

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche

XXXI Ciclo

Curriculum in Diritto pubblico e penale dell'economia

Tesi di dottorato in Diritto pubblico dell'economia

**La natura del giudizio amministrativo
a fronte della legittimazione processuale
delle autorità amministrative indipendenti
in Italia e in Spagna**

Luca Belviso

Matricola: 726858

Tutor: Prof. Giovanni Cocco

Coordinatore: Prof. Maurizio Arcari

Anno accademico 2017/18

Alla mia famiglia

INDICE

Introduzione.....	III
-------------------	-----

CAPITOLO PRIMO

LA PREVALENTE NATURA SOGGETTIVA DEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

1. La natura della giurisdizione in generale.....	1
2. Il giudizio amministrativo e la sua prevalente natura soggettiva.....	12
3. Tendenze di neo-oggettivizzazione del giudizio amministrativo: la legittimazione oggettiva.....	23

CAPITOLO SECONDO

LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: L'ALBA DI UN RITORNO ALL'OGGETTIVITÀ DEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO?

1. Premessa.....	31
2. La legittimazione processuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.....	35
2.1. <i>Dal fallimento dei tradizionali poteri consultivi e di advocacy alla legittimazione processuale.....</i>	36
2.2. <i>Disciplina normativa e dubbi interpretativi fra dottrina e giurisprudenza</i>	37
2.3. <i>Un bilancio sull'utilizzo di tale strumento: alcuni numeri.....</i>	56
3. La legittimazione processuale dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti.....	58
3.1. <i>La legittimazione processuale quale quid minus rispetto al potere di regolazione in materia di servizio taxi.....</i>	58
3.2. <i>Disciplina normativa e dubbi interpretativi.....</i>	60
3.3. <i>Le ragioni della totale assenza di contenzioso.....</i>	70
4. La legittimazione processuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.....	71
4.1. <i>La legittimazione processuale quale quid minus rispetto al potere di adottare raccomandazioni vincolanti.....</i>	71
4.2. <i>Disciplina normativa e risoluzione dei primi dubbi interpretativi fra regolamento di attuazione dell'ANAC e parere del Consiglio di Stato.....</i>	79
4.3. <i>Le ragioni dell'ancora totale assenza di contenzioso.....</i>	92
5. Continuità e discontinuità fra i diversi poteri di legittimazione processuale.....	93

6. La natura del giudizio amministrativo a fronte della legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti. L'alba di un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?.....	103
---	-----

CAPITOLO TERZO

LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA IN SPAGNA
FRA NATURA DEL GIUDIZIO E LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE
DELLE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

1. Perché studiare il sistema di giustizia amministrativa spagnolo?.....	117
2. Caratteri generali della giustizia amministrativa spagnola.....	119
2.1. <i>Per iniziare</i>	119
2.2. <i>Evoluzione storica del sistema di giustizia amministrativa spagnolo: un "viaggio" fino alla Constitución española del 1978 e alla Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa</i>	124
2.3. <i>Il modello spagnolo e il modello europeo di giurisdizione amministrativa a confronto: continuità e discontinuità</i>	142
3. Ricapitolando: il metodo per indagare la natura della giurisdizione.....	150
4. La natura oggettiva del giudizio amministrativo spagnolo.....	152
5. La legittimazione processuale delle <i>autoridades administrativas independientes</i> : il potere di iniziativa processuale della <i>Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia</i> a tutela della <i>unidad de mercado</i>	164
5.1. <i>La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: un "super regulador" dalla natura indipendente</i>	164
5.2. <i>Disciplina normativa del potere di ricorso della Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a tutela della unidad de mercado</i>	169
5.3. <i>Un confronto con il potere di legittimazione processuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato</i>	176
5.4. <i>Un bilancio sull'utilizzo di tale strumento: alcuni numeri</i>	179
5.5. <i>Il contenzioso a tutela della unidad de mercado: il primo caso di accoglimento di ricorso da parte della Audiencia Nacional</i>	181
6. La legittimazione processuale delle <i>autoridades administrativas independientes</i> come mera conferma del carattere oggettivo della giurisdizione.....	182
7. Dal sistema spagnolo a quello italiano: riflessioni conclusive.....	184

Riflessioni conclusive.....	VIII
-----------------------------	------

Bibliografia.....	XII
-------------------	-----

Giurisprudenza.....	XXXIV
---------------------	-------

INTRODUZIONE

Conformemente al titolo della ricerca, *“la natura della giurisdizione amministrativa a fronte della legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti”*, il presente studio reca sotteso un interrogativo di fondo: e cioè, se la giurisdizione amministrativa muti la propria natura in senso oggettivo laddove il giudizio amministrativo prenda linfa vitale dall’iniziativa processuale delle autorità amministrative indipendenti.

Gli oggetti dello studio sono, perciò, essenzialmente, due: la natura della giurisdizione amministrativa e la legittimazione processuale di tali autorità.

Ora, nelle prime pagine introduttive, pare opportuno indicare i profili di interesse di una simile indagine.

Primariamente e più banalmente, v’è un interesse alla descrizione e alla ricostruzione di recenti – talune persino recentissime – oltre che peculiari prerogative di iniziativa processuale.

Si tratta, in particolare, di quelle legittimazioni processuali introdotte, negli ultimi tempi, dal legislatore nazionale, a favore di talune autorità amministrative indipendenti e, più specificamente, dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), dell’Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) e dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Sono peculiari, queste ultime, in quanto derogano all’ordinario atteggiarsi della legittimazione processuale, contraddistinguendosi per: oggettività, e cioè trovano la loro fonte di riconoscimento direttamente nel dettato normativo; specialità, in quanto regolate in modo peculiare, con riguardo a termini, procedimento preliminare e delimitazione dell’oggetto; straordinarietà, posto che la titolarità di esse si appunta esclusivamente in capo a tali Autorità, non estendendosi generalmente ad ogni amministrazione pubblica; eventuale eccezionalità, a seconda che si ritenga che il ricorso sia, in tali casi, disancorato da una situazione giuridica soggettiva di ordine sostanziale.

L’analisi verterà, dapprima, sulla loro disciplina normativa, assumendo successivamente diverse forme in relazione alla fattispecie presa in esame: estendendosi al dato pretorio laddove si tratti di strumenti consolidati sotto il profilo

applicativo, diversamente limitandosi al dato ricostruttivo-interpretativo a fronte di poteri di legittimazione processuale non ancora esercitati.

Alla ricostruzione, già interessante di per sé, si relaziona il secondo profilo rilevante dell'indagine ivi condotta, e cioè quello teorico-dogmatico.

La premessa di partenza è che le regole di legittimazione processuale previste a favore delle autorità amministrative indipendenti, derogatorie rispetto all'ordinario atteggiarsi della legittimazione ad agire, sorgono al fine di tutelare interessi pubblici rilevanti nel contesto dell'Unione europea e ritenuti tanto sensibili da meritare una speciale protezione da parte dell'ordinamento, che, a tal fine, predispone – mutando le regole di accesso alla giustizia – un modello processuale differenziato.

Posta tale premessa, ragionando cioè nell'ottica di un modello processuale diverso da quello ordinario nella misura in cui viene mutare l'accesso alla giustizia, si pone l'interrogativo – evidenziato nell'*incipit* – della presente indagine: e cioè se tale modello processuale possa ricondursi ad un giudizio di natura oggettiva.

Per poter rispondere a tale interrogativo è necessario individuare un metodo, che consenta, prima, di chiarificare cosa si intenda per natura della giurisdizione, poi, di individuare, di ciascuna realtà processuale, la corretta natura.

La natura della giurisdizione, infatti, che da sempre ha attratto l'attenzione degli studiosi del processo trasversalmente inteso, costituisce un terreno di indagine influenzato da una permanente ambiguità, che accompagna principalmente il suo significato.

Lo studio ivi condotto vuole così contribuire a dissipare tale velo di incertezza, rischiarando il contenuto della suddetta indagine, che si ritiene troppo spesso opacizzato da dogmatiche valutazioni finalistiche che, non distinguendo natura e scopo della giurisdizione, attribuiscono esorbitante rilevanza alla qualificazione dell'interesse che fonda l'azione giurisdizionale e dà vita al processo.

In base a detta logica poco persuasiva, infatti, la natura di un giudizio coincide con la sua finalità e perciò discende dalla qualificazione dell'interesse a fondamento dell'azione giurisdizionale.

Detta impostazione si scontra, però, con l'esigenza di guardare al processo in senso più ampio, osservandone l'intera struttura organizzativa e le regole formali,

che paiono maggiormente atte a rivelare, pur nella sua complessità, l'essenza di un giudizio.

La valutazione della natura di esso non dovrebbe infatti discendere da una realtà esterna al processo, così traslando sul piano del diritto sostanziale una questione prima ancora attinente al piano del diritto processuale.

Ci si vuole muovere, allora, sul terreno del diritto processuale, ridimensionando la valenza di interpretazioni sostanzialistiche non di rado opinabili. Osservare in ampio spettro la dimensione processuale significa perciò concentrarsi sul suo contenuto, verificando la presenza o l'assenza di taluni caratteri che si ritengono sintomatici per l'individuazione della sua natura. Alla cui analisi non si può certo ovviare, realizzando, in diverso caso, uno studio che rivela – per l'ennesima volta – la finalità di un giudizio, non invece la sua natura. Di talché, l'indagine ivi condotta avrà, quale oggetto d'osservazione privilegiato per l'individuazione dell'essenza della giurisdizione, la legittimazione processuale, le modalità di attivazione della macchina processuale, la disponibilità del processo alle parti, nonché i poteri del giudice in fase istruttoria e la possibilità dello stesso di incidere sulla perimetrazione dell'ambito di cognizione.

Quanto espresso costituisce a tutti gli effetti un metodo d'analisi, il cui campo di applicazione, all'interno del presente studio, è rappresentato dal giudizio amministrativo, dapprima nel suo ordinario atteggiarsi, secondo le più consuete regole dettate dal Codice del processo amministrativo, in seguito – dando risposta alla *questio iuris* della ricerca – nella diversa fisionomia che viene ad assumere a fronte di quelle previsioni normative – cui si è fatto sopra cenno – che attribuiscono peculiari poteri di iniziativa processuale alle autorità amministrative indipendenti.

Il profilo teorico-dogmatico non vive di per sé, quale monade separata dal resto e priva di risvolti applicativi. Esso attrae, diversamente, il terzo profilo di interesse del presente studio, quello connesso alla rilevanza pratica della ricerca. Detto con altre parole, non si tratta di un'indagine che si esaurisce nella correttezza di una classificazione.

La natura della giurisdizione non è soltanto oggetto di dibattiti dottrinali. Non vive, cioè, solo nei testi e nelle aule delle Università italiane.

Molteplici e diverse sono infatti le pronunce della giurisprudenza, soprattutto amministrativa, ma anche costituzionale, che, proprio con riferimento ad alcune delle fattispecie di legittimazione processuale attribuite alle autorità amministrative indipendenti, evidenziano la rilevanza applicativa di tale indagine.

Al riguardo, si potrà osservare come il giudice amministrativo – per salvare la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa a fronte di tali legittimazioni processuali – tenda a far propria quell'impostazione dogmatica poco convincente che riduce ad unità natura e finalità della giurisdizione, sforzandosi – con risultati opinabili e poco conformi alle tradizionali categorie del diritto amministrativo – di ricondurre ad interessi differenziati e qualificati quelle finalità di interesse pubblico fatte valere nel giudizio dalle autorità amministrative indipendenti.

Ancora, si potrà visualizzare la rilevanza applicativa della presente indagine, analizzando, in base a quanto emerso nella giurisprudenza costituzionale, il più ampio problema della costituzionalità della legittimazione oggettiva e della giurisdizione oggettiva nel nostro ordinamento. Dubbi di legittimità costituzionale sono stati infatti sollevati, nell'ambito di un giudizio in via principale, con riferimento a talune delle previsioni normative di legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti. E se tale dibattito gioca un ruolo essenziale nel decidere sull'espunzione di certe disposizioni dall'ordinamento giuridico, ecco allora che non pare potersi negare la sua utilità.

Quarto ed ultimo profilo di interesse della presente ricerca è quello comparatistico.

L'ordinamento scelto a tali fini è quello spagnolo, sistema giuridico di *civil law* vicino sotto molti profili – ma sotto altri, neppure così tanto – a quello italiano.

L'ultima parte del lavoro sarà infatti interamente dedicata alla giustizia amministrativa spagnola, al fine di individuare, anche qui – importando quel metodo che rifiuta l'identità fra natura e finalità della giurisdizione per privilegiare l'osservazione dell'organizzazione e della struttura di un giudizio – la natura della *Jurisdicción Contencioso-Administrativa* spagnola, tanto là dove trovi espressione l'ordinario regime processuale, quanto là dove il giudizio sia avviato da una *autoridad administrativa independiente* come la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) a tutela di un pubblico interesse.

Resi così manifesti tutti i profili di interesse di una simile ricerca, si entrerà, adesso, nei meandri del giudizio amministrativo nazionale, per scoprirne la naturale essenza soggettiva e per comprendere se essa si mantenga tale quand'anche mutino le regole di accesso alla giustizia.

Tutto ciò, attraverso un “viaggio” che condurrà, nel punto di destinazione – e sarà questo il momento in cui si andrà oltre alla *questio iuris* del lavoro per poter cogliere il senso ultimo dell'indagine – ad interrogarsi sulla piena dignità ordinamentale di tali regole e di tutte quelle che, più generalmente, tendono a convogliare il giudizio amministrativo sui binari dell'oggettività.

CAPITOLO PRIMO

La prevalente natura soggettiva del giudizio amministrativo

“Niuna cosa maggiormente dimostra la grandezza e la potenza dell’umano intelletto, né l’altezza e nobiltà dell’uomo, che il poter l’uomo conoscere e interamente comprendere e fortemente sentire la sua piccolezza. Quando egli, considerando la pluralità de’ mondi, si sente essere infinitesima parte di un globo ch’è minima parte d’uno degli infiniti sistemi che compongono il mondo, e in questa considerazione stupisce della sua piccolezza, e profondamente sentendola e intentamente riguardandola, si confonde quasi col nulla, e perde quasi se stesso nel pensiero della immensità delle cose, e si trova come smarrito nella vastità incomprendibile dell’esistenza; allora con questo atto e con questo pensiero egli dà la maggior prova possibile della sua nobiltà, della forza e della immensa capacità della sua mente, la quale, rinchiusa in sí piccolo e menomo essere, è potuta pervenire a conoscere”

(Giacomo Leopardi, Zibaldone di pensieri, 3171-3172)

SOMMARIO: 1. La natura della giurisdizione in generale. – 2. Il giudizio amministrativo e la sua prevalente natura soggettiva. – 3. Tendenze di neo-oggettivizzazione del giudizio amministrativo: la legittimazione oggettiva.

1. La natura della giurisdizione in generale

A metà del secolo scorso, Enrico Allorio, uno dei più grandi maestri della procedura civile, ha coniato l’espressione “processo a contenuto oggettivo”, al fine di distinguerlo dal più tradizionale “processo a contenuto soggettivo”¹.

L’Autore – che vi riconnetteva taluni particolari giudizi civili, come quelli di interdizione e inabilitazione, nonché il processo penale – lo definiva “*processo sulla norma*”, dando già ad evidenza come fosse il rispetto del diritto oggettivo ad esserne

¹ Cfr. E. ALLORIO, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, Milano, 1957, pp. 116 ss..

principale tratto caratterizzante. Contrapponendolo, d'altro verso, al “*processo su diritti o stati*”.

Sarà altro Autore, Ferruccio Tommaseo, a ricordare l'origine di tale locuzione e riprendere gli studi del suo “creatore” trent'anni più tardi – in un saggio destinato, non a caso, alla raccolta di studi in onore di Allorio – esplicitando come essa raccolga tutte le manifestazioni dell'attività giurisdizionale organizzate dal legislatore “*per dar corpo all'attuazione d'interessi generali, di situazioni non soggettivizzabili, per realizzare gli scopi fissati da scelte di politica legislativa*”².

Tale Autore segnala, inoltre, nelle sue pagine, un rilevante cambiamento d'ottica, teso a giustificare, sotto il profilo terminologico, il passaggio da una “giurisdizione di diritto oggettivo” ad un “processo a contenuto oggettivo”. Affermando che: la nuova espressione “*è senza dubbio preferibile [...] lascia trasparire l'adesione a un metodo che rifiuta le indagini funzionali per privilegiare la morfologia, la ricerca del dato strutturale, le regole formali dettate dal legislatore per lo svolgimento di tali processi*”³.

Quanto asserito dall'Autore persuade. L'oggettività – si ritiene – deve essere misurata sull'intera struttura processuale. Tornando ancora alle parole di tale Autore, “*il proprium di tali processi – e cioè la loro natura o essenza – va cercato nel loro interno, nella loro struttura formale, insomma nel loro contenuto e non invece in qualcosa posto al loro esterno, come avviene quando si preferisca considerare i fini che essi sono chiamati a realizzare*”⁴.

In tal maniera, l'Autore tiene separate – condivisibilmente – natura e finalità del giudizio: la prima, che ne costituisce l'essenza, da cogliersi sulla base del suo contenuto e della sua struttura formale, con un'indagine che si muove sul terreno del diritto processuale; la seconda, che viene individuata in forza di interpretazioni sostanzialistiche esterne al processo, coincidendo con la tutela dell'interesse sostanziale del promotore del giudizio o della legalità ordinamentale, a seconda che la domanda esprima direttamente la protezione di un interesse giuridicamente tutelato di colui che attiva la macchina processuale o il solo rispetto della legge.

2 Così, F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, n. 1, p. 502.

3 Così, F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 500.

4 Così, ancora, F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 500.

L'Autore rifiuta, cioè, l'idea che la natura del giudizio coincida con la sua finalità e perciò discenda dalla qualificazione dell'interesse a fondamento dell'azione giurisdizionale.

Diversamente, si finirebbe per attribuire esorbitante rilevanza a quelle interpretazioni volte ad individuare l'interesse che dà vita all'*iter* processuale, dagli esiti non di rado opinabili, con uno sguardo circoscritto ed incapace di guardare al processo in senso ampio; traslando, altresì, sul piano del diritto sostanziale, una questione che, prima ancora, attiene al piano del diritto processuale.

La concezione finalistica, oltretutto – laddove portata agli estremi – conduce al paradosso che ad ogni giudizio possa attribuirsi natura oggettiva solo perché la reintegrazione del diritto oggettivo trova comunque indiretta espressione⁵.

L'interesse pubblico all'attuazione della legge si radica, infatti, quale finalità perseguita, all'interno di ogni azione giurisdizionale e in ogni giudizio, anche laddove – e in tal caso il rispetto della legge si pone come finalità indiretta – l'iniziativa processuale sia volta a proteggere direttamente un interesse sostanziale del promotore del giudizio⁶ e il processo abbia – per come è strutturato – chiaro contenuto soggettivo⁷.

