraverso cui si perviene alla decisione sarà necessariamente più complesso in quanto non si misura sul soggetto agente, bensì sull'intera collettività di riferimento che di quell'interesse è il vero e unico titolare⁷¹. È per questo che, nell'attuale assetto normativo, le attività destinate a realizzare gli interessi generali sono conformate in modo da garantire scelte ragionevoli, proporzionate, trasparenti, efficienti, efficaci, prevedibili, conoscibili, ponderate, aderenti alla concreta realtà dei fatti, ossia scelte rispondenti a specifici canoni variamente inquadrabili nei principi di buon andamento e imparzialità affermati a livello costituzionale. Per la stessa ragione il procedimento amministrativo è il luogo tendenzialmente più adatto per formare una decisione coerente e rispettosa di questi canoni, come confermano anche le ricordate previsioni che assoggettano l'attività amministrativa svolta dai privati ai "principi" e ai "criteri" della legge sul procedimento. Ma, nella prospettiva indicata, il rispetto di questi criteri e principi deriva dalla peculiare natura dell'interesse da soddisfare e non dalla natura del soggetto agente o da un'aprioristica riconducibilità dell'azione al diritto pubblico o al diritto privato⁷². Prova ne sia che la

⁷⁰ A. FALZEA, *Comportamento*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, 136; ID., *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1967, 945 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1965; *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, sesta edizione ampliata, Milano, 2008; con specifico riferimento al diritto amministrativo, G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, cit., 661.

⁷¹ Si vedano al riguardo le considerazioni di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 117, secondo cui «l'organizzazione è modellata sugli interessi che deve curare, e quindi, necessariamente dipende, nella sua concreta configurazione, dal tipo di interessi che sono considerati (che valgono) come generali».

⁷² G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, cit., 296, secondo cui «ciò che si pone all'orizzonte è dunque uno statuto dell'Amministrazione al quale si conformino tutti i soggetti; i quali non ricevono trattamenti privilegiati perché sono organizzati in un modo speciale o perché agiscono secondo finalità dettate dal legislatore, ma perché, a causa della loro struttura o dei rapporti che intrattengono, risolvono la loro attività in strumento per ottenere l'utilità sociale o il bene comune. È questa la condizione che consente di affermare che tali soggetti appartengono all'ordinamento amministrativo ed adottano regole di comportamento coerenti con la doverosità della loro azione (...) l'ordinamento amministrativo è quindi dinamico e aperto: non vi sono soggetti che siano per loro natura amministrativi ed abbiano un titolo di legittimazione loro proprio per abitare nell'edificio amministrativo. Vi sono soggetti che vi stanziavano in virtù di rapporti o di scelte di finalità o di modi di operare».

necessità di una maggiore strutturazione del processo formativo della decisione secondo alcuni dei canoni indicati può avvertirsi anche nell'ordinamento privato, come dimostrano quegli approdi delle teorie istituzionali del diritto nell'applicare lo schema procedimentale anche all'ordinamento privato, al fine di guidare e assistere l'autonomia nel suo farsi concretamente scelta⁷³. Più che la rigida dicotomia diritto privato e diritto pubblico, è, dunque, principalmente il concetto di adeguatezza che deve guidare la riflessione sull'azione amministrativa, soprattutto quando essa è svolta da soggetti non formalmente inquadrati nell'amministrazione pubblica, così da saggiare l'idoneità dell'organizzazione approntata e dell'attività espletata a garantire in concreto la realizzazione degli interessi generali⁷⁴.

Sul piano sistematico, la soggezione dell'amministrazione ad uno statuto giuridico unitario incentrato sul vincolo funzionale, sostanzialmente indifferente alle forme di manifestazione dell'attività e dalla natura del soggetto agente, rende necessario impiegare nuove categorie diverse da quelle tradizionali dell'atto e del provvedimento, ormai non più idonee a dare conto del complesso fenomeno amministrativo rivelato dall'attuale ordinamento. A tal fine, un tentativo è stato quello di delineare una nuova nozione di comportamento amministrativo che, muovendo da alcune suggestioni di teoria generale, possa inquadrare unitariamente le diverse forme di attività amministrativa, riconoscendone il tratto comune negli aspetti funzionali e nel rispetto di un nucleo essenziale di garanzie sostanziali riconducibili ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità⁷⁵. In una prospettiva *de iure condendo*, l'impiego di una simile categoria potrebbe rivelarsi utile anche per ridisegnare il riparto giurisdi-

⁷³ Ci si riferisce, in particolare agli studi di SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1961; ID., *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, ora anche in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, II, 1980; ID., *L'atto esecutivo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, ora anche in *Scritti minori*, Milano, II, 1980; per l'applicazione al diritto amministrativo dell'impostazione di Salvatore Romano, originariamente ambientata nel diritto civile, F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., 649 ss.

⁷⁴ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 82, secondo cui l'adeguatezza dei soggetti privati non si traduce esclusivamente nella necessità "che essi assicurino efficienza ed economicità", ma "incide anche sui modi di assolvimento dei compiti e sul rispetto delle regole e dei principi necessari per il perseguimento i interessi pubblici"; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, cit., 661; ID., *Le trasformazioni in atto e gli albori di nuovi assetti. Il problema della adeguatezza*, cit., 275 ss.; ID., *Interessi pubblici e diritto privato. Problemi di metodo e adeguatezza*, cit., 7.

⁷⁵ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; ID., *La nuova nozione di comportamento amministrativo*, in *Dir. e Soc.*, 2017, 801 ss., anche in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, a cura di E. Zampetti e A. Carbone, Napoli, Jovene, 2018, 345 ss.

zionale, estendendo la giurisdizione amministrativa a tutte le ipotesi caratterizzate dalla presenza di un comportamento amministrativo astrattamente orientato alla concreta soddisfazione dell'interesse generale normativamente predefinito.

Anche in una prospettiva assiologica o di concezione oggettiva del potere, si deve infine sottolineare l'importanza del ruolo ordinatore degli apparati pubblici, soprattutto ai fini della concreta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale. In presenza di nuovi bisogni progressivamente emergenti nel tessuto sociale, resta infatti pur sempre necessaria una sintesi dell'apparato pubblico, affinché quei bisogni assurgano realmente ad interesse generale e non si risolvano in una situazione di vantaggio di cui possano beneficiare soltanto i singoli o la formazione sociale che li abbia proposti e rappresentati. Nell'ambito della c.d. sussidiarietà orizzontale, il *riconoscimento* dell'attività come d'interesse generale, unitamente alla sua concreta organizzazione e specifica regolamentazione, serve proprio ad evitare il rischio paventato⁷⁶.

⁷⁶ Si vedano sul tema generale, le considerazioni di M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, II, 1150, che, nell'esaminare la posizione del terzo al cospetto delle formazioni sociali di cui quel terzo non faccia parte, rileva che «la protezione del terzo è, invece, affidata in primo luogo all'assoggettamento, il più ampio e generale possibile, delle formazioni sociali alla *rule of law*», precisando che debbono essere individuati «i nodi principali dei rapporti tra formazioni sociali e terzi» ossia «i punti nei quali si manifesta la tendenza e la possibilità della formazione di porsi come fattore d'irrigidimento della vita sociale e di sopraffazione dei terzi» e che «è lì che deve intervenire l'ordine giuridico generale per salvaguardare la libertà del terzo e riaprire le vie della circolazione sociale»; ID., *Il nodo della partecipazione*, in *Politica e Regioni* (Atti del Convegno su «La partecipazione nello stato regionale»), L'Aquila, 1981, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, II, 1413 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss.

III

OPINIONI E RECENSIONI

GUIDO CORSO

Docente a contratto di diritto amministrativo presso l'Università LUMSA

profguidocorso@gmail.com

RICORDO DI PIETRO VIRGA

PIETRO VIRGA. MEMORIES

Quando Pietro Virga si affaccia agli studi di diritto pubblico - dopo la laurea conseguita nel 1941 e dopo la guerra alla quale partecipa conseguendo una onorificenza al valore militare - la Costituzione italiana è in piena gestazione. In tre anni di attività, che non è azzardato definire prodigiosa, per la ricchezza e la varietà dei contributi monografici, egli affronta alcune delle principali novità del nuovo assetto costituzionale: dai diritti fondamentali (1947) al partito politico (1948), dalle crisi di governo (1948), alla revisione costituzionale (1948), dalle dichiarazioni costituzionali (1948), alla verifica dei poteri (1949), da conflitti di attribuzione (1949), alla regione (1949).

Uno sforzo compiuto in totale solitudine da sostanziale autodidatta. È assistente, è vero, di Giovanni Salemi, autorevole amministrativista di precedente generazione: ma, appunto, studioso esclusivamente di diritto amministrativo, sostanzialmente indifferente alle tematiche costituzionalistiche che stanno a cuore al giovane allievo.

Nello scritto su libertà giuridica e diritti fondamentali viene affermata la necessità (e la possibilità) di determinare un concetto tecnico-giuridico di libertà che, in quanto tale, deve (e può) essere del tutto autonomo rispetto alla nozione di libertà della quale si occupano i filosofi, i sociologi, i politici: una facoltà di scelta fra comportamenti giuridicamente possibili. Anche se i successivi svolgimenti della giurisprudenza e della dottrina costituzionale hanno portato a valorizzare la specificità delle singole situazioni soggettive di libertà (personale, domiciliare, di circolazione, di riunione, di associazione etc.), in dipendenza del diverso regime di ciascuna di esse, l'esigenza teorica e pratica di un concetto unitario di libertà giuridica permane.

Questo primo fondamentale lavoro viene scritto dall'A. in Germania: esperienza cruciale, l'inizio di una frequentazione della letteratura giuridica tedesca che caratterizzerà tutta la sua vita di studioso.

