

Nino Paolantonio

---

**LA DICOTOMIA TRA  
GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E  
OGGETTIVA NELLA SISTEMATICA  
DEL CODICE DEL PROCESSO  
AMMINISTRATIVO**

---

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

LA DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE  
SOGGETTIVA E OGGETTIVA NELLA  
SISTEMATICA DEL CODICE DEL PROCESSO  
AMMINISTRATIVO (\*)

*Abstract*

Il saggio esamina in modo critico alcune leggi ed alcuni orientamenti delle Corti supreme che fanno del processo amministrativo italiano un giudizio di diritto oggettivo.

Parole chiave: processo - diritti - tutela - libertà

*THE DICOTOMY BETWEEN SUBJECTIVE AND OBJECTIVE  
JURISDICTION IN THE SYSTEMATICS OF THE CODE  
OF ADMINISTRATIVE TRIAL*

*Abstract*

*The paper critically examines some laws and some decisions of the Supreme Courts that make the italian administrative trial an objective right judgment.*

*Key words: trial - rights - protection - freedom*

---

(\*) Il presente contributo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta delle note e di alcuni aggiornamenti, dell'intervento svolto all'incontro di studi dal titolo "Giurisdizione amministrativa in senso soggettivo e oggettivo. Attualità di una dicotomia", svoltosi il 12 aprile 2019 presso il Palazzo di Giurisprudenza dell'Università di Trento. L'A. è grato ai professori Giandomenico Falcon, Barbara Marchetti, Fulvio Cortese, Antonio Cassatella ed allo Studio trentino tutto per l'appagante occasione di approfondimento scientifico.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Principi della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. — 3. La tutela cautelare. — 4. L'azione di nullità. — 5. L'azione di condanna ad un *facere* specifico. — 6. Il problema del rito super-accelerato.

1. Il titolo di questo contributo ne sopravvaluta i contenuti, di certo dal punto di vista quantitativo. Non è (né potrebbe essere) oggetto d'analisi la sistematica del codice processuale amministrativo<sup>1</sup>; ne sono esaminati alcuni frammenti che, a mio avviso, sono talora oggetto di interpretazione quanto meno discutibile se ragguagliati non solo e non tanto alla dogmatica, ma ancor prima ad uno degli scopi indicati dall'art. 44 della legge di delega 8 giugno 2009, n. 69: il coordinamento dei decreti delegati attuativi “ (...) con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali”. È infatti anche grazie a tale coordinamento che la dimensione soggettiva del processo amministrativo, che qui si dà per postulata, avrebbe dovuto giovare di un solido fondamento positivo<sup>2</sup>; ma, come si avrà modo di vedere, talora è lo

<sup>1</sup> Non sono oggetto di esame altre disposizioni processuali non contenute nel codice quali, ad esempio, quelle sulle legittimazioni ad agire di Autorità amministrative: ad esempio, l'art. 21-bis, l. n. 287/1990 per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; o l'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, d.lg. n. 50/2016 — il Codice dei contratti pubblici — per l'Autorità nazionale anticorruzione. Su questi temi si veda da ultimo S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, spec. 362 ss. Da ultimo, 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 questa *Rivista*, 2019, 261 ss. Sul parere oggetto di quest'ultimo contributo merita un fugacissimo cenno la inaccettabile qualificazione, da parte del Consesso, della legittimazione a ricorrere dell'ANAC in termini di “(...) vigilanza collaborativa ai fini della tutela dell'interesse pubblico alla legittimità ed alla legalità dell'azione amministrativa”. La situazione legittimante dell'ANAC, per il Consiglio di Stato, è quindi un potere pubblico: una situazione attiva funzionale alla cura di un interesse pubblico specifico, che può esplicarsi in un'iniziativa processuale, sulla quale il Giudice amministrativo avrebbe (*recte*: ha), quindi, sindacato pieno. Al fine di accertare la titolarità della legittimazione, quindi, al giudice è dato accertare, ad esempio, se il contratto oggetto di ricorso sia o meno di impatto “rilevante” — come recita il comma 1-bis dell'art. 211 del d.lg. n. 50/2016 —, concetto giuridico indeterminato la cui concretizzazione dovrebbe essere viceversa oggetto di riserva di amministrazione. Sulla legittimazione dell'Autorità *antitrust* la giurisprudenza si era avventurata in spericolate qualificazioni soggettivistiche, qualificando ad esempio la legittimazione ad agire della AGCM come espressione di un “interesse legittimo” alla tutela della concorrenza, “qualificato e differenziato” in capo all'Autorità (così Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 15 marzo 2013, n. 2720); di “legittimazione straordinaria” — non commista, quindi, a potere pubblico — parla il Consiglio di Stato a proposito della medesima disposizione (Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583): eccessivo, però, pare qualificare in termini di “potere di vigilanza” una *legitimatō ad causam* tipizzata dalla legge.

<sup>2</sup> Già NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 330 ss., individuava tra i principi generali del processo amministrativo quello della domanda e dell'iniziativa di parte, ribadendo il corollario della esclusione di ogni attività officiosa da parte del giudice — con l'unica, tradizionale eccezione dei poteri istruttori — e dei limiti del divieto di ultrapetizione. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 486, è esplicito nell'affermare che “(...) il

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

stesso richiamo alle disposizioni del diritto sostanziale e processuale civile ad esser fonte di equivoci e, forse, di contraddizioni.

Le tematiche oggetto di trattazione intercettano inevitabilmente il tema, codificato (art. 1 c.p.a.), della effettività della tutela, da ultimo associato al concetto di efficienza della giurisdizione, intesa ora come “(...) capacità di visione e risoluzione del problema sociale” sotteso alle manifestazioni del potere amministrativo<sup>3</sup>, ora come “(...) proporzionalità e rapidità della risposta dell’ordinamento giudiziario alla domanda di giustizia”, segnalandosi come i due valori possano entrare in conflitto ogni volta che all’idea di efficienza si associno istituti, positivi o pretori, ispirati alla velocizzazione o semplificazione del rito<sup>4</sup>, fondati sul malinteso obiettivo di rendere il processo strumentale alla realizzazione di interessi generali: l’opposto del concetto di giurisdizione soggettiva.

I paragrafi che seguono si soffermeranno su alcuni di tali istituti, segnalandosi subito che i temi trattati non indagano tutte le facce del variegato prisma della dicotomia di cui si parla nel titolo, limitandosi a segnalare gli episodi che più marcatamente esibiscono vicende di più o meno evidente “oggettivazione” del processo amministrativo.

2. Nei processi a contenuto oggettivo le parti non hanno il potere di subordinare l’esercizio della *potestas iudicandi* alla proposizione della domanda. Al contrario, nei processi di diritto soggettivo vige il principio della signoria della parte sulla domanda introdotta in giudizio, cui fa da contraltare l’obbligo del giudice di pronunciare su tutta la domanda e nei limiti di essa.

Il tema si è riproposto all’attenzione degli studiosi in esito alle due note sentenze dell’Adunanza plenaria del 2015, nn.ri 4<sup>5</sup> e 5<sup>6</sup>: la prima in

---

Codice accoglie la concezione soggettiva della tutela giurisdizionale. Il principio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (...) esprime questa concezione: il processo serve ad assicurare al ricorrente una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive”, secondo la visione chiovendiana della strumentalità del processo.

<sup>3</sup> G.D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 39.

<sup>4</sup> PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 98 ss.

<sup>5</sup> Cons. Stato, ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Urb. app.*, 2015, 97, con commento di MANGANARO-LABOCCETTA, ivi, 920, e in *Giur. it.*, 2015, 1692, con nota di G.D. COMPORTI, *Azione di annullamento e dintorni nell’ottica della soggettività delle forme di tutela*, ivi, 1693.

<sup>6</sup> Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in *Giur. it.*, 2192, con nota di E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell’affermazione della giurisdizione soggettiva*, ivi, e in *Urb. app.*, 2015, 1177, con *Commento* di VAIANO, ivi, 1186.

materia di sostituibilità officiosa della domanda di annullamento con quella risarcitoria; la seconda in tema di ordine di esame dei motivi e correlato (quanto supposto) onere della parte di graduazione degli stessi <sup>7</sup>.

Muovendo da quest'ultima, si tratta di sentenza assai criticata in dottrina e che mi pare fondata su un vizio concettuale preliminare: quello cioè di ritenere che l'assorbimento dei motivi, da prassi riprovevole, sia addirittura assunto al rango di corollario del principio di economia processuale, nell'ottica di un processo in cui la giustizia sarebbe una risorsa scarsa (sintagma utilizzato dalla giurisprudenza in tema di abuso processuale <sup>8</sup>). Le eccezioni che la sentenza individua al principio secondo cui il giudice, in assenza di graduazione, deve pronunciare su tutta la domanda, destano perplessità: il fatto che il vizio di incompetenza sarebbe assorbente poiché darebbe luogo a difetto di contraddittorio è enunciato inaccettabile, se solo si pensa che il *deficit* di contraddittorio è rilevabile d'ufficio ed è causa di nullità degli atti processuali, mentre nella specie si versa nell'ambito di un vizio che è nella piena disponibilità e volontà della parte dedurre o meno, e quindi — come il più comprende il meno — graduare in varia guisa <sup>9</sup>.

Sulla graduazione dei motivi *ope iudicis* si assiste, nuovamente,

<sup>7</sup> VAIANO, *Commento*, cit., 1192, condivide la tesi della plenaria secondo cui l'ordine di graduazione dei motivi costituirebbe un onere, osservando che "(...) la graduazione dei motivi di ricorso che sia stata operata dalla parte viene ad essere ricostruita, dunque, come un ordine dato dalla parte alla domanda in funzione del proprio interesse, perfettamente legittima in quanto serve ad esplicitare che l'esame e l'accoglimento di alcuni motivi (o domande di annullamento) ha, per la parte, importanza prioritaria, e che i motivi (o le domande) indicati come subordinati o graduati per ultimi hanno, invece, minore importanza e se ne chiede l'esame esclusivamente in caso di mancato accoglimento di quelli prioritari". Tuttavia, quale che sia la nozione di onere che s'intenda accogliere, la necessità di tenere un certo comportamento in vista della produzione di determinati effetti giuridici deve discendere pur sempre dal diritto positivo (v. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 232), laddove indicazioni sufficientemente esplicite circa il supposto onere di graduazione dei motivi di ricorso in termini di priorità non emerge da quella che dovrebbe essere la norma di riferimento, ossia l'art. 40, c.p.a., sul contenuto del ricorso, che si limita a richiedere, tra l'altro, "l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato" e "i motivi specifici su cui si fonda il ricorso".

<sup>8</sup> Ad es., Cass., sez. III, 26 settembre 2016, n. 18782, in *Danno resp.*, 2017, 561.

<sup>9</sup> In questo senso E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, cit., 2202, il quale giustamente nota che "se si accetta il processo di giurisdizione soggettiva lo si deve seguire sino in fondo e se il giudice non può pronunziarsi in mancanza di una domanda della parte, quest'ultima ha il potere di fissare l'ordine di esame dei motivi e delle domande, senza eccezioni".

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

all'affermazione di concetti che costituiscono la negazione non già solo del processo di diritto soggettivo, ma del giusto processo: dire che “(...) in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica, il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico — giuridico e diacronico procedimentale (...)”, in quanto “(...) il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni (...)” è, oltre che inelegante, doppiamente errato: in primo luogo perché il principio dispositivo non ha nulla a che vedere con la natura soggettiva del processo, attenendo alle modalità di esercizio dell'azione; in secondo luogo e soprattutto perché, come da decenni ormai pacifico in dottrina (*infra*) — ed oggi sancito dall'art. 111 Cost. —, l'interesse pubblico non è elemento costitutivo del processo amministrativo<sup>10</sup>; che non può essere di parti e di diritto soggettivo “a corrente alternata”, per così dire, almeno quando una presenza tanto ingombrante quanto l'interesse obbiettivo alla legalità (e non l'imparziale applicazione della legge) viene additato quale stella polare che il giudice amministrativo sarebbe tenuto a perseguire, sembrerebbe, per sua stessa vocazione.