Ed è ovvio che un giudizio che – per come è organizzato – guarda primariamente alle parti, ai loro diritti ed interessi, deve invece ricondursi alla soggettività, al di là di ogni secondaria considerazione sul ripristino indiretto della legalità ordinamentale.

5 Cfr. F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 508, ove afferma che “non basta che un determinato procedimento persegua comunque l'attuazione d'un interesse generale per riconoscere in esso le caratteristiche della giurisdizione oggettiva: se così fosse, le valutazioni finalistiche soverchierebbero il dato strutturale, e indurrebbero facilmente a ravvisare fenomeni di giurisdizione oggettiva anche in procedimenti retti ogni oltre dubbio dalle regole del processo dispositivo e culminanti in statuizioni aventi ad oggetto l'accertamento di diritti soggettivi”. Poco più avanti, peraltro, l'Autore critica la riconduzione di alcuni giudizi civili alla oggettività, rilevando come tale scelta sia proprio dipesa da “*apprezzamenti compiuti sul terreno infido delle valutazioni funzionali*”, affermando che “*se un procedimento è retto dal principio della domanda e segue regole coerenti con l'attuazione integrale del principio dispositivo, se presenta le caratteristiche strutturali d'un processo di parti [...] farlo ciò nonostante rientrare nella categoria di giurisdizione oggettiva, significa far dipendere tale scelta da valutazioni che non tengono conto della struttura del processo*” (p. 511).

6 Esistono, cioè, in tal caso, due finalità, quella direttamente perseguita, individuata nella tutela dell'interesse giuridicamente tutelato di colui che agisce in giudizio, quella indirettamente espressa, coincidente con la volontà di assicurare il rispetto della legge.

7 A segnalarlo, fra gli altri, L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in F. VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1985, p. 25.

L'impostazione accolta dall'Autore – e recepita nel presente studio – si fonda, perciò, sulla volontà di tenere separato il piano processuale da quello sostanziale nell'indagine volta all'individuazione della natura di un giudizio.

Ciò non significa, d'altro canto, che la ricerca di diritto sostanziale sia priva di utilità e non comunichi con quella di diritto processuale.

Lo stesso Tommaseo lo afferma, pur sostenendo che: *“l'esito della ricerca di diritto sostanziale – di cui dunque presuppone l'utilità – dev'essere confrontato con l'esito dell'indagine sui dati processuali [...]. L'interprete, infatti, deve prefiggersi un obiettivo [...] che consiste nella verifica della congruità delle scelte normative, della compatibilità del modello processuale prestabilito per lo svolgimento di determinati giudizi con le esigenze di tutela postulate dalla materia che ne è l'oggetto”*⁸.

Ora, seppure si condivida l'idea di un'utilità dell'indagine sostanzialistica e di un collegamento fra le due ricerche, non pare il confronto fra le stesse – la prima di diritto processuale volta ad individuare la natura del giudizio, la seconda di diritto sostanziale tesa a rivelarne la finalità – poter costituire parametro per valutare la congruità di certi regimi processuali, come se natura e finalità debbano necessariamente coincidere affinché il giudizio possa considerarsi adeguatamente strutturato (con il rischio di giungere alla forzata affermazione secondo cui non dovrebbero esistere giudizi dalla natura soggettiva ove l'azione giurisdizionale e il giudizio siano espressamente finalizzati a far valere il pubblico fine).

Il rapporto fra le due indagini, e cioè fra natura e finalità della giurisdizione, appare piuttosto di strumentalità.

La finalità del giudizio, cioè, se da una parte non appare *ipso facto* rivelatrice della sua natura – rifiutando l'automatica riconduzione, alla soggettività, dei giudizi che prendono vita da un interesse giuridicamente tutelato di colui che agisce in giudizio, all'oggettività, dei processi che sorgono a fronte di azioni espressamente volte a garantire il rispetto della legge – dall'altra pare poter assurgere a carattere-sintomatico in grado di contribuire – assieme ad altri che verranno descritti di seguito – a definire il contenuto, e dunque l'essenza, di un giudizio.

⁸ Così, F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 516.

Ora – aprendo una parentesi – si può rilevare che l'impostazione dell'Autore relativa al peso da attribuire all'indagine di diritto processuale ha persuaso buona parte dei successivi studiosi del processo (in particolare, poi, di quello amministrativo, posto che minore attenzione è riservata da sempre dagli studiosi del processo civile alla natura del loro giudizio, probabilmente per la sua marcata essenza giurisdizional-soggettiva). Predominante è infatti la tendenza negli attuali studi sul processo amministrativo a ragionare sulla presunta oggettività della giurisdizione in base ad un'ampia osservazione del giudizio amministrativo⁹. Ove, appunto, non manca il riferimento alla sua finalità, che, però, non ne individua *ipso facto* la natura, che si vuole invece trarre, anziché dall'interesse che si esprime con la domanda, dall'intera fisionomia del processo. E in quest'ottica allargata che guarda al “contenuto” si ritiene che risieda l'insegnamento di tale Autore.

Sebbene non manchi, specie nella giurisprudenza amministrativa – come si vedrà nel secondo capitolo – l'idea che la natura della giurisdizione consista nel solo scopo del giudizio, individuato in base all'interesse sottostante all'azione, generando così forzate interpretazioni ermeneutiche.

Precisato allora che individuare la natura della giurisdizione non significa (solo) guardare allo scopo del giudizio, quanto invece scoprirne il modo d'essere traendola dalla struttura formale del processo, appare ora necessario descrivere i modelli di giurisdizione assunti come vessillo della massima soggettività e oggettività.

La differenza che si vuole illustrare – che appartiene al diritto processuale in senso trasversale¹⁰ – è quella – senza recepire qui il suggerimento terminologico di Tommaseo¹¹ – fra “giurisdizione soggettiva”, o “subiettiva”, o ancora “di diritto

9 Tale impostazione pervade in realtà, più o meno espressamente, gran parte degli scritti in materia. Per citarne solo alcuni, ove ciò si manifesta in maniera ancora più evidente, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 2, pp. 341 ss.; F. GOISIS, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 2, pp. 423 ss..

10 Cfr. F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 496, ove ricorda che la categoria dei processi a contenuto oggettivo “appartiene con pieno fondamento al diritto processuale comune o generale, poiché consente di organizzare in modo sistematico principi operanti in ogni manifestazione del processo giurisdizionale”.

11 Pur condividendo l'impostazione concettuale dell'Autore, infatti, si preferisce illustrare tali modelli esprimendosi nel senso di una giurisdizione soggettiva o oggettiva, e non di un processo a contenuto soggettivo o oggettivo. Trattandosi, del resto, della terminologia più diffusa nel mondo giuridico per evocare l'essenza di un giudizio.

soggettivo”, e “giurisdizione oggettiva”, o “obiettiva”, o ancora “di diritto oggettivo”.

A tali sistemi di giurisdizione si è infatti soliti attribuire specifici caratteri, rappresentando e descrivendo due differenti ed opposti modelli di giudizio. Chiaramente astrazioni. “Estremismi” dal valore orientativo per successive indagini circa l’individuazione della natura di certi giudizi. Che difficilmente trovano una corrispondenza piena nelle singole realtà processuali, ove i caratteri dell’uno e dell’altro modello tendono invece a convivere.

Procediamo perciò con l’illustrazione dei succitati modelli, come emergono dalla “penna” del citato Autore (e non solo ¹²).

Nel modello di giurisdizione soggettiva, il processo è azionato a protezione della situazione giuridica soggettiva, riconosciuta dal diritto sostanziale, di colui che agisce in giudizio.

Tale giudizio si connota come “processo di parti” ¹³ – etichetta che sta ad indicare che sono proprio le parti a costituire l’origine e lo sviluppo dell’*iter* processuale – retto dal principio dispositivo, che si manifesta tanto nella sua accezione sostanziale ¹⁴ – e cioè inteso come principio della domanda e principio della corrispondenza fra

12 Fra i moderni scritti (che non a caso attengono al processo amministrativo, non a quello civile) che esaurientemente descrivono tali modelli, cfr. fra i tanti, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *www.federalismi.it*, 2012.

13 Tale dizione si rinviene più frequentemente negli studi di giustizia amministrativa che non in quelli relativi al giudizio civile. Si rinvia, pertanto, a: M. CORRADINO, S. DAMIANO STICCHI, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, p. 147; E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2009, pp. 111 ss.; L. MIGLIORINI, *Parti* (voce – diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, Roma, 1994; S. GIACCHETTI, *L’oggetto del giudizio amministrativo come giudizio di parti*, in *Studi del Consiglio di Stato*, III, 1981, pp. 1493 ss.; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l’oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 1980, n. 1, pp. 851 ss.. Per alcune considerazioni relative al giudizio civile, cfr. M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, pp. 79 ss.; dello stesso Autore, cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, pp. 27 ss.; più risalente nel tempo, cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, pp. 202 ss..

14 Sterminata è la lettura giuridica in materia. Sul principio della domanda, cfr., in via puramente orientativa, G. VERDE, *Diritto processuale civile – Parte generale*, Bologna, 2015, pp. 84 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile – Principi* (edizione curata da V. COLESANTI, E. MERLIN, E. RICCI), Milano, 2007, pp. 135 ss., nonché, dello stesso Autore, sebbene più risalente nel tempo, E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*, Napoli, 1962; D. BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale* (voce – diritto processuale civile), in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in E. ALLORIO, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Torino, 1980; A. PROTO PISANI, *Dell’esercizio dell’azione*, in E. ALLORIO, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Torino, 1973, pp. 1055

chiesto e pronunciato – quanto in quella processuale¹⁵, posto che sono le parti a dominare l'istruttoria processuale.

Osserviamo più analiticamente quanto caratterizza tale modello di giurisdizione, a partire dall'avvio dell'*iter* processuale.

In un giudizio di natura soggettiva trova spazio – come anticipato – il principio della domanda – prima applicazione del principio dispositivo in senso sostanziale – secondo cui l'iniziativa processuale è monopolio esclusivo delle parti ed è sottratta di converso al giudice.

Trovano poi piena espressione, in un simile giudizio, le condizioni dell'azione, che filtrano l'accesso alla giustizia. Le parti, infatti, per ottenere una pronuncia di merito, devono essere legittimate ed avere interesse ad agire: ovverosia, devono essere, rispettivamente, titolari di un interesse giuridicamente rilevante non appartenente ad altri e in grado di ottenere un'utilità dall'eventuale esito favorevole del processo¹⁶.

ss.; S. SATTA, *Domanda giudiziale* (voce – diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 816 ss.; S. COSTA, *Domanda giudiziale* (voce – diritto processuale civile), in *Novissimo Dig. it.*, VI, Torino, 1960.

Il principio della domanda, detto anche principio di iniziativa processuale di parte, si spiega con la volontà di non compromettere l'imparzialità e la neutralità del giudice, altrimenti chiamato a "investigare negli eventi e nei fatti della società quelli che a suo giudizio si presentassero come casi di inosservanza della legge [...] tale ricerca lo porterebbe ad anticipare sia pure inconsciamente e almeno nel suo foro interno un giudizio che deve invece essere il risultato di un suo esame imparziale dello svolgimento del processo". Così, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile – Principi*, cit., p. 136. Se così viene spiegata la ragione per la quale non debba spettare al giudice, d'ufficio, l'iniziativa processuale, d'altro canto si suole anche trovare il fondamento dell'iniziativa di parte asserendo che "sarebbe contraddittorio riconoscere ad un soggetto una posizione giuridica piena sul piano sostanziale e togliergli o limitargli, poi, la possibilità di farla valere in giudizio". Così, G. VERDE, *Diritto processuale civile – Parte generale*, cit., p. 84.

Sul principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, cfr. fra i molti, G. VERDE, *Diritto processuale civile – Parte generale*, cit., p. 85; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale* (voce – diritto processuale civile), cit.; G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium* (1930), in A. PROTO PISANI (a cura di), *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, pp. 157 ss.; P.G. GRASSO, *La regola della corrispondenza fra chiesto e pronunciato e la nullità da ultra ed extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, pp. 387 ss..

15 Sul principio dispositivo in senso processuale, cfr. S. VALENTINI, *Istruttoria e processo dispositivo: note a margine di una vecchia questione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008; G. MONTELEONE, *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 863 ss.; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991; E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 380 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1966, pp. 695 ss.; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*, cit..

16 Amplessima è anche la bibliografia sulle condizioni dell'azione. Sulla legittimazione ad agire nel processo civile, cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2018, pp. 52 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, Milano, 2017, pp. 218 ss.; A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire* (voce), in *Dig.*

L'attivazione della macchina processuale a protezione del proprio interesse sostanziale ritenuto leso è inoltre frutto di volontà, e non di doverosità.

Il ruolo delle parti – come ancora anticipato – rimane poi cruciale lungo tutto l'iter processuale. Alle stesse spetta, infatti – nell'ambito di un "processo di parti" – non solo la promozione, ma anche la prosecuzione del giudizio, che rimane a loro disponibile¹⁷ ed in quanto tale da esse sempre rinunciabile.

La rilevanza del ruolo delle parti si manifesta anche in fase istruttoria. In virtù del principio dispositivo in senso processuale sopra richiamato, infatti, spetta loro fornire la prova dei fatti a sostegno della domanda e delle eccezioni. Non invece al giudice, chiamato a decidere sulla sola base delle allegazioni delle parti relative a tali fatti, senza poter disporre d'ufficio indagini.

Anche la decisione del giudice, infine – illustrando la seconda applicazione del principio dispositivo in senso sostanziale – è soggetta ad un importante limite, quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, dovendo lo stesso pronunciarsi su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, senza poter ampliare d'ufficio il *thema decidendum*. Con la conseguenza che sono le parti a determinare, in modo vincolante per il giudice, l'oggetto del processo.

Contrapposto al modello succitato è quello incarnato dalla giurisdizione oggettiva, ove il giudizio è attivato a tutela dell'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

Il tradizionale giudizio di stampo oggettivo è organizzato dal legislatore proprio per realizzare l'attuazione del diritto oggettivo.

civ., X, Torino, 1993, pp. 524 ss.; R. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, pp. 65 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, in C. VOCINO (a cura di), Milano, 1964, pp. 12 ss.; F. CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, pp. 121 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, p. 121. Sull'interesse ad agire, cfr. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, cit., pp. 224 ss.; A. ATTARDI, *Interesse ad agire* (voce), in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, pp. 514 ss.; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983; L. LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 1093 ss.; E. GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, pp. 349; E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giurisdizionale?*, in *Jus*, 1954, pp. 547 ss..

¹⁷ Sulla disponibilità del giudizio, per l'estrema chiarezza, cfr. A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2012, pp. 248 ss.; V. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 960 ss.; più risalente nel tempo, cfr. G.A. MILANI, *Rinunciabilità agli atti del giudizio*, in D. DONATI (diretto da), *Studi di diritto pubblico*, XII, Padova, 1937.

Il processo di natura oggettiva, però – differentemente da quanto osservato con riguardo a quello di natura soggettiva – né è un “processo di parti”, né è retto dal principio dispositivo.

L’esigenza di salvaguardare l’interesse alla legalità ordinamentale rende invece tale giudizio un “processo officioso” ed occulta il principio dispositivo, in tutte le sue manifestazioni ¹⁸.

Osserviamo le caratteristiche di tale modello di giurisdizione a partire dall’avvio dell’*iter* processuale.

A dare vita al processo è, in un giudizio di natura oggettiva, una parte pubblica – perlopiù ma non esclusivamente riconducibile all’amministrazione giudiziaria dello Stato – “messa su artificialmente” ¹⁹ dal legislatore – con espressa previsione normativa – per promuovere l’attuazione giurisdizionale del pubblico fine.

La sua, peraltro, neppure può essere intesa come domanda in senso tecnico, ove si affermi l’esistenza di un interesse sostanziale (o persino si provi di esserne effettivi titolari). L’impulso processuale, che si pone in tali casi come obbligatorio, si esprime, piuttosto, con una richiesta al giudice di pronunciarsi in attuazione dell’interesse generale oggettivamente tutelato e riconducibile al rispetto della legge ²⁰.

Qui, poi, le parti non rivestono tanta centralità come in un giudizio di natura soggettiva, diversamente spettando al giudice il ruolo di primo protagonista.

Primariamente, infatti – con differenza rispetto a quanto osservato per la giurisdizione soggettiva – le parti non possono rinunciare al giudizio già instaurato. La centralità della reintegrazione del diritto oggettivo, e la conseguente necessità di giungere all’esito del giudizio per garantirne la protezione, rende infatti indisponibile il processo.

Secondariamente – nuovamente in divergenza rispetto a quanto osservato per la giurisdizione soggettiva – le parti non hanno il monopolio della prova. Il quadro probatorio è infatti frutto di attività non solo delle parti, ma anche e soprattutto del

18 Alla negazione del principio dispositivo fa da contrappeso l’affermazione del cd. principio inquisitorio. In relazione ad esso, cfr. G. VERDE, *Diritto processuale civile – Parte generale*, cit., pp. 96 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit.; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Milano, 1936, p. 422.

19 Tale espressione è tratta da A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, p. 181.

20 Per tale rilievo, cfr. F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., pp. 503 ss..

giudice, che dispone di poteri istruttori officiosi particolarmente ampi e penetranti, a salvaguardia dell'interesse pubblico perseguito.

Infine – ennesimo profilo che ridimensiona il loro ruolo – le parti non determinano, in tale giudizio, in modo vincolante per il giudice, il *thema decidendum*. Il potere decisorio del giudice, al contrario, è suscettibile di espandersi fino a consentire e riservare allo stesso persino il potere di rideterminare i confini dell'oggetto del contendere, decidendo oltre i limiti fissati dalle parti.

Da quanto suesposto è chiaro che tali modelli si differenziano in base a: i) l'interesse che si intende proteggere con l'azione giurisdizionale e attraverso il processo, da ricavarsi in base a valutazioni sostanzialistiche tese a rivelare la (prevalente) finalità del giudizio; ii) la legittimazione a ricorrere, se soggettiva o oggettiva, a seconda che vi sia una mera previsione ordinamentale a legittimare l'azione; iii) l'avvio del processo, e cioè se esso derivi dalla volontà di attivazione di una parte o se, diversamente, discenda dall'impulso di un soggetto pubblico – perlopiù riconducibile all'amministrazione giudiziaria dello Stato – incaricato dall'ordinamento giuridico ad attivare, obbligatoriamente, a fronte della violazione del diritto oggettivo, la macchina processuale; iv) la disponibilità o l'indisponibilità del giudizio già instaurato alle parti coinvolte; v) il regime delle prove, totalmente rimesso alle parti o influenzato da rilevanti poteri del giudice; vi) l'ambito di cognizione del giudice, perimetrato dalle parti o suscettibile di estensione da parte dello stesso giudicante.

Tali caratteri, tutti insieme – compresa, perciò, anche la finalità del giudizio – contribuiscono ad individuare il contenuto della giurisdizione e, con esso, la sua essenza.