Straordinario, per l'epoca in cui apparve, è il contributo sul partito politico (1948). L'approccio analitico adottato (partito come associazione, partito

come organo dello Stato, partito come istituzione), consente all'autore di abbracciare non soltanto gli aspetti giuridici, ma anche quelli politici e sociali del tema. Merita di essere riletto, per la sua attualità, l'ultimo capitolo sul partito nel sistema di governo, ed in particolare l'ultimo paragrafo su *«governo partitico e amministrazione apolitica»*.

Il saggio sulla regione (1949) contiene una sistemazione della potestà legislativa regionale che i contributi successivi, anche importanti (da Paladini ad Amato a Bassanini) hanno arricchito, ma non hanno sostanzialmente modificato. Solo di qualche anno successivo (1954) è il volume sulla potestà di polizia. Primo contributo scientifico sul tema a distanza di mezzo secolo dal ponderoso (e poderoso) scritto di Ranelletti, il saggio si segnala per la applicazione alla potestà di polizia delle categorie generali della potestà amministrativa. Non è un caso che il volume sul provvedimento amministrativo (che esce in edizione litografata nel 1956) riprenda schemi e categorie propri di questo lavoro.

L'intensissima produzione costituzionalistica tra la fine degli anni quaranta e i primi anni cinquanta culmina nel manuale di diritto costituzionale. Esposizione chiara e sistematica della materia, costituirà la base per la preparazione di generazioni di studenti sino alla edizione del 1979 (la nona): sulla quale l'A. non ritornerà più non perché l'opera non meriti di restare sul mercato, ma forse per stanchezza o mutamento di interessi scientifici.

Libero docente di diritto costituzionale nel 1949, professore straordinario di diritto costituzionale nel 1950, prima ad Urbino e poi a Catania, Pietro Virga verrà chiamato a Palermo dove, dopo qualche anno, passerà alla cattedra di diritto amministrativo.

In coincidenza col nuovo impegno didattico, si registra uno spostamento dell'interesse dell'A. verso temi di diritto amministrativo. Tra la fine degli anni cinquanta e gli anni sessanta usciranno, in edizione litografata, i testi dei corsi universitari sui beni pubblici, sui contratti delle pubbliche amministrazioni, sull'organizzazione amministrativa, sul provvedimento amministrativo, sul pubblico impiego.

Il volume sul provvedimento contiene la più estesa e analitica trattazione del tema fra i lavori fino a quell'anno compreso. L'A. utilizza schemi pandettistici su cui non tutti concordano (come la distinzione tra provvedimenti che sono atti negoziali di volontà e provvedimenti che non lo sono; o come la distinzione tra nullità e annullabilità, fondata rispettivamente sulla mancanza di un elemento essenziale o sul vizio di un requisito di legittimità). Tuttavia, la ricchezza delle classificazioni, e dei criteri di classificazione (per es. secondo il contenuto, i soggetti, i destinatari, la reciproca interdipendenza etc.) sono tali

che non c'è aspetto dell'attività amministrativa che sfugga alla considerazione e alla sistemazione giuridica.

La stessa completezza e sistematicità di esposizioni si trova nel volume sulla tutela giurisdizionale nei confronti della P.A. (Milano, 1966), che dà al processo amministrativo una sistemazione sconosciuta alle numerose e preesistenti trattazioni della giustizia amministrativa mediante l'impiego sistematico di categorie processual-civilistiche (oggetto del processo, parti, costituzione del rapporto processuale, istruttoria, incidenti del processo, svolgimento del giudizio etc.). Lo stesso ripudio del termine «*giustizia amministrativa*», pur così carico di storia e di suggestioni culturali, si spiega con questa esigenza di tecnicizzare la materia e di dare dignità e sistemazione dogmatica ai contributi della giurisprudenza amministrativa.

Al 1973 risale la prima edizione a stampa del «*pubblico impiego*». Vera e propria bibbia dei pubblici dipendenti e degli operatori del diritto, costituisce il risultato di uno sforzo colossale di organizzazione di una materia sterminata, sia dal punto di vista legislativo che giurisprudenziale. Materia che gli amministratori hanno di solito sottovalutato.

Nel 1983 viene pubblicato il primo volume del Diritto amministrativo (I principi). Seguiranno nel 1987 il volume dedicato ad «*Atti e ricorsi*», nel 1988 il volume sulla amministrazione locale e nel 1990 il quarto e ultimo volume su «*Attività e prestazioni*» (numerose le nuove edizioni e gli aggiornamenti relativi ai primi tre volumi).

È il coronamento di decenni di studio e di insegnamento. Nei primi due volumi troviamo, infatti, la sintesi aggiornata, dei corsi degli anni cinquanta e sessanta: ma registriamo anche una straordinaria capacità di cogliere le novità anche quando esse alterano il disegno originario (si pensi all'ultima edizione dei principi, 1993, ove si ricostruisce la nuova organizzazione amministrativa - quale risulta dalle modifiche degli anni novanta - con l'eclissi degli enti pubblici economici e il diffondersi del modello delle autorità amministrative indipendenti).

Il terzo volume sull'amministrazione locale viene interamente riscritto dopo l'entrata in vigore della legge 142/90. Come sempre l'A. non si piega puramente e semplicemente alla sistematica legislativa ma, al contrario, piega i contenuti legislativi alla sua sistematica: dando spazio, per es., al tema delle adunanze e delle deliberazioni su cui la legge tace («*un buco nero*» nell'ordinamento delle autonomie, come recita il titolo di un suo articolo del 1991).

Del tutto nuovo è l'ultimo tomo, dedicato ad attività e prestazioni, che fornisce una accurata ricostruzione dell'intervento amministrativo nella vita sociale ed economica.

Nelle scienze giuridiche (e in genere nelle scienze umane) i maggiori studiosi si dividono in due categorie: i grandi innovatori, coloro che aprono nuove strade spezzando schemi e rovesciando dottrine apparentemente consolidate, e i grandi organizzatori del sapere, coloro che mettono in ordine un materiale informe (dottrinale, giurisprudenziale, legislativo) riconducendolo a sistema.

Guido Zanobini è un tipico esponente della seconda categoria, nel periodo tra le due guerre; Pietro Virga è un significativo esempio della stessa categoria, in questo dopoguerra.

Se c'è una qualità che più delle altre contraddistingue il suo stile scientifico, essa va ravvisata in una straordinaria capacità sistematica: la capacità di organizzare in sistema il materiale più disparato, e di renderlo trasparente al lettore con una scrittura chiara e accessibile.

GLORIA SDANGANELLI

Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni presso l'Università degli Studi di Torino

gloria.sdanganelli@unito.it

SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE MISURE ALTERNATIVE ALLA DEMOLIZIONE PER ILLECITO EDILIZIO

CONSTITUTIONALITY OF ALTERNATIVE MEASURES TO THE DEMOLITION OF BUILDINGS WITHOUT PERMIT

SINTESI

La Corte Costituzionale, con sentenze n. 140 del 5 giugno 2018 e n. 86 del 15 aprile 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni di legge, rispettivamente delle Regioni Campania e Basilicata, in tema di interventi edilizi in assenza o in difformità dal titolo abilitativo in contrasto con gli artt. 31 ss. del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico dell'edilizia). Le norme regionali censurate contrastano con i principi fondamentali in materia di governo del territorio - e quindi con l'art. 117, terzo comma, Cost. - là dove sostituiscono la previsione della sanzione della demolizione con ipotesi alternative alla rimozione degli abusi edilizi. La Corte Costituzionale ha, così, chiarito che al Legislatore regionale è precluso di intaccare e ridurre l'efficacia anche deterrente del regime sanzionatorio dettato dall'art. 31 del Testo unico dell'edilizia dovendo, nell'esercizio del proprio potere normativo derivato, rispettare il principio di legislazione statale che individua nella demolizione l'esito "normale" dell'edificazione di manufatti realizzati illecitamente.

ABSTRACT

With decisions no. 140 of 5 June 2018 and no. 86 of 15 April 2019 the Italian Constitutional Court ruled that Law no. 19 of 22 June 2017 of Campania Region and Law no. 19 of 24 June 2017 of Basilicata Region are partly unconstitutional for violating the provisions of Article 31 of the Presidential Decree no. 380 of 20 October 2001 (the "*Consolidated Building Act*").

The above Regional Laws, which leave to the Municipalities the choice of not demolishing the buildings without permit by introducing alternative measures are thus in contrast with the provisions set out in art. 31 of the Consolidated Building Act under which demolition shall be the "normal" outcome in case of works made without building permit.

PAROLE CHIAVE: demolizione degli immobili abusivi, testo unico edilizia, governo del territorio, condono, competenza legislativa concorrente.

KEYWORDS: demolition of buildings without permit, consolidated building act, land governance, building amnesty, concurrent legislative power.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La competenza legislativa concorrente nella materia «governo del territorio». – 3. La demolizione del manufatto realizzato abusivamente. – 4. L'indisponibilità dell'immobile abusivo acquisito al patrimonio pubblico. – 5. Cenni alla gestione dei beni improduttivi di utilità pubbliche. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

In accoglimento del ricorso proposto in via d'azione dal Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi degli artt. 127 Cost. e 31 ss. della legge 11 marzo 1953, n. 87, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 140 del 5 giugno 2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, della legge della Regione Campania 22 giugno 2017, n. 19 (*«Misure di semplificazione e linee guida di supporto ai Comuni in materia di governo del territorio»*). Le norme censurate attribuivano alla Giunta regionale la potestà di adottare linee guida non vincolanti per supportare gli enti locali nell'attuazione di *«misure alternative alla demolizione degli immobili abusivi ai sensi dell'articolo 31, comma 5 del d.P.R. n. 380/2001»*. La Corte ha ritenuto la disposizione impugnata violativa del principio fondamentale espresso dai commi da 3 a 6 dell'art. 31 del Testo unico dell'edilizia in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost. Gli atti regolamentari e d'indirizzo regionali scaturiti dalla legge regionale campana avrebbero, precisamente, indotto i Comuni a sottrarsi dal dovere funzionale primario - previsto dal procedimento sanzionatorio edilizio - di demolire le opere abusive acquisite al proprio patrimonio¹.