Ciò non solo non fa del processo amministrativo un processo di diritto soggettivo, ma non ne fa un processo punto<sup>11</sup>. È sufficiente richiamare l'insuperato insegnamento secondo cui l'inizio del processo segna la fuoriuscita da esso di qualsivoglia “peculiarità” riconducibile all'interesse pubblico che connota l'azione amministrativa sostanziale<sup>12</sup>,

<sup>10</sup> Si registra, nondimeno, qualche timidità: MAMELI, *Il principio della domanda tra mutatio libelli e conversione dell'azione*, in *Giur. it.*, 2020, 711 ss.; ma v. sempre — per il rigore del principio, oltre che delle argomentazioni a sostegno — VILLATA, *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo?*, in questa *Rivista*, 2011, 1516.

<sup>11</sup> Per il moderno dibattito sulla questione dell'oggetto del processo amministrativo si veda VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, 707, ora anche in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 561, ed ivi l'*Addendum*, 578 ss.

<sup>12</sup> LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, in *Atti Convegno Messina*, 15-16 aprile 1988, Milano, 1993, anche in *Scritti giuridici*, 307 ss., spec. 313: “all'interesse pubblico (...) non si può riconoscere alcuna necessaria o quasi naturale preminenza senza con ciò stesso porre in dubbio la specifica rilevanza dell'affermazione giudiziale, che in quanto atto determinativo in un oggetto di giudizio vincola il giudice a considerare in principio come problematica, tra l'altro, la stessa

che al processo, amministrativo, civile o penale, semplicemente non pertiene.

Del pari scorretto è collegare la necessaria priorità dell'esame del vizio di incompetenza (che, se accertato, implica l'assorbimento di ogni altra domanda) all'art. 34, comma 2, c.p.a. che vieta al giudice di pronunciare su poteri non ancora esercitati.

Com'è stato giustamente notato, il provvedimento adottato da un'amministrazione incompetente è pienamente efficace ed è quindi espressione piena di esercizio del potere<sup>13</sup> e addirittura, aggiungo — per chi vi crede ancora — assistito dalla vetusta ma descrittivamente efficace presunzione di legittimità<sup>14</sup>, sicché attribuire carattere assorbente, comunque, alla deduzione del vizio equivale a contraddire le premesse del ragionamento (il processo amministrativo è di diritto soggettivo) e a privilegiare una qualificazione del processo come controllo oggettivo di legalità.

Il tutto senza considerare i passaggi della sentenza secondo cui, in assenza di espressa graduazione operata dal ricorrente — o dal controinteressato in sede di ricorso incidentale — rimane consegnato al giudice il potere officioso di scegliere quali motivi esaminare prioritariamente e di dar luogo all'assorbimento per ragioni di "logica necessarietà" o di "economia processuale": l'opposto, quindi, di quanto il principio della domanda impone al giudice di fare.

Già in passato la giurisprudenza aveva condivisibilmente affermato che il significato del divieto di pronunciare su poteri non ancora esercitati è quello di inibire l'intervento giurisdizionale su un'attività amministrativa futura, ossia quella che "al momento della proposizione della domanda non sia ancora giunta a conclusione del suo fisiologico *iter* procedimentale"; attività futura che è altra cosa da quella "rinnovatoria", successiva alla pronuncia giurisdizionale, che non a caso può indicare, su richiesta di parte, le misure idonee ad attuare l'esecuzione della affermazione giudiziale (art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.): sicché, nel caso di

---

possibilità di realizzare il medesimo interesse nell'ambito del 'senso' sottoposto alla sua indagine".

<sup>13</sup> M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2016, 1120.

<sup>14</sup> TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 58 e 192 ove, ad esempio, l'acquiescenza viene considerata come un presupposto per la presunzione semplice di legittimità dell'atto amministrativo, consistente in una rinuncia, espressa o tacita, all'impugnazione.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

provvedimento adottato da un organo incompetente il comma 2 dell'art. 34 c.p.a. non ha ragione d'essere invocato poiché il controllo giurisdizionale si esplica in ogni caso su di un potere che è stato (illegittimamente) esercitato, è produttivo di effetti, e la cui riedizione deve sottostare alle statuizioni pronunciate dal giudice <sup>15</sup>.

L'assunto è da condividere, con la precisazione che l'intervento giurisdizionale non è affatto inibito dalla circostanza che l'azione amministrativa non si sia ancora conclusa; diversamente, la stessa tutela avverso il silenzio e l'azione di adempimento, nei limiti in cui questa è consentita, non avrebbero ragion d'essere nel processo amministrativo.

Sulla sentenza della Plenaria n. 4/2015, relativa alla secca esclusione della sostituibilità officiosa di una domanda di annullamento con una risarcitoria, fondata su interpretazioni estensive a dir poco improbabili, è stato autorevolmente affermato che il Consiglio di Stato avrebbe errato nell'affermare l'inapplicabilità al processo amministrativo dell'art. 264 TFUE in tema di graduazione dell'annullamento in ragione della differenza dei due modelli processuali; viceversa, si sostiene, la richiesta di parte non verrebbe negletta se il giudice, "(...) ricercando il modo migliore di rendere effettiva la tutela del ricorrente vittorioso", circoscrivesse "razionalmente" la 'misura' dell'annullamento poiché l'annullamento parziale o *ex nunc* non costituirebbe modifica o sostituzione del tipo di azione <sup>16</sup>. Non c'è dubbio che in questo caso l'azione non venga sostituita, epperò verrebbe indubbiamente modificato il *petitum*, e non in presenza di una ragione obiettivamente percepibile, bensì sulla base di un apprezzamento personale circa la "razionalità" della misura che meglio appaghi l'interesse del ricorrente.

Più che una ricaduta oggettivistica questa opzione, in assenza di copertura legislativa, sembra tradire il principio stesso della domanda, della quale va predicata la intangibile personalità ed esclusività, fermi restando i già illustrati dubbi circa un annullamento privo di efficacia

<sup>15</sup> Tar Lombardia, Milano, III, 13 maggio 2011, n. 1233, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 886, che rammenta come la formula del divieto di pronuncia su poteri non ancora esercitati, "(...) inserita inizialmente nell'articolo dedicato all'azione di accertamento, che figurava in una delle prime bozze del codice, a seguito della espunzione di tale azione dal testo definitivo, è stata conservata e collocata nella disciplina delle pronunce senza tuttavia perdere il suo originario significato che, come si legge anche nella relazione di accompagnamento al c.p.a., è quello di inibire l'intervento giurisdizionale su un'attività amministrativa futura".

<sup>16</sup> F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2015, 1603.

retroattiva, posto che l'accertamento del giudice coinvolge la genetica inidoneità dell'atto a produrre effetti in ragione del o dei vizi accertati<sup>17</sup>.

Si è spesso ricordato che dall'originario testo licenziato dalla Commissione investita del compito di redigere l'articolato è stata eliminata — e mai più reintrodotta, da alcuno dei due correttivi susseguitisi nel tempo — una importante previsione, ossia quella che “quando accoglie il ricorso, il giudice deve comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente” (art. 47, comma 3 della bozza originaria). La relazione che accompagnava il progetto aveva sottolineato che l'esigenza da soddisfare fosse quella di mirare all'effettività della tutela, limitando la prassi dell'assorbimento dei motivi di ricorso. Questa previsione — si diceva — è stata definitivamente espunta dal codice, ma la relazione finale ha avuto cura di precisare che si è trattato di una scelta consapevole poiché tale divieto sarebbe “insito nel sistema”. S'è visto che, almeno secondo la Plenaria n. 5/2015, così non è.

244

Notevoli perplessità desta anche l'interpretazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato suggerita dall'Adunanza plenaria, lì dove si afferma da un lato che il mancato annullamento con rinvio nel caso di erronea declaratoria di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità non viola detto principio poiché “(...) esso postula che ogni domanda venga decisa, ma non necessariamente con una sentenza di merito”, e, dall'altro, che la violazione del principio non pregiudica il diritto di difesa: “(...) in questo caso, infatti, la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione, che risulta incompleto rispetto ai motivi o alle domande proposte”; aggiungendo che “(...) sul piano sostanziale, gli effetti della violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato sono simili a quelli che potrebbero derivare dal mancato esame di una domanda: la sentenza non si pronuncia sulla fondatezza di una pretesa sostanziale che il ricorrente aveva azionato formulando il motivo erroneamente non esaminato”<sup>18</sup>.

La tesi dell'Adunanza plenaria si basa sul presupposto che alla violazione del diritto di difesa si assisterebbe solo in presenza di ipotesi tipizzate, che avvengono nel “giudizio-procedimento”, sì che il vizio

<sup>17</sup> Così M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1111.

<sup>18</sup> Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 207, con nota di CASSATELLA, *La Plenaria limita i casi di rinvio al giudice di primo grado*.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

inficerebbe la procedura, non la decisione, diversamente da quanto accade per il caso della omessa pronuncia, quale esempio paradigmatico della violazione del principio di cui all'art. 112, c.p.c.<sup>19</sup>.

Queste affermazioni non sono convincenti sia perché in contrasto frontale con la giurisprudenza della Cassazione, che qualifica l'omessa pronuncia quale tipico *error in procedendo*<sup>20</sup>, sia perché in reciproca contraddizione, poiché il mancato esame di una domanda presuppone che essa non sia stata delibata nel merito, sicché il vizio non attiene al contenuto della decisione, ma giustappunto al procedimento di formazione di essa: con la importante conseguenza che, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., la violazione del principio, a differenza di quanto afferma la plenaria, va necessariamente sussunta nell'ambito della formula, indubbiamente vaga, ma nondimeno chiara, della violazione del diritto di difesa, di talché la sentenza dovrà essere annullata con rinvio al primo Giudice, privandosi altrimenti la parte che quella domanda (o motivo) abbia avanzato del diritto ad ottenere la pronuncia del giudice di primo grado.

In verità, la Cassazione afferma che l'esame sull'interpretazione delle domande, eccezioni e deduzioni delle parti può condurre all'emersione di un vizio riconducibile alla violazione del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c., o a quello del "*tantum devolutum quantum appellatum*", in entrambi i casi trattandosi di un *error in procedendo* che impone alla Corte di legittimità il poterdovere di procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali e, in particolare, delle istanze e deduzioni delle parti; con la conseguenza che, ove l'omesso esame della domanda o il vizio attinente alla portata dell'effetto devolutivo siano riconosciuti fondati, a ciò segue la cassazione con rinvio al giudice del merito<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Il medesimo ragionamento è nelle sentenze del Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2018, n. 14 ("nel caso di omesso esame (...) il vizio risiede esclusivamente nel contenuto (incompleto) della decisione, mentre nel giudizio-procedimento non risulta violata alcuna specifica regola diretta a tutelare il diritto di difesa delle parti") e 28 settembre 2018, n. 15 ("la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non è (...) equiparabile ad una ipotesi di violazione del diritto di difesa: in questo caso, infatti, la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione, che risulta incompleto rispetto ai motivi o alle domande proposte"): entrambe le sentenze (ma anche le precedenti nn. 10 e 11 dello stesso anno) sono (ampiamente) annotate da SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato. Brevi note a margine dell'Adunanza plenaria*, in questa *Rivista*, 2019, 583 ss.