Si tratta, tuttavia – ritornando a quanto già si è affermato – di modelli puramente teorici, che non si rilevano in quanto tali, dunque nella loro più ampia esplicazione, nelle regole processuali delineate dal legislatore con riferimento alle diverse forme di giurisdizione.

Nell'attuale giudizio civile, infatti, ove prevale il modello di giurisdizione soggettiva, esistono casi in cui l'attore è rappresentato da un soggetto pubblico, che costituisce un organo appartenente all'amministrazione giudiziaria dello Stato, che agisce per il rispetto della legge, non al fine di tutelare un diritto soggettivo (si pensi

ai casi in cui il Pubblico Ministero esercita l'azione civile a tutela dell'interesse pubblico al rispetto del diritto oggettivo, facendo emergere il limite di ordine pubblico da contrapporre alla libera esplicazione della volontà negoziale delle parti, ai sensi dell'art. 69 c.p.c.)²¹.

O, ancora, si osservino i casi di azione popolare di natura correttiva del giudizio civile, ove l'attore, pubblico o privato che sia, promuove un giudizio con la finalità di far valere una situazione di illegittimità provocata dall'amministrazione (ad esempio, l'art. 70 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, attribuisce a qualsiasi cittadino elettore del Comune, al Prefetto, o a chiunque altro abbia interesse, la legittimazione a far valere, in via giurisdizionale, avanti al giudice civile, la decadenza dalla carica di Sindaco, Presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale).

Non troppo dissimile è quanto si manifesta in materia di intermediazione finanziaria, ove numerose disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e s.m.i., noto come Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria (TUIF), attribuiscono alla Banca d'Italia e alla Consob il potere di impugnare, di fronte al giudice ordinario, le delibere delle società vigilate adottate, illegittimamente, in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria²².

Altre deviazioni rispetto al modello astratto di giurisdizione soggettiva si colgono con riguardo al principio dispositivo in senso processuale, posto che nel giudizio civile sussistono taluni casi, espressamente previsti dalla legge, in cui si attribuisce al giudice un più ampio potere istruttorio, esercitabile d'ufficio, laddove le risultanze probatorie di parte non siano state sufficienti al giudicante per decidere: in tali casi, la decisione finale avrà a fondamento non solo le allegazioni di parte relative ai fatti che giustificano la domanda e le eccezioni, bensì anche le risultanze probatorie che sono emerse dall'assunzione dei mezzi di prova disposti d'ufficio dallo stesso giudicante (si pensi alla possibilità del giudice di disporre d'ufficio la citazione di un testimone cui altro testimone ha fatto riferimento ai sensi dell'art. 257 c.p.c.).

21 Sulla figura del PM nel processo civile, cfr. fra gli altri, P.G. GRASSO, *Pubblico ministero (voce – diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Pubblico ministero (voce – diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 1077 ss.; M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1965; E. ALLORIO, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, pp. 291 ss..

22 Cfr. gli artt. 14, comma 7, 62, 110, comma 1, 121, comma 6 e 157, comma 2 del d. lgs. n. 58/1998.

Considerando, ancora, che vi sono dei riti del giudizio civile ove emerge ancora più marcatamente l'aspetto inquisitorio (come ad esempio i procedimenti giurisdizionali in materia di stato e capacità delle persone ²³).

Lo stesso si manifesta nel processo penale, chiaramente al contrario, posta l'indubbia prevalenza della natura oggettiva della giurisdizione penale.

Basti qui segnalare un elemento di rottura macroscopico: e cioè che l'originario modello inquisitorio del processo penale abbia lasciato spazio, oggi, ad un sistema misto ma prevalentemente accusatorio, ove predominante nella formazione della prova dibattimentale è il ruolo delle parti, con superamento della figura del giudice-inquisitore ²⁴.

Tantomeno la piena espressione di un modello astratto – come si vedrà – si rinviene nell'attuale giudizio amministrativo.

2. Il giudizio amministrativo e la sua prevalente natura soggettiva

Mai pare essere mancata, fra gli studiosi del processo amministrativo, la percezione che il ricorso al giudice amministrativo e il giudizio medesimo perseguano una duplice finalità: l'affermazione della legge nel caso concreto e la protezione di una situazione giuridica soggettiva individualizzabile ²⁵.

Tale duplicità permane tutt'oggi, ove appare peraltro più evidente che in qualsiasi altro giudizio: *“perché l'amministrazione, nello Stato di diritto, è sottoposta alla legge in tutte le sue manifestazioni, e deve sempre operare nel rispetto della legge (norme di diritto pubblico, tutte cogenti)”* ²⁶.

23 Cfr. fra gli altri, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile – I procedimenti speciali. L'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Torino, 2018, pp. 81 ss.; R. PRIORE, *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno (procedimento di)*, in *Enc. giur.*, VIII, Milano, 2007; A. PROTO PISANI, *Per una riforma dei giudizi di separazione e di divorzio e dei processi minorili*, in *Foro it.*, V, 2012, pp. 343 ss..

24 Per approfondire, cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, pp. 1-27; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, I, Torino, 2017, pp. 263 ss.; L. LUPOLI, *Il dibattimento nel processo penale*, Roma, 2014; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale – Principi generali*, Milano, 2007, pp. 83-101.

25 Cfr. fra gli altri, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* (edizione a cura di E. CARDI, A. NIGRO), Bologna, 2002, pp. 29 ss.; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, 1987, pp. 455 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, pp. 51 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, pp. 124 ss..

26 Così, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit., che sostiene, perciò, che tutti gli strumenti ascrivibili alla giustizia amministrativa *lato sensu* perseguano, anche o in via esclusiva, la legalità dell'agire amministrativo.

D'altro canto, al di là di tale rilievo riconducibile al piano delle finalità, è innegabile – tornando a rileggere gli Autori del passato²⁷ (e non solo²⁸) – che – all'indomani della legge Crispi e fino ad una prima parte del XX secolo – fosse particolarmente diffusa la configurazione del processo amministrativo come giudizio attento, nella sua struttura, ad assicurare il rispetto del diritto oggettivo, ancor prima che gli interessi dei singoli.

Sicché, l'interesse individuale aveva il limitato ruolo di impulso processuale e la tutela del privato, pur rilevabile, viveva nello sfondo, mediata dalla protezione del pubblico fine, differentemente configurato quale principale nucleo del sistema di protezione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

L'evoluzione del processo amministrativo ha però rovesciato la prospettiva originaria, con una progressiva maggiore apertura verso una prevalente tutela di diritto soggettivo, ove l'interesse giuridicamente tutelato dall'ordinamento che fa capo al ricorrente diviene, da mera occasione per l'attivazione del rimedio giurisdizionale, il fulcro della protezione del giudizio amministrativo medesimo. In un sistema, perciò, retto dal principio dispositivo in tutte le sue accezioni, con la “*garanzia di un giudice che non venga ad espandersi sino a farsi interprete delle esigenze di legalità al di là della domanda di giustizia*”, impedendo che lo stesso “*possa eventualmente dimenticarsi di essere solo chiamato ad esercitare una funzione, anziché essere investito di una missione*”²⁹.

Si è trattato, chiaramente, di un percorso graduale, sebbene siano due i principali atti che positivizzano e danno conferma, oggi, di tale prevalente soggettività: il testo

27 Fra tali Autori, cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, pp. 72 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 348 ss.; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1934, pp. 377-390; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 358 ss.; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, pp. 777-785. Occorre tuttavia segnalare come nella giurisprudenza della IV Sezione del Consiglio di Stato fosse già più radicata la tendenza a configurare in senso soggettivo il processo amministrativo. Cfr. tutte le decisioni riportate da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit., nota n. 11.

28 Per ulteriori e più recenti scritti, cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, pp. 47 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, n. 4, pp. 670 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, pp. 127 ss..

29 Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., p. 5.

costituzionale e il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (d'ora in avanti, Codice del processo amministrativo).

Per quanto attiene alla Costituzione, essa configura, agli artt. 24, 103 e 113, un sistema di giustizia amministrativa espressamente orientato alla protezione di diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Le disposizioni cui si fa riferimento sono: l'art. 24, comma 1, Cost., che afferma che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*; l'art. 103, comma 1, Cost., che, nel definire l'oggetto della giurisdizione amministrativa, stabilisce che i giudici amministrativi conoscono delle controversie fra privati e pubblica amministrazione aventi ad oggetto *“interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”*; l'art. 113, comma 1, Cost., che assicura che *“contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi”*.

Dal complesso di tali disposizioni deriva infatti che colui che reclama giustizia, per poter adire il giudice, deve essere titolare di un interesse giuridicamente rilevante – *sub specie*, diritto soggettivo o interesse legittimo – che venga a monte riconosciuto e garantito dal diritto sostanziale. Interesse, questo, di cui il promotore del giudizio richiede tutela giurisdizionale, attraverso un processo che è perciò orientato a proteggerlo ³⁰.

Anche il Codice del processo amministrativo corrobora tale assunto.

Tale Codice, infatti, agli artt. 1 e 7, relativi alla “giurisdizione amministrativa”, afferma, rispettivamente, che *“la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”* e che *“sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*.

30 Cfr. fra i tantissimi, F.G. SCOCA, *L'evoluzione del sistema*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, p. 21.

In tal senso, l'impianto del Codice sembra sancire anch'esso la centralità della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, attribuendo rilevanza a che il giudice amministrativo garantisca una sua tutela che sia piena ed effettiva.

Lo stesso principio di effettività – come si è osservato – “*si spiega sul piano strutturale e funzionale solo (e sempre che) si parta dal presupposto che il processo serva a proteggere i singoli anziché ad attuare la legalità in termini generali e assoluti*”³¹.

L'impronta soggettiva del giudizio amministrativo emerge anche dall'osservazione del modo in cui ordinariamente si atteggia la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo.

La legittimazione processuale, peraltro – come anticipato in premessa – costituisce l'oggetto d'indagine privilegiato della presente trattazione. Sicché, si vuole dedicare ad essa maggiore dignità, attraverso un'analisi finalizzata ad evidenziare tanto la sua connotazione soggettiva, quanto la differente fisionomia che assume nel giudizio amministrativo e nel giudizio civile.

La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo e la sua naturale connotazione soggettiva

Tanto nel giudizio civile, quanto in quello amministrativo, si suole filtrare l'accesso alla giustizia, stabilendo che, ai fini dell'ammissibilità e procedibilità dell'azione, sia necessario integrare alcuni requisiti intrinseci della domanda, notoriamente conosciuti come “condizioni dell'azione”: e, cioè, la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire.

Non si rileva tuttavia una piena corrispondenza in relazione al modo d'intendere la legittimazione processuale nelle due distinte forme giurisdizionali³². Osserviamo le due divergenti impostazioni.

31 Così, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., p. 5.

32 Non a caso Aldo Travi prende atto, nel suo manuale, proprio nell'*incipit* della trattazione sulle condizioni dell'azione, che la dogmatica processual-civilistica non sembra aver inciso particolarmente sulla configurazione della legittimazione ad agire in seno al processo amministrativo, con la conseguenza che non sovrapponibili appaiono le conclusioni teoriche finali attualmente predominanti nei due distinti giudizi. Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, pp. 193-194.

Nell'ambito del giudizio civile³³, v'è vasto accordo nell'affermare che la legittimazione attiva consista nell'identità fra la persona dell'attore e quella ritenuta idonea dall'ordinamento giuridico a stimolare la funzione giurisdizionale.

In relazione a quest'ultima, e cioè all'individuazione del soggetto idoneo ad agire compiuta dall'ordinamento giuridico, viene in rilievo l'art. 81 c.p.c., secondo cui *“fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio, un diritto altrui”*.

Da tale disposizione si ricava perciò, *a contrario*, che: i) l'attore debba agire per un interesse giuridicamente rilevante – *sub specie* diritto soggettivo; ii) che di tale diritto egli abbia la titolarità, non potendo, diversamente, salvo casi eccezionali previsti dalla legge, rivolgersi al giudice per la tutela di un diritto appartenente ad altri.

Tale regola intende perciò assicurare l'azionabilità al solo titolare della situazione sostanziale, riservando allo stesso, in via esclusiva, la scelta sul se, come e quando chiedere la tutela giurisdizionale dei propri diritti. Sì che si è affermato che la funzione stessa della legittimazione ad agire consisterebbe nell'*“evitare una decisione nel merito allorché la domanda ha ad oggetto un diritto altrui; altrimenti si esproprierebbe il titolare della scelta circa il se, come e quando far valere il diritto in questione”*³⁴.

Eppure – sebbene anche al processo amministrativo si applichi l'art. 81 c.p.c. per opera del cd. rinvio esterno contenuto nell'art. 39 c.p.a.³⁵ – il confronto delle diverse configurazioni della legittimazione ad agire nei due giudizi attrae l'attenzione non sul potere di azione al fine di far valere un diritto d'altri – su cui invece si sofferma la tipica analisi processual-civilistica – quanto sulla titolarità dell'interesse sostanziale alla base del giudizio e il diverso accertamento compiuto dal giudice.

33 Sulla legittimazione ad agire nel processo civile, cfr. bibliografia indicata nella nota n. 16. Cfr. perciò, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., pp. 52 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, cit., pp. 218 ss.; A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, cit., pp. 524 ss.; R. TOMEL, *Legittimazione ad agire*, cit., pp. 65 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 12; F. CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, cit., pp. 121 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 121.

34 Così, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, cit., p. 224.

35 Ai sensi dell'art. 39, comma 1, c.p.a., *“per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*.

Nel giudizio civile, infatti, il soggetto ritenuto idoneo dall'ordinamento giuridico a stimolare l'attività giurisdizionale è, più semplicemente, colui che affermi di essere titolare del diritto oggetto della controversia.

Quel che rileva sono, dunque, soltanto, le affermazioni di chi agisce in giudizio. La sola circostanza che l'attore asserisca di essere titolare, ad esempio, di un diritto di credito o di un diritto di proprietà integra già positivamente, di per sé, la condizione della legittimazione ad agire.

Il giudice, infatti – utilizzando le parole di autorevole dottrina – “*deve valutare la legittimazione ad agire solo sulla base della domanda* – si potrebbe dire, a questo punto, delle affermazioni contenute in essa - *e non attraverso un'indagine nel merito, volta ad accertare se colui che agisce è veramente titolare del diritto fatto valere*”³⁶; “*se, sulla base delle contestazioni del convenuto e dell'istruttoria effettuata, il giudice si convince che l'attore non è il titolare del diritto fatto valere, rigetta nel merito la domanda, considerando l'attore – però, si badi bene – legittimato ad agire in quanto si è affermato (pur non essendolo nella realtà) titolare del diritto fatto valere*”³⁷. In tale ultima fattispecie, perciò, l'azione esercitata dall'attore, pur ritenuta ammissibile, sarà, allorquando il giudice avrà verificato nel merito la mancata effettiva titolarità del diritto controverso, dichiarata infondata, trattandosi di una domanda connotata da affermazioni temerarie.

Nel processo amministrativo, diversamente, la legittimazione a ricorrere si carica – per così dire – di maggiore complessità, in ragione di un elemento invero mancante nella dinamica dei rapporti privatistici: il potere amministrativo.

La domanda del privato, infatti – che a fronte dell'esercizio del potere amministrativo decide di adire il giudice – deve anche qui integrare le condizioni dell'azione succitate per poter ottenere una pronuncia di merito. Ma tale soggetto, per poter essere legittimato ad accedere alla giustizia, deve essere – e qui occorre polarizzare l'attenzione – l'effettivo titolare di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento giuridico.

36 Così, ancora, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, cit., p. 219.

37 Così, ancora, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, cit., p. 220. Cfr. altresì, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., pp. 52 ss..

In relazione a quanto affermato, occorre allora mettere in risalto due profili: l'uno volto ad evidenziare la connotazione della legittimazione processuale nel giudizio amministrativo; l'altro finalizzato ad individuare quanto di diverso vi sia fra processo civile e processo amministrativo nel modo d'intendere tale condizione dell'azione.

Primo profilo: la legittimazione processuale nel giudizio amministrativo appare di chiaro stampo soggettivo. Il suo ordinario atteggiarsi, infatti, è basato sul previo riconoscimento, sul piano del diritto sostanziale, di una situazione giuridica soggettiva lesa dall'agire amministrativo e di cui si chiede protezione in via giurisdizionale.

Secondo profilo: sussiste – come già anticipato – un diverso modo di concepire la legittimazione ad agire nel giudizio amministrativo rispetto a quanto osservato nel processo civile. Tale divergenza si fonda, in particolare, sull'insufficienza della mera affermazione della titolarità della posizione sostanziale affinché si possa ritenere integrata la legittimazione al ricorso. Occorrendo, invece, che il ricorrente provi l'“effettiva” sussistenza e titolarità di tale posizione soggettiva.

L'accertamento dell'interesse sostanziale nel giudizio amministrativo è, allora, preliminare e distinto dall'accertamento della fondatezza della domanda, che invece consiste nella verifica dell'illegittimità dell'esercizio del potere amministrativo. Utilizzando le parole di autorevole e chiara dottrina: *“la differenza rispetto al processo civile deriverebbe, dunque, dal fatto che là il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda, mentre nel giudizio amministrativo l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sibbene dall'illegittimità del provvedimento impugnato”*³⁸.

La legittimazione ad agire è infine distinta rispetto all'altra condizione dell'azione, l'interesse ad agire³⁹, che trova il suo riferimento normativo – tramite il

38 Così, R. VILLATA, *Legittimazione processuale* (voce - diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990. Quanto affermato genera altresì dubbi in relazione al carattere, di rito o di merito, che caratterizza la pronuncia di eventuale inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione a ricorrere, fondandosi su un accertamento negativo di una posizione soggettiva di ordine sostanziale. Cfr. fra gli altri, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 194.

39 Sull'interesse ad agire nel processo civile, si rinvia alla bibliografia indicata nella nota n. 16. Sull'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 3, pp. 771 ss.; B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004; R. VILLATA, *Interesse ad agire* (voce - diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989.

rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. – nell'art. 100 c.p.c., secondo cui “*per proporre una domanda [...] è necessario avervi interesse*”.

Tale interesse viene inteso, nel giudizio amministrativo, come possibilità del ricorrente di conseguire un bene della vita, di natura economica o morale, o un vantaggio strumentale ad esso, o ancora l'evitare un pregiudizio, attraverso l'eventuale sentenza favorevole. Ad esso sono attribuiti taluni caratteri: la personalità, dovendo l'utilità riguardare specificamente e direttamente il ricorrente; l'attualità, dovendo sussistere al momento del ricorso e permanere fino alla decisione di merito; la concretezza, dovendosi valutare con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificatosi ai danni del ricorrente.

Le due condizioni dell'azione, in particolare, si pongono in rapporto di autonomia, dovendosi accertare in maniera distinta l'una dall'altra: ben può infatti avvenire che il portatore dell'interesse sostanziale non tragga alcuna utilità dal ricorso.