Il Giudice delle leggi ha nuovamente dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale invasiva delle prerogative riservate al legislatore statale con sentenza n. 86 del 15 aprile 2019. Le censure hanno stavolta interessato l'art. 4 della legge della Regione Basilicata 24 luglio 2017, n. 19 là dove consentiva ai Comuni di autorizzare *«il completamento funzionale ai fini dell'agibilità/abitabilità delle opere realizzate»* in assenza o in totale difformità dal titolo abilitativo, così configurando tale completamento, non già la demolizione, quale

¹ Le censure di illegittimità hanno interessato, precisamente, il co. 2 dell'art. 2 della Regione Campania 22 giugno 2017, n. 19, che consentiva ai Comuni di avvalersi di linee guida per approvare atti regolamentari e d'indirizzo riguardanti, tra gli altri: la regolamentazione della locazione e alienazione degli immobili acquisiti al patrimonio comunale per inottemperanza all'ordine di demolizione, *«anche con preferenza per gli occupanti per necessità»* (lett. c)); i criteri di determinazione del canone di locazione e del prezzo di alienazione dell'immobile (lett. d)); nonché i criteri di determinazione del possesso del requisito soggettivo di occupante per necessità, *«anche per quanto riferito alla data di occupazione dell'alloggio»* (lett. e)).

esito “ordinario”, della realizzazione delle opere. La scelta del legislatore lucano è stata invalidata in quanto avrebbe determinato l’inversione del rapporto fra “regola” (la demolizione) ed “eccezione” (le misure alternative alla demolizione), previsto nell’art. 31, comma 5, del Testo unico edilizia, contraddicendo la scelta fondamentale espressa dal legislatore statale di sanzionare con l’obbligo della rimozione degli interventi abusivi e del ripristino dell’ordinato assetto del territorio le più gravi violazioni della normativa urbanistico-edilizia in ragione della entità del pregiudizio arrecato all’interesse pubblico.

Nel suo impianto argomentativo, le pronunce in esame offrono numerosi spunti ricostruttivi in merito al corretto impiego dei manufatti abusivi acquisiti al patrimonio pubblico e, in generale, dei beni improduttivi di utilità pubbliche.

2. La competenza legislativa concorrente nella materia «governo del territorio».

Con l’emanazione della disposizione contenuta nel censurato art. 2, comma 2, l. r. n. 19 del 2017, la Regione Campania, nell’esercizio della potestà regionale concorrente, aveva, come accennato, adottato una normativa di dettaglio costituita dalle *«Linee guida per le misure alternative alle demolizioni di immobili abusivi»* di competenza della Giunta regionale, sull’applicazione, da parte dei Comuni, delle misure alternative alla demolizione dei fabbricati abusivi previste dall’art. 31, comma 5, d.p.r. 380/2001.

Non sorprende l’adesione alla tecnica delle linee guida da parte del legislatore regionale, allineatosi a una recente e diffusa tendenza che lo rende un fenomeno dalla non trascurabile importanza teorica e pratica, specie dopo l’adozione del nuovo Codice dei Contratti pubblici (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) che ha affidato all’ANAC (art. 213) *«attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile [...] la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti [...] e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche»*². Per comprimere il grado di discrezionalità interpretativa o agevolarne l’applicazione, è frequente che un testo normativo sia assistito da linee guida che enunciano criteri, metodologie, obiettivi, con una tecnica discorsiva destinata a combinarsi con quella precetti-

² G. MORBIDELLI, *Linee guida dell’Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 3, 2016; F. MARONE, *Le linee guida dell’autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, p. 743; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2017, p. 277.

va, più contigua a raccomandazioni e consigli più o meno stringenti³. In disparte le questioni problematiche in ordine alla loro natura giuridica e al grado di vincolatività, alle conseguenze in termini di invalidità degli atti adottati in loro violazione ed agli strumenti di tutela azionabili⁴, permangono delle criticità circa l'effettiva funzionalità di uno strumento che si propone di facilitare l'applicazione di una legge ordinaria non autosufficiente nel suo impianto precettivo e bisognevole di integrazione per l'attuazione della disposizione primaria⁵. Desta perplessità, perciò, l'iniziativa del legislatore campano di «*supportare gli enti locali nella regolamentazione ed attuazione di misure alternative alla demolizione degli immobili abusivi*» in presenza di un quadro normativo che non lascia spazio ad ambiguità. L'art. 31, comma 5 del Testo unico dell'edilizia prevede, infatti, la conservazione materiale del bene abusivo esclusivamente ove l'ente abbia accertato l'esistenza di prevalenti interessi pubblici contrari alla sua soppressione, esprimendo un contenuto precettivo che non lascia spazio all'intervento integrativo delle linee guida regionali.

Trattandosi di questioni attinenti all'edilizia ed all'urbanistica, in ogni caso, l'ambito tematico in cui andava ascritta l'impugnazione della norma divisata non poteva che essere individuato nel «*governo del territorio*» contemplato dall'art. 117, comma 3 Cost., su cui la Corte si era già pronunciata in un precedente relativo alle sanzioni edilizie, alla demolizione e conseguente acquisizione gratuita delle aree al patrimonio comunale⁶.

³ G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, op. cit., p. 277, secondo cui non sono un istituto o una categoria dogmatica come i regolamenti o gli atti amministrativi generali ma contenitori diversi, da accostare piuttosto alle circolari, caratterizzate dal fatto che, rispetto al testo normativo, esse sono non solo il «*punto di partenza ma anche di riferimento costante*».

⁴ Aspetti esaminati da V. NERI, *Note minime sulla disapplicazione delle linee guida ANAC da parte del giudice amministrativo e sulla rilevanza penale della loro violazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018.

⁵ Cons. Stato, Comm. Spec., 12 febbraio 2018, n. 361, secondo cui il modello delle Linee Guida «*resta finalisticamente improntato all'individuazione ed all'implementazione di buone prassi e quindi a migliorare la qualità delle procedure*», sebbene alla scelta di affidare l'applicazione del precetto primario ad un successivo atto di regolazione potrebbe essere preferita l'adozione semplificati modelli normativi dotati di completezza. **Da un punto di vista sistematico, la recente l. n. 55/2019 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici) ha optato il superamento del sistema fondato sulle Linee Guida A.N.AC e per il ritorno al Regolamento al fine di soddisfare esigenze di maggiore certezza e prevedibilità nelle gare pubbliche, anche alla luce dei dubbi sul regime di vincolatività delle Linee Guida rispetto alle stazioni appaltanti.**

⁶ Corte Costituzionale, 19 novembre 2015, n. 233, in *Giur. Cost.*, 6, 2015, p. 2139, con nota di R. CHIEPPA, *Un salutare stop a ulteriore e nuovo condono-sanatoria edilizia con legge regionale*.

La revisione del titolo V, parte II, della Costituzione realizzata con la l. Cost. n. 3 del 2001 ha, come noto, capovolto lo schema anteriore del riparto delle funzioni legislative in materia fra Stato-Regioni, adottando in favore dello Stato, prima titolare di potestà legislativa generale compressa solo dalle materie attribuite alle Regioni a statuto speciale e dalla competenza legislativa regionale concorrente ai sensi del vecchio art. 117, comma 1, una competenza per attribuzione diretta, tipica degli stati federali⁷. Investita immediatamente da un ricorso del Governo avverso una legge regionale della Regione Marche, la Corte Costituzionale ha chiarito l'ermeneutica da applicare al nuovo titolo V, spostando l'oggetto dell'indagine dalla ricerca dei limiti o dei presupposti della competenza regionale alla «esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenza statale». Ciò in quanto «la nuova formulazione dell'art. 117, comma 3, rispetto a quella previgente dell'art. 117, comma 1, Cost., esprime l'intento di una più netta distinzione fra la competenza regionale a legiferare nelle materie oggetto di legislazione concorrente e la competenza statale, limitata alla determinazione dei principi fondamentali della disciplina». Nell'esegesi della riforma costituzionale la Corte ha poi precisato che nella fase della transizione al nuovo sistema di riparto normativo, la legislazione regionale concorrente avrebbe dovuto svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore⁸.

La nuova formulazione dell'art. 117, comma 3, che affida alle Regioni la competenza legislativa in forma concorrente del governo del territorio, è peraltro il portato di un'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale inauguratasi all'indomani della legge urbanistica del 1942⁹. La distinzione tra nozione ristretta di urbanistica e quella più ampia, comprensiva delle competenze su paesaggio, ambiente, commercio, opere pubbliche, si stava attenuando attraverso l'opera di interpretazione della Corte costituzionale rispetto alla quale le Regioni, al di là di qualche intervento disorganico, hanno mostrato di non essere particolarmente sensibili nella scrittura di nuove regole sulla pianificazione territoriale. L'impulso ricevuto dal legislatore statale, con la previsione (art. 1-bis, d.l. 27 giugno 1985 n. 312, conv. in l. 8 agosto 1985 n. 431) della possibilità che le regioni adottino «piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali», è stato naturalmente percepito come un segnale tenue.

⁷ G. SCACCIA, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4.