<sup>20</sup> *Ex multis*: Cass., sez. III, 6 luglio 2017, n. 16646.

<sup>21</sup> Cass., sez. lav., ord., 14 dicembre 2017, n. 30085; Cass., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21421.

Se il vizio s'inquadra allora in quello che per la Plenaria è il "giudizio-procedimento", è consequenziale trarne che esso non attiene al processo di formazione della decisione del giudice, ma alla procedura in quanto tale, corollario che evidenzia la fragilità della tesi secondo cui decidere (erroneamente) in rito vorrebbe dire comunque decidere sulla domanda. Di qui l'ulteriore conseguenza che la parte (che sia stata) privata della pronuncia ha visto compromesso il proprio diritto di difesa, con ingiusta sottrazione della sentenza (di merito) di prime cure <sup>22</sup>.

Sullo sfondo di tale ulteriore compromissione del principio di piena disponibilità della domanda, quale fondamento del modello processuale di diritto soggettivo, si pone il ruolo nomofilattico dell'Adunanza plenaria e dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, da taluni additato quale ulteriore elemento sintomatico di oggettivizzazione del processo amministrativo <sup>23</sup>.

3. Secondo il comma 8-ter dell'art. 120, c.p.a. (introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. f), d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, codice dei contratti pubblici), nel contenzioso sugli atti delle procedure ad evidenza pubblica

246

<sup>22</sup> Sul punto CASSATELLA, *La Plenaria limita i casi di rinvio al giudice di primo grado*, cit., 210, sul presupposto che il principio del doppio grado di giudizio, costituzionalizzato, costituisca una "(...) riserva di cognizione del merito della controversia a favore del giudice di primo grado" (212). Concorde VAMPA, *La rimessione al primo giudice ex art. 105 c.p.a.*, in CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Atti del convegno del 28 settembre 2018 organizzato dall'Ordine degli avvocati di Pavia, Lecce, 2019, 137 ss., con riferimento al caso in cui, a fronte della concentrazione nel ricorso della domanda di annullamento e di quella risarcitoria, il giudice abbia ommesso di pronunciare sulla seconda. L'A. ravvisa in questo caso, e giustamente a mio avviso, la violazione dell'art. 112 c.p.c. qualificando tale vizio come produttivo di lesione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 105 c.p.a.; non si vedono ragioni per non estendere questa regola anche all'omesso esame di uno o più motivi di ricorso nell'ipotesi di mera azione costitutiva di annullamento.

<sup>23</sup> Spunti in ANGIULI, *L'adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in FRANCARIO-SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, spec. 178 ss. Osservazioni problematiche in SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'adunanza plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019, 280 ss., spec. 293, ove si nota che le decisioni della plenaria perseguirebbero "(...) l'intento di rendere l'attività amministrativa e il processo amministrativo conformi ai parametri costituzionali", notazione solo parzialmente condivisibile poiché anche le pronunce nomofilattiche sono serventi al solo processo, non alla disciplina dell'azione, rimessa alla legge ed alla responsabilità dei funzionari. Interessante e meritevole di ulteriore sviluppo la successiva osservazione secondo cui la considerazione che precede porrebbe in primo piano — parrebbe, quindi, in ottica puramente soggettivistica — le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel processo in vista di una tutela informata ai doveri di correttezza e tutela dell'affidamento (valori ai quali però, di nuovo, deve attendere la funzione amministrativa, non quella giurisdizionale).

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

e sui provvedimenti dell'ANAC ad essi riferiti, in sede di assunzione della decisione cautelare il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122 c.p.a., e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione.

Com'è stato giustamente osservato, la riforma mira a che si conceda la tutela cautelare tenendo conto della eventuale ricorrenza di cause gravi o di opportunità che possano condurre alla privazione di efficacia del contratto, magari anche se non richieste, “a dispetto del principio della domanda”; accentuandosi la “caratterizzazione ‘oggettivante’ del processo amministrativo la previsione implicitamente vuole che questa valutazione vada fatta anche se non c'è domanda cautelare di dichiarazione di inefficacia”<sup>24</sup>, e questo a prescindere dalla questione se il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto *ex art.* 121 c.p.a. sia discrezionale (come ritiene la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>25</sup>) oppure doveroso (come a me pare in base alla lettera della legge).

Del pari problematico è l'accostamento dell'interesse all'esecuzione del contratto ad una esigenza imperativa che, anche alla stregua del diritto europeo, concerne interessi superiori quali la sanità, l'ordine e la sicurezza pubblica, la tutela dei soggetti deboli, la cura dell'ambiente, e così via. In questo caso la norma qualifica come esigenza imperativa d'interesse generale — in difetto di delega legislativa, peraltro, muta sulla fase di esecuzione del contratto — il mantenimento in essere del rapporto, senza consentire, di fatto, alcun bilanciamento con l'interesse cautelare — il *periculum in mora* — avvertito dal ricorrente, che non potrà non risultare sistematicamente soccombente ove quel suo interesse sia posto a raffronto con quello non già della stazione appaltante, ma, in sostanza, dell'intera collettività, cui andrebbe ricondotta l'esigenza assestitamente imperativa.

In tal modo, com'è stato osservato<sup>26</sup>, si è spezzato il nesso di strumentalità tra tutela cautelare e tutela di merito, senza tenere in alcun conto l'interesse particolare del ricorrente, violandosi l'obiettivo primo del processo di diritto soggettivo, ossia quello di recare soddisfazione all'interesse sostanziale della parte alla quale, così spogliata, di fatto,

<sup>24</sup> SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del codice del processo amministrativo)*, cit., 133.

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. III, 17 ottobre 2017, n. 4797.

<sup>26</sup> SEVERINI, *Op. cit.*, 126.

della tutela interinale, viene quasi automaticamente riservata la sola tutela risarcitoria per equivalente, pur se non chiesta; il che suscita seri dubbi anche in punto di compatibilità della scelta politica con i vincoli costituzionali di bilancio.

La riforma del 2016 è, se possibile, ancor più illegittima dell'art. 125, c.p.a. in materia di infrastrutture dichiarate strategiche, secondo cui "in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene 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"; anche in quel caso un elemento oggettivo ed eteronomo, il "preminente interesse nazionale", costituisce elemento di discriminazione pressoché decisivo per escludere la tutela cautelare. Queste norme, differenziando il grado di rilevanza degli interessi coinvolti nel processo cautelare, si pongono in insanabile contrasto con il principio della necessaria eguaglianza delle parti dinanzi al giudice, ulteriore precipitato della connotazione soggettiva del giudizio, e, quindi, anche con il principio del "giusto processo" sancito dall'art. 111 Cost.<sup>27</sup>.

248

4. Chi scrive ha già espresso l'avviso che l'azione di nullità prevista dal comma 4 dell'art. 31 c.p.a. è un'azione dichiarativa, o di mero accertamento<sup>28</sup>. Il problema che si pone in relazione al tema qui trattato concerne il secondo alinea del 4° comma dell'art. 31 c.p.a., secondo cui

---

<sup>27</sup> Al momento di licenziare le bozze è in atto l'emergenza sanitaria pandemica, destinata a segnare la storia civile ed economica del mondo e ad imporre agli studiosi d'ogni disciplina serie rimediazioni di certezze ritenute acquisite e talora da rivedere. Tra queste però, a mio avviso, non può esservi la libertà assoluta ed incondizionata dell'accesso alla Giustizia, che deve rimanere (ancor più) ferma e (ancor più) salda in qualsivoglia situazione emergenziale: dissenso quindi dalla proposta di sospendere la tutela di annullamento nel contenzioso delle procedure di affidamento di appalti e concessioni (così, invece, DELLA CANANEA - DUGATO - POLICE - RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti si può. Meglio agire subito*, ne *Il Foglio*, 2020, 4. Tra i molti contributi dei costituzionalisti sul tema delle fonti in epoca emergenziale, v. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 109 ss., spec. 141, ove l'A. giustamente ammonisce che "la guardia, però, non può essere abbassata. Se la tutela della salute legittima provvedimenti contingibili e urgenti non precisamente definiti, nei loro contorni, dalla legge, il "nesso di congruità e proporzione fra le misure adottate e la « qualità e natura degli eventi »" deve essere rigorosamente rispettato: Corte costituzionale e giudici comuni (amministrativi e ordinari secondo il consueto riparto delle loro giurisdizioni) devono garantire la tutela dei diritti dei cittadini, in osservanza degli artt. 24 e 113 della Costituzione".

<sup>28</sup> Sia consentito il rinvio a N. PAOLANTONIO, *Art. 31*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della Giustizia amministrativa*, Milano, 2015, spec. 512 s.; ma, da tempo, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 209.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

“la nullità dell’atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia ha affermato in un passato ormai non più recente che, quando il giudice rilevi una nullità, e in modo particolare quando si tratti di nullità testuale, è sempre tenuto a dichiararla d’ufficio, il che darebbe corpo ad una “(...) deroga alla natura c.d. soggettiva della giurisdizione amministrativa: in cui il giudice è adito dalle parti (private o pubbliche, ma sempre a tutela del loro interesse specifico, quand’anche si tratti di un interesse pubblico), e non già dal pubblico ministero nell’interesse oggettivo della legge”; questa deroga sarebbe coerente con la sistematica del processo amministrativo, che “(...) elettivamente, conosce di una situazione giuridica soggettiva — l’interesse legittimo — così intimamente connessa all’interesse pubblico generale, da non poter essere *tout court* trattata, anche nel processo, come i diritti soggettivi, di norma disponibili, di cui si conosce nel processo civile”<sup>29</sup>.

Questa radicale interpretazione del comma 4° è insostenibile — e non a caso, come si vedrà *infra*, è stata “temperata” dal Consiglio di Stato — da un punto di vista sia sostanziale che processuale.

Da un punto di vista sostanziale l’errore consiste nel qualificare la situazione soggettiva d’interesse legittimo come sostanzialmente indisponibile, laddove studi recenti ed autorevoli hanno dimostrato con argomentazioni convincenti la trasferibilità dell’interesse legittimo in una alla situazione sostanziale cui esso afferisce<sup>30</sup>, e ne hanno predicato la compromettibilità in arbitri in ragione del fatto che “(...) gli interessi legittimi hanno a fondamento interessi privati, normalmente economicamente valutabili; come tali sono sicuramente disponibili”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Così in motivazione (par. 4) C.g.a.r.s., 27 luglio 2012, n. 721, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 85.

<sup>30</sup> F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 468, spec. 475, ove si avverte che “(...) l’interesse legittimo, come situazione eminentemente dinamica, è altresì strumentale rispetto a situazioni aventi ad oggetto beni della vita. La trasferibilità dell’interesse legittimo può aversi solo quando tale situazione è in corso, ossia e nei limiti (logici e cronologici) dell’esercizio del potere unilaterale altrui; in diritto amministrativo, in ordine al procedimento amministrativo”.

<sup>31</sup> F.G. SCOCA, *L’arbitrato nelle controversie con la pubblica amministrazione: prospettive*, in *Giur. it.*, 2019, 1268; la nota tesi di Scoca, sul dialogo tra interesse legittimo e potere, induce l’A. a chiedersi se sia altresì disponibile il potere amministrativo, risolvendo il quesito in termini positivi per il potere vincolato, più limitati e circoscritti per il potere discrezionale, ammettendo la compromettibilità in arbitri tutte le volte in cui il potere “transiti” attraverso doveri: così, la questione se sia stato rispettato il termine di conclusione del procedimento e

Non solo: l'idea dell'interesse legittimo come situazione soggettiva "connessa all'interesse pubblico generale" è talmente superata da evocare la figura del diritto compresso di Oreste Ranelletti — così ben lumeggiata da Scoca<sup>32</sup> — che pure tanta fortuna ha avuto, lì dove affermava che gli interessi presi in considerazione dalla legge del 1889 n. 5992, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato, sono quelli "(...) così compenetrati coll'interesse generale, che in tanto se ne concepisce l'esistenza in quanto non urtano contro questo interesse (...)"<sup>33</sup>.