Terminata l'analisi relativa alla legittimazione processuale, si procederà ad illustrare, di seguito, gli altri caratteri, rinvenibili nel Codice del processo amministrativo, che tendono ad imprimere prevalente soggettività al giudizio amministrativo.

Gli ulteriori caratteri sintomatici di una prevalente soggettività nell'attuale processo amministrativo

Fra i caratteri ulteriori e diversi dalla legittimazione processuale che imprimono soggettività al giudizio amministrativo, vi sono innanzitutto quelli riconducibili al principio dispositivo in senso sostanziale⁴⁰: ovverosia, il principio della domanda e il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

Quanto alla funzione dell'interesse ad agire, essa consiste nell'evitare che si scenda all'esame del merito, tutte quelle volte in cui la domanda potrebbe anche essere fondata, ma, anche se lo fosse, il suo accoglimento non produrrebbe effetto utile nella sfera giuridica di chi l'ha proposta. Essa si connette, dunque, al principio di economia processuale, in quanto l'ordinamento vuole evitare che si svolga inutile attività processuale attinente al merito – quella di rito è invece inevitabile – laddove in particolare tale attività sia correlata a domande che, anche se fondate, risulterebbero inutili, lasciando la parte richiedente nella stessa situazione anteriore all'esercizio dell'azione. Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile – Principi generali*, cit., p. 224.

⁴⁰ Sul principio dispositivo in senso sostanziale con riguardo al giudizio amministrativo, cfr., oltre all'amplia bibliografia indicata nella nota n. 14, anche scritti riguardanti più strettamente il processo amministrativo. Pertanto, si veda, relativamente al principio della domanda, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., pp. 114 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1915-1927; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, p. 51; M. NIGRO, *Domanda* (voce –

Come nel giudizio civile, infatti, anche nel processo amministrativo l'iniziativa processuale è esclusivamente riservata alle parti, non potendo essere il giudice ad attivare d'ufficio la macchina processuale.

Il rinvio esterno del Codice conduce, infatti, all'applicazione dell'art. 99 c.p.c., secondo cui *“chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente”*. L'art. 41, comma 1 c.p.a., peraltro, riprende tale principio specificamente per il processo amministrativo, affermando che *“le domande si introducono con ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”*.

Oltre al principio della domanda, anche quello della corrispondenza fra chiesto e pronunciato trova espressione – come anticipato – nel processo amministrativo.

Il rinvio esterno del Codice determina, infatti, che si applichi, anche al processo amministrativo, l'art. 112 c.p.c., in base al quale *“il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”*. Anche in tal caso, il Codice del processo amministrativo prevede uno specifico riferimento a tale principio, in particolare nell'art. 34, comma 1 c.p.a., ove si stabilisce che il giudice amministrativo possa adottare sentenze di accoglimento del ricorso, pur *“nei limiti della domanda”*. Con la conseguenza, perciò, che il giudice amministrativo possa pronunciarsi unicamente sulla base dei motivi che sono stati dedotti dal ricorrente, senza poter ampliare il *thema decidendum*.

Il giudizio amministrativo si configura, poi, a pieno titolo, quale “processo di parti”⁴¹. Alle parti spetta, infatti, tanto l'attivazione quanto la prosecuzione del

diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989. Con riguardo al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, cfr. M. MONTANARI, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, n. 2, pp. 354 ss.; G. MIGNEMI, *Applicabilità del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 208 ss.; ancora, M. NIGRO, *Domanda* (voce – diritto processuale amministrativo), cit.

41 Sul processo amministrativo come un “processo di parti”, si veda la bibliografia indicata in nota n. 13. Cfr. perciò, M. CORRADINO, S. DAMIANO STICCHI, *Il processo amministrativo*, cit., p. 147; E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., pp. 111 ss.; L. MIGLIORINI, *Parti* (voce – diritto processuale amministrativo), cit.; S. GIACCHETTI, *L'oggetto del giudizio amministrativo come giudizio di parti*, cit.; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, cit., pp. 851 ss..

In relazione all'art. 84 c.p.a.: il comma 1 prevede che *“la parte può rinunciare al ricorso in ogni stato e grado della controversia, mediante dichiarazione sottoscritta da essa stessa o dall'avvocato munito di mandato speciale e depositata presso la segreteria, o mediante dichiarazione resa in udienza e documentata nel relativo verbale”*; il comma 3 stabilisce che *“la rinuncia deve essere notificata alle*

giudizio, che rimane perciò disponibile e da esse sempre rinunciabile. A tal fine, il Codice del processo amministrativo detta una specifica disciplina sulla rinuncia al giudizio all'art. 84.

Un ultimo ed importante profilo di soggettività rinvenibile nell'attuale giudizio amministrativo consiste nell'applicazione, in fase istruttoria, del principio dispositivo in senso processuale.

Tale principio – come noto – trova fondamento anche nel giudizio civile, ove l'art. 115, comma 1 c.p.c. afferma che “*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti*”. Solo ad esse spetta, perciò, salvi i casi previsti dalla legge, l'onere di indicare i mezzi di prova che giustificano le ragioni a sostegno della domanda e delle eccezioni.

Tale principio – come anticipato – trova attuazione anche nel processo amministrativo. Ai sensi dell'art. 64 c.p.a., comma 1, infatti “*spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni*”; inoltre – con parallelismo a quanto affermato per il processo civile – il comma 2 della stessa disposizione stabilisce che “*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti*”.

Se da una parte si ribadisce dunque la valenza del principio dispositivo, dall'altra occorre evidenziare – si badi bene – il riferimento, all'interno di tali disposizioni, alla disponibilità della prova da parte del privato.

Fra privato e pubblica amministrazione, infatti, sussiste una naturale relazione di disuguaglianza sostanziale, ove di sovente il primo è impossibilitato a procurarsi e

altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue”; il comma 4, infine, dispone che “*anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa*”. Dovendosi poi applicare, per quanto non previsto e purché compatibile con il giudizio amministrativo, la disciplina dettata dall'art. 306 c.p.c. Come si può osservare, la rinunciabilità al ricorso (e al giudizio) è rimessa alle parti e l'eventuale intervento del giudice di cui al comma 4 non costituisce un limite alla disponibilità del giudizio nell'ottica della tutela del pubblico fine, quanto, piuttosto, il suo rafforzamento, a valorizzare la sostanziale volontà delle parti a scapito del rispetto delle forme. Specificamente sulla rinuncia al giudizio amministrativo, cfr. ancora, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., pp. 452 ss.; N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003.

fornire al giudice il materiale probatorio necessario al processo, trovandosi questo nella disponibilità esclusiva dell'amministrazione.

Di talché si suole distinguere il caso ove il privato abbia la disponibilità delle prove da quello in cui queste ultime siano nell'esclusivo possesso della pubblica amministrazione.

Nella prima ipotesi, trova affermazione il principio dispositivo nella sua piena esplicazione, ricadendo esclusivamente sulle parti l'onere di allegazione.

Nella seconda fattispecie, diversamente, il principio dispositivo appare attenuato dal cd. metodo acquisitivo⁴², il cui fondamento è individuato nel comma 3 dell'art. 64 c.p.a., secondo cui *“il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione”*.

Tale anomalia di sistema discende dalla considerazione che il processo amministrativo *“è stato progressivamente ricostruito come processo di parti, muovendo però da un impianto (normativo e teorico) che mostrava i caratteri della giurisdizione oggettiva, nell'interesse della legalità delle decisioni autoritative”*⁴³.

Eppure, con uno sguardo meno superficiale, è possibile osservare come il metodo acquisitivo, che in passato era tanto accentuato da rendere il giudice – affermava Mario Nigro – *“signore della prova”*⁴⁴, oggi appare di mero supporto al prevalente impianto governato dal principio dispositivo.

Il giudice amministrativo ha infatti sì poteri istruttori officiosi, ma può esercitare gli stessi, come emerge dalla disposizione succitata, solo ad una duplice condizione: i) che il loro utilizzo sia necessario per la definizione del giudizio; ii) che si tratti di

42 Sul principio dispositivo con metodo acquisitivo del giudizio amministrativo, cfr. L.G. GIANI, *La fase istruttoria*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 365 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 256 ss.; L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, n. 1, pp. 72 ss.; dello stesso Autore, L.R. PERFETTI, *Prova* (voce - processo amministrativo), in *Enc. dir.*, Milano, 2009, pp. 917 ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 202 ss.; dello stesso Autore, C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994; R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, n. 2, pp. 201 ss.; L.S. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005; G. ABBAMONTE, *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985, pp. 679 ss.; M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1976; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

43 Così, L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, cit., p. 72.

44 Così, M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, cit.

assunzione di informazioni e documenti che siano nella disponibilità esclusiva della pubblica amministrazione resistente e che il privato non potrebbe diversamente ottenere e fornire al giudizio.

Pertanto, l'intervento del giudice non è certo predominante.

Esso sorge successivamente rispetto all'attività compiuta dalle parti, necessitato dall'esigenza di giungere alla definizione del processo attraverso materiale probatorio ulteriore che è nella disponibilità dell'amministrazione e che il privato non potrebbe diversamente fornire al giudizio.

Inoltre, il suo intervento consiste nell'acquisizione di informazioni e documenti – dunque nell'introduzione di nuovi elementi probatori – che solo riguardino e non siano estranei ai fatti contestati dalle parti.

Infine – e anche questo contribuisce a rendere residuale l'intervento officioso del giudice – tale potere è esercitabile solo laddove le parti, in relazione ai fatti che sono posti a fondamento della domanda e delle eccezioni, e che sono dunque oggetto di contestazione, siano comunque riusciti a soddisfare l'onere della prova che – seppur non inteso con la stessa rigidità che nel processo civile, apparendo qui depotenziato, minimale, tanto da essere qualificato come onere del (solo) “principio di prova”⁴⁵ – condiziona l'attività istruttoria del giudice.

Da quanto osservato è perciò possibile rinvenire, con non troppa difficoltà, la prevalente connotazione soggettiva dell'attuale giudizio amministrativo.

3. Tendenze di neo-oggettivizzazione del giudizio amministrativo: la legittimazione oggettiva

L'evoluzione del processo amministrativo verso un “giudizio di parti” sembra essersi arrestata a fronte della tendenza legislativa sempre più tangibile di arricchire tale giudizio di elementi ispirati all'oggettività della giurisdizione, a voler innescare un inverso ritorno alle origini.

Fra tali elementi, vi rientrano senz'altro le regole che modificano l'ordinario atteggiarsi della legittimazione processuale, assunte a principale oggetto della presente indagine. Ma non solo. La riflessione sui profili soggettivi ed oggettivi della

⁴⁵ Cfr. L.G. GIANI, *La fase istruttoria*, cit., pp. 369 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 256 ss.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 102.

giurisdizione amministrativa involge, infatti, anche gli altri caratteri che si è ritenuto essere sintomatici della soggettività dell'attuale giudizio amministrativo (basti pensare alle regole che incidono sul principio dispositivo⁴⁶), per allargarsi, negli

46 Caso emblematico è quello relativo alla disciplina di cui agli artt. 121-124 c.p.a., avente ad oggetto il giudizio in materia di contratti pubblici. Tale disciplina sembra infatti far emergere maggiore oggettività nel giudizio amministrativo, specialmente con riferimento alla deroga al principio dispositivo in senso sostanziale e, in particolare, al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

A fronte del ricorso volto all'annullamento dell'aggiudicazione, infatti, il giudice amministrativo si pronuncia anche sull'efficacia del contratto eventualmente stipulato. In caso di "gravi violazioni" (ad esempio, se l'aggiudicazione è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, qualora tale pubblicazione sia obbligatoria), ai sensi dell'art. 121, comma 1, c.p.a., il giudice deve dichiarare l'inefficacia del contratto, precisando se la declaratoria di inefficacia è retroattiva o limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo. Sebbene, come stabilisce il comma 2, ciò non valga laddove il giudice amministrativo accerti "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" che impongano che siano mantenuti gli effetti del contratto. Diversamente, fuori dei casi di "gravi violazioni" di cui sopra, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il giudice che annulla l'aggiudicazione ha discrezionalità nello stabilire se dichiarare inefficace il contratto, fissandone anche la decorrenza. Laddove il contratto rimanga efficace o la sua inefficacia venga limitata alle sole prestazioni da eseguire, il giudice amministrativo è tenuto, al fine di ristabilire l'equilibrio economico violato, ad applicare le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. (si tratta, in particolare, di sanzioni pecuniarie nei confronti della stazione appaltate e/o la riduzione della durata del contratto). Infine, l'art. 124 c.p.a. – laddove il ricorrente in sede di impugnazione dell'atto di aggiudicazione chieda anche l'inefficacia del contratto e il subentro nello stesso – stabilisce che il giudice amministrativo: se dichiara l'inefficacia del contratto, può anche accogliere la domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto esperita dal ricorrente; se non dichiara l'inefficacia del contratto, può disporre il risarcimento del danno per equivalente laddove questo venga subito e provato.

Dai poteri del giudice amministrativo previsti dagli artt. 123 e 124 c.p.a. discenderebbe la deroga al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato e la conseguente oggettività di tale giudizio. Come si può osservare, infatti, l'inflizione della sanzione alternativa – ma a ben vedere anche la condanna al risarcimento del danno per equivalente – non soddisfano il bene della vita dell'operatore economico posto a base del giudizio, superando così il perimetro oggettivo individuato dalla domanda, comminando sanzioni a fronte della violazione della disciplina sui contratti pubblici.

Anche in tale caso numerosi sono gli studi in materia. Fra questi, cfr. S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1035 ss.; R. CHIEPPA, *Il nuovo processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012, pp. 632 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, n. 1, pp. 240 ss.; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, n. 4, pp. 865 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *www.giustamm.it*, 2010; A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *www.giustamm.it*, 2010; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2010; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, n. 4, pp. 1326 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1029 ss.; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, n. 4, pp. 1067 ss..

studi di certa dottrina⁴⁷, persino a caratteri ulteriori, taluno dei quali emergente solo in via pretoria.

Si intende ora osservare la suddetta tendenza di neo-oggettività, soffermandosi – come già anticipato – su quelle ipotesi di legittimazione processuale previste espressamente dal legislatore, che maggiormente rivelano problematicità per il loro incerto ancoraggio ad un interesse sostanziale sottostante.

Si tratta, cioè – se si vuole individuare un minimo comune denominatore di tali prerogative processuali – di legittimazioni a ricorrere di carattere oggettivo, che trovano dunque la loro fonte di riconoscimento nella legge⁴⁸, e dalla presunta eccezionalità, discutendosi sulla loro riconduzione ad una situazione giuridica soggettiva sottostante.

Fra queste, si segnalano, primariamente, le legittimazioni di natura oggettiva attribuite alle autorità ministeriali, e cioè: la legittimazione del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) ad impugnare, in sede giurisdizionale amministrativa, per i soli vizi di legittimità, gli atti attraverso cui il Rettore emana gli statuti e i regolamenti dell'Università deliberati dagli organi competenti, qualora questi ultimi non si siano conformati ai rilievi di legittimità

47 Tale impostazione è chiaramente visibile in M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli, 2017, pp. 339-350. L'Autrice menziona, in particolare: il termine per ricorrere, con particolare riferimento alla sua decorrenza (dalla conoscenza dell'atto o da quella del vizio) e alla rilevanza della percezione dell'effettiva lesività; il ricorso incidentale, con particolare riferimento al rapporto con il ricorso principale ai fini della sua disamina e dei termini per la sua proposizione; la tutela cautelare, con riferimento ai limiti per ragioni d'interesse pubblico; il risarcimento del danno, con riguardo ai suoi limiti, ai presupposti e ai termini per l'azione; il potere dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di decidere "nell'interesse della legge" su questioni di diritto non più rilevanti per definire la controversia; il potere/dovere dei giudici di pronunciarsi sull'inefficacia del contratto pubblico in caso di annullamento dell'aggiudicazione per vizi gravi o di irrogare sanzioni pecuniarie sostitutive per vizi meno gravi; il potere/dovere dei giudici di disapplicare le leggi in contrasto con il diritto dell'Unione europea e al potere/dovere dei giudici di ultima istanza di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia le questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione europea. Come si può notare, solo taluni di essi coinvolgono i tradizionali caratteri dei due modelli di giurisdizione. Per approfondire taluni di questi profili, si vedano i diversi contributi contenuti nella stessa opera. Cfr. perciò, F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, cit..

48 Parte della dottrina estende la tendenza in oggetto, facendo riferimento anche ad alcune ipotesi di legittimazioni processuale riconosciute dalla "giurisprudenza consolidata". Cfr., fra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, cit.. Si è tuttavia qui deciso di non prendere in considerazione tali fattispecie, sia per la loro minore attitudine ad oggettivizzare il giudizio (posto il valore della giurisprudenza nel nostro ordinamento), sia perché non sembrano godere del carattere dell'eccezionalità, dato che i giudici amministrativi tendono a riconoscere tali legittimazioni proprio sul presupposto che vi sia, alla base del ricorso, un interesse giuridicamente tutelato.

indicati dal Ministro in fase di controllo conseguente alla deliberazione (art. 6, comma 10, l. 9 maggio 1989, n. 168); la legittimazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) ad impugnare i regolamenti adottati dagli enti locali, relativi alla disciplina delle proprie entrate, anche tributarie, per vizi di legittimità, avanti gli organi di giustizia amministrativa (art. 52, comma 4, d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446).

Le perplessità sollevate in merito a dette attribuzioni si fondano sulla circostanza che le autorità ministeriali sembrano poter agire di fronte al giudice amministrativo al fine di ottenere l'annullamento degli atti adottati da altre amministrazioni, solo in quanto illegittimi, a tutela cioè del ripristino della legalità violata, a prescindere dall'interesse particolare di cui le stesse sono portatrici: a configurare, dunque, un ricorso nel solo interesse della legge⁴⁹.

Altre legittimazioni di stampo oggettivo dalla dubbia eccezionalità sono rappresentate dalle azioni popolari, istituti processuali di tradizione addirittura romanistica. Fra esse si rilevano: quella di natura sostitutiva prevista dall'art. 9, comma 1, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, secondo cui *“ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al Comune e alla Provincia”*; quella di natura correttiva prevista nel giudizio in materia elettorale ai sensi dell'art. 130, comma 1, c.p.a., ove si stabilisce che *“contro tutti gli atti del procedimento elettorale successivi all'emanazione dei comizi elettorali è ammesso ricorso soltanto alla conclusione del procedimento elettorale, unitamente all'impugnazione dell'atto di proclamazione degli eletti: a) quanto alle elezioni di Comuni, Province e Regioni, da parte di qualsiasi candidato o elettore dell'ente della cui elezione si tratta [...] b) quanto alle elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, da parte di qualsiasi candidato o elettore [...]”*; quella, ancora di natura correttiva, introdotta, di recente, dalla nuova disciplina sull'accesso civico a dati e documenti pubblici.