⁸ Corte Costituzionale, 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, p. 394, con nota di V. MOLASCHI, *Livelli essenziali delle prestazioni e Corte costituzionale: prime impressioni*.

⁹ L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 1, p. 1.

La variazione strutturale dell'art. 117, comma 3, Cost., vorrebbe dissolvere esitazioni ed anche sfiducia verso un concetto radicato di urbanistica ancora etimologicamente legato alle città e sostituirvi il concetto ampio di “governo del territorio”, favorendo la *«tendenziale integrazione tra le competenze dello Stato e delle regioni»*¹⁰. Il rapporto fra normazione statale e regionale in materia urbanistica esprime, infatti, una relazione non *«di gerarchia, né di riserva di competenza ma di integrazione paritaria»*, che suppone uno spazio normativo libero “contendibile” da norme statali o regionali nel disegno di una leale collaborazione al di là dell'alveo ristretto fissato dall'art. 120, co. 2¹¹.

Di fronte al persistente conflitto tra i diversi attori dell'ordinamento, l'area riservata alla competenza statale di principio può, secondo la Corte Costituzionale, essere compressa - ma non eliminata - per salvaguardare un fattore tutelato in materia urbanistica, cui non è estraneo il rilievo assunto dall' *«affidamento che la collettività ripone nella sicurezza giuridica»*¹². In questo scenario la prima - in termini temporali - ad occupare gli spazi normativi disponibili può anche essere la regione, salvo dover arretrare di fronte ad una nuova normazione statale, sia di principi sia di dettaglio. Il quadro tende a trovare un suo equilibrio quando la normazione statale, nella parte in cui è di dettaglio, è, a sua volta, cedevole se sopravviene una legislazione regionale di merito¹³.

Proprio in una materia “sdruciolevole” come quella del condono edilizio, in cui i profili penalistici si intrecciano a quelli urbanistici, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 32 co. 26 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, valorizzando la competenza concorrente regionale nei settori dell'urbanistica e dell'edilizia. Questi risultano *«senz'altro ascrivibili alla nuova competenza di tipo concorrente in tema di governo del territorio»* rispetto ai quali, con l'eccezione dei contenuti di principio, va riconosciuto al legislatore regionale un ruolo rilevante

¹⁰ P. STELLA RICHTER, *La nozione di «governo del territorio» dopo la riforma dell'art. 117 cost.*, in *Giust. civ.*, 4, II, 2003, p. 111.

¹¹ Corte Costituzionale, 14 gennaio 2016, n. 1, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1, con nota di A. CANDIDO, *La leale collaborazione fra intese deboli e forti: una contrapposizione sbiadita*, che avverte la necessità del rispetto del principio di leale collaborazione da parte del legislatore statale che intervenga in un ambito in cui concorrono competenze eterogenee, ripartite fra Stato e Regioni.

¹² Corte Costituzionale, 12 aprile 2017, n. 73. Il Giudice delle leggi colloca la tutela dell'affidamento del cittadino rispetto all'illegittimo esercizio del potere amministrativo a corollario del principio di certezza a fondamento dello Stato di diritto e al livello dei principi europei che, in virtù dell'art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990, concorrono a presiedere l'azione amministrativa. Cfr. F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, p. 1195.

¹³ S. AMOROSINO, *Alla ricerca dei “principi fondamentali” della materia urbanistica tra potestà normative statali e regionali*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2009, p. 5.

di articolazione e specificazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale in tema di condono sul versante amministrativo¹⁴.

L'approvazione del Testo unico dell'edilizia ha posto non pochi problemi interpretativi, riversatisi sulle Regioni chiamate a regolare ambiti in cui urbanistica ed edilizia si attecchiscono a componenti del governo del territorio, laddove quest'ultimo concetto risulta essere più ampio rispetto alla materia urbanistica del previgente art. 117 Cost¹⁵. In una prima fase di adeguamento del nuovo art. 117, co. 3 Cost., il Giudice delle leggi è stato chiamato a mitigare, in via interpretativa, l'inclinazione del legislatore statale ad esorbitare dai limiti della normativa di principi, occupando spazi assegnati alla legislazione concorrente dall'incertezza definitoria del "governo del territorio". Essa ha così tracciato una linea argomentativa utile a guidare le regioni, affermando che la nuova disposizione costituzionale dell'art. 117, comma 3, non si presta a manipolazioni interpretative. L'evoluzione legislativa dal 1942 comprova che *«la materia edilizia rientra nel governo del territorio, come prima rientrava nell'urbanistica, ed è quindi oggetto di legislazione concorrente, per la quale le regioni debbono osservare, ora come allora, i principi fondamentali ricavabili dalla legislazione statale»*¹⁶.

Nello scrutinio dei principi cui lo Stato deve attenersi per non invadere la sfera di competenza regionale, è stato censurato l'art. 98 co. 1 d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui, stabilendo che *«l'approvazione dei progetti definitivi da parte del Consiglio Comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti»*, esprime un contenuto precettivo del tutto puntuale che non lascia alcuno spazio di intervento alle regioni; ne consegue che lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali, spettando alle regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio¹⁷.

Anche in materia di riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di Regioni, Comuni ed Enti locali, nonché di società o enti a totale partecipazione pubblica – per i quali l'art. 58, co. 1, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, prevede la redazione del piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione – la demarcazione fra urbanistica e finanza pubblica non appare netta. In questo caso, l'illegittimità del secondo comma art. 58 cit. è stata ricondotta all'ingerenza del legislatore statale nell'area riservata alla

¹⁴ Corte Costituzionale, 28 giugno 2004, n. 196, in *Giur. cost.* 2004, 3.

¹⁵ Differenza concettuale evidenziata da M. BASSANI, V. ITALIA, *Commento all'art. 2*, in V. ITALIA (a cura di) *Testo Unico dell'Edilizia*, coordinato da V. ITALIA, Milano, 2003, p. 22, resa più marcata dopo l'approvazione del Testo unico dell'edilizia.

¹⁶ Corte Costituzionale, 29 luglio 2005, n. 343, in *Giur. cost.*, 2005, 4.

¹⁷ Corte Costituzionale, 23 novembre 2007 n. 401, in *Foro it.*, 2008, I, 1787, con nota di G. CORSO, G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza ed ordinamento civile*.

normativa di dettaglio assegnata alle Regioni, in ordine alla previsione della variante al piano urbanistico generale, quale effetto discendente dall'approvazione del piano immobiliare da parte del Consiglio Comunale¹⁸. Analogamente, la violazione del modello *ex art.* 117, comma 3, Cost. (in base al quale tra disposizioni di principio e di dettaglio alle prime spetta prescrivere criteri ed obiettivi, alle seconde l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi) giustifica la censura di incostituzionalità della normativa statale che abbia riconosciuto direttamente alla deliberazione del Consiglio Comunale valore di variante urbanistica, senza sottoporla alla verifica di conformità agli atti di pianificazione sovraordinata di competenza regionale¹⁹.

Nel tentativo di riordinare le conflittuali relazioni fra Stato e regioni, l'attività interpretativa della Consulta è stata sensibilmente energica sul versante degli interventi edilizi, specie quanto alla distinzione tra le ipotesi di ristrutturazione e nuova costruzione. Le disposizioni che definiscono le categorie di interventi, da cui, in conformità a queste ultime, è disciplinato il regime dei titoli abilitativi, con riguardo al procedimento e agli oneri, nonché agli abusi e alle relative sanzioni, anche penali, sono annoverate fra i principi fondamentali della materia²⁰.

La definizione delle diverse categorie di interventi edilizi spetta allo Stato, il quale detta in modo uniforme la disciplina sull'intero territorio nazionale affermando «*due tipi di interessi pubblici diversi: quello alla conservazione del paesaggio, affidato allo Stato, e quello alla fruizione del territorio, affidato anche alle Regioni*»²¹. La finalità è quella di realizzare uno sviluppo armonico delle rispettive discipline, che sarebbe compromesso se il legislatore regionale potesse definire a propria discrezione tale linea, con la conseguente difformità normativa che si avrebbe tra le varie Regioni con conseguenti ricadute sul «*paesaggio [...] della Nazione*» (art. 9 Cost.), inteso come aspetto del territorio inclusivo degli aspetti di tutela am-

¹⁸ Corte Costituzionale, 30 dicembre 2009, n. 340, in *Red. Giuffrè*, 2010.

¹⁹ La violazione del modello normativo contenuto nell'art. 117, comma 3, Cost., in base al quale tra disposizioni di principio e di dettaglio alle prime spetta prescrivere criteri ed obiettivi, alle seconde l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi, giustifica la censura di incostituzionalità della normativa statale che abbia riconosciuto direttamente alla deliberazione del Consiglio Comunale valore di variante urbanistica, senza sottoporla alla verifica di conformità agli atti di pianificazione sovraordinata di competenza regionale. In questo senso: Corte Costituzionale, sentenze nn. 341 del 26 novembre 2010, 272 del 14 novembre 2013, 232 dell'8 novembre 2017, in *Giur. Cost.*, 6, 2017, p. 2359, con nota di F. SAITTA, *Permesso di costruire in sanatoria: la «doppia conformità» come principio fondamentale*.

²⁰ Corte Costituzionale, 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, 5.

²¹ Corte Costituzionale, 7 novembre 2007, n. 367, in *Giur. cost.*, 2007, 6.

bientale e culturale, connotati di per sé come valori costituzionale immediatamente precettivi²².

L'inflessibilità delle pronunce della Corte rispetto alle iniziative legislative regionali pronte ad introdurre forme di condono edilizio invasive della potestà statale e della ripartizione delle competenze nella materia del governo del territorio ha precluso alle Regioni di regolare gli abusi edilizi con semplici sanzioni amministrative pecuniarie in conflitto con la persistenza di un prioritario interesse alla demolizione, quale reazione dell'ordinamento alla condotta illecita²³.