Da un punto di vista processuale la tesi del Consiglio siculo non è convincente perché interpreta il comma 4° dell'art. 31 c.p.a. in termini inaccettabilmente assiomatici. Il Consesso afferma icasticamente che il codice del processo amministrativo sarebbe un "(...) autonomo corpo di norme atto a esprimere principi originali", il che escluderebbe non solo l'interpretazione analogica, ma anche il ricorso al rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., applicabile solo "(...) 'in quanto compatibil[e]' con i principi posti dal c.p.a., ovvero se 'espression[e] di principi generali' del processo"<sup>34</sup>. Inoltre, la sentenza esclude ogni possibilità di accostamento del comma 4 dell'art. 31 c.p.a. al modello giusciviltistico del rilievo officioso della nullità del contratto, e ciò fa proprio nel mentre pende innanzi alle sezioni unite della Cassazione la questione se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di esatto adempimento, ma anche quando sia stata domandata la risoluzione, l'annullamento o la rescissione del contratto stesso<sup>35</sup>.

250

quella sul silenzio, fattispecie che non coinvolgono il modo di esercizio del potere, sono compromettibili in arbitri; lo sono pure le controversie in materia di accesso ai documenti (a fronte dei quali, ivi, nt. 48, Scoca osserva — e come non condividere? — che il diniego di accesso incide su un diritto soggettivo), di formazione del silenzio assenso, poiché la questione implica l'accertamento sulla esistenza dei presupposti per la formazione dell'effetto legale tipico, e di s.c.i.a., che "sostituisce, per lo più, autorizzazioni vincolate". V anche LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, ivi, 1243 ss., spec. 1252 ss., ove si osserva che, a fronte della indubbia disponibilità dell'interesse legittimo, il problema potrebbe semmai consistere nella disponibilità del potere.

<sup>32</sup> F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 30 ss.

<sup>33</sup> RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, Angelini, 1892, anche in ID., *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1992, 68 ss.

<sup>34</sup> C.g.a.r.s., 27 luglio 2012, n. 721, par. 3.2.

<sup>35</sup> La questione è stata rimessa alle Sezioni unite con ordinanza di Cass., sez. I, 28 novembre 2011, n. 25151, in *Foro it.*, 2012, 1, 80, e definita con sentenza del 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 869, con nota di PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle sezioni unite: "Eppur si muove"*; nonché in *Foro it.*, 2013, I, 1238, con nota di PALMIERI, *Azione risolutoria e rilevanza d'ufficio della nullità del contratto: il via libera*

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

Ma, contraddittoriamente ad avviso di chi scrive, la sentenza invoca a sostegno della “parentesi officiosa” che il secondo alinea del comma 4 dell’art. 31 c.p.a. stabilirebbe, l’art. 1442, comma 4, c.c., affermando che con l’art. 31 c.p.a. si sarebbe data applicazione allo “(...) schema logico-concettuale espresso dal broccardo *quae temporalia ad agendum, perpetua ad eccipiendum*, già noto all’art. 1442, comma 4, c.c. (e per ragioni sostanzialmente analoghe: impedire che, spirato l’ipotetico termine decadenziale, fosse possibile azionare pretese in contrasto con l’ordinamento giuridico, e perciò sanzionate con la nullità testuale)”<sup>36</sup>.

La tesi non è convincente poiché la norma codicistica presuppone che la parte che propone l’eccezione, convenuta per l’esecuzione della prestazione posta a suo carico, rimasta inadempita, sia sollevata dall’onere di agire in giudizio per evitare la prescrizione dell’azione di annullamento: il che ha indotto la Cassazione ad escludere che il principio possa trovare applicazione nei casi in cui l’annullamento (ad esempio in materia di deliberazioni assembleari), può essere conseguito attraverso un’impugnazione soggetta ad un termine di decadenza e non di prescrizione<sup>37</sup>.

Il principio invocato dal Collegio siculo è quindi inapplicabile proprio nei casi in cui l’azione per far valere una pretesa sia soggetta ad un termine di decadenza, come nella specie (ove peraltro non si discute di annullare alcunché); e ciò impregiudicato il presupposto che l’art. 1442 c.c. si occupa del termine di prescrizione di un’azione costitutiva di annullamento, laddove qui si verte in tema di azione dichiarativa o di accertamento, soggetta a termine di decadenza e finalizzata a far valere una invalidità “forte”, che opera a prescindere dall’iniziativa dell’interessato — il provvedimento nullo non produce effetti, nei limiti di cui in appresso, alla stessa stregua del contratto nullo — che viceversa, a fronte di un contratto annullabile, può scegliere se agire o meno per ottenere lo

*delle sezioni unite (con alcuni corollari)*; in *Nuova giur. civ.*, 2012, 15, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*; in *Giur. it.*, 2013, 299, con nota di RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa delle nullità*, 2013, 907; v. anche la nota di D’ALESSANDRO, *Le sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell’ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*, in *Vita not.*, 2013, 209. L’udienza di discussione cui ha fatto seguito la sentenza del C.g.a.r.s. n. 721/2012 è stata celebrata il 9 maggio 2012.

<sup>36</sup> C.g.a.r.s., 27 luglio 2012, n. 721, par. 3.3.

<sup>37</sup> Cass., sez. I, ord., 10 gennaio 2018, n. 384; così anche Cass., sez. I, 5 dicembre 2011, n. 25945.

scioglimento di un vincolo negoziale che, altrimenti, permane ad ogni effetto efficace e vincolante, ovvero limitarsi ad eccepire, anche dopo la decorrenza del termine per esercitare l'azione, l'annullabilità, al mero scopo di frustrare la pretesa dell'attore <sup>38</sup>.

Sicché, il principio di cui al comma 4 dell'art. 1442 c.c. pare esibire una *ratio* opposta alla tesi del Consiglio siciliano poiché esalta il principio della piena disponibilità della situazione soggettiva del privato (il diritto di non prestare adempimento ad un contratto annullabile) anche oltre il termine (prescrizionale) per far valere tale diritto, posto che il diritto di azione comprende anche la scelta di non agire (soprattutto lì dove è garantita la possibilità di eccepire *in perpetuum*). Il che induce a ritenere che quello utilizzato dal Consiglio di giustizia sia un esempio particolarmente calzante della compatibilità tra il regime processuale dell'eccezione *in perpetuum* con il principio dispositivo, e quindi con il modello più puro di processo di diritto soggettivo. Peraltro, nella fattispecie definita dal Consesso siciliano, si faceva questione di rilievo officioso della nullità da parte del giudice, non di eccezione di parte resistente.

252

Di tale problema si è occupato il Consiglio di Stato da tempo e con tutt'altro approdo, anche se non del tutto coerente. Esso ha: (i) preso atto della "asimmetria" di disciplina tra nullità del provvedimento e nullità del contratto quanto al regime dell'azione di accertamento, che nel primo caso non è imprescrittibile — come un tempo lo stesso giudice amministrativo aveva ritenuto — ma soggetta al termine di decadenza di centottanta giorni, mentre ha equiparato i "sistemi" quanto a regime dell'eccezione *in perpetuum* ed alla rilevabilità officiosa da parte del giudice; (ii) giustificato il regime della decadenza alla stregua del "(...) principio di imperatività dell'atto amministrativo, e, quindi, con la conseguente suscettività di produrre effetti da parte del provvedimento invalido (ma non ancora dichiarato tale)", sì che "(...) il provvedimento amministrativo, ancorché nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia 'interinale' (fin tanto che la nullità non venga accertata)"; (iii) in difformità dall'orientamento del Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana, affermato l'applicabilità in via analogica della giurisprudenza civile elaborata sull'art. 1421 c.c., in guisa da riavvicinare al modello del processo

---

<sup>38</sup> Cass., sez. III, 10 giugno 2015, n. 12083, secondo cui "la *ratio* della norma appare dunque quella di apprestare un rimedio affinché l'atto viziato, ancorché esistente, stante l'assenza di una istanza di annullamento, non raggiunga pienamente il suo scopo".

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

di diritto soggettivo il regime dell'eccezione *in perpetuum* e della rilevanza d'ufficio della nullità<sup>39</sup>.

Ora, se in questo precedente il Supremo Consesso s'era dato un *self restraint* in ordine all'ampiezza del proprio potere officioso, soffermandosi sul fatto che l'amministrazione resistente non può considerare un provvedimento di altra autorità amministrativa *tamquam non esset* siccome asseritamente nullo per difetto assoluto di attribuzione, più recentemente esso è tornato sul tema, inclinando vistosamente verso un ampliamento di tale potere officioso<sup>40</sup>.

Si dice che il giudice amministrativo può procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi, solo se tale declaratoria risulti "funzionale" alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e quindi, ancora, al suo annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento).

Si aggiunge inoltre che: (i) l'eccezione di nullità della parte resistente (*in perpetuum*) "(...) deve essere fondata su un interesse concreto ed attuale, il medesimo che, più in generale, costituisce il presupposto dello *jus excipiendi in iudicio*; interesse che va tenuto distinto da quello che legittimerebbe la parte all'azione di accertamento della nullità, anche nel caso in cui tale parte sia rappresentata da una Pubblica Amministrazione (e fermo il potere di quest'ultima, ove ne sia titolare, di agire in autotutela sull'atto nullo)"; (ii) l'interesse della parte che eccepisce la nullità non è quello di ottenere la declaratoria di nullità ma — analogamente a quanto visto *supra* per l'eccezione *ex art. 1442*, comma 4, c.c. — paralizzare l'argomento avversario; (iii) ciò non toglie che il giudice, in occasione dell'eccezione, possa procedere d'ufficio "(...) alla declaratoria di nullità dell'atto ritenuto nullo, potendo egli valutare — in ragione del caso concreto sottoposto al suo giudizio — se limitarsi ad accogliere l'eccezione di nullità, sufficiente a soddisfare la posizione dell'opponente, ovvero procedere alla declaratoria della nullità, in tal modo producendo l'effetto della scomparsa dell'atto amministrativo dal mondo giuridico (e non già la semplice "non consistenza" dello stesso nel singolo giudizio)".

<sup>39</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799, in *Giur. it.*, 2012, 1434, con nota di CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimento e azione di mero accertamento*.

<sup>40</sup> Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2018, n. 28.

Non è questa la sede per soffermarsi su taluni sintagmi e locuzioni di dubbia correttezza semantica; né sul rilievo che le pronunce citate presuppongono un'efficacia — ora definita “interinale”, ora dotata di “consistenza” nel mondo giuridico — del provvedimento nullo assai discutibile (proprio perché nullo).

È ai nostri fini importante sottolineare il richiamo, da parte della sentenza del Consiglio di Stato n. 28/2018, alla giurisprudenza della Cassazione frattanto maturata in tema di interpretazione ed applicazione di quell'art. 1421 c.c., che il Consiglio di Giustizia siculo aveva assolutamente escluso anche solo dal novero dello strumentario ermeneutico (ancor più dal bagaglio di istituti positivi di cui giovarsi mercé il rinvio esterno *ex art. 39 c.p.a.*). Come anticipato <sup>41</sup>, con la sentenza n. 14828/2012 le Sezioni unite avevano affermato che il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale.