49 Per approfondire le legittimazioni processuali *ex lege* a favore dei Ministri, cfr. F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, n. 2, pp. 471 ss.; C. AMICONI, *L'autonomia universitaria tra delegificazione, controllo ministeriale e sindacato giurisdizionale*, in *www.giustamm.it*, 1998; A. GUSTAPANE, *Brevi note sui regolamenti di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, pp. 89 ss..

Prendiamo ad osservazione proprio quest'ultima, posto che – come attenta dottrina ha rilevato⁵⁰ – tale azione ha rivitalizzato l'interesse degli studiosi per un istituto che non ha goduto certamente di primaria attenzione.

Come noto, negli ultimi anni, al diritto di accesso documentale di cui agli artt. 22 e ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241, si è affiancato: prima, il diritto di accesso civico cd. semplice, previsto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (T.U. Trasparenza); più tardi, a causa dell'insoddisfazione generale per la trasparenza ottenuta mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti istituzionali, il diritto di accesso civico cd. generalizzato, riconosciuto dall'art. 5, comma 2, T.U. Trasparenza, come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che ha introdotto la normativa cd. FOIA (*Freedom of Information Act*).

Il primo, il diritto di accesso civico semplice, discende dall'obbligo imposto dall'ordinamento giuridico in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare taluni documenti, informazioni e dati, con il correlativo diritto di “chiunque” di richiedere i medesimi nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione. Esso costituisce, perciò, il rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge. Il secondo, il diritto di accesso civico generalizzato – che ha avvicinato il nostro ordinamento a quelli più sviluppati in materia di trasparenza amministrativa – riconosce invece il diritto di informazione generalizzato rispetto all'agire amministrativo, consentendo a “chiunque” di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del d.lgs. n. 33/2013.

Quel che però richiama attenzione è che, in relazione al loro esercizio, non vi sono limiti di legittimazione soggettiva. Il diritto di accesso civico può essere infatti, in entrambi i casi, esercitato da “chiunque” e, conformemente a ciò, l'istanza di accesso non necessita di motivazione circa la sussistenza di un interesse sostanziale. E,

50 Cfr. M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, p. 150. Si tratta, infatti, di un istituto rinvenibile in rari angoli dell'ordinamento giuridico, che persino è stato svuotato di significato da parte della giurisprudenza. In relazione a tale svuotamento, si fa riferimento all'interpretazione attribuita dalla giurisprudenza amministrativa all'art. 10 della l. 6 agosto 1967, n. 765 (cd. legge Ponte), in particolare al “chiunque” che “può ricorrere contro il rilascio della concessione edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di legge o dei regolamenti con le prescrizioni di piano regolatore generale o dei piani particolareggiati di esecuzione”. Cfr. in merito, F. SAITTA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, pp. 23 ss.

benché il “chiunque” contenuto nelle disposizioni si riferisca all’esercizio del diritto di accesso – e non espressamente all’esperimento dell’azione giurisdizionale –, il T.U. in oggetto attribuisce all’istante anche il potere di adire il giudice amministrativo laddove l’amministrazione neghi l’accesso, al fine di ottenere la condanna al rilascio dei dati richiesti⁵¹.

La circostanza, perciò, che la legittimazione a ricorrere finisca per spettare, anch’essa, a “chiunque” – e ciò vale anche negli altri casi di azione popolare, ove non sembra emergere un interesse legittimo, quanto invece una “condizione formale” del ricorrente, come l’essere elettore o cittadino – induce a credere che il ricorso sia sorretto, in tal caso, soltanto da un interesse di mero fatto⁵².

Altra legittimazione prevista direttamente dalla legge è l’azione per l’efficienza, introdotta nell’ordinamento giuridico con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, nel più ampio ambito della riforma Brunetta, con l’obiettivo di migliorare il risultato della *performance* amministrativa⁵³.

51 Profilo di perplessità è che il legislatore abbia predisposto, tramite il richiamo operato dal T.U. trasparenza all’art. 116 c.p.a., un sistema di protezione giurisdizionale in caso di diniego di accesso, senza “introdurre un’azione specifica a garanzia di questo particolare tipo di accesso generalizzato – ed utilizzando diversamente – un’azione già prevista per altre situazioni giuridiche soggettive, e cioè l’azione a tutela del diritto d’accesso procedimentale ai documenti amministrativi di cui alla legge n. 241/90. [...] Il quadro normativo attuale, forse non sufficientemente meditato, prevede dunque che qualsiasi soggetto dell’ordinamento il quale, senza necessità di dimostrare un interesse diretto, concreto e attuale, richieda documenti la cui pubblicazione sia stata omessa e non ottenga soddisfazione sul piano dell’attività amministrativa di diritto sostanziale riceve una tutela di diritto processuale in virtù di un’azione, originariamente concepita per i titolari di un interesse qualificato, la quale però, con una torsione normativa, viene ora riconosciuta in capo a chiunque”. Così, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., p. 151. Cfr. altresì, V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in www.federalismi.it, 2018.

52 Cfr. ancora, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., pp. 152-153, con bibliografia ivi citata, a testimonianza, in particolare, della difficoltà di individuare il tipo di interesse fatto valere dall’attore popolare. Cfr. perciò, F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1910, p. 271; L. PALADIN, *Azione popolare (voce)*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968, pp. 88 ss.; A. LUGO, *Azione popolare (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 867 ss.; G. ZANOBINI, *Il diritto politico*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, II, III, 1935, pp. 264 ss.. Cfr. inoltre, V. TORASO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 789 ss.; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, pp. 242 ss.; F. CINTIOLI, *L’azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2, pp. 329 ss..

53 Sull’azione per l’efficienza, ampia è la bibliografia in materia. Cfr. V. GASTALDO, *La class action amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in www.federalismi.it, 2016; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2015, pp. 2250 ss.; S. VERNILE, *Verso un’amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancante e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, n. 4, pp. 1519 ss.; G. FIDONE, *L’azione per l’efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull’atto a quello sull’attività*, Torino, 2012; G. SORICELLI, *Considerazioni sulla class action amministrativa nell’amministrazione di risultato*, in www.giustamm.it, 2011; A. FABRI, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione*

Ai sensi del comma 1 dell'art. 1 del decreto, mediante tale azione, utenti e consumatori, individualmente o eventualmente riuniti anche in associazioni e comitati, titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei ad una pluralità di (ulteriori) utenti e consumatori, possono rivolgersi al giudice amministrativo con la finalità di chiedere il ripristino del corretto svolgimento della funzione o della corretta erogazione di un servizio, laddove non siano stati rispettati gli *standard* qualitativi, quantitativi o economici dell'azione amministrativa tipizzati in specifiche condotte contenute nella stessa disposizione. In tal caso, l'azione è finalizzata ad ottenere dal giudice il controllo sui livelli della *performance* dell'agire amministrativo, con accertamento dell'eventuale inadempimento e condanna dell'amministrazione o del concessionario ad un *facere* specifico, consistente nell'adozione di un atto o di un insieme di atti volti a far venire meno l'inadempimento alla funzione o al servizio.

In relazione alla situazione giuridica soggettiva sottostante, si è affermato che il ricorso sembra, in tal caso, “*sganciarsi dalla solida consistenza giuridica dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo e [...] lambisce l'interesse di mero fatto, vale a dire quello che appartiene ad ogni singolo cittadino, che si riassume nell'interesse pubblico generale al buon andamento dell'azione amministrativa e che, proprio per questo, resta innominato e indefinito e, di regola, insufficiente a fondare la legittimazione processuale*”⁵⁴.

Tutto quanto sinora esposto pare mettere chiaramente in luce la tendenza di neo-oggettività che, tramite un diverso modo di configurare l'accesso alla giustizia da parte del legislatore, sembra pervadere, sempre più, il nostro sistema di giustizia amministrativa.

Diversamente, non si intende fornire risposte – né in relazione alla sussistenza di una situazione giuridica soggettiva sottostante, né con riguardo alla natura di tali

nella sistematica delle azioni non individuali, Napoli, 2011; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in www.giustamm.it, 2010; U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, pp. 246 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in www.federalismi.it, 2010; F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it, 2010; M. CLARICH, *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in *Il Sole 24Ore*, 2009; A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in www.giustamm.it, 2009.

⁵⁴ Così, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., p. 3.

giudizi – relativamente alle fattispecie succitate, analisi che esorbiterebbe dall'oggetto della presente trattazione, invece dedicata ad altre legittimazioni processuali di stampo oggettivo e dalla discussa eccezionalità: e, cioè, quelle attribuite alle autorità amministrative indipendenti.

Pur rinviando per una puntuale analisi al secondo capitolo, si segnala, già da ora, che tali poteri di accesso alla giustizia – oggi previsti a favore dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) – costituiscono delle legittimazioni non solo oggettive ed eventualmente eccezionali, ma anche speciali, straordinarie e sorte a protezione di interessi pubblici rilevanti nel contesto dell'Unione europea.

Delineata così la più ampia cornice del presente studio, si procederà, nel seguente capitolo, ad osservare la legittimazione processuale attribuita a dette Autorità, al fine di verificare, in particolare, se il giudizio amministrativo possa, a fronte di tali prerogative, ricondursi ad un modello di giurisdizione di diritto oggettivo.

CAPITOLO SECONDO
La legittimazione processuale
delle autorità amministrative indipendenti:
l'alba di un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?

“Leggere è andare incontro a qualcosa che sta per essere e ancora nessuno sa cosa sarà”
(Italo Calvino, Se una notte d'inverno un viaggiatore)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legittimazione processuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 2.1. Dal fallimento dei tradizionali poteri consultivi e di *advocacy* alla legittimazione processuale. – 2.2. Disciplina normativa e dubbi interpretativi fra dottrina e giurisprudenza. – 2.3. Un bilancio sull'utilizzo di tale strumento: alcuni numeri. – 3. La legittimazione processuale dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti. – 3.1. La legittimazione processuale quale *quid minus* rispetto al potere di regolazione in materia di servizio *taxi*. – 3.2. Disciplina normativa e dubbi interpretativi. – 3.3. Le ragioni della totale assenza di contenzioso. – 4. La legittimazione processuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. – 4.1. La legittimazione processuale quale *quid minus* rispetto al potere di adottare raccomandazioni vincolanti. – 4.2. Disciplina normativa e risoluzione dei primi dubbi interpretativi fra regolamento di attuazione dell'ANAC e parere del Consiglio di Stato. – 4.3. Le ragioni dell'ancora totale assenza di contenzioso. – 5. Continuità e discontinuità fra i diversi poteri di legittimazione processuale. – 6. La natura del giudizio amministrativo a fronte della legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti. L'alba di un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?.

1. Premessa

La recente tendenza del legislatore di coniare, nel giudizio amministrativo, legittimazioni *ex lege* alla proposizione del ricorso in capo alle autorità amministrative indipendenti, a tutela di quegli interessi pubblici cui le stesse sono preposte, ha alimentato le fiamme di un dibattito, che sembravano oramai sopite, afferente al carattere soggettivo ovvero oggettivo della giurisdizione amministrativa.

L'accesso alla giustizia nel processo amministrativo da parte delle autorità amministrative indipendenti si fonda, oggi, su tre previsioni di legge, tutte introdotte a partire dal 2011, che legittimano al ricorso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) e l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è dapprima e con forza concentrata sull'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (cd. decreto Salva Italia), conv., con modificazioni, in l. 22 dicembre 2011, n. 214, che riconosce all'AGCM il potere di adire il giudice

amministrativo al fine di impugnare gli atti adottati dalle pubbliche amministrazioni in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato ⁵⁵.

La disposizione succitata – come si osserverà nel paragrafo 2 – assume rilevanza per diverse ragioni.

Primariamente – come verrà illustrato al paragrafo 2.1. – in quanto tale strumento si pone come espressione di una profonda e crescente sensibilità istituzionale verso l'effettiva competizione economica, correlandosi alla scarsa efficacia degli originari poteri consultivi e di *advocacy* che la l. n. 287/90 attribuiva all'AGCM e, dunque, al conseguente tentativo di rafforzare la tutela della concorrenza con l'attribuzione di tale nuovo potere.

Secondariamente – come emergerà dal paragrafo 2.2. – la speciale prerogativa di cui è titolare l'AGCM acquisisce centralità per la sua significativa applicazione, tanto che la giurisprudenza ha già potuto sciogliere taluni nodi problematici che erano emersi, all'indomani della sua previsione, specie in dottrina, in relazione al non sempre limpido e talora troppo sintetico dettato normativo dell'art. 21-bis.

Infine, si evidenzieranno – al paragrafo 2.3. – i numeri relativi all'utilizzo di detto strumento, sì da mettere in luce, da una parte, più concretamente, la sua rilevante applicazione, dall'altra, l'eterogeneità e l'estensione dei settori di intervento.

55 Numerosa la bibliografia in materia. Cfr., fra gli altri, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 3, pp. 291-298; A. ROMEO, *Contestare le liberalizzazioni: profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, n. 1, pp. 171 ss.; H. SIMONETTI, *L'art. 21-bis della legge 287/90 ed il potere di impugnazione dell'AGCM: è ancora il secolo della "giustizia nell'amministrazione"?*, in *Giustamm.it*, 2014, n. 2; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, cit.; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *www.justice.luiss.it*, 2013; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit.; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 12; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/90. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'Autorità antitrust, tra il Minosse di Dante ed il Giudice di De André*, in *www.federalismi.it*, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustamm.it*, 2012, n. 2; A. HEIMLER, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, n. 2, pp. 370 ss.; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *www.ApertaContrada.it*, 2012; R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2012; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, in *www.federalismi.it*, 2011; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1022 ss..

In misura inferiore la lente di ingrandimento degli interpreti si è invece posata sulla legittimazione processuale che la lettera n) del comma 2 dell'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato dall'art. 36, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, attribuisce all'ART in materia di servizio *taxi*⁵⁶.

Ciò discende, in particolare, dall'assenza di contenzioso che, fino ad oggi, si correla a tale potere.

Eppure detta legittimazione a ricorrere – oggetto del paragrafo 3 – sembra già acquisire una sua autonoma dimensione d'interesse, laddove si consideri – e ciò verrà evidenziato nel paragrafo 3.1. – che l'ART – che pure svolge un'estesa attività di regolazione, in particolare nel trasporto ferroviario, autostradale, marittimo ed aereo – non gode di poteri regolatori proprio con riferimento al mercato del trasporto pubblico locale non di linea.

L'attribuzione di uno speciale potere d'iniziativa processuale in detto mercato mira così a colmare la privazione della veste regolatoria, cercando di realizzare, al di là di tale privazione, un sufficiente grado di tutela dell'interesse pubblico ad una adeguata mobilità locale.

L'analisi sulla legittimazione processuale dell'ART proseguirà – nel paragrafo 3.2. – con la più chiara illustrazione del dettato normativo.

Infine – al paragrafo 3.3. – ci si interrogherà sulle cause della totale assenza di contenzioso, pur rilevandosi – in via di anticipazione – che, nell'ultimo biennio, in più occasioni, è stata avviata quella fase procedimentale prodromica all'esperimento del ricorso da parte dell'Autorità.

Sarà altresì oggetto di studio – in particolare al paragrafo 4 – la legittimazione a ricorrere che i nuovi commi *1-bis*, *1-ter* e *1-quater* del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), introdotti dall'art. *52-ter* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (cd. "Manovrina", recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e

⁵⁶ Per i pochi rilievi dottrinali, cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, cit.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit..

misure per lo sviluppo”), conv., con modificazioni, in l. 21 giugno 2017, n. 96, attribuiscono all’ANAC⁵⁷.

Tale prerogativa processuale – come verrà illustrato al paragrafo 4.1. – sorge dalla soppressione del penetrante potere dell’ANAC di adottare raccomandazioni vincolanti, dunque dal timore di aver eccessivamente indebolito l’Autorità e, con essa, la legalità e l’effettiva concorrenza nelle procedure di gara.

Trattasi – come sarà ben più chiaro osservando la sua disciplina, emergente dal paragrafo 4.2., dedicato all’analisi del dettato normativo e ai primi tentativi di risoluzione delle questioni giuridiche sorte – di uno strumento nuovo nella sua fisionomia, differente tanto dal precedente potere di adottare raccomandazioni vincolanti, quanto dalla legittimazione processuale di cui sono dotate altre autorità amministrative indipendenti.

La sua recente previsione, ma soprattutto le sorte difficoltà interpretative connesse a tale attribuzione, hanno condotto l’Autorità a non farne fino ad oggi utilizzo. Tuttavia – con rinvio al paragrafo 4.3. – i tempi sembrano oramai maturi affinché l’ANAC possa avvalersene, specie dopo l’ultimo intervento consultivo del Consiglio di Stato e l’adozione del regolamento di attuazione adottato dall’Autorità medesima. Non pare dunque troppo assurdo ipotizzare che, nel prossimo futuro, la riflessione su tale potere d’iniziativa processuale potrà fondarsi anche su quanto verrà ad emergere in sede di contenzioso.

All’osservazione delle legittimazioni a ricorrere delle singole *authorities* seguirà, successivamente, l’illustrazione dei profili di continuità e discontinuità fra di esse.

Tale analisi – cui sarà dedicato il paragrafo 5 – mette in luce come la legittimazione processuale rivesta sempre, in tali casi, caratteri di oggettività, trovando la sua fonte di riconoscimento direttamente nel diritto positivo⁵⁸.

57 In dottrina, cfr. M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, n. 2, pp. 557-584; F. LONGO, *Giurisdizione e governance*, in G. PERULLI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Torino, 2018, p. 395 ss.; M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell’ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell’ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; N. POSTERARO, *La nuova legittimazione ad agire dell’ANAC (e la soppressione della raccomandazione vincolante all’esercizio dell’autotutela)*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, Milano, 2017, pp. 493-511.

58 Sull’oggettività della legittimazione, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit., pp. 341 ss., sebbene tale Autore tenda ad estendere tale oggettività alle legittimazioni processuali riconosciute da consolidata giurisprudenza.

Non solo. Tali legittimazioni, infatti, si connotano anche per: specialità, in quanto regolate in modo peculiare, con riguardo a termini, procedimento preliminare e delimitazione dell'oggetto; straordinarietà, posto che la titolarità di esse si appunta esclusivamente in capo a tali Autorità, non estendendosi generalmente ad ogni amministrazione pubblica; eventualmente eccezionalità, a seconda che si ritenga che il ricorso sia disancorato da una situazione giuridica soggettiva di ordine sostanziale⁵⁹.

Esse influiscono, inoltre, sulla “parte statica” del processo amministrativo, in particolare mutando la tradizionale fisionomia delle sue parti, realizzando un inedito giudizio fra pubbliche amministrazioni.

Dette prerogative processuali sembrano, infine, connotarsi per una contraddizione interna: se da un lato, infatti, sono finalizzate alla protezione di interessi pubblici di matrice euro-unitaria ritenuti così rilevanti da giustificare la previsione di tali strumenti, dall'altro, esse sono sorte, in ciascun caso, da logiche compromissorie, a rivelare la loro attenuata incidenza sulla tutela dell'interesse pubblico di volta in volta perseguito.