3. La demolizione del manufatto realizzato abusivamente.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 140/2018, confermata nel suo impianto argomentativo dalla successiva sentenza n. 86/2019, prosegue nell'opera di consolidamento della fattispecie delineata dall'art. 117, co. 3 Cost., destinata a stabilire un corretto equilibrio con la legislazione regionale.

La Corte si interroga se le disposizioni contenute nell'art. 31 del Testo unico dell'edilizia, e, in particolare, i commi 3-6, costituiscano principio fondamentale della materia "governo del territorio", allo scopo di attrarre la fattispecie concreta nell'alveo della normazione statale di cornice di cui all'art. 117, comma 3. La chiave ricostruttiva poggia sulla scelta di annoverare la disciplina della demolizione dell'immobile abusivo e l'acquisizione al patrimonio comunale tra i principi fondamentali della materia "governo del territorio", recando in sé una normativa uniforme su tutto il territorio nazionale vincolante per le Regioni, a tutela del superiore interesse all'ordinato assetto del territorio.

Il citato art. 31 sanziona, infatti, le violazioni commesse in relazione agli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali rispetto a esso, ripartendo puntualmente la competenza ad irrogare le misure restrittive in capo a più organi comunali: l'ingiunzione a demolire le opere abusive, l'accertamento dell'inottemperanza e l'ordinanza

²² Corte Costituzionale, 23 novembre 2011, n. 309, con nota di M. GORLANI, *Quando è la Corte ad indicare i principi fondamentali di una materia di potestà concorrente*, in *Giur. cost.*, 6, 2011, p. 4319. La Corte ha ravvisato l'illegittimità dell'art. 27, co. 1, lettera d)), ultimo periodo, della legge della Regione Lombardia n. 12 del 2005, nella ridefinizione della ristrutturazione edilizia, interventi di demolizione e ricostruzione senza il vincolo della sagoma, ritenuta in contrasto con il principio fondamentale stabilito dall'art. 3, co. 1, lettera d), del d.p.r. n. 380 del 2001, con conseguente violazione dell'art. 117, co. 3, Cost., in materia di governo del territorio.

²³ Corte Costituzionale, 19 novembre 2015, n. 233, in *Giur. Cost.*, 6, 2015, p. 2139, con nota di R. CHIEPPA, *Un salutare stop a ulteriore e nuovo condono-sanatoria edilizia con legge regionale*.

esecutiva di demolizione attengono all'esercizio di poteri gestionali in capo al dirigente o al responsabile del servizio comunale; la valutazione dell'esistenza di prevalenti interessi pubblici e la mancanza di contrasto con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico, spetta al Consiglio Comunale, al quale è affidata la scelta di preservare dalla demolizione l'immobile, frattanto acquisito al patrimonio comunale con l'area di sedime ai sensi del comma 3.

Nei commi 2-6 è articolata l'attività sanzionatoria comunale in due fasi, di cui l'una (commi 2-3) è dedicata all'accertamento dell'abuso ed alla reazione dell'ente titolare della vigilanza urbanistica sul territorio attraverso l'ingiunzione a demolire, scaturendo, in caso di inottemperanza, l'effetto acquisitivo in favore del Comune. Nella seconda fase (commi 4-5), formato il verbale di accertamento dell'inottemperanza ai fini della trascrizione nei registri immobiliari del bene già acquisito per legge nel patrimonio comunale (comma 4), spetta al Comune la scelta di scrutinare gli interessi pubblici per salvare dalla demolizione il bene acquisito (comma 5). Per gli interventi abusivi eseguiti su terreni sottoposti a vincoli di inedificabilità stabiliti da norme statali o regionali, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione a demolire, «*si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo*», le quali «*provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi*», sempre a spese dei responsabili dell'abuso (primo e secondo periodo del comma 6). Nell'ipotesi di concorso dei vincoli, la normativa previene l'insorgere di conflitti fra più enti, assegnando l'acquisizione gratuita direttamente ai Comuni (ultimo periodo, comma 6).

Il paradigma di illecito edilizio è tipicamente trattato dall'ordinamento attraverso un modello fitto di regole sulla competenza, condizioni, termini, titolarità dei beni, che se corrisponde a un intervento legislativo di tipo settoriale, particolaristico, è al tempo stesso, capace di assicurare protezione ad una pluralità di interessi pubblici che spaziano dall'esigenza di contrastare l'illecito edilizio al riuso dell'immobile acquisito gratuitamente. In tale prospettiva, potrebbero avanzarsi seri dubbi sui margini di operatività concessi dai commi 2-6 dell'art. 31 cit. alla legislazione regionale attuativa, ove si consideri la disciplina statale talmente esaustiva da assorbire la sequenza principio-dettaglio basilare per gli equilibri istituzionali tracciati dall'art. 117, co. 3 Cost.

Non acquista, invece, automaticamente, il rango di criterio direttivo l'auto-qualificazione, da parte del legislatore statale, di determinate disposizioni come principi fondamentali di una materia. Al contrario, «*si attribuirebbe allo Stato la potestà di comprimere senza alcun limite il potere legislativo regionale*», con

un'operazione irraguardosa rispetto alla oggettiva sostanza ed alla funzione nell'ordinamento dei principi stessi²⁴. Eppure, nella giurisprudenza della Corte si avverte l'idea che la nozione di "principio fondamentale", quale discrimine obiettivo nelle materie di competenza legislativa concorrente tra attribuzioni statali e regionali, non vada appiattito in termini di rigidità e di universalità, perché le "materie" subiscono periodicamente livelli di definizione – emblematica è l'evoluzione della nozione di urbanistica dal 1942 in poi – operate dal legislatore sulla base di «*criteri normativi essenziali che l'interprete deve valutare nella loro obiettività, senza essere condizionato in modo decisivo da eventuali auto-qualificazioni*»²⁵.

In tal senso, il tenore dell'art. 1, co. 1, del Testo unico dell'edilizia («*Le regioni esercitano la potestà legislativa concorrente in materia edilizia nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nel testo unico*»), in adesione alla visione sostanzialistica che informa i principi fondamentali della materia, assegna all'interprete il non agevole onere di rintracciarli ed enunciarli dalle disposizioni racchiuse nei vari livelli di normazione. Al fine di rendere possibile il fine dell'art. 117, co. 3 Cost. secondo lo schema del "concorso vincolato fra fonti", la Regione è titolare della potestà legislativa in una materia condivisa con lo Stato che, secondo un modello che applica un vincolo negativo di contenuto, può concepire solo norme di principio; la legge regionale non può eccedere dai limiti posti dal legislatore statale essendo tenuta al vincolo positivo dei principi fondamentali²⁶. È stato, del resto, affermato che il carattere auto-applicativo ed autosufficiente della disposizione statale non implica affatto che essa abbia natura "di dettaglio", invasivo dello spazio di competenza della legislazione regionale, conservando, nel sistema della legislazione concorrente, la natura "di principio" anche se la sua efficacia non richieda specifiche disposizioni attuative da parte delle Regioni²⁷. Il contenuto auto-applicativo della

²⁴ Corte Costituzionale, 13 luglio 2007, n. 268, in *Foro it.*, 2009, 5, I, 1355.

²⁵ Corte Costituzionale, 28 gennaio 2005, n. 50. Corte Costituzionale, 23 novembre 2007, n. 387, in *Giur. Cost.*, 6, 2007, p. 4348, con nota di S. BOCCALATTE, *Annulare il nulla? Osservazioni minime in tema di autoqualificazione della «base giuridica» della legge* Corte Costituzionale, il quale suddivide le auto-qualificazioni legislative, prive di vincolatività per l'interprete, in tre categorie: a) di «oggetto», «finalità», «obiettivi», «scopi» della legge; b) di leggi o norme di «interpretazione autentica»; c) in materia di titolo di competenza a legiferare auto-qualificando una disposizione o un atto legislativo come contenente «*principi*» e, di converso, norme «*di dettaglio*», rilevanti nel vaglio costituzionale sull'art. 117, comma 3.

²⁶ G. SCACCIA, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, cit., p. 12, secondo il quale l'articolazione attuale delle competenze non differisce da quello delineato nella formulazione originaria dell'art. 117 Cost. sebbene la giurisprudenza costituzionale abbia disatteso il concorso vincolato fra le fonti, ritenendo ammissibile le incursioni statali nella sfera di competenza regionale fino a quando quest'ultima non fosse stata esercitata.

²⁷ Corte Costituzionale, 5 aprile 2016, n. 67, in *Foro it.*, 2016, I, 2312.

legge statale ha, così, suscitato l'attenzione della Corte che l'ha ritenuta incompatibile con la dicotomia norme di principio e norme di dettaglio, non essendo riconducibile nell'alveo dei principi fondamentali della materia di riferimento, verificandosi, al contrario, l'effetto espropriativo della competenza regionale privata dello spazio nel quale esercitare scelte autonome²⁸.

Nella parte motiva della sentenza n. 140/2018, la Corte ribadisce con risolutezza («*La risposta non può che essere affermativa*») la correlazione fra l'ipotesi di violazioni più gravi della normativa urbanistico edilizia – quali sono la realizzazione di opere in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali rispetto a esso – e le sanzioni della demolizione dell'opera abusiva e dell'acquisizione al patrimonio pubblico, affermando «*la portata del principio fondamentale [...] che vincola la legislazione regionale di dettaglio in materia di misure alternative alle demolizioni*».