Il Consiglio di Stato richiama una delle due importanti sentenze delle Sezioni unite del 2014, nn. 26242 e 26243, particolarmente significative ai nostri fini <sup>42</sup>: queste decisioni affermano infatti che la nullità del contratto dev'essere “rilevata” d'ufficio dal giudice, nel senso dell'indicazione alle parti di tale vizio, sia in controversie su vizi genetici (annullamento o rescissione) sia in quelle su vizi funzionali (adempimento o risoluzione), a meno che la controversia non sia risolta in base ad una accertata “ragione più liquida” che consente di chiudere la lite senza dover affrontare, neppure incidentalmente, problemi di validità o meno del contratto; inoltre — ed è qui l'interesse — al giudice cui sia stata proposta la corrispondente istanza va riconosciuto il potere-dovere di accertare tutte le possibili ragioni di nullità, anche diverse da quelle indicate dall'attore, in ragione della *ratio* sottesa alla fattispecie invali-

<sup>41</sup> V. nt. 31.

<sup>42</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. it.*, 2015, 70, con nota di PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, 71 ss. e di BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, ivi, 1386; in *Nuova giur. civ.*, 2015, 299, con nota di RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*; in *Corr. giur.*, 2015, 88, con nota di V. CARBONE, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*; in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560, con nota di GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle sezioni unite*; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243; in *Contratti*, 2015, 113, con nota di PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

dante, ma sempre con salvezza del principio del contraddittorio assicurato, nella specie, dall'art. 101, comma 2, c.p.c., secondo cui, se il giudice ritiene di porre a fondamento della decisione una questione di nullità, rilevata d'ufficio, deve assegnare alle parti un termine per il deposito in cancelleria di memorie sulla predetta questione.

Inoltre il giudice, ai sensi dell'art. 183, comma 4, c.p.c., deve richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari, indicando "le questioni rilevabili d'ufficio" delle quali ritenga opportuna la trattazione: in tal modo, afferma la Cassazione, il potere officioso del giudice evita che siano travalicati i limiti imposti dal principio dispositivo.

Già la citata sentenza delle Sezioni unite n. 14828/2012 aveva valorizzato aspetti processuali prima trascurati, affermando che, sin dalla versione originaria del codice di rito, il secondo comma dell'art. 183 c.p.c. prevedeva il dovere del giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio — tra le quali senza dubbio rientra la nullità del contratto — con la possibilità di armonizzare il principio di cui all'art. 1421 c.c. con quelli del contraddittorio, della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. A seguito della riforma di cui alla l. 26 novembre 1990, n. 353, l'introduzione del regime delle preclusioni ha reso ancor più stringente, per effetto delle scansioni temporali, questo obbligo del giudice (trasfuso prima nel terzo e ora nel quarto comma del medesimo articolo), indispensabilmente connesso alla conoscenza dei fatti di causa anche tramite la richiesta di chiarimenti, eventualmente in sede di libero interrogatorio. In ciò la Cassazione ravvisa "(...) il manifestarsi del principio di collaborazione tra giudice e parti, e non un innaturale esercizio dei poteri processuali, come pure ha temuto parte della dottrina che ha sorretto l'orientamento restrittivo". A seguito del rilievo officioso, le parti hanno possibilità di formulare la domanda che ne sia conseguenza (arg. *ex* art. 183, comma 4, ora comma 5. c.p.c.) e quindi anche la eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con la) azione di nullità.

Queste garanzie non sono contemplate nel codice del processo amministrativo: è questa la vera carenza che fa dell'art. 31, comma 4, 2° alinea, c.p.a. una norma incompatibile con il modello processuale di diritto soggettivo. Nel processo amministrativo una disposizione solo in parte simile è contenuta all'art. 73, comma 3 c.p.a., ove si prevede che, "se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale.

Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie". Tale previsione, tuttavia, consente di garantire un contraddittorio esclusivamente orale, ove la questione sia rilevata in udienza, nel mentre la previsione di un termine di decadenza per l'azione di nullità, rilevante, come visto, anche per l'eccezione *in perpetuum* della parte resistente, preclude la conversione del rito *ex art. 32*, comma 2, c.p.a. ad esempio, da azione di annullamento in azione di nullità.

La giurisprudenza di merito ha precisato che la rilevabilità d'ufficio della nullità dell'atto non può essere utilizzata per aggirare la decadenza dal termine posto al ricorrente per l'azione di accertamento, neppure ricorrendo all'esercizio del potere di conversione dell'azione *ex art. 32*, comma 2, c.p.a. Aggiunge inoltre che al rilievo officioso della nullità, in ossequio ai principi civilistici cui s'è fatto cenno, potrebbe accedersi solo quando la domanda attorea implichi la affermazione della rilevanza ed efficacia dell'atto (nullo), nel senso, cioè, che la domanda di parte deve quanto meno prendere in considerazione atti di cui si presupponga la esistenza ed efficacia, ovvero di cui si chieda la caducazione, di guisa che tali atti rientrino nel *thema decidendum*, siccome delimitato dai motivi e dalle deduzioni ritualmente formulati dalle parti e consentano quindi — coniugando il principio dispositivo con il potere di rilevazione officiosa della nullità — di formare oggetto della *potestas iudicandi* del giudice in vista della declaratoria di una eventuale nullità<sup>43</sup>.

È quindi evidente che il sistema del comma 4 dell'art. 31 c.p.a., astretto al termine di decadenza per l'azione diretta di accertamento della nullità, e non temperato da un sistema di poteri del giudice che sollecitino il contraddittorio collaborativo di cui s'è detto, in termini di prospettazioni, deduzioni, eccezioni e precisazioni — analogamente alla faticosa costruzione pretoria della Cassazione in tema di rilevabilità officiosa della nullità negoziale — contribuisce a rendere più profondo il solco tra giurisdizione oggettiva e soggettiva *in thema*.

5. La lett. b) del comma 1 dell'art. 34 c.p.a, nel prevedere che il giudice ordina all'amministrazione rimasta inerte di provvedere entro un termine, tipizza l'azione di condanna ad un *facere* specifico; a tale

<sup>43</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. I, 6 febbraio 2019, n. 268.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

pronuncia si riconducono le considerazioni in ordine agli ulteriori poteri di cui il giudice è munito nell'ambito dell'azione c.d. di condanna pubblicistica, o azione di adempimento, poteri descritti all'ultimo alinea della successiva lett. c), a mente del quale "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". Limiti secondo i quali il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Ciò significa che, nell'ambito di attività amministrativa vincolata, o, come riteniamo, connotata da discrezionalità c.d. tecnica o, ancora, da c.d. discrezionalità amministrativa "esaurita", è possibile esperire l'azione di adempimento, ma solo contestualmente ad una delle due predette e già note azioni tipiche.

Si pone all'attenzione un problema d'antica memoria che si riallaccia alle perplessità illustrate *supra* in esito alla lettura che la Plenaria n. 5/2015 affaccia sul principio della domanda e, segnatamente, in ordine al principio di separazione dei poteri, di cui l'art. 34, comma 2, c.p.a. sarebbe espressione, conclusione cui si associano riserve da parte della dottrina <sup>44</sup>.

Sul punto, il dibattito dottrinale è assai denso. Tutte le tesi muovono da un auspicio comune e, direi, senz'altro condivisibile: l'idea che il processo amministrativo miri al pieno soddisfacimento della pretesa sostanziale nel minor tempo possibile. Anche in giurisprudenza si registrano progressi incoraggianti in tal senso seppure, allo stato, ancora isolati.

Secondo una tesi, la rappresentazione in giudizio della pretesa sostanziale sarebbe assicurata proprio dall'azione di condanna ad un *facere*

<sup>44</sup> M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in questa *Rivista*, 2018, 67 ss.; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in *Pers. amm.*, 2018, 321 ss.; CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, cit., 57 ss. e ID., *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in questa *Rivista*, 2020, 94 ss.

specifico <sup>45</sup>. Tale azione consentirebbe infatti di esplicitare direttamente la pretesa sostanziale, sottraendo tale effetto alla disponibilità del giudice, evitando gli effetti di una modulazione dell'annullamento o l'assorbimento dei motivi o l'articolazione del loro esame.

Tuttavia, di là dal fatto che la stessa teoria qui sintetizzata richiama l'*incipit* dell'art. 34 c.p.a., secondo il quale il giudice pronuncia "nei limiti della domanda" — il che dovrebbe escludere tutte le conseguenze paventate — sembra che il principale ostacolo ad una domanda siffatta sia data dall'esigenza che i vizi-motivi di legittimità non possano essere disgiunti dall'azione di annullamento, che non a caso il codice impone di esperire contestualmente all'azione di condanna (art. 34, comma 2, c.p.a.).

Sul limite sostanziale più allarmante, ossia quello della discrezionalità residua *ex art.* 31, comma 3, c.p.a., si ammette che in tanto potrà pronunciarsi la spettanza del bene in quanto la discrezionalità sia originariamente insussistente o esaurita; in questo senso, si è sostenuto che l'esaurimento della discrezionalità potrebbe anche essere conseguenza della rimozione dell'"elemento di illegittimità", all'esito della quale rimozione all'amministrazione potrebbe residuare una ed una sola decisione adottabile <sup>46</sup>: per la qual cosa, però, occorre il fruttuoso esperimento dell'azione di annullamento (questo quanto alla discrezionalità amministrativa; per la c.d. discrezionalità tecnica il discorso sarebbe, in linea teorica, più agevole, sul che *infra*).

Il problema è che, allo scopo di attribuire dignità ed autonomia all'azione di condanna ad un *facere*, si è finito per sostenere, da una parte, che il ricorrente debba allegare elementi e mezzi di prova a sostegno della propria domanda, e dall'altra che l'amministrazione potrebbe indicare, in difesa, le ragioni che si oppongono "al conseguimento della prestazione richiesta", e questo anche mediante ricorso incidentale <sup>47</sup>.

A questa conclusione mi pare si oppongano due ragioni: la prima è che, almeno nel processo di legittimità, all'amministrazione è precluso proporre ricorso incidentale in quanto essa dispone del potere di auto-

<sup>45</sup> A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in questa *Rivista*, 2018, 193.

<sup>46</sup> A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 230.

<sup>47</sup> A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, cit., 248 ss.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

tutela: il che, se è discorso valevole per il potere esercitato, e quindi esaurito, lo è ancor più per quello non esercitato, laddove si volesse ipotizzare tale contraddittorio nell'ambito di un'azione promossa contestualmente al ricorso avverso il silenzio.

La seconda ragione è che, a mio avviso, all'amministrazione deve ritenersi sempre preclusa la possibilità di introdurre nel processo elementi che non sono stati già oggetto di determinazione esplicita, creando un contraddittorio postumo in giudizio, e ciò non soltanto perché in tal modo il giudice potrebbe divenire arbitro della fondatezza degli apporti conoscitivi e valutativi dell'amministrazione senza averne la responsabilità (e neppure l'investitura) così come l'amministrazione, che mescolerebbe contributi attinenti alla funzione con difese tecniche processuali, ma anche perché esso giudice sarebbe inevitabilmente chiamato a pronunciare sulla adeguatezza di tali contributi a confutare la pretesa del ricorrente, esercitando un ruolo che non gli appartiene.