Non mancherà altresì l'analisi relativa alle più rilevanti differenze fra le attribuzioni di iniziativa processuale delle diverse autorità amministrative indipendenti.

Infine – al paragrafo 6 – si cercherà di dare risposta alla *questio iuris* di tale capitolo, e cioè se il processo amministrativo, oggi improntato ai caratteri della giurisdizione soggettiva, tenda realmente ad oggettivizzarsi – o meglio, a ri-oggettivizzarsi – là dove il ricorso giurisdizionale sia espressione di previsioni normative che attribuiscono espressamente alle *authorities* il potere di adire il giudice per proteggere quegli interessi pubblici di cui le stesse sono istituzionalmente guardiane.

2. La legittimazione processuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

⁵⁹ Sui connotati di specialità ed eccezionalità, cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit.. Sulla straordinarietà, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

2.1. Dal fallimento dei tradizionali poteri consultivi e di *advocacy* alla legittimazione processuale

L'art. 21-*bis* della l. n. 287/90 sorge dalla volontà politica di incrementare i poteri dell'AGCM, nell'ottica di realizzare una concorrenza sempre più effettiva, ove leale sia la competizione sia in fase di accesso ai mercati che in quella successiva di svolgimento delle attività economiche.

Nella sua veste di garante dei mercati, e nell'ambito della sua attività di vigilanza, dunque, l'AGCM – oltre a poter avviare procedimenti *antitrust* per eventualmente diffidare e sanzionare gli operatori economici che hanno tenuto condotte anti-concorrenziali – può ora controllare l'operato anche delle amministrazioni pubbliche e decidere di attivarsi con lo strumentario di cui all'art. 21-*bis* al fine di ottenere la rimozione dell'atto anti-competitivo adottato.

Gli originari poteri attribuiti all'Autorità, del resto, da quelli consultivi verso le amministrazioni pubbliche a quelli di *advocacy* nei confronti degli organi politici, si sono rivelati nel tempo incapaci di condurre all'effettiva protezione delle dinamiche concorrenziali del mercato. Ed è in ragione di un tal fallimento che il legislatore ha voluto rafforzare le funzioni dell'AGCM⁶⁰.

In sede politica si era allora anche discusso sull'opportunità di riconoscere a favore dell'Autorità uno speciale potere di diretto annullamento di atti anti-competitivi adottati da altre amministrazioni pubbliche. Una prerogativa, questa, che è però sembrata esorbitante, invasiva tanto della sfera di azione delle altre amministrazioni, quanto dello stesso potere giurisdizionale.

A fronte di tali perplessità, si è optato per l'introduzione dell'attuale art. 21-*bis*, ove, a fronte di un atto amministrativo che viola le norme a tutela della concorrenza e del mercato, da un lato, si impone all'Autorità l'onere di diffidare preventivamente l'amministrazione che ha adottato l'atto al fine di ottenerne la rimozione, dall'altra, tramite la previsione della facoltà di accedere alla giustizia laddove l'amministrazione non si conformi spontaneamente, si preserva il ruolo del giudice quale arbitro finale dei conflitti.

60 Cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, cit.. Sui poteri consultivi e di *advocacy* dell'AGCM, cfr. fra gli altri, L. PISCITELLI, *Artt. 21-24*, in V. AFFERNI, *Concorrenza e Mercato - Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, Padova, 1994, pp. 572-599.

2.2. Disciplina normativa e dubbi interpretativi fra dottrina e giurisprudenza

L'art. 21-*bis* prevede:

- al comma 1, che *“l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”*;
- al comma 2, che *“l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni”*;
- al comma 3, che *“ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

Analisi del comma 1

Il comma 1 attribuisce all’AGCM il “potere”, e non invece il “dovere”, di adire il giudice amministrativo per impugnare taluni atti adottati dalle amministrazioni pubbliche, che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

La finalità di tale strumento è, dunque, la protezione della concorrenza – com’è noto – interesse pubblico che costituisce un rilevante fattore di crescita economica, capace di apportare benefici al mercato, così come agli operatori economici e all’utenza finale⁶¹; ancora, un interesse tutelato tanto a livello euro-unitario – dai trattati istitutivi alle fonti derivate del diritto europeo – quanto interno – ove la Costituzione ne costituisce fondamento (in particolare, all’art. 41 Cost.), la giurisprudenza costituzionale ne valorizza la portata (interpretando estensivamente l’art. 117, comma 2, lett. e), Cost.) e le fonti primarie ne avvalorano la rilevanza, testimoniando la sensibilità istituzionale che su di essa si è progressivamente sviluppata.

61 Per approfondire, cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

A conferma di quanto asserito, del resto, è sufficiente osservare la cospicua decretazione d'urgenza adottata nell'ultimo decennio con la finalità di avviare la ripresa economica del Paese e, di converso, riflettere sulla circostanza che la tutela della concorrenza era pressoché ignorata dalla legislazione ordinaria prima della l. n. 287/90.

Una tutela, questa, che è cresciuta considerevolmente nell'attuale momento storico, ove sembra rappresentare, secondo taluni⁶² – al di là che la Consulta abbia negato la sussistenza di un interesse pubblico ontologicamente prevalente⁶³ – un interesse esorbitante rispetto a tutti gli altri.

Una lettura, questa, che non convince ed è pericolosa, ma che potrebbe trovare forza ulteriore – ma questa è solo una piccola parentesi – laddove la Corte Costituzionale non dovesse dichiarare l'inammissibilità della recente questione di legittimità costituzionale sollevata dall'AGCM, la quale ha ritenuto di poter adire il giudice delle leggi auto-qualificandosi quale “giudice *a quo*”⁶⁴.

Nel contesto di una progressiva crescita della sensibilità istituzionale verso la corretta competizione economica va dunque ascritta la volontà del legislatore di rafforzare le attribuzioni dell'Autorità, che – non ancora sufficientemente incisive, come già osservato – sono divenute più consistenti con l'art. 21-*bis*, che ha previsto a favore dell'Autorità poteri assai penetranti, come quello di imporre ad altre amministrazioni di conformarsi a quanto da essa richiesto, o comunque assai innovativi, come quello di attivare un giudizio amministrativo fra solo parti

62 Cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, cit.. In questo senso anche talune decisioni del giudice amministrativo: Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; in primo grado, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9246; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720, ove si fa riferimento alla “*primazia della tutela della libertà di concorrenza*”. *Contra*, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 293, che ritiene che “*la disposizione in esame [...] può essere spiegata facendo riferimento ad una frequente dinamica amministrativa, che induce molte amministrazioni pubbliche a porre ostacoli al libero dispiegarsi della concorrenza, piuttosto che ad una sovraordinazione dell'interesse alla concorrenza rispetto ad altri interessi pubblici*”.

63 Cfr. Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85, che ha ritenuto che non esista una gerarchia ontologica fra gli interessi pubblici, di talché non possa affermarsi la primazia della concorrenza quale interesse per natura superiore rispetto agli altri.

64 Per un approfondimento sull'ordinanza n. 1 del 3 maggio 2018 dell'AGCM, cfr. M. CLARICH, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 2018; L. CASSETTI, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in www.federalismi.it, 2018.

pubbliche a tutela della promozione e del mantenimento della struttura concorrenziale del mercato.

Del rafforzamento succitato è dunque piena espressione la legittimazione processuale dell'AGCM, che, con riferimento alla veste in giudizio, si è trasformata da mero interventore in una controversia giurisdizionale già instaurata da altre parti – potere che già le veniva riconosciuto dall'art. 15 del regolamento 2001/3/CE – ad autonomo promotore della lite.

Tutto ciò, nella direzione già indicata che mira alla realizzazione di un mercato effettivamente concorrenziale, ove la legittimazione processuale dell'AGCM configura uno strumento ulteriore a tutela della concorrenza, aggiungendosi alle pretese già esercitabili dagli operatori economici e dai consumatori (eventualmente riuniti in associazioni) a protezione del medesimo interesse⁶⁵: a ritenere – ma su

65 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, secondo cui, coerentemente con il bene giuridico protetto (la libertà di concorrenza e il corretto funzionamento del mercato) e con le finalità perseguite (la crescita e lo sviluppo economico), la legittimazione processuale dell'Autorità “*trascende l'interesse specifico del singolo operatore del mercato [...] il che giustifica la disposizione nella parte in cui ammette sostanzialmente una legittimazione ad agire concorrente, dell'Autorità e dei singoli interessati*”. Per quanto riguarda l'impugnazione da parte dei privati, si rileva che essi non hanno l'onere, diversamente da quanto previsto all'art. 21-bis, di avvisare l'amministrazione della propria intenzione di ricorrere al giudice. Cfr. B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 294. Tali giudizi amministrativi avviati dai privati hanno ad oggetto atti dell'AGCM di diversa natura: provvedimenti di archiviazione, di sanzione (ritenuta nel suo ammontare inadeguata dai privati), di autorizzazione di concentrazioni fra imprese, ecc.

Diversi sono invece i giudizi instaurati di fronte al giudice ordinario da parte dei privati.

In merito, si ricorda come la normativa *antitrust* venisse intesa, in origine, come disciplina a tutela del solo imprenditore e che solo gli sviluppi pretori, tanto del giudice ordinario quanto del giudice amministrativo, evidentemente influenzati anche dalla giurisprudenza europea, abbiano riconosciuto a tale normativa una finalità più ampia, di protezione del mercato nel suo complesso, tutelando tanto chi produce, quanto chi compra e consuma. Cfr. in merito, B. INZITARI, V. PICCININI, *La responsabilità civile*, Torino, 2009, pp. 223-226, ove ci si concentra sulla richiesta di risarcimento del danno per anti-concorrenziale, sull'evoluzione pretoria in merito alla finalità della normativa *antitrust*, nonché sulla progressiva estensione della legittimazione processuale attiva anche a favore dei consumatori (e delle associazioni di consumatori).

Sull'illecito anti-concorrenziale ha inciso altresì, recentemente, il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che ha recepito la direttiva 2014/104/UE, relativa al cd. *private enforcement*. Cfr. per un commento, fra gli altri, B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, Pisa, 2017; P. COMOGLIO, *Note a prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 997 ss..

La normativa *antitrust*, peraltro, appare strettamente connessa a quella consumeristica, che ha anch'essa origine nell'ordinamento europeo e che trova oggi la sua base giuridica, all'interno dell'ordinamento italiano, nel c.c. e nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, cd. Codice del Consumo. Disciplina, quest'ultima, che configura un complesso di tutele individuali e collettive apprestate al consumatore e alle associazioni di consumatori e che condivide la stessa finalità della normativa *antitrust*, non esaurendosi nella protezione del consumatore quale contraente debole della relazione contrattuale con il professionista, estendendosi invece al perseguimento del corretto funzionamento del mercato.

questo si tornerà al paragrafo 6 – che la tutela della concorrenza non possa essere rimessa alle sole iniziative individuali ed atomistiche dei singoli attori del mercato.

Si procede, di seguito, con l'analisi puntuale del comma 1 della disposizione in esame.

Dal punto di vista oggettivo – come emerge dal dettato normativo – sono impugnabili sia gli atti a contenuto normativo come i regolamenti, sia gli atti amministrativi generali, sia, ancora, i provvedimenti puntuali.

Merita soffermarsi su una peculiarità: che il giudizio può ad avere ad oggetto regolamenti o atti amministrativi generali che, proprio per la loro generalità, di consueto, non sono in grado di arrecare immediato pregiudizio.

Eppure, superando tale rilievo, si ritiene che la sfera giuridica dell'AGCM venga già interessata da tali atti, incidendo sull'interesse pubblico alla concorrenza di cui la medesima è istituzionalmente protettrice.

Di talché è possibile sostenere che l'interesse a ricorrere assuma in tali giudizi una fisionomia propria e distinta rispetto a quella tradizionale, sorgendo in anticipo – peraltro con coloriture più sfumate – rispetto all'interesse al ricorso dei diversi attori del mercato, i quali potranno dirsi lesi, e in quel momento potranno adire il giudice amministrativo, solo dopo che vengano adottati i provvedimenti puntuali anti-competitivi destinati a dare esecuzione ai regolamenti e agli atti amministrativi generali.

Affianco al profilo oggettivo che attiene alle categorie degli atti impugnabili, il legislatore individua l'ulteriore presupposto sostanziale – da cui si è ricavata altresì la finalità del ricorso – in base a cui tali atti debbano violare “le norme a tutela della concorrenza e del mercato”.

Il riferimento alle “norme” non è casuale e scevro di conseguenze giuridiche: si ritiene, infatti, in dottrina ⁶⁶, che il ricorso dell'AGCM, ai fini dell'ammissibilità, non possa richiamare la generica tutela della concorrenza, intesa quale principio o valore,

66 Cfr. in dottrina, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit.. *Contra*, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720. Si tratta di decisioni che hanno ritenuto ammissibili ricorsi che non lamentavano la violazione di alcuna norma a tutela della concorrenza, diversamente facendo riferimento alla concorrenza quale principio e valore da proteggere.

dovendo invece indicare le specifiche disposizioni a presidio della medesima che si assumono lese dall'atto dell'amministrazione.

Con riguardo all'individuazione delle norme a tutela della concorrenza, si è discusso se il ricorso possa essere esperito non solo per la violazione delle disposizioni tipiche relative alle infrazioni dell'assetto concorrenziale del mercato, ma anche laddove siano lese quelle disposizioni che sono finalizzate a promuovere la competizione.

A fronte di una tesi dottrinale minoritaria che circoscriveva l'applicazione dell'istituto⁶⁷, è prevalsa l'interpretazione più estensiva, sia in dottrina⁶⁸ che in giurisprudenza⁶⁹, in base alla volontà di non limitare eccessivamente il raggio di azione dell'Autorità.

In tal maniera, peraltro, valorizzando il richiamo alle norme a "tutela del mercato" (dando rilievo al fatto che non si faccia riferimento solo alle norme a "tutela della concorrenza"), alla rubrica dell'art. 21-*bis* (relativo, più genericamente, alle "distorsioni della concorrenza"), oltre che ai lavori preparatori⁷⁰.

Se così è, sono da ritenersi impugnabili le disposizioni di liberalizzazione⁷¹, di regolazione pro-concorrenziale e, seppur con qualche perplessità, di privatizzazione: in merito a queste ultime, infatti, si rileva che esse non sono norme a tutela della concorrenza e non sono (o non sono sempre) norme di liberalizzazione, pur potendo avere ricadute pro-concorrenziali⁷².

Dal punto di vista soggettivo, tali atti devono essere adottati dalla pubblica amministrazione.

67 Cfr. A. HEIMLER, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti*, cit., pp. 370 ss..

68 Cfr. fra gli altri, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., pp. 291-292.

69 Cfr. fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. In primo grado, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264. Cfr. anche Corte Cost., sent. 20 luglio 2012, n. 200.

70 Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit.

71 Sulle norme di liberalizzazione e la loro incidenza sulla concorrenza, cfr. M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. Econ.*, 2012, n. 3, pp. 507-528.

72 Cfr. ancora, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit.. Sulle misure di privatizzazione e la loro incidenza sulla concorrenza, cfr. anche E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bologna, 2012, pp. 239 ss..

A fronte della tesi dottrinale⁷³ che ritiene, in forza della “eccezionalità della novella”, che la sua nozione a “geometria variabile” si assesti sul suo nocciolo duro, includendo i soli soggetti pubblici di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, si è affermato in dottrina e in giurisprudenza⁷⁴ un diverso orientamento, attento a non ridurre l’operatività del nuovo potere, volto a ricomprendervi anche gli enti privati concessionari di un servizio pubblico, le imprese pubbliche, gli organismi di diritto pubblico, nonché le altre autorità amministrative indipendenti.

Analisi del comma 2

Maggiori sono le questioni giuridiche che gravano sul comma 2.

Tale disposizione prevede una fase anteriore al giudizio *stricto sensu* ove si innesca un meccanismo di cooperazione preventiva fra l’AGCM e l’amministrazione che ha adottato l’atto.

Tutto ciò, con la finalità di rimuovere la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato attraverso l’avvio di uno schema procedimentale che è espressione di leale collaborazione fra le amministrazioni sopra indicate.

Ai sensi di tale disposizione, infatti, l’AGCM, qualora, nell’ambito della sua attività di vigilanza sui mercati, eventualmente anche su segnalazione degli operatori economici⁷⁵, sospetti che vi siano state violazioni di norme che tutelano la

73 Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21-bis l. n. 287/1990*, cit..

74 In dottrina, cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit.; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell’esercizio dei nuovi poteri rimessi all’AGCM ex art. 21-bis della legge 287/90. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell’interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell’Autorità antitrust, tra il Minosse di Dante ed il Giudice di De André*, cit.. In giurisprudenza, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 luglio 2015, n. 8778.

In ogni caso non rientrerebbero nell’ambito soggettivo le federazioni di ordini professionali. Cfr. in tal senso TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 aprile 2015, n. 4943, relativa alla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri.

75 Infatti, pur trattandosi di un procedimento ad iniziativa d’ufficio, chiunque può sollecitare l’adozione del parere motivato da parte dell’AGCM, che, ricevuta la segnalazione, deciderà se avviare o meno il procedimento amministrativo, in funzione della salvaguardia del buon andamento, evitando l’intervento in tutti quei casi in cui le criticità segnalate non destino preoccupazione circa la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 7 aprile 2015, n. 947; TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

Si rileva, del resto, che tale soggetto sollecitante, con tutta probabilità, è anche terzo leso dal provvedimento ritenuto distortivo della concorrenza, e dunque titolare, in tale evenienza, tanto del potere di impugnare direttamente l’atto *de quo* che lo pregiudica, quanto del potere di intervenire *ad adiuvandum* nei giudizi avviati dall’AGCM: con la precisazione che l’interveniente potrà, in tale ultimo caso, solo addurre ragioni ulteriori a sostegno delle doglianze già sollevate dall’Autorità, senza poter formulare nuovi motivi, che amplierebbero il *thema decidendum*, configurando un surrettizio

concorrenza e il mercato, avvia d'ufficio un procedimento amministrativo ed emette entro 60 giorni un parere motivato, ove indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate, oltre che – aggiunge il Consiglio di Stato ⁷⁶ – i “rimedi per eliminarle e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato”.

Si analizzano, di seguito, le diverse questioni giuridiche sorte con riguardo a tale comma.

I) Un primo interrogativo attiene all'obbligatorietà o meno dell'AGCM di attivarsi, là dove l'Autorità abbia il dubbio che non siano state rispettate le norme a tutela della concorrenza e del mercato da parte di un'amministrazione pubblica.

L'interpretazione letterale della disposizione, ove si rinviene l'indicativo “emette”, induce a pensare che si tratti di un obbligo, non certo di una facoltà.