Le conclusioni della Corte sono perciò nel senso che la demolizione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio del Comune costituisce un principio fondamentale della legislazione statale che vincola la legislazione regionale di dettaglio in materia di “misure alternative alle demolizioni”. La distinzione fra principi e regole appare in tal modo, dogmaticamente netta, se rapportata al valore fondante e costitutivo dei primi, e dalla regolamentazione di dettaglio della fattispecie delle seconde²⁹.

È interessante notare come il ragionamento desunto dalla sentenza n. 140/2018 è sia confermato nella successiva pronuncia della Corte Costituzionale n. 59 del 15 aprile 2019. Essa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. r. Basilicata 24 luglio 2017, n. 19 nella parte in cui consentiva ai Comuni di autorizzare il completamento dell'iter funzionale ai fini dell'agibilità ed abitabilità degli immobili realizzati abusivamente, finendo per declassificare la demolizione quale esito soltanto eventuale della realizzazione in assenza di idoneo titolo edilizio. La scelta del legislatore lucano è risultata, pertanto, invasiva delle prerogative del legislatore e prevaricatrice dello schema di ripartizione delle competenze normative di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., poiché rivolta ad alterare altera il rapporto fra “regola” (la demolizione) ed “eccezione” (le misure alternative alla demolizione), delineato nell'art. 31, comma 5 del Testo unico dell'edilizia.

²⁸ Corte Costituzionale, 24 luglio 2009, n. 237, in *Giur. cost.*, 4, 2009, p. 2970, con nota di G. C. DE MARTIN, M. DI FOLCO, *Un orientamento opinabile della giurisprudenza costituzionale in materia di comunità montane*.

²⁹ F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID., (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 85.

La più recente pronuncia della Corte costituzionale n. 86/2019 conferma la ragionevolezza della scelta operata dal legislatore statale di imporre la rimozione dell'opera abusiva proprio in ragione della gravità del pregiudizio recato all'interesse pubblico, traducibile nell'incisione dei rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico³⁰. Nondimeno, si potrebbe a lungo discutere sull'effettività di tale scelta normativa³¹, specie se rapportato al dilagante e diffuso fenomeno dell'abusivismo edilizio le cui azioni di contrasto, tanto in sede amministrativa che giudiziaria, appaiono storicamente deboli³².

4. L'indisponibilità dell'immobile abusivo acquisito al patrimonio pubblico.

Fra i molteplici valori desumibili dai commi 2-6, art. 31 del Testo unico dell'edilizia, la Corte Costituzionale ha ravvisato un principio di tendenziale indisponibilità da parte dei Comuni degli immobili acquisiti al patrimonio pubblico a garanzia dell'uniformità della tutela del governo del territorio. Ciò implica la necessità di demolire, di regola, l'immobile abusivo. Ma l'astratta evenienza di conservazione con decisione rimessa al Consiglio Comunale richiede un'attività di valutazione e selezione di interessi irta di difficoltà. Il giudizio di prevalenza dello specifico interesse pubblico al mantenimento dell'immobile rispetto al ripristino della conformità del territorio alla normativa urbanistico-

³⁰ Per converso, anche la sanatoria delle opere abusive realizzate in aree sottoposte a vincolo idrogeologico, ambientale e paesistico, va sottoposta a limiti rispetto ai quali la tutela degli aspetti urbanistico-edilizi degrada ad interesse solo eventuale. Con riferimento al procedimento di sanatoria previsto dall'art. 32 co. 27 lett. d), d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, la giurisprudenza amministrativa (e per tutte: Consiglio di Stato, sez. IV del 16 agosto 2017 n. 4007), ha chiarito, in particolare, che le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico, sono sanabili soltanto in presenza di taluni requisiti (segnatamente: a) si tratti di opere realizzate prima della imposizione del vincolo; b) seppure realizzate in assenza o in difformità del titolo edilizio, siano conformi alle prescrizioni urbanistiche; c) siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria); d) vi sia il previo parere dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo). Sono invece sanabili, se conformi a detti strumenti urbanistici, solo gli interventi cd. minori, previo parere della autorità preposta alla tutela del vincolo. Cfr. Cass. pen., sez. III, 29 luglio 2016 n. 40676.

³¹ Nel pensiero di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ed. Torino, 2000, p. 96, l'esistenza del diritto, cioè la sua effettività, dipende e quindi è condizionata dalla materiale osservanza della norma, anziché dalla norma stessa, e considera la sanzione necessaria al precetto: «Il diritto vale soltanto come diritto positivo, e cioè come diritto posto» ed è effettivo solo se «applicato e osservato».

³² Sulle difficoltà di condurre a compimento le sanzioni edilizie in un sistema giudiziario ed amministrativo indulgente verso tali illeciti: U. RICCIARDI, C. PACILIO, *La demolizione giudiziale delle opere abusive*, Napoli, Rogiosi, 2017.

edilizia va esteso all'assenza di un contrasto della conservazione dell'opera «*con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico*».

All'opposto, i legislatori campano e lucano si sono allontanati dalla *sedes materiae* dell'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto il *favor* verso la conservazione dell'immobile abusivo, peraltro designato, in un caso, ad essere riconvertito nella locazione o nell'alienazione all'occupante per necessità – dunque persino al responsabile dell'abuso³³ –, non è conforme al principio fondamentale della legislazione statale che individua nella demolizione l'esito necessario della edificazione di immobili abusivi acquisiti al patrimonio dei Comuni. Una lettura orientata costituzionalmente dei commi 2-6, art. 31 del Testo unico dell'edilizia va invece rintracciata nella prevalenza della sanzione demolitoria per gli illeciti edilizi a salvaguardia dell'effettività della tutela di superiori interessi pubblici. La misura della conservazione dell'immobile prevista dal comma 5 quando, «*con deliberazione consiliare [...] si dichiara l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera [stessa] non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico*», costituisce una chiara deroga nel sistema. Tale delibera non può basarsi su valutazioni di carattere generale o riguardanti genericamente più edifici, ma deve dare conto delle specifiche esigenze che giustificano la scelta di conservazione del singolo manufatto, precisamente individuato³⁴.

A conferma dell'eccezionalità del rimedio alternativo alla demolizione, nella sentenza n. 140/2018, la Corte precisa che l'acquisizione al patrimonio comunale e la trasformazione della natura dell'immobile sanzionato in un bene pubblico non comporta che l'opera diventi legittima sotto il profilo urbanistico-edilizio, poiché la sua sorte primaria sarebbe, comunque, quella della demolizione «*con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso*» (art. 31, co. 5, d.p.r. n. 380 del 2001).

La questione così posta nella sentenza esaminata, merita una riflessione.

La sequenza procedimentale delineata dall'art. 31, commi 2-6, cit. prevede, in caso di mancata ottemperanza dell'ingiunzione a demolire nel termine

³³ Previsione espressa nell'art. 2, co. 2, della l. r. Campania 22 giugno 2017, n. 19, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte Costituzionale n. 140 del 5 giugno 2018 *ivi* commentata. Vale la pena accennare che in assenza di una apertura all'uso pubblico del bene – idonea ad incrementare l'esercizio dei diritti dei terzi in una dimensione solidaristica – l'occupazione *sine titulo*, anche se tollerata da parte dell'amministrazione, avviene *contra jus*. Così R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Napoli, Edizioni Esi, 2019, p. 324.

³⁴ Cass. pen., sez. III, 18 maggio 2017, n. 57942, afferma che il controllo del giudice penale in sede di esecuzione non viene meno dinanzi alla deliberazione comunale di salvare il bene dalla demolizione allegando prevalenti interessi pubblici.

legale di novanta giorni, l'acquisizione di diritto del bene e dell'area di sedime. L'acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio comunale è sì immanente al carattere sanzionatorio dell'ordine di demolizione, ma non è misura strumentale per consentire al Comune di eseguire la demolizione, né può configurarsi una sanzione accessoria di questa. Essa costituisce una sanzione autonoma, con funzione di prevenzione sociale e di coazione all'esecuzione spontanea della demolizione³⁵. L'“effetto traslativo” conseguente all'inottemperanza “volontaria e consapevole”³⁶ del privato all'ingiunzione, abilita l'amministrazione comunale ad una scelta tra demolizione o conservazione del bene, definitivamente già acquisito, in presenza di prevalenti interessi pubblici³⁷.

Il fenomeno dell'acquisizione gratuita va ricompreso nell'ambito delle sanzioni in senso stretto per la immanente funzione punitiva ed afflittiva nei riguardi del responsabile dell'abuso che la rende “autonoma” dalla demolizione³⁸. Il suo inquadramento sistematico impone un raffronto con l'analogo istituto della confisca amministrativa, prevista come rimedio accessorio generale dall'art. 20, l. 24 novembre 1981, n. 689, rispetto alla sanzione pecuniaria principale³⁹. Le affinità causali tra le due figure sono evidenti in quanto per entrambe la reazione dell'ordinamento origina dall'accertamento di un'infrazione dalla quale discende l'acquisizione del bene in favore dell'amministrazione, al punto che la giurisprudenza non esita ad accostare indifferentemente le due figure a scopo descrittivo⁴⁰.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5788.

³⁶ È interessante evidenziare che l'acquisizione gratuita di opere edilizie abusive discende automaticamente dall'inottemperanza volontaria entro il termine di novanta giorni e il seguente provvedimento di accertamento dell'inottemperanza ha carattere dichiarativo e non costitutivo dell'effetto traslativo, tant'è che anche la demolizione effettuata dall'autore dell'abuso oltre il predetto termine non può escludere l'effetto acquisitivo, operando su di un bene non più suo. V. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 7 novembre 2014, n. 2760, in *Redazione DeJure*, 2014. Sotto altro aspetto non meno rimarchevole, l'ineluttabilità dell'effetto traslativo, conseguenza *ope legis* dell'inottemperanza non costituisce impedimento tecnico-giuridico alla possibilità di eseguire l'ordine di demolizione, in quanto il trasferimento dell'immobile nella disponibilità dell'ente locale è esclusivamente preordinato ad una sua più agevole demolizione e non invece ad incrementare il patrimonio dell'ente locale con opere che contrastano con l'assetto urbanistico del territorio (Cass. pen., sez. III, 16 novembre 2004 n. 49397, in *Cass. pen.*, 2006, 7-8, 2586).