Sotto quest'ultimo profilo mi pare meriti particolare attenzione la proposta di valorizzare il ruolo della motivazione discorsiva quale strumento di autoimputazione della responsabilità funzionale <sup>48</sup>, ossia delle conseguenze della decisione di cui l'amministrazione è chiamata a rispondere in ogni sede; la tesi ha il pregio di individuare funzioni essenziali della motivazione — che la sottraggono al noto processo di “dequotazione” dal quale anche la giurisprudenza inizia a prendere le distanze — circoscrivendo “...l'assunzione di responsabilità rispetto alle circostanze ed alle valutazioni tecniche o giuridiche rilevanti nel caso concreto, definendo quindi la misura stessa del potere esercitato”, e rendendo percepibili le garanzie di giustiziabilità *ex artt.* 24 e 113 Cost. <sup>49</sup>

In tal modo questa tesi approda a risultati simili a quelli del ragionamento prima illustrato: l'accertamento, attraverso il controllo sulla motivazione, che l'approdo della vicenda sostanziale non può che essere uno solo, consente al giudice di affermare la spettanza del bene della vita in capo al ricorrente (la conclusione è tratta in nota ad una sentenza del Tar triestino che chiude una vicenda relativa alla conferma in ruolo di un professore associato durata circa 25 anni e passata ovviamente per vari giudizi, tutti favorevoli allo sfortunato professore): in questo caso la sentenza potrà sostituirsi al provvedimento, ai sensi della lett. e) dell'art.

<sup>48</sup> CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 227 ss., spec. 249 ss.

<sup>49</sup> CASSATELLA, *Op. cit.*, 270 ss.

34, comma 1, c.p.a. ma solo quando “(...) la norma attributiva del potere sia la fonte di una relazione destinata ad esaurire i propri effetti nell’esclusivo rapporto fra pubblica amministrazione ed amministrato: ipotesi che si può riscontrare nei procedimenti di attribuzione di *status*”<sup>50</sup>, e quindi in un ambito piuttosto ristretto di fattispecie.

All’obiezione circa il divieto di integrazione giudiziale della motivazione si replica che tale limite non verrebbe in giuoco nell’ambito di un giudizio sulla pretesa poiché qui rileverebbero solo le affermazioni contrapposte delle parti<sup>51</sup>. Tuttavia, fermo il dubbio circa l’ammissibilità di un’azione di condanna autonoma, ed anche ragionando nell’ambito della pretesa azionata congiuntamente all’azione avverso il silenzio, il problema non attiene tanto alla giustificazione formale, quanto alla spendita della responsabilità nel processo anziché nell’appropriata sede della funzione doverosa, mercé allegazioni di fatti e deduzioni che avrebbero dovuto costituire elementi strutturali dell’esercizio del potere.

Il che non significa escludere che in un giudizio sul silenzio corredato da azione di condanna l’amministrazione non possa opporre ragioni a sostegno della infondatezza sostanziale della pretesa azionata, ma solo che le eccezioni opposte non pertengono alla sfera della funzione, ma a quella della pura confutazione processuale, senza alcuna necessità, quindi, di proporre domande riconvenzionali o ricorsi incidentali.

A conclusioni analoghe a quelle richiamate in punto di motivazione come espressione di responsabilità funzionale perviene uno altro studio recente che ravvisa nell’art. 3, l. n. 241/90, la norma secondo cui la decisione deve giustificarsi su tutti — nessuno escluso — i fatti e le ragioni ritenuti rilevanti dall’amministrazione con la conseguenza che la stessa decisione, se e nella misura in cui viene adottata sulla base di tutti i fatti costitutivi previsti dall’ordinamento, che conferiscono potere al decisore, esaurisce il potere all’atto del suo rendersi effettiva: ulteriore ragione a sostegno del divieto di motivazione postuma perché vietata dallo stesso art. 3 cit., così come interpretato, e per il principio che “(...) nello stato di diritto l’amministrazione entra in giudizio come parte e non come autorità”<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> CASSATELLA, *L’effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 104.

<sup>51</sup> A. CARBONE, *L’azione di condanna ad un fare*, cit., 251.

<sup>52</sup> M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 241.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

Di qui anche le ulteriori conseguenze: che la soddisfazione dell'interesse finale del ricorrente presuppone il rilascio del provvedimento richiesto da parte dell'amministrazione; che l'azione di adempimento è sempre ammissibile in una all'azione di annullamento, proprio perché questa si appunta nei confronti di un provvedimento che ha esaurito il potere e non ha quindi lasciato in giuoco residui di discrezionalità; che l'azione di condanna non può assicurare il risultato utile se l'azione è discrezionale, senza che in contrario assuma rilevanza il principio di non contestazione, codificato all'art. 64 c.p.a., che potrebbe essere sterilizzato dal libero convincimento del giudice.

Tanto questo quanto altri contributi — che inquadrano la situazione tutelata, l'interesse legittimo, nella figura del diritto di credito — lasciano in penombra il problema, a mio avviso centrale, della c.d. discrezionalità tecnica. Si è scritto che oggetto dell'azione di condanna è l'appagamento della *chance* (il diritto di credito) ad ottenere il bene della vita, ed è "(...) la pubblica amministrazione che può e al tempo stesso deve emanare il provvedimento amministrativo, che costituisce la prestazione attraverso la quale quella *chance* si concretizza per mezzo dell'esercizio del potere discrezionale: ma se questa prestazione non viene eseguita, perché si persiste nell'illegittima attuazione della possibilità normativa garantita dalla legge, è ragionevole (e costituzionalmente necessitato) che si apra il processo di esecuzione"<sup>53</sup>. Il che è quanto avviene in effetti nella pratica.

La giurisprudenza pare avviarsi verso soluzioni più ardite di quelle che la tradizione ci consegna, anche se sempre in situazioni, per dir così, estreme. È ancora recente la sentenza con la quale il Consiglio di Stato ha applicato l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. ordinando al Ministero dell'Istruzione di rilasciare un'abilitazione a professore di prima fascia dopo aver accertato l'esaurimento della discrezionalità dell'amministrazione<sup>54</sup>; questi alcuni passaggi a mio avviso significativi:

— la concezione soggettiva del processo amministrativo implica che la giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della

<sup>53</sup> L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in questa *Rivista*, 2013, 617 ss.

<sup>54</sup> Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499, con nota di CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, 499 ss., e in *Giur.it.*, 2019, 1405, con nota di TIMO, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, 1405 ss.

azione amministrativa diventa giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali;

— il codice favorisce le “potenzialità cognitive” dell’azione di annullamento, che viene così rivitalizzata a dispetto della tanto celebrata azione di condanna, attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita;

— ciò anche mediante l’accertamento, da parte del giudice, del fatto, senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento (l’art. 64 c.p.a., contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto);

— 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 compresa la nomina di un commissario *ad acta*, ex art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.;

— dal codice può trarsi in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l’indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria, da identificarsi nella “riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa”, in via sostanziale o processuale, come conferma l’art. 31, comma 2. c.p.a.

Fatte queste premesse, il Consiglio di Stato afferma che la “riduzione” della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) può essere l’effetto: *a*) sul piano “sostanziale”, degli auto-vincoli amministrativi; *b*) sul piano “processuale”, dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l’amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l’accertamento, attraverso “successive approssimazioni”, sull’intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l’atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull’onere della prova), “concentrando in un solo episodio giurisdizionale” tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza.

Inoltre, secondo questa decisione la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile “frattura” del rapporto

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo, quindi, del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati nella correttezza dei pubblici poteri: insomma, un reiterato atteggiamento riottoso produrrebbe l'esaurimento della discrezionalità e, in linea generale, se per la pervicacia degli organi amministrativi a reiterare le statuizioni annullate si verifici una elusione (palese o occulta) del giudicato, allora il giudice dell'ottemperanza dovrà poter sindacare anche aspetti non pregiudicati dalla sentenza.

Ma, aggiunge il Consiglio, anche in una vicenda quale quella definita — in cui, per le ragioni anzidette, l'alternarsi di tre diverse Commissioni di valutazione non consente di ravvisare nel nuovo vizio di legittimità un palese sintomo dell'intento di non attuare il giudicato —, il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di « svuotare » l'amministrazione del proprio potere discrezionale. Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come “fatto” e non come “atto”.

In tal modo la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione si contempera con l'esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all'interesse pretensivo (per il quale la pronuncia di annullamento raramente si presenta autonomamente satisfattiva), tenuto conto delle specificità correlate al sindacato sul potere pubblico. La sentenza “strizza l'occhio” anche alle tesi oggettiviste, affermando in chiusura che la tutela piena risponde anche ad un obiettivo di efficienza complessiva del sistema, dal momento che lo sviluppo economico e sociale del Paese passa anche attraverso una risposta rapida e “conclusiva” delle ragioni di contrasto tra le Amministrazioni ed i cittadini: in una parola, l'efficienza del sistema giustizia <sup>55</sup>.

<sup>55</sup> L'impianto della sentenza è stato criticato sia per la evanescente portata significativa circa la frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino sia perché si sarebbe in realtà eluso l'accertamento del rapporto — da conseguirsi magari a mezzo di penetranti indagini istruttorie — applicando al tradizionale modello di sindacato funzionale alla decisione cassatoria un risultato — l'esaurimento della discrezionalità tecnica — che avrebbe presupposto un accertamento in fatto che sarebbe in concreto mancato, in quanto sostituito da una presunzione di legittimità di una delle molte manifestazioni di sapere specialistico coinvolte nell'articolazione del processo (segnatamente, la validità della valutazione della prima delle tre commissioni giudicatrici che hanno preso in esame titoli e pubblicazioni della candidata): così CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, cit., spec. 506 ss. Addirittura TIMO, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della*

Ora, a prescindere dai dubbi sul fatto che un sistema giustizia possa dirsi efficiente dopo tre giudicati di annullamento<sup>56</sup>, l'approdo più significativo — e bisognerà verificare se e in che misura non destinato a rimanere isolato — pare essere che la riduzione della discrezionalità può manifestarsi già nel processo di legittimità, oltre che in sede di ottemperanza, alla luce di una condotta dell'amministrazione liberamente qualificabile dal giudice, dopo il vano esperimento di rimedi processuali finalizzati ad obbligare l'amministrazione ad esprimersi su di un interesse pretensivo.

Si perverrebbe in tal modo per altra via al risultato anch'esso affacciato in giurisprudenza con il suggerimento di procedere per successive approssimazioni: alla stregua dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a., anche un'attività *in limine litis* connotata da discrezionalità può, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti, risultare, all'esito dello scrutinio del giudice, ormai segnata nel suo sviluppo. In relazione ai profili istruttori, la cognizione estesa ai profili dell'esercizio del potere che, non avendo costituito oggetto del provvedimento, non hanno potuto essere censurati nel ricorso, sarà possibile sempre che il ricorrente abbia allegato in giudizio gli elementi di fatto atti a dimostrare la fondatezza della pretesa<sup>57</sup>.

Sotto questo aspetto, l'officiosità di alcuni poteri istruttori, tra cui quello di disporre l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione, è stata vista come mezzo per qualificare la giurisdizione come soggettiva, ancorché temperata da un carattere parzialmente oggettivo, poiché informazioni e documenti ritenuti utili sarebbero forniti dall'amministrazione non in veste di parte ma di soggetto terzo ed imparziale<sup>58</sup>: indicazione sulla quale esprimerei qualche riserva in ragione della già segnalata esigenza che l'amministrazione, nel processo, sia e rimanga

---

*discrezionalità tecnica*, cit., 1414, ritiene possibile che la sentenza sia incorsa in eccesso di potere giurisdizionale e, come tale, sia impugnabile in Cassazione per motivi di giurisdizione.

<sup>56</sup> È quanto sostiene DI CAGNO, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 2020, 744, in un approfondito scritto che paventa forti criticità (forse eccessive) in punto di sostituzione del giudice all'amministrazione.