II) La problematica succitata, tuttavia, ne attrae una ulteriore, alla prima intrinsecamente connessa, attinente al carattere necessario o facoltativo del parere *de quo*: ci si domanda, cioè, se tale atto debba necessariamente essere anteposto all'esperimento dell'azione giurisdizionale, ponendosi quale presupposto processuale rispetto alla legittimazione al ricorso di cui al comma 1, o costituisca mera eventualità.

La risoluzione di detta questione si fonda sull'analisi del rapporto sussistente fra i commi 1 e 2 dell'art. 21-*bis*.

Da una parte, infatti, il comma 1 fonda la legittimazione processuale dell'Autorità, non menzionando alcun *iter* procedimentale prodromico all'esperimento del ricorso; dall'altra, il comma 2 prevede una peculiare struttura bifasica ove la fase giurisdizionale segue ad una procedimentale che si caratterizza per l'adozione di un parere da parte dell'Autorità.

In tale contesto ci si è chiesti se le due disposizioni siano indipendenti o fra esse connesse.

Qualora si optasse – come sostenuto in origine dalla stessa AGCM ⁷⁷ – per la loro reciproca autonomia, infatti, il potere di legittimazione processuale di cui al comma 1

ricorso in grado di eludere il termine decadenziale dell'azione introduttiva previsto a pena di irricevibilità. Sull'intervento in giudizio di tali soggetti, cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 15 marzo 2013, n. 2720.

⁷⁶ Così, Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

⁷⁷ Cfr. Relazione annuale sull'attività realizzata nel 2012, ove si afferma (p. 127) che “l'Autorità ritiene che valutazioni di carattere pragmatico, sorrette peraltro dalla lettera dell'articolo 21 bis,

sarebbe esercitabile direttamente, senza la necessaria preventiva adozione del parere di cui al comma 2 (la cui adozione diverrebbe solo eventuale).

Diversamente, laddove si ritenesse che le due disposizioni siano fra loro correlate, il parere di cui al comma 2 costituirebbe il presupposto processuale ineliminabile, previsto a pena di inammissibilità (e procedibilità), affinché l'Autorità possa adire il giudice, divenendo il ricorso giurisdizionale l'*extrema ratio* per tutelare la concorrenza.

Tale ultima lettura, che valorizza la necessità del precontenzioso, è quella che ha accolto la giurisprudenza amministrativa⁷⁸ e costituzionale⁷⁹.

Proprio una recente decisione del Consiglio di Stato, riportata qui per la sua concisa efficacia, ha infatti affermato che *“l'adizione di questo giudice, da parte di tale Autorità – e cioè l'AGCM – è necessariamente preceduta, a pena di inammissibilità, da una fase precontenziosa caratterizzata dall'emanazione, da parte sua, di un parere motivato rivolto alla pubblica amministrazione i cui atti sono sospettati di tale lesione”*⁸⁰.

A sostegno di tale tesi, si può osservare quanto espresso dai giudici amministrativi in altre decisioni⁸¹.

Secondo questi ultimi, infatti, la fase pre-contenziosa assolve ad una duplice e relevantissima funzione: i) *“sollecitare la pubblica amministrazione a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità”*, in modo che la tutela dell'interesse pubblico sia assicurata anzitutto all'interno della stessa pubblica amministrazione e che il ricorso all'autorità giudiziaria si configuri quale *extrema ratio*; ii) agire come *“strumento di deflazione del contenzioso”*, evitando che due

inducano a legittimare, in taluni casi specifici, l'impugnazione diretta degli atti. Tale ipotesi interpretativa, condivisa anche da parte della dottrina, muove soprattutto dall'esigenza di poter all'occorrenza adire d'urgenza il giudice, in particolare in quei casi in cui la misura cautelare rappresenta l'unico strumento idoneo a garantire l'efficacia dell'impugnativa”.

78 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. In primo grado, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 27 maggio 2015, n. 7546; TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

79 Cfr. Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20, ove si afferma che l'art. 21-bis si attua *“in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso”*.

80 Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

81 Così, Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246; nonché, TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264.

soggetti pubblici si rivolgano direttamente (ed esclusivamente) al giudice per la tutela di un interesse pubblico.

Entrambe le funzioni succitate si rinvencono, talora, anche con maggiore chiarezza, in altre decisioni del giudice amministrativo.

Quanto alla prima funzione, il giudice amministrativo di primo grado ha infatti affermato che la fase procedimentale assicura un centrale momento di interlocuzione preventiva fra l'AGCM e l'amministrazione che ha adottato l'atto, in un contesto ove *“la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone – o meglio, deve porsi – come extrema ratio [...] in considerazione del fatto che dà luogo a un giudizio fra pubbliche amministrazioni, privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni”*⁸².

Quanto alla seconda funzione testé menzionata, il giudice amministrativo ha asserito che *“la fase precontenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso”*, ove è *“ragionevole ritenere che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgono direttamente e solo al giudice per la tutela di un interesse pubblico primario – che dovrebbe essere – comune ad entrambe”*⁸³.

Fra le altre ragioni che sostengono tale lettura, si rinviene quella fatta propria dal Consiglio di Stato⁸⁴, che ha valorizzato l'esigenza di procedimentalizzazione, per sua natura connessa all'ordinario *modus agendi* di tutte le amministrazioni, ancorché non riconducibili al circuito politico-rappresentativo e diversamente espressione di indipendenza dal potere esecutivo.

Inoltre – come invece afferma il giudice amministrativo di primo grado⁸⁵ – la tesi secondo cui il parere dell'Autorità assurgerebbe a vero e proprio presupposto processuale appare maggiormente coerente con la collocazione sistematica dell'istituto.

82 Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

83 Così, TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

84 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246.

85 Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

Il nuovo potere di cui all'art. 21-*bis*, infatti, si inserisce fra l'art. 21, relativo al potere di *advocacy* dell'Autorità verso gli organi politici, e l'art. 22, concernente la sua attività consultiva. L'immediata impugnazione apparirebbe in tale contesto distonica rispetto al *corpus* di disposizioni in cui la stessa si colloca, ove il minimo comune denominatore pare essere l'espressione, da parte dell'Autorità, indipendentemente che si tratti di parere o segnalazione, di un suo "punto di vista", che invece mancherebbe ove il ricorso giurisdizionale fosse direttamente esperibile. In quest'ottica, è preferibile la tesi che riconduce il parere a presupposto processuale, ancorché solo in tal caso – e non invece agli artt. 21 e 22 – la *moral suasion* è rafforzata dalla possibilità dell'Autorità di attivare la macchina processuale.

Sembrano inoltre avvalorare detta interpretazione sia la lettera della legge⁸⁶, che la circostanza secondo cui non mutano, fra il comma 1 e 2, i presupposti dell'impugnazione, con una perfetta corrispondenza che induce a ritenere che si tratti di un'unica fattispecie⁸⁷.

Tale ultimo rilievo – come si osserverà ai paragrafi 4 e 5 – differenzia la legittimazione processuale dell'AGCM da quella dell'ANAC, ove l'analoga struttura a due commi non gode di altrettanta identità, propendendosi, per tale ragione, per la distinzione fra "ricorso diretto" e "ricorso previo parere motivato".

Peraltro, poi, ragionando *a contrario*, ipotizzando cioè di accogliere la tesi autonomistica, si giungerebbe al paradosso secondo cui: ai giudizi di cui al comma 1, e cioè quelli ove il ricorso è stato esperito direttamente, si dovrebbe applicare il rito abbreviato, come afferma il comma 3; ai giudizi di cui al comma 2, ovverosia quelli sorti conseguentemente alla mancata conformazione dell'amministrazione al parere dell'AGCM, dovrebbe applicarsi il rito ordinario, in mancanza di previsioni più specifiche. Se così è, appare assurdo che due giudizi aventi il medesimo oggetto debbano celebrarsi secondo due riti distinti (ove diversi sarebbero altresì i termini di impugnazione, dimezzati nel primo caso, ordinari nel secondo caso).

Tutto ciò induce a ritenere che, a fronte della violazione da parte delle amministrazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, sia necessaria,

86 Ad esempio, il comma 3 della stessa disposizione – analizzato più avanti – ricollega l'applicazione di riti abbreviati "ai giudizi instaurati ai sensi del (solo) comma 1" – e non invece ai sensi dei commi 1 e 2 –, circostanza da cui deriverebbe che il legislatore abbia voluto introdurre solo una tipologia di ricorso: quella, ovviamente, che richiede il preventivo parere come presupposto processuale.

87 Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

anteriormente all'esperimento del ricorso, la preventiva instaurazione della fase di pre-contenzioso⁸⁸.

Quanto alle ragioni a sostegno della legittimazione diretta, poco pregnante appare invece la considerazione compiuta dall'AGCM secondo cui il comma 1 sarebbe del tutto superfluo laddove non si riconoscesse all'Autorità detta prerogativa⁸⁹.

Maggiore rilevanza ha acquisito invece l'affermazione – sostenuta ancora dall'AGCM nel difendere “il doppio set di poteri di intervento”⁹⁰ – secondo cui la previsione di una diretta impugnazione potrebbe sortire effetti positivi al fine di tutelare la concorrenza, nella misura in cui si valorizzerebbe la rapidità di intervento, specie con la tutela cautelare, che il giudice amministrativo potrebbe accordare a fronte dell'attivazione di tale prerogativa processuale: così facendo, peraltro, si porrebbe l'AGCM al pari degli attori del mercato che del medesimo interesse sono portatori, soggetti che direttamente, senza alcun filtro procedimentale, possono intraprendere la via giurisdizionale⁹¹.

Eppure la giurisprudenza amministrativa⁹² pare aver risposto efficacemente a tale rilievo. Al fine di confutare la necessità di un ricorso diretto, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che deve trovare applicazione, in tale fattispecie, l'art. 61 c.p.a., relativo alla tutela cautelare *ante causam*, con la conseguenza che, ricorrendo i presupposti di tale tutela, l'AGCM potrà chiedere al giudice di adottare tali misure eccezionali e provvisorie nelle more dell'espletamento della procedura fisiologica prevista dall'art. 21-bis.

III) Una terza problematica interpretativa attiene alla natura del parere medesimo.

Quest'ultimo, infatti, sembra divergere dai tradizionali atti consultivi, al di là del suo *nomen iuris*.

88 Sebbene, come afferma il giudice amministrativo, ciò valga solo con riguardo al ricorso introduttivo, non anche in relazione alla proposizione dei motivi aggiunti. Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

89 Cfr. Relazione annuale sull'attività realizzata nel 2012.

90 Cfr., ancora, Relazione annuale sull'attività realizzata nel 2012.

91 Ciò, in contrapposizione alla considerazione secondo cui l'AGCM già godrebbe, con il ricorso previo parere motivato, di uno strumento capace di offrire una tutela adeguatamente rapida, non trovandosi in una posizione peggiore rispetto agli attori del mercato: infatti, il suo parere, dotato di *moral suasion*, potrebbe indurre l'amministrazione all'eliminazione dell'atto in tempi ancora più ristretti rispetto a quelli che connotano la tutela cautelare. Tale ultima lettura, tuttavia, non convince, in quanto sembra trascurare il dato di un'indagine empirica – su cui si tornerà più avanti – che dimostra una “disobbedienza” che supera il 50% dei casi da parte delle pubbliche amministrazioni.

92 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. *Contra*, TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451.

Come afferma esemplarmente Marcello Clarich, infatti, “*il parere in questione non sembra equiparabile ai pareri che l’Autorità può esprimere su richiesta di altre amministrazioni o anche d’ufficio ai sensi dell’art. 23 della l. n. 287/90. Esso invece, al di là del nomen edulcorato [...] ha natura sostanziale di diffida*”⁹³.

La spaccatura fra forma e sostanza dell’atto conduce altresì a non interrogarsi circa la tipologia di parere, sullo scrutinio, cioè, dei suoi caratteri (preventività, obbligatorietà e vincolatezza): non avrebbe del resto senso tale indagine in un atto che, al di là del *nomen iuris*, ben si distanzia dai tipici atti consultivi.

Tale atto si avvicina alla diffida che l’Autorità già può adottare nell’ambito dei procedimenti *antitrust*, con la precisazione – espressa dal medesimo Autore – che il parere-diffida di cui all’art. 21-*bis*, pur condividendo con le tradizionali diffide *antitrust* l’obbligo di conformazione che sorge per il destinatario, si differenzia da esse sotto il profilo patologico e procedimentale: infatti, “*in entrambi i casi sorge in capo al destinatario un obbligo di conformazione. Cambiano soltanto le conseguenze dell’inottemperanza che consistono, nel primo caso, nel potere di proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo e, nel secondo caso, nel potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato. Sotto il profilo procedimentale va rilevato il paradosso che, mentre la diffida può essere deliberata nei confronti dell’impresa privata all’esito di un’istruttoria nell’ambito della quale vi è spazio per un contraddittorio procedimentale – che è non solo obbligatorio, ma anche “forte” (in quanto persino orale) – il parere-diffida può essere indirizzato ad un’amministrazione senza alcun tipo di interlocuzione preliminare*”⁹⁴.

D’altra parte, esso si differenzia anche rispetto alla diffida utilizzata nei rapporti inter-privati: l’atto in esame, infatti, a differenza della diffida emessa dai privati, si inserisce all’interno di un procedimento amministrativo, è espressione di potere amministrativo, deve essere motivato, fa sorgere obblighi conformativi⁹⁵.

93 Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit..

94 Così, ancora, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit..

95 Cfr. B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell’Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 295.

Diversamente da quanto espresso da taluni ⁹⁶ all'indomani dell'introduzione dell'art. 21-bis, non pare invece potersi qualificare tale parere come un semplice "invito all'esercizio dei poteri di autotutela", attraverso cui l'AGCM segnali la violazione all'amministrazione affinché essa valuti discrezionalmente se annullare d'ufficio l'atto precedentemente adottato.

Lettura, quest'ultima, che conferirebbe all'amministrazione una discrezionalità nell'*an* della rimozione dell'atto, che diversamente non pare sussistere.

Qualora si trattasse di un invito all'autotutela, infatti, l'amministrazione che ha adottato l'atto dovrebbe valutare, prima di annullare d'ufficio, oltre all'illegittimità e alla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, anche l'affidamento eventualmente ingenerato (nel destinatario, ma soprattutto) nei controinteressati ed il decorso del tempo dall'adozione dell'atto. Potendo dunque l'amministrazione decidere di far prevalere e salvaguardare l'interesse all'affidamento in luogo di quello alla tutela della concorrenza.

Al contrario – come illustra ancora Marcello Clarich – dal dettato normativo, che legittima l'AGCM al ricorso giurisdizionale "*se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere*", non sembra emergere tanta discrezionalità ⁹⁷.

Sull'amministrazione destinataria del parere/diffida grava invece l'obbligo di rivedere quanto statuito, conformandosi agli indirizzi dell'AGCM, "*se del caso con uno speciale esercizio della funzione d'autotutela*" ⁹⁸.

Quel che però occorre sottolineare è che l'annullamento d'ufficio, che di tale autotutela è espressione, assume, in detta eventualità, caratteri speciali, che alludono

96 Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit.. Tutto ciò sulla falsariga dell'art. 243 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (e cioè del precedente Codice dei Contratti pubblici).

97 Cfr. ancora, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., ove l'Autore propende per l'obbligo, ritenendo che l'espressione utilizzata dal legislatore ("*se la pubblica amministrazione non si conforma*") "*richiama quella contenuta nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, in materia di giurisdizione del giudice civile nelle controversie che coinvolgono una pubblica amministrazione, secondo la quale le autorità amministrative «si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso» (art. 4, comma 2) e che, dunque, impone alle amministrazioni, com'è pacifico, un vero e proprio obbligo il cui inadempimento può essere contestato e superato attivando il giudizio di ottemperanza*".

98 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323. L'utilizzo del "se" sta ad evidenziare che l'obbligo di conformazione può essere assolto sia con atti non provvedimentali, sia con provvedimenti di ritiro riconducibili all'autotutela.

alla configurazione di un'autotutela non discrezionale, ove chiara è la difficoltà di inquadramento dogmatico, nello sforzo di conciliare ciò che per natura fa fatica a convivere: la vincolatezza da un lato e l'autotutela dall'altro.

Tanto difficile che il giudice amministrativo è giunto ad affermare, in un'occasione, che l'atto di conformazione non può comunque essere ritenuto “*estrinsecazione di un potere di autotutela scripto sensu inteso*”, in quanto l'amministrazione non è libera nel “*decidere di non rimuovere o di non modificare l'atto originariamente adottato in ragione (di un) asserito difetto dei presupposti di cui all'art. 21 nonies della l. 241/1990*”⁹⁹.

V'è allora chi ha negato, acutamente, in dottrina, che la discrezionalità sia componente necessaria dell'autotutela: “*non mancano, infatti, ipotesi di autotutela sostanzialmente vincolata [...] si pensi ai provvedimenti emanati a seguito di ricorsi amministrativi o a varie ipotesi di autotutela esecutiva*”¹⁰⁰.

Nell'ambito di tale autotutela, che è dunque doverosa, occorre tuttavia porre un'ulteriore precisazione: ovverosia che l'amministrazione non è obbligata a ritirare l'atto solo perché tale richiesta è stata avanzata dall'AGCM.

Quel che si intende affermare è che l'amministrazione, se da una parte viene privata dell'onere di verificare la sussistenza dell'interesse pubblico specifico ed attuale, dell'affidamento eventualmente ingenerato, della ragionevolezza del termine di intervento, dall'altra deve controllare che l'atto sia illegittimo in quanto anti-competitivo. Accertamento, quest'ultimo, che la doverosità dell'autotutela non sottrae all'amministrazione.

Diversamente, del resto, si realizzerebbe, in capo all'AGCM, un potere diretto di intervento sull'atto anti-competitivo, incompatibile con la Costituzione¹⁰¹.

99 Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

100 Così, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 296.

101 Cfr. in merito, Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20. Tale decisione ha sopito i dubbi relativi alla possibile invasione, da parte dell'AGCM, con il suo art. 21-bis, dell'autonomia delle altre amministrazioni, in particolare, delle Regioni e degli enti locali.

La Regione Veneto ha proposto ricorso in via principale, ritenendo che la disposizione censurata avesse introdotto sugli atti regolamentari e amministrativi regionali un controllo di legittimità, su iniziativa di un'autorità statale, diretto e generalizzato, contrastante con gli artt. 3; 97, comma 1; 113, comma 1; 117, comma 6; 118, commi 1 e 2, nonché con l'art. 120 Cost.: norme da cui discende, infatti, in via generale, il divieto, se non in certi limiti, che vi sia un controllo da parte di un'autorità statale sugli atti adottati da enti periferici.

La Consulta ha tuttavia ritenuto che non vi fossero punti di attrito fra l'art. 21-bis e le indicate disposizioni costituzionali, dichiarando inammissibile il ricorso. Il Giudice delle leggi, infatti, ha

Se così è, l'amministrazione potrà ritenere l'atto legittimo e decidere di non intervenire in autotutela, demandando eventualmente al giudice amministrativo, laddove adito dall'AGCM, il compito di stabilire se l'atto sia rispettoso o meno della legge.