³⁷ Corte Costituzionale, 15 luglio 1991 n. 345, in *Foro it.*, 1992, I, 3.

³⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2018, n.1263, in *Redazione DeJure*, 2018.

³⁹ Secondo C. E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 364, il fine essenzialmente repressivo della confisca amministrativa non è comune all'acquisizione gratuita, vista «come effetto giuridico “surrogatorio”, dalla legge direttamente fatto discendere dalla mancata realizzazione dell'intervento ripristinatorio primario (la demolizione)».

⁴⁰ Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 2017, n. 5788; sez. VI, 23 novembre 2017, n. 547; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 4 agosto 2015.

L'effetto estintivo-accrescitivo del patrimonio indisponibile comunale discende direttamente dalla legge e costituisce modo di acquisto della proprietà a titolo originario, con la conseguenza che eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi né il tempo della trascrizione, né il principio di continuità delle trascrizioni che risolve solo i conflitti tra più acquisti a titolo derivativo⁴¹.

In tale prospettiva, la cessazione *ex lege* della qualità di proprietario⁴² rende il verbale di accertamento dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione privo di contenuto dispositivo, constatandosi in esso, in via meramente ricognitiva, l'inadempimento dell'ordine di demolizione da parte del responsabile dell'abuso. La natura dichiarativa del verbale rende anche superflua la notificazione al responsabile dell'illecito prima di adottare il provvedimento con cui si disponga l'acquisizione gratuita. Il compimento della notificazione all'interessato è, invece, ritenuto necessario dal comma 4, ove l'ente intenda servirsi dell'accertamento formale dell'inottemperanza per assecondare l'immissione in possesso e la trascrizione nei registri immobiliari del titolo dell'acquisizione⁴³.

L'effetto accrescitivo in favore dell'ente determina, così, il “perimento giuridico” del bene quale effetto del trapasso dalla sfera privata a quella pubblica a titolo originario e della sua trasformazione in una *res* priva di legami con le vicende passate⁴⁴.

La trasformazione dell'immobile abusivo in un bene del patrimonio indisponibile, quale sanzione a carico del privato responsabile della mancata demolizione, non provoca, secondo la Corte, l'effetto sanante del bene sotto l'aspetto edilizio-urbanistico, nel senso che la sua perdurante difformità dalle regole urbanistiche violate non lo sottrae dalla demolizione. Il disfavore dell'ordinamento verso ogni forma di indulgenza riguardo agli abusi edilizi giustifica, in tal modo, la sorte preferibilmente caduca del bene abusivo a presidio del preminente interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi. Nel bilanciamento degli interessi da comporre, il legislatore ha ritenuto cedevoli sia

⁴¹ Cass. civ., sez. VI, 6 novembre 2017, n. 23453; Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2008, n. 6174.

⁴² L'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione nel prescritto termine ha carattere dichiarativo. Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5471; sez. IV, 5 maggio 2017, n. 2053; sez. VI, 8 febbraio 2013; sez. V, 20 aprile 1994, n. 333.

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2368.

⁴⁴ Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1693.

l'affidamento dell'occupante al mantenimento dell'immobile⁴⁵, anche quando l'ingiunzione di demolizione sopravvenga a distanza di tempo⁴⁶, sia la vocazione utilitaristica del bene al servizio della collettività. Tale scelta legislativa non è in contraddizione con il regime dominicale dei beni patrimoniali indisponibili, il cui carattere essenziale è individuato nella destinazione o scopo di pubblico interesse cui i beni pubblici sono rivolti⁴⁷. La stessa correlazione fra il bene pubblico e la funzione di interesse generale perseguita dall'ente proprietario è, del resto, fattore decisivo per la precisazione del "concetto di proprietà pubblica", da inquadrare come "proprietà necessaria" all'ente pubblico per lo svolgimento delle sue funzioni ed il conseguimento dei suoi fini, la cui attuazione diventa lo "scopo" della sua esistenza⁴⁸.

Ne consegue che l'immobile acquisito al patrimonio pubblico è indisponibile e, fino a quando l'ente non ravvisi una destinazione specifica da valutare con deliberazione del Consiglio Comunale, la sua vocazione non può che essere la demolizione eseguita in sede gestionale dai soggetti competenti, attraverso una scelta verso cui, pur rimanendo nel campo dell'esercizio doveroso di una potestà sanzionatoria, residuano elementi di discrezionalità⁴⁹.

La misura della demolizione va eseguita non già tanto per eliminare fisicamente di un bene privo di utilità sociale, quanto al fine di affermare, attraverso la repressione delle condotte illecite, la cessazione della turbativa dell'ordine sociale⁵⁰ ed il ripristino della funzione di governo del territorio anche sotto il

⁴⁵ Tale principio trova puntuale applicazione nell'esercizio dello *ius poenitendi*, richiedendo all'amministrazione un contegno chiaro e lineare, fondato sull'obbligo di serbare un atteggiamento basato sul generale principio di *clare loqui* indispensabile per una corretta gestione della cosa pubblica, che l'amministrazione deve assicurare per la sua peculiare posizione, al pari o ancor più delle altre organizzazioni complesse. Cfr. G. M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, p. 1529.

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 24, I, p. 67, con nota di M. TRIMARCHI, *Il contrasto dell'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*. Ben diversa è l'ipotesi di doverosa, seppur tardiva, attivazione dell'ordine di demolizione di manufatti privi *ab origine* di qualunque titolo legittimante, contestualizzata nella successiva sentenza dell'Ad. Plen. N. 9/2017, ove si è chiarito che la mera inerzia da parte dell'amministrazione appare inidonea a legittimare l'edificazione *sine titulo*.

⁴⁷ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 50.

⁴⁸ E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, p. 15.

⁴⁹ Sulla discrezionalità nei procedimenti di autotutela esecutiva, F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione*, Napoli, 1995, p. 120.

⁵⁰ Per un inquadramento dogmatico delle sanzioni amministrative si rinvia a M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pp. 1303-1305, il quale ascrive la radice della funzione sanzionatoria nella potestà punitiva, analoga al magistero penale, di cui lo Stato è titolare, individuando nelle infrazioni a precetti impositivi di doveri e di obblighi un elemento formale, consistente nell'inosservanza del precetto - normativo, provvedimentale o giurisdizionale - ed un elemento sostanziale consistente nella turbativa di taluni interessi. La de-

profilo paesaggistico-ambientale⁵¹. Nondimeno si potrebbe rilevare come il fine vincolato dell'abbattimento dell'immobile abusivo non elimini interamente i dubbi quanto a conformità con la destinazione pubblica impressa dalla legge tramite il trapasso nel patrimonio pubblico. Il carattere finalisticamente pubblico è, da un lato, strumentale affinché l'ente proprietario consegua i propri scopi e, dall'altro, favorisce l'uso generale o particolare che spetta alla comunità, collettivamente o individualmente, per conseguirne profitto sociale⁵².

5. Cenni alla gestione dei beni improduttivi di utilità pubbliche.

Tra le disposizioni regionali censurate dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 140/2018 un accenno merita la prospettazione della locazione e l'alienazione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale «*anche con preferenza per gli occupanti per necessità*», come «*esiti normali verso cui destinare i suddetti immobili*»⁵³. Sebbene lo scrutinio della Corte si sia solo incidentalmente soffermato su tale opzione normativa, non sfugge come questa, combinandosi precettivamente con i commi 3-6, art. 31 del Testo unico dell'edilizia – che consente all'ente tramite deliberazione consiliare di conservare l'immobile abusivo –, potrebbe celare un tentativo di sanatoria generalizzata⁵⁴.

molizione delle opere abusive sarebbe così da inquadrare nei procedimenti sanzionatori esecutivi avviati per infrazione ad ordini repressivi.

⁵¹ La giurisprudenza ha ripetutamente ribadito, specialmente nei procedimenti di sanatoria, la necessità di accordare preminenza alle esigenze di tutela ambientale rispetto agli aspetti urbanistico-edilizi. Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 21 ottobre 2014, n.5173, che ha affermato la legittimità del diniego di condono di manufatti abusivamente realizzati tali per loro natura, consistenza e caratteristiche tipologiche da arrecare una trasformazione dell'area sotto il profilo paesaggistico-ambientale. V. da ultimo, Consiglio di Stato sez. VI, 25 marzo 2019, n. 1960, che ha escluso che le opere edilizie abusivamente realizzate in aree sottoposte al vincolo ambientale e paesistico comportanti la realizzazione di nuove superfici e di nuova volumetria possano essere sanate.

⁵² Cfr. A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 286-288 e 292-293, per cui la categoria dei beni patrimoniali indisponibili, in ragione della sua eterogeneità, si caratterizza dall'assenza di un regime uniforme che trova elemento di raccordo nella insottraibilità dalla loro destinazione, compatibile con la tassonomia di uso "diretto", "generale" e "particolare" comune ai beni pubblici, che consente all'amministrazione di realizzare la sua azione.

⁵³ Art. 2, comma 2, lett. c), l. r. Campania 22 giugno 2017, n. 19 (Misure di semplificazione e linee guida di supporto ai Comuni in materia di governo del territorio).