<sup>57</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1187, con *Commento* di TORCHIA, 1187 ss., e in *Giur. it.*, 2012, 714, con nota di VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, 715.

<sup>58</sup> LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo. Poteri del giudice e giurisdizione soggettiva 'temperata'*, in questa *Rivista*, 2016, 130 ss.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

sempre parte convenuta, o resistente, senza mai acquisire vesti diverse a seconda dell'intenzione del giudice, tanto meno quando ispirata alla tutela della legalità come interesse pubblico. In altri termini, un temperamento siffatto consentirebbe di obiettare che la giurisdizione amministrativa è oggettiva punto, il che la giurisprudenza dianzi richiamata esclude con vigore, e giustamente.

Al riguardo, non posso che esprimere un auspicio già da tempo formulato: l'art. 31, comma 3, c.p.a. va interpretato nel senso che s'impone al giudice il divieto di adottare pronunce di condanna per l'ipotesi in cui residui un margine "ulteriore" di sola discrezionalità amministrativa o "pura": l'ipotesi in cui si prospetti l'esigenza di svolgere valutazioni tecniche non può, in linea di principio, costituire limitazione all'accertamento della fondatezza della pretesa poiché l'esigenza sottesa alla norma è (deve essere considerata) quella di impedire al giudice di pronunciare precetti dei quali egli non è né può essere responsabile; le valutazioni tecniche non partecipano della "politicalità" della determinazione squisitamente discrezionale, né la particolare complessità dell'operazione può costituire barriera all'accertamento giudiziale: soprattutto quando alle difficoltà che ne derivino il giudice può supplire con un'istruttoria che non tenga tanto conto dell'efficienza del c.d. "servizio giustizia" o della tutela della legalità, quanto delle ragioni del ricorrente, al fine di accertarne la fondatezza o meno. La maggiore o minore complessità di tale valutazione potrà rilevare sul piano squisitamente processuale — in termini, cioè, di disponibilità ed ammissibilità dei mezzi istruttori — non certamente sul versante della natura del giudizio (della valutazione tecnica).

Correttamente, quindi, la norma esclude l'accertamento della pretesa allorché si tratti di porre in essere adempimenti istruttori che solo l'amministrazione può compiere: ho già avuto occasione di suggerire che, in questo caso, l'aggettivo "istruttori" va ricondotto alla dimensione sostanziale, alludendosi a quegli accertamenti che costituiscono il presupposto per addivenire ad una valutazione originaria dell'interesse pubblico specifico in vista del precetto (della decisione amministrativa) da porre. Occorre escludere che il giudice elabori un progetto di decisione sulla base di una situazione neppure ancora resasi problematica, e che tale può divenire solo in esito all'opera di selezione dei fatti rilevanti, a sua volta espressione del progredire del potere discrezionale verso l'obiettivo di isolare due o più soluzioni alternative in vista della deci-

sione sul caso. Quando non ricorre questa esigenza, come nel caso della c.d. discrezionalità tecnica, non vedrei limiti alla ammissibilità di mezzi istruttori che anzi, anche alla stregua della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, il giudice deve ammettere in vista dell'obiettivo di ridurre l'ambito valutativo dell'amministrazione riottosa o inerte.

6. La Corte di Giustizia UE<sup>59</sup> ha definito la questione pregiudiziale sollevata dal Tar Piemonte<sup>60</sup>, che dubitava della compatibilità con i principi della direttiva ricorsi del comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., introdotto dal Codice dei contratti pubblici, abrogato<sup>61</sup>, secondo cui il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente, e l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

266

L'ordinanza della Corte di giustizia dell'Unione Europea afferma in sostanza che, siccome “(...) l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di garantire che le procedure di ricorso siano accessibili (...) a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione”, allora tale disposizione sarebbe “(...) applicabile ... alla situazione di qualunque offerente che ritenga che un provvedimento di ammissione di un concorrente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico sia illegittimo e rischi di cagionargli un danno, in quanto simile *rischio* è sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato”.

L'interesse ad agire, pertanto, non risiede nell'aspettativa di un risultato utile, ma nel “rischio di un risultato sfavorevole”: nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, quindi, l'interesse ad agire si

<sup>59</sup> C. giust. UE, 1 febbraio 2019, causa 54/18.

<sup>60</sup> Tar Piemonte, ord. 17 gennaio 2018, n. 88.

<sup>61</sup> Dall'art. 1, comma 22, lett. a), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, a valere per i processi iniziati dopo l'entrata in vigore di tale legge (e quindi dopo il 18 giugno 2019).

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

radica in base al rischio della lesione, non alla certezza di essa. L'ordinanza cita, al riguardo, la sentenza del 5 aprile 2017, Marina del Mediterraneo e a., C-391/15, che nasce da una questione speculare, fondata sui medesimi nostri principi: in quel caso un concorrente impugnava l'ammissione ad una gara per l'ampliamento del porto di Marbella — si trattava, si badi bene, di due soli concorrenti in competizione — e il giudice d'appello, rilevando d'ufficio una questione di inammissibilità (non rilevata in primo grado) poiché la legge spagnola<sup>62</sup> prevede che gli atti preparatori possono essere impugnati solo se immediatamente lesivi o se determinanti un arresto procedimentale, sottoponeva la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea: ossia se tale disciplina si ponesse in contrasto con la direttiva ricorsi. E la Corte ha risposto che:

(i) la nozione di decisione di un'amministrazione aggiudicatrice della direttiva ricorsi non fa alcuna distinzione a seconda del contenuto o del momento della adozione di essa;

(ii) riguardo al momento a partire dal quale un ricorso deve essere ammissibile, la Corte ricorda che la direttiva ricorsi è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano dell'Unione, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

(iii) tale obiettivo “non autorizza gli Stati membri a subordinare l'esercizio del diritto di ricorso al fatto che la procedura di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata”;

(iv) spetta al diritto nazionale — e questo è importante — disciplinare le modalità del procedimento giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, modalità che non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti confe-

<sup>62</sup> L'articolo 310, paragrafo 2, l. n. 30/2007, dispone quanto segue: “Potranno essere oggetto di ricorso i seguenti atti: (...) b) gli atti preparatori adottati nell'ambito della procedura di aggiudicazione, purché essi decidano direttamente o indirettamente sull'aggiudicazione, rendano impossibile continuare la procedura o determinino l'impossibilità di difendersi o un danno irreparabile a diritti o interessi legittimi. Gli atti della commissione aggiudicatrice che decidono l'esclusione di offerenti saranno considerati atti preparatori che rendono impossibile continuare la procedura”, così escludendo dal regime di impugnabilità gli atti di ammissione.

riti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività); in particolare non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665;

(v) tale interpretazione non è rimessa in discussione dalla constatazione secondo la quale la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva ricorsi sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni poiché tale rilievo concerne, infatti, la giustificazione dei termini ragionevoli di decadenza dei ricorsi avverso le decisioni impugnabili, e non già l'esclusione di un ricorso autonomo avverso la decisione che ammette un offerente a una procedura di aggiudicazione;

(vi) è il giudice del rinvio a dover accertare che i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice, per essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione <sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> GALLO, *La compatibilità europea del rito superspeciale in materia di contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2019, 1168 ss., condivide la lettura della Corte. Qualifica "assurda" (1169) la circostanza che, statisticamente, prima dell'introduzione del comma 2-bis, la percentuale maggiore di ricorsi avverso le aggiudicazioni di commesse pubbliche concernessero — come hanno continuato a concernere e sempre concerneranno — prevalentemente censure definite di "carattere formale" (*ibidem*), come se l'accertamento del difetto di un requisito di qualificazione — molti dei quali imposti a tutela di interessi particolarmente sensibili, quali quelli a salvaguardia di fenomeni di infiltrazione criminale o concernenti l'onorabilità, la professionalità e l'affidabilità dei concorrenti — non esibisca consistenti profili di ordine sostanziale; ciò implicherebbe una "perdita di tempo" per l'amministrazione (1170); aggiunge che la norma ha inteso anticipare la rilevanza in termini di interesse a ricorrere ad un interesse sostanziale (l'interesse legittimo ad ottenere l'esclusione di un candidato illegittimamente ammesso), restando irrilevante che questa attribuzione "agevoli" la parte pubblica (1171 ss.); ritiene che la corretta definizione della platea dei candidati incida sulla *chance* di aggiudicazione del contratto (1172); conclude nel senso che, "tenuto conto dell'orientamento della Corte di Giustizia, anche con l'abrogazione del rito superspeciale, la giurisprudenza nazionale dovrebbe ritenere ammissibile il ricorso diretto nei confronti della ammissione altrui, oltretutto nei confronti della propria esclusione, il che, tutto sommato, rende il sistema complessivamente meno utile di quello introdotto dal rito superspeciale" (1176). Alla natura sostanziale dei vizi sull'ammissione a gara di concorrenti privi dei requisiti di qualificazione sostanziale abbiamo già accennato. Ritengo che l'introduzione *ex lege* di un interesse a ricorrere che non risponda all'utilità immediata e concreta del suo titolare sia contraddittoria ed irragionevole e sol per questo costituzionalmente illegittima. Aggiungo che l'interesse a ricorrere si radica nel

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

Riemerge il “rischio”. Ma emergono anche altri elementi che possono essere d’aiuto a meglio inquadrare la vicenda sollevata dal Tar piemontese.

L’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. — nei limiti della sua applicabilità ai processi avviati prima del 18 giugno 2019 — non consente, ma impone di impugnare una “decisione” della stazione appaltante, quale quella di ammissione alla gara, e lo fa a pena di decadenza; la legge spagnola stabilisce il contrario: l’atto preparatorio è impugnabile solo congiuntamente all’aggiudicazione.

La Corte considera viziata questa seconda previsione poiché essa non tiene conto di elementi quali: l’esigenza che profili di illegittimità siano corretti in corso di procedura ad evidenza pubblica; la tutela effettiva dei diritti; l’esigenza che l’azione non sia resa eccessivamente difficoltosa. Si tratta di una mediazione tra l’interesse generale alla corretta applicazione del diritto dell’Unione e la libera scelta del concorrente che intenda accedere alla tutela anche in via anticipata, magari in situazioni, quale quella del caso spagnolo, in cui l’interesse può dirsi leso immediatamente, per il solo fatto che l’unico altro concorrente alla gara sia un soggetto ritenuto privo di qualificazione adeguata, e quindi l’interesse (legittimo) concreto, personale ed attuale sia quello di escludere l’operatore economico antagonista e così partecipare in solitudine alla procedura ad evidenza pubblica. Tutto ciò, fermo restando che dev’essere il giudice nazionale a valutare la sussistenza dell’interesse, anche in relazione al rischio.

La sentenza del 2017 ha, quindi, un suo perché.

Probabilmente l’ordinanza di rimessione del Tar piemontese non è stata in tutto compresa dalla Corte lì dove rilevava che “(...) la tutela giurisdizionale può (e deve) esserci solo ove vi sia stata una lesione di un diritto o di un interesse legittimo, e che vi sia un interesse, concreto ed attuale, ad una pronuncia dell’autorità giudiziaria”; viceversa, la Corte afferma che il diritto si radica anche in presenza del solo rischio della lesione.

---

caso concreto e non è predeterminabile *ex lege*, viceversa imponendo il ricorso a rimedi d’utilità incerta che peraltro, se non esperiti, precludono la tutela nel momento in cui la lesione si invera, con violazione palese dell’art. 113 Cost. Che sussista un interesse legittimo (di natura non solo strumentale, ma talora finale, come nel caso della sentenza Marina Mediterranea ricordata nel testo) ad escludere dalla competizione chi non ne abbia titolo è circostanza tanto vera quanto distinta dal problema del tempo in cui sorge l’esigenza di azionare tale interesse (titolo di legittimazione).