⁵⁴ Sollevate in occasione del giudizio di legittimità costituzionale culminato nella sentenza della Corte Costituzionale del 15 aprile 2019, n. 86, la Corte non ha, tuttavia, ritenuto fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 l. r. per violazione degli artt. 25 e 117, secondo comma, lettera l), Cost. Le norme censurate non allargherebbe l'area del condono edilizio rispetto a quanto stabilito dalla legge dello Stato ma inciderebbe solo sulla facoltà per i Comuni di escludere, in taluni casi, la demolizione dell'opera e di autorizzarne, all'opposto, il completamento in ragione della impossibilità del ripristino dello stato dei luoghi connessa al

Non è inutile osservare che l'acquisizione al patrimonio indisponibile assoggetta l'immobile abusivo alle "regole particolari" di cui art. 828, co. 1 c.c. che impongono, almeno sotto l'aspetto soggettivo, il mantenimento della titolarità in capo all'ente pubblico come strumento dell'esercizio del potere ed il perseguimento dell'interesse generale. Le censure di legittimità sull'effetto "navetta" del bene abusivo fra il patrimonio pubblico e privato – così come disegnato dal legislatore campano – tendono a garantire l'integrità della destinazione pubblica del manufatto, pur sempre abusivo, ponendola al riparo dalle distorsioni dirette a minare le finalità del procedimento edilizio-sanzionatorio, proprio nel momento in cui il manufatto viene restituito al responsabile dell'illecito edilizio a titolo di compravendita.

Rispetto alla misura sanzionatoria dell'acquisizione gratuita (introdotta dall'art. 15, co. 3, l. 28 gennaio 1977, n. 10 e confermato dall'art. 7, co. 5, l. 47/85 e dall'art. 31, co. 5 d.p.r. n. 380/2001) lo schema della vendita del bene in favore del responsabile dell'abuso, postulando la degradazione del bene pubblico in bene del patrimonio disponibile, è certamente incompatibile con la stabilizzazione del regime pubblico dell'immobile in virtù dell'acquisizione sanzionatoria.

Anche i recenti interventi normativi rivolti a privilegiare le esigenze finanziarie degli enti territoriali ed il primario interesse di ridurre la spesa pubblica complessiva, inducono a dubitare della correttezza dell'orientamento espresso, nel caso in esame, dalla Regione Campania. L'art. 58, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133, attribuisce a Regioni ed agli enti territoriali la potestà di adottare il piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari allegato al bilancio di previsione nel quale, previa intesa, sono inseriti *«i singoli beni immobili ricadenti nel territorio di competenza, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, suscettibili di valorizzazione ovvero di dismissione»*. Dall'approvazione del piano discende l'effetto di declassificare il bene in patrimonio disponibile destinato, quindi, ad essere ceduto. La *ratio* di tale disciplina va ricercata nell'esigenza di arginare il collasso della spesa pubblica con l'obiettivo di sollevare la precaria finanza locale, offrendo agli enti territoriali e società partecipate l'opportunità di liberarsi del patrimonio immobiliare improduttivo, evitando costi di manutenzione relativi a beni non più strumentali alle funzioni pubbliche. In questo caso, il potere comunale di conservare il bene abusivo, altrimenti destinato alla demolizione, con l'inserimento nel piano delle

pregiudizio che da tale ripristino deriverebbe, sul piano strutturale, ad opere esistenti ovvero al decoro e/o alla qualità urbana dell'area.

alienazioni, è la conseguenza: i) di un fatto illecito ascrivibile alla condotta dell'esecutore dell'opera abusiva e dell'inesecuzione volontaria, da parte dello stesso, dell'ordinanza di demolizione nonché ii) dell'acquisizione gratuita nel patrimonio indisponibile quale effetto riconducibile direttamente alla legge. In altri termini, l'accrescimento patrimoniale dell'ente è conseguito in forza di una disposizione cogente e non già della volontà degli organi deliberativi.

La legge regionale campana proponeva, con scelta censurata dalla Corte Costituzionale, di affrontare la questione della stasi amministrativa dei Comuni nella gestione degli immobili abusivi, ma improduttivi di utilità pubbliche, mutando, in termini nominalistici, il regime dominicale dei beni pubblici fruttanto acquisiti dal Comune. Le implicazioni sociali che comportano le demolizioni di massa e la privazione dell'abitazione, oltre all'impossibilità economica degli enti ad anticipare gli ingenti costi dell'abbattimento dei fabbricati e dello smaltimento dei materiali, richiederebbero, tuttavia, scelte di politica legislativa coerenti con l'ordine sistemico assegnato dall'ordinamento ai beni pubblici⁵⁵.

Nondimeno, una disamina delle annotate sentenze alla luce di recenti orientamenti legislativi non mette a repentaglio il principio della priorità della demolizione dei fabbricati abusivi. Non può trascurarsi, infatti, l'esigenza di capitalizzare il patrimonio esistente, desumibile dall'art. 58 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133), che prescrive agli enti territoriali di procedere al riordino e valorizzazione del proprio patrimonio immobiliare attraverso l'adozione di appositi piani di alienazione immobiliare, promuovendo diverse forme di utilizzazione o destinazione dei beni in argomento al fine di ottenerne una maggiore redditività per potenziare le entrate di natura non tributaria⁵⁶.

In armonia con i suddetti principi di gestione contabile del patrimonio, l'art. 56-*bis*, d.l. 69/2013 richiama il ruolo non secondario dei piani di alienazione immobiliare alla stabilizzazione finanziaria, allo sviluppo economico e alla coesione sociale *«in considerazione dell'eccezionalità della situazione economica e tenuto conto delle esigenze prioritarie di riduzione del debito pubblico»*. La linea regionale di liberare gli elenchi immobiliari dei Comuni di beni improduttivi, ad essi pervenuti per effetto dell'art. 31, comma 3 del Testo unico dell'edilizia, concorrendo a conseguire obiettivi di risanamento della finanza pubblica, non sembra porsi

⁵⁵ Le possibili conseguenze sociali dipendenti dalla demolizione di fabbricati abusivi non escludono la rilevanza penale dell'inerzia ascrivibile agli organi comunali responsabili di non aver portato a compimento il procedimento sanzionatorio edilizio. Così: Cass. pen., sez. VI, 22 gennaio 2010, n. 10009.

⁵⁶ Corte Conti (Veneto), sez. contr., Deliberazione n. 716 del 5 ottobre 2012.

in attrito con il principio espresso dall'art. 97, comma 1, e dall'art. 119, comma 1 della Costituzione. L'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito introdotti rispettivamente dall'art. 2 e dall'art. 9, comma 1, della l. Cost. n. 1 del 2012, si aggiungono ai tradizionali principi di imparzialità e buon andamento⁵⁷, delimitando la sovranità pubblica sia nei rapporti con le autonomie locali sia «verso l'alto con le istituzioni dell'Unione europea»⁵⁸.

L'armonizzazione fra entrate e spese, divenuto principio costituzionale per tutte le pubbliche amministrazioni, arricchisce il valore del «criterio di economicità» dell'art. 1, co. 1 l. n. 241/1990, orientando l'azione amministrativa verso il minor dispendio di risorse pubbliche, e, eventualmente, la riduzione del patrimonio comunale sovrabbondante, generatore di costi⁵⁹.

6. Considerazioni conclusive.

La vendita del bene ipotizzata dalla legge della Regione Campania 22 giugno 2017, n. 19 trova un serio ostacolo, oltre che nella difformità rispetto allo schema di riparto normativo disegnato dalla revisione costituzionale, anche nella permanente illiceità dell'immobile per difformità dalle norme urbanistiche e nella sua predestinazione alla sanzione della demolizione.

L'automatismo procedimentale tracciato dalla legge regionale campana colloca il bene in una posizione ibrida: incluso nel patrimonio indisponibile dell'ente locale ma non ancora scevro degli effetti sanzionatori derivanti dal compimento di un illecito edilizio, laddove l'alienazione a titolo oneroso non sfugge dalla comminatoria della nullità prevista dall'art. 46, comma 2 del Testo unico dell'edilizia, che richiede la conformità urbanistica del bene da alienare. È, invece, proprio attraverso la valutazione dell'«esistenza di prevalenti interessi pubblici» espressa nella deliberazione consiliare che il bene acquisito al patrimonio indisponibile raggiunge uno stato di completezza funzionale come strumento dell'azione amministrativa⁶⁰. Il processo di stabilizzazione funzionale

⁵⁷ G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2014, p. 691.

⁵⁸ R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa europea*, L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), vol. I, Firenze University Press, 2016, p. 17.

⁵⁹ T.A.R. Venezia, sez. II, 8 luglio 2013, n. 935; Corte Conti (Calabria), sez. contr., Deliberazione n. 597 dell'8 novembre 2010.

⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 2017 n. 1770, secondo cui non è consentito «al Collegio sostituirsi all'ente locale nella valutazione, propria del merito e dell'opportunità amministrativa, in un giudizio di appropriatezza (e, dunque, anche di plausibilità, alla luce della norma citata del T.U. edilizia) della soluzione organizzativa dallo stesso scelta». Per l'orientamento teso a mantenere il giudizio, in via inci-

dell'immobile, valutato come meritevole di conservazione per una nuova destinazione pubblica, agevola, in tal modo, l'inserimento del bene nel piano delle alienazioni immobiliari attuando la funzione amministrativa di buon andamento e di corretta gestione della spesa pubblica.

dentale, da parte del Giudice dell'esecuzione penale, sulla legittimità della delibera comunale, dichiarativa della sussistenza di prevalenti interessi pubblici all'acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio del Comune, e ostativa all'esecuzione dell'ordine giurisdizionale di demolizione v. Cass. pen, sez. III, 17 febbraio 2016 n. 9864, in *Riv. Giur. Edil.*, 2016, I, p. 1151.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2019