Il problema che la Corte non si è posta, applicando i principi della sentenza del 2017 in chiave speculare al caso italiano, è il rilievo che l'accesso al rimedio giurisdizionale è una facoltà; non può essere imposto indiscriminatamente. Il Tar di Torino probabilmente ha insistito eccessivamente sul punto che, ai fini dell'imposizione dell'onere di azionare lo strumento processuale, la lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo debba essere reale ed effettiva. Probabilmente, alla luce del precedente del 2017, sarebbe stato preferibile spostare il *focus* sulla libertà che ciascun Stato membro deve lasciare agli operatori economici di agire anche contro gli atti di ammissione altrui alla gara — come da noi si esclude da sempre proprio sulla base della necessaria attualità della lesione — laddove invece il Tar ha inteso leggere la disciplina europea nel senso che non può mai darsi (e tanto meno imporsi) accesso alla giustizia prima di una lesione concreta ed attuale, sostanzialmente elevando al rango di norma positiva un (condivisibile) principio pretorio.

270

Viceversa, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha affermato che, almeno in materia di giudizi avverso atti di procedure ad evidenza pubblica, il ricorso va concesso anche in presenza del mero rischio della lesione; nel senso che una norma nazionale che vieti un ricorso avverso un provvedimento potenzialmente pregiudizievole — è il caso spagnolo, non certo quello nostrano — si pone in contrasto con la c.d. direttiva ricorsi.

E risolve il problema del “ricorso al buio”<sup>64</sup> (non anche, però, di quello inutile) imponendo alla stazione appaltante da un lato di accompagnare la comunicazione di ammissione con la relazione che espliciti le ragioni dell'ammissione alla procedura, dall'altro intervenendo sul momento in cui decorre il termine di decadenza, ossia demandando al giudice nazionale l'accertamento se, “(...) nelle circostanze del procedimento principale, l'applicazione combinata delle disposizioni dell'articolo 29 e dell'articolo 53, commi 2 e 3, del Codice dei contratti pubblici, che disciplinano l'accesso alla documentazione delle offerte e la sua divulgazione, non escludesse del tutto la possibilità per la (...) di venire effettivamente a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento di ammissione del raggruppamento di imprese aggiudicatario dalla stessa lamentata e di proporre un ricorso, a decorrere dal momento in cui la

---

<sup>64</sup> Per una ricostruzione sul punto v. Grossi, *Il rito super accelerato supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *Urb. app.*, 2019, 181 ss.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

medesima ne ha avuto conoscenza, entro il termine di decadenza di cui all'articolo 120, comma 2-*bis*, del codice del processo amministrativo”.

È su questo profilo che s'intravede un'ombra piuttosto cupa di oggettività, introdotta non solo e non tanto dal legislatore interno, ma dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea: che in sostanza fissa l'esigenza di consentire, entro termini decadenziali, ricorsi avverso decisioni in materia di procedure di appalto come valore quanto meno equoordinato a quello di assicurare una tutela individuale effettiva ed utile (il “ricorso efficace”), laddove l'utilità — per il diritto italiano, non per la Corte — si misura col grado di soddisfazione *esclusiva* della situazione soggettiva personale.

Un po' come si legge nella motivazione di una ancora recente sentenza dell'Adunanza plenaria, secondo la quale il rito “super-accelerato” mirava alla “(...) pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (...). Il legislatore ha quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre al pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara”<sup>65</sup>.

Insomma, il ricorso “efficace” è quello che salvaguarda l'“efficacia” — la speditezza, l'economicità, e così via — della procedura, ed il diritto europeo ne tutela la possibile declinazione nelle legislazioni nazionali proprio nella descritta prospettiva obbiettivistica.

<sup>65</sup> Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Urb. App.*, 2018, 785, con commento di MEALE, 795 ss. La sentenza qualifica come interesse (“procedimentale”, par. 19.3.8), quindi appartenente alla sfera soggettiva del ricorrente privato, quello alla “corretta formazione della platea dei concorrenti”, aggiungendo però, del tutto contraddittoriamente, — secondo quanto indicato nel testo — che obiettivo dell'abrogato comma 2-*bis* è quello di assicurare speditezza, efficienza ed economicità al procedimento di gara: la norma processuale, quindi, tutelava un interesse oggettivo, sicché l'onere dell'impugnazione immediata e la conseguente preclusione al gravame successivo costituivano una vistosa deroga al modello soggettivistico del processo amministrativo. Insiste particolarmente sull'importanza che il rito speciale in materia di affidamenti di commesse pubbliche garantisca ad un tempo effettività della tutela e stabilità delle decisioni pubbliche TAGLIANETTI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: ratio e profili applicativi*, in questa *Rivista*, 2019, 122 ss.

Prospettiva, questa, ribadita dalla giurisprudenza nazionale secondo cui “(...) l'accertamento di una causa di esclusione di un competitore per il medesimo contratto pubblico rappresenta comunque un vantaggio in vista del conseguimento del medesimo risultato ultimo”, con l'ulteriore vantaggio che “(...) si determina così un regime di relativa stabilità del provvedimento di aggiudicazione, con la preclusione a fare valere nei confronti dell'atto finale di gara eventuali vizi di fasi precedenti”, realizzando “(...) un ragionevole bilanciamento tra contrapposte esigenze dell'impresa partecipante e dell'amministrazione”<sup>66</sup>.

Ora, nel mentre non si vede davvero quale sia l'utilità di accertare la sussistenza di una causa di esclusione di un concorrente sino a quando non sia noto se esso abbia conseguito l'aggiudicazione cui l'ancora potenziale ricorrente aspira, è evidente che un gravame siffatto non è mai, in tesi, “efficace”, in quanto imporre l'esercizio dell'azione in presenza del “mero rischio” che un'ammissione possa essere illegittima costituisce ad un tempo negazione della autodeterminazione dell'operatore economico circa l'utilità ritraibile da un esercizio incerto e dispendioso dell'azione, ed un pregiudizio evidente inferto giustappunto all'interesse all'efficienza della procedura, che dipende non da preclusioni all'azione giudiziaria, ma da una buona (e legittima) amministrazione attiva: di nuovo, “contaminare” l'azione e le sue condizioni con l'interesse pubblico non reca un buon servizio né alla causa del processo né a quella, sostanziale, del dovere alla miglior cura del bene comune.

Dagli approdi della recente giurisprudenza europea trarrei una sostanziale negazione della nota tesi sulla natura finale dell'interesse legittimo<sup>67</sup>, o di quella che chiameremmo aspettativa tutelata all'ottenimento dell'aggiudicazione. Viceversa, la Corte afferma che uno degli scopi precipui della direttiva ricorsi è proprio quello di assicurare una tutela anticipatoria, in guisa da assicurare correzioni di legalità prima di addivenire all'aggiudicazione, e tale valore — di garanzia, quindi, della legalità obiettiva a tutela dell'interesse alla corretta applicazione del diritto europeo in materia di pubbliche commesse — può essere model-

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2019, n. 5234.

<sup>67</sup> Tra i molti contributi di Guido Greco sul tema, v. *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *ivi*, 585 ss. e, da ultimo, ID., *Presentazione de Il provvedimento amministrativo (R. Villata - M. Ramajoli) e de L'interesse legittimo (F.G. Scoca)*, in questa *Rivista*, 2018, 763.

**DICOTOMIA TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA**

lato dagli Stati membri anche in modo da escludere il requisito dell'attualità della lesione quale condizione dell'azione, a patto che sia assicurata la possibilità di contestare le ragioni della decisione, da rendersi note agli interessati prima dello spirare del termine di decadenza: questa è davvero giurisdizione oggettiva.

Pare quindi che l'ordinanza e la complessiva analisi del sistema siano coerenti con la nozione europea di "interesse legittimo", secondo quanto notato in dottrina: "l'interesse tutelato è esclusivamente quello diretto al rispetto delle regole dettate per lo svolgimento delle procedure di appalto e cioè un interesse alla mera legittimità dell'attività amministrativa non correlato all'interesse al bene della vita volto ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto"<sup>68</sup>.

Tuttavia, se l'interesse legittimo "europeo" si risolve nell'interesse alla legittimità, probabilmente le derive oggettivistiche cui si è fatto cenno sono ingiustificate: la direttiva ricorsi infatti non tutela (soltanto) la situazione soggettiva dell'operatore economico ma anzi ne fa il tramite per addivenire alla legittimità dell'azione amministrativa degli Stati membri in materia di applicazione del diritto europeo; un interesse, quindi, davvero occasionalmente protetto, che giustifica — o quanto meno non qualifica come in contrasto con la disciplina europea — un regime che impone una tutela eventuale anticipata: tutela, ovviamente, che non è obbligo degli Stati membri prevedere e che viceversa, con ogni probabilità, è gravemente illegittima sul versante della compatibilità con la Costituzione, secondo quanto rilevato dal Tribunale amministrativo barese con altra, nota ordinanza<sup>69</sup>.

Bisogna chiedersi tuttavia se, alla luce dell'ordinanza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la questione sollevata dal Tar Bari innanzi

<sup>68</sup> E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 874 ss.

<sup>69</sup> Tar Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903, che ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 120, comma 2-bis, primo e secondo periodo, c.p.a., limitatamente all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, nella parte in cui onera l'impresa partecipante alla gara di impugnare immediatamente le ammissioni delle altre imprese partecipanti alla stessa gara, pena altrimenti l'incorrere nella preclusione di cui al secondo periodo della disposizione ("l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"), per contrasto con gli artt. 3, comma 1, 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2, 113, commi 1 e 2 e 117, comma 1 della Costituzione e 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita con legge 4 agosto 1955, n. 848. Dubbi di costituzionalità non condivisi da Cons. Stato n. 5234/2019, alla nt. 66.

alla Consulta non andasse dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza: in quel caso, infatti, è stata fatta tempestiva impugnazione dell'ammissione di un operatore alla stregua dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., e il Tar ha ritenuto la questione rilevante poiché, ove le questioni da esso sollevate fossero state accolte, ne sarebbe derivata l'inammissibilità del ricorso per esser stato impugnato un atto endoprocedimentale privo di efficacia lesiva, ma pienamente impugnabile, viceversa, alla stregua del diritto europeo. Ma per la Corte costituzionale la norma è legittima: l'estensore della sentenza, già Presidente del Consiglio di Stato, richiama la giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato <sup>70</sup> affermando che la disposizione mira a definire la platea dei partecipanti alla gara ed a limitare ricorsi "retrospettivi".

Rinviando ad un ulteriore approfondimento il commento della sentenza, qui notiamo che, secondo la Corte, "(...), deve escludersi che il legislatore abbia configurato una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento, avendo piuttosto inteso *dare autonoma rilevanza all'interesse strumentale o procedimentale del concorrente alla corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara* (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 26 aprile 2018, n. 4), interesse che è proprio e personale del concorrente, poiché la maggiore o minore estensione di quella platea incide oggettivamente sulla chance di aggiudicazione (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2018, n. 6)"<sup>71</sup>.

Mi limito solo ad osservare che *da sempre* la giurisprudenza tutela l'interesse strumentale alla esclusione di concorrenti asseritamente non qualificati a partecipare alla gara; la domanda, rimasta priva di risposta, è perché questo interesse vada azionato prima ancora di sapere se esso è venuto ad esistenza. Non sappiamo spiegarci perché: di certo non ce lo spiega la Corte costituzionale.

<sup>70</sup> Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, n. 782.

<sup>71</sup> Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271.