La spaccatura fra forma e sostanza del parere dell'AGCM e la sua forza di imporre obblighi conformativi incidono sull'impugnabilità di tale atto.

Non si tratta, infatti, come osservato, del solito atto interno ad una serie procedimentale ove (di norma) solo l'atto conclusivo è lesivo ed impugnabile. Diversamente, detto parere/diffida non è seguito da alcun atto conclusivo e pone lui fine alla fase procedimentale: incidendo, altresì, direttamente, nell'imporre un obbligo conformativo, nella sfera giuridica dell'amministrazione che ha adottato l'atto, che, dunque, potrà immediatamente ricorrere al giudice al fine di ottenerne l'annullamento. In un giudizio, nel caso, ove l'amministrazione ricorrente dovrà contestare le specifiche violazioni indicate dall'AGCM nel proprio parere/diffida e ove il giudice amministrativo dovrà accertare l'esistenza/inesistenza delle medesime prima di annullare eventualmente l'atto ¹⁰².

escluso che sia stato introdotto un nuovo, diretto e generalizzato controllo di legittimità da parte di un'autorità statale (nel caso di specie dell'AGCM), ritenendo al contrario trattarsi di un "*potere di iniziativa finalizzato ad una più complessa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato*", comunque "*non generalizzato perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*", che si attua "*in una prima fase a carattere consultivo (parere motivato nel quale sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate), e in una seconda (eventuale) fase di impugnativa in sede giurisdizionale, qualora la pubblica amministrazione non si conformi al parere stesso*".

L'Autorità, infatti – come asserisce per la Consulta – non gode di un potere di annullamento diretto di atti di altre amministrazioni, che sarebbe diversamente incostituzionale, ma soltanto di una prerogativa processuale, neppure direttamente esercitabile per il suo carattere collaborativo, di cui peraltro è esclusa la generalità, rilevandosi un perimetro ben individuato e compreso in una materia (la tutela della concorrenza) di competenza legislativa esclusiva statale.

102 Cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., il quale afferma anche che "*nel giudizio di impugnazione del parere/diffida, l'Autorità ben potrà impugnare in via incidentale il provvedimento dell'amministrazione in modo tale che nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'esistenza di uno dei vizi contestati nel parere/diffida il giudizio si concluda con una sentenza che ad un tempo respinga il ricorso proposto dall'amministrazione e annulli il provvedimento emanato da quest'ultima*". Contro l'immediata impugnabilità del parere, ritenuto atto non immediatamente lesivo, cfr. B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 296; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, cit.. Del resto, secondo tali Autori, l'amministrazione non avrebbe ad ogni modo interesse ad impugnare autonomamente il parere, considerato che può ancora conformarsi ad esso nei termini stabiliti e, qualora non lo faccia, spetti all'AGCM, per legge, il ruolo di promotore del giudizio.

Per quanto concerne invece la tutela dei terzi interessati alla conservazione del provvedimento: in caso di conformazione da parte dell'amministrazione, essi possono impugnare l'atto di ritiro adottato dalla stessa congiuntamente al parere dell'AGCM; in caso di mancata conformazione, essi possono

Quanto infine all'obbligo conformativo, può accadere che l'amministrazione si conformi totalmente, o che si conformi male o solo parzialmente, o che non lo faccia affatto, in tal caso con determinazione espressa o semplicemente rimanendo inerte.

Nel primo caso, l'AGCM procede all'archiviazione del procedimento, posto che l'eliminazione dell'atto anti-competitivo renderebbe inutile, perché privo di oggetto, il ricorso al giudice amministrativo.

Se invece l'amministrazione, ricevuto il parere/diffida, intervenga con proprio atto dichiarando di non volersi conformare, o lo faccia male o solo parzialmente rispetto a quanto richiesto dall'AGCM, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che, di fronte al testo dell'art. 21-*bis* – che legittima l'impugnazione avverso il solo atto anti-competitivo che l'amministrazione aveva originariamente adottato – l'Autorità non potrà ricorrere immediatamente avverso il solo atto di (negata, cattiva o parziale) conformazione adottato: infatti, *“la determinazione adottata dall'amministrazione entro il termine di sessanta giorni successivi al parere non assume valenza provvedimento autonomo, e non comporta la consumazione di un potere – considerato che – è ben possibile che, anche a seguito dell'adozione di una determinazione negativa, nel termine di sessanta giorni possano intervenire ulteriori diverse determinazioni della stessa amministrazione”*¹⁰³.

Diversamente, tale determinazione potrà essere impugnata congiuntamente all'atto originario, eventualmente anche con motivi aggiunti.

Allo stesso modo *“l'omessa conformazione potrebbe derivare anche dalla mancata adozione di alcun provvedimento”*¹⁰⁴, fattispecie in relazione alla quale non muta l'oggetto di impugnazione, ancora individuato nell'atto originario anti-competitivo.

VI) Ulteriore questione concernente il comma 2 dell'art. 21-*bis* attiene alla natura e al *dies a quo* relativi sia al termine dei 60 giorni di cui l'AGCM dispone per l'emissione del parere, che di quello di 30 giorni per il successivo ricorso.

In merito alla natura del termine attribuito all'Autorità per adottare il parere, il giudice amministrativo ha affermato che lo stesso ha carattere perentorio, sicché, alla

intervenire *ad opponendum* nel giudizio instaurato dall'AGCM. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9246.

103 Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 15 marzo 2013, n. 2720.

104 Così, TAR Sicilia, Catania, 3 marzo 2014, n. 676.

scadenza, a valorizzare la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, l'Autorità decade dal potere di adottare tale atto ¹⁰⁵.

Quanto al *dies a quo*, la stessa Autorità ha affermato che il termine decorre dalla pubblicazione, per gli atti che ne sono soggetti, o dall'esatta conoscenza dell'atto ¹⁰⁶.

Dello stesso avviso è il giudice amministrativo, che ha asserito, con riguardo agli atti non soggetti a pubblicazione, che *“il decorso del termine di sessanta giorni per l'emissione del parere è riferito alla conoscenza dello specifico atto ritenuto anticoncorrenziale e che sarà oggetto dell'eventuale ricorso giurisdizionale all'esito della fase precontenziosa”* ¹⁰⁷. Non, invece, dalla conoscenza di generiche criticità concorrenziali.

Sempre in base a quanto affermato dal giudice amministrativo, il momento della “conoscenza” del provvedimento da parte dell'Autorità può essere individuato già *“nella comunicazione [...] del provvedimento contestato [...] a patto che la stessa abbia il requisito della specificità, ovvero che contenga chiaramente gli elementi rilevanti dell'atto che dovrebbe divenire oggetto del parere”* ¹⁰⁸.

In altre decisioni si è invece affermato che tale termine non decorre dalla comunicazione del provvedimento, bensì dal ricevimento, da parte dell'AGCM, dell'atto o di una specifica comunicazione recante gli elementi rilevanti dell'atto, *“giacché soltanto a partire da tale momento essa sarebbe nella reale condizione di esercitare la propria competenza”* ¹⁰⁹.

Tale ultima interpretazione, che appare preponderante in giurisprudenza, sembra essere quella più convincente, in quanto valorizza il principio secondo cui *“il relativo dies a quo deve essere individuato in modo tale che la sua durata sia effettivamente utilizzabile per l'esercizio del potere di iniziativa al quale accede”* ¹¹⁰. Al contrario, *“prescindere dall'effettiva conoscenza da parte dell'AGCM dei provvedimenti*

105 Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264. In antitesi, cfr., per la natura ordinatoria, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720; per la suggestiva tesi della natura ibrida ordinatoria-perentoria, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264 (criticata da Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171).

106 Cfr. Relazione annuale sull'attività realizzata nel 2012, p. 127.

107 Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

108 Cfr. TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737.

109 Così, TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373. Nello stesso senso, cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294, nonché Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; in primo grado, TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521.

110 Così, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

*contestati avrebbe l'effetto di circoscrivere, se non di paralizzare, l'azione di quest'ultima, incidendo così sulla reale applicabilità dell'istituto e, ciò, in conflitto con la ratio legis della disposizione”*¹¹¹.

Con tale parere, poi, l'Autorità attribuisce all'amministrazione un termine di ulteriori 60 giorni a fini conformativi.

Dall'effettiva ricezione del parere¹¹², l'amministrazione ha 60 giorni per adeguarsi: pena, il potere dell'AGCM di adire il giudice amministrativo entro il termine di 30 giorni decorrenti dal termine della parentesi temporale attribuita all'amministrazione per conformarsi¹¹³, termine di impugnazione che è anch'esso perentorio¹¹⁴.

Ci si chiede, infine, là dove l'amministrazione già prima della scadenza del termine di conformazione di 60 giorni esprima volontà negativa all'adeguamento, se l'Autorità debba comunque attendere i 60 giorni assegnati all'amministrazione prima di ricorrere in giudizio.

Parte della giurisprudenza¹¹⁵ e autorevole dottrina¹¹⁶ si pongono in senso restrittivo, sebbene si rilevino recenti pronunce di segno opposto, anche di secondo grado¹¹⁷, favorevoli a riconoscere all'Autorità la possibilità di impugnare, ancora prima della scadenza del termine per la conformazione, il rifiuto di conformarsi.

111 Così, TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521.

112 Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676, secondo cui deve valere il generale principio secondo il quale il termine iniziale per chi invia l'atto decorre dal momento della "spedizione", mentre quello per chi riceve è relazionato alla ricezione dell'atto. Pertanto, con riguardo al termine iniziale per la conformazione, si avrà riguardo alla data di effettiva ricezione.

113 Cfr. TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 27 maggio 2015, n. 7546; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

114 Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264.

115 Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 27 maggio 2015, n. 7546; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

116 Tale tesi è sostenuta in dottrina da B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 298. Secondo tale Autore, "la dichiarazione di non volersi conformare non è un provvedimento, dal quale debba farsi decorrere un termine per impugnare – oltre al fatto che – nulla esclude che l'amministrazione, dopo aver dichiarato di non volersi conformare, si conformi comunque entro il termine di sessanta giorni". Del resto, secondo tale Autore, il termine dei sessanta giorni è assegnato all'amministrazione per conformarsi, non per fornire la risposta al parere. E la conformazione, oltretutto, gode del *favor* del legislatore, dovendosi preferire rispetto al giudizio *stricto sensu*.

117 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323. Nello stesso senso, anche TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 maggio 2016, n. 5335, secondo cui il termine di impugnazione per l'AGCM decorrerebbe dall'eventuale atto con cui l'amministrazione destinataria del parere comunica di non volersi conformare, posto che, in tale momento, già, si è realizzata la lesione.

V) Si è discusso, infine, nel silenzio del legislatore, sulla gamma di azioni esperibili dall'AGCM successivamente alla mancata conformazione dell'amministrazione al parere/diffida.

Si rilevano, in merito a tale questione, due orientamenti.

Il primo ¹¹⁸, più restrittivo, secondo cui l'AGCM può soltanto chiedere l'annullamento dell'atto; il secondo ¹¹⁹, più estensivo, favorevole ad allargare il ventaglio di azioni esperibili dall'Autorità.

Con riferimento a tale ultima tesi, si è sostenuto in particolare che *“la violazione delle regole di concorrenza si nutre [...] tanto di opere quanto di omissioni [...] il che rende necessaria una lettura interpretativa dell'art. 21-bis che consenta all'Autorità di proporre tutte le tipologie di azioni previste oggi dal codice del processo amministrativo, comprese quelle di accertamento (quanto meno, dell'obbligo di provvedere) e di adempimento”* ¹²⁰.

Se così è, allora, per esempio, in caso di *“mancata emanazione di provvedimenti volti ad aprire determinati mercati alla concorrenza”*, come l'ipotesi di un *“regolamento comunale che mantenga invariate le tradizionali disposizioni restrittive della concorrenza”*, l'Autorità *“ben potrebbe far seguire al proprio parere/diffida un'azione di accertamento del dovere di provvedere e, nel caso in cui si tratti di atti a contenuto vincolato, di condanna dell'amministrazione a emanare il provvedimento”* mediante azione di esatto adempimento ¹²¹.

Analisi del comma 3

Per quanto concerne il comma 3 della disposizione in esame, esso regola il rito applicabile ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1, stabilendo che ad essi si applichi la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del Codice del processo amministrativo.

Chiara è, dunque, l'esigenza che i tempi di giudizio non si diluiscano eccessivamente.

118 Cfr. fra gli altri, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 298.

119 Cfr. H. SIMONETTI, *L'art. 21-bis della legge 287/90 ed il potere di impugnazione dell'AGCM: è ancora il secolo della “giustizia nell'amministrazione”?*, cit.; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit..

120 Così, H. SIMONETTI, *L'art. 21-bis della legge 287/90 ed il potere di impugnazione dell'AGCM: è ancora il secolo della “giustizia nell'amministrazione”?*, cit..

121 Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit..

Si potrebbe tuttavia cogliere una contraddizione fra tale previsione, che induce a valorizzare l'esigenza di una tutela celere avverso gli atti che pregiudicano il corretto funzionamento del mercato, e il comma 2, posto che la previa fase procedimentale rischia, laddove non si ottemperi all'obbligo discendente dal parere/diffida, solo di posticipare i tempi per la realizzazione di un'effettiva tutela della concorrenza.

In questo senso, la scelta del legislatore si orienta chiaramente, dapprima, verso un'ottica deflattiva del contenzioso, solo in seconda battuta, là dove non si può non ricorrere alla via giurisdizionale, sul contingentamento dei tempi processuali e la celere definizione della lite sorta.

Non altrettanto limpido è, poi, se debba trovare qui applicazione l'art. 119 c.p.a., relativo al "*rito abbreviato comune a determinate materie*" o l'art. 120 c.p.a., disciplinante il rito applicabile alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture.

Nel silenzio del legislatore si deve ritenere che la specialissima disciplina del rito appalti trovi applicazione esclusivamente per i giudizi instaurati in detta materia, dovendosi in ogni altro caso applicare le regole di cui all'art. 119 c.p.a.¹²².

Quanto infine alla competenza, il giudice amministrativo ha sottolineato come la controversia instaurata *ex art. 21-bis* non rientri tra quelle per cui è prevista la competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera b), c.p.a.: ciò, in quanto l'oggetto del ricorso non è un provvedimento dell'Autorità, bensì un atto di altra amministrazione che l'Autorità invece impugna¹²³.

2.3. Un bilancio sull'utilizzo di tale strumento: alcuni numeri

L'Autorità ha, fin dal 2011, attivato lo strumentario di cui all'art. 21-*bis*.

I settori in cui l'Autorità è intervenuta sono estremamente eterogenei, tanto da renderne impossibile una sistematizzazione.

L'insieme dei poteri di cui all'art. 21-*bis*, che non a caso sono attribuiti ad un'Autorità generalista come l'AGCM, persegue del resto la tutela di un bene di

122 In questo senso, M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, cit..

123 Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676.

carattere anch'esso generale, non afferente ad uno specifico mercato, identificato appunto nella tutela della concorrenza.

A titolo meramente esemplificativo, l'Autorità ha attivato la procedura di cui alla disposizione in esame per contestare la legittimità di provvedimenti che ponevano limitazioni all'accesso al mercato (per esempio, attraverso forme di programmazione o contingentamenti) o dai quali derivava l'attribuzione di risorse pubbliche con modalità non competitive (come nel caso di affidamenti diretti o gare distorte).

Le relazioni annuali dell'Autorità rivelano che il parere/diffida è stato emesso: 1 volta nel 2011, 18 volte nel 2012, 23 volte nel 2013, 7 volte nel 2014, 19 volte nel 2015, 14 volte nel 2016, 42 volte nel 2017 (non è ancora disponibile la relazione annuale per l'attività svolta nel 2018).

Dati, questi, che rivelano un buon utilizzo di tale atto, al di là che l'andamento possa apparire non uniforme.

L'adeguamento a tali pareri si attesta complessivamente intorno al 40/50 % dei casi¹²⁴: emerge peraltro che gli enti locali sembrano più propensi ad adeguarsi, rispetto all'amministrazione centrale, a quanto richiesto dall'Autorità¹²⁵.

Per quanto riguarda i ricorsi dell'AGCM dinanzi al giudice amministrativo (sia di primo che di secondo grado), essi mai hanno superato il numero di 10 all'anno¹²⁶, trattandosi di casi ove l'Autorità ha perlopiù contestato atti adottati dagli enti locali: del resto, questi ultimi rappresentano i soggetti verso cui l'Autorità più frequentemente attiva anche la fase procedimentale di cui all'art. 21-*bis*.

124 Ciò si deduce dai dati riportati dalla Relazione sull'attività svolta nel 2015, che compie un'analisi in relazione all'utilizzo di tale strumento fin dalla sua previsione. In particolare, essa afferma che *“dall'introduzione del nuovo potere ex articolo 21 bis della l. 287/1990 a ottobre 2015, l'Autorità ha adottato 62 pareri rispetto ai quali si è registrato un tasso di successo del 40%. I settori maggiormente interessati sono risultati quelli dei trasporti (17), servizi vari (8), grande distribuzione (7), assicurazione (7), servizi finanziari (5). Non sembra che tali dati siano mutati sostanzialmente nell'ultimo triennio, ove la complessiva conformazione ai pareri si è attestata a: 52% nel 2015, 41% nel 2016, 44% nel 2017 (non sono ancora disponibili i dati relativi al 2018 ancora in corso). Per approfondire ancora più analiticamente, cfr. le relazioni sugli esiti (biennali) dell'attività di advocacy dell'Autorità, ove anche si distingue fra conformazione totalmente o parzialmente positiva.*

125 Cfr. ancora Relazione sull'attività svolta nel 2015, ove si afferma, in relazione ai 62 pareri complessivamente emessi fino ad ottobre 2015, che *“per quanto riguarda le amministrazioni destinatarie, la maggioranza sono risultate costituite dagli enti locali (47 pareri) rispetto a quelle centrali (15) ed è emerso che in 5 casi (su 15) l'amministrazione centrale ha ottemperato, con una percentuale di adesione pari dunque al 30%, mentre un tasso di successo maggiore si è riscontrato da parte delle amministrazioni locali che si sono adeguate in 24 casi (su 47), dunque in circa il 50% dei casi”.*

126 Tale dato è rinvenibile dalle Relazioni annuali dell'Autorità, che non indicano il numero dei ricorsi, ma descrivono tutti i casi in cui l'AGCM ha adito il giudice amministrativo ex art. 21-*bis*.

Altresì si rileva che l'Autorità ha più spesso impugnato atti generali che non puntuali ¹²⁷.

Mancando dati ufficiali, non è invece possibile esprimersi in merito alla tendenza del giudice amministrativo di accogliere o rigettare il ricorso. L'impressione maturata – dall'osservazione degli esiti delle pronunce – è che, ad ogni modo, non possa davvero cogliersi una direzione preponderante.

3. La legittimazione processuale dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti

3.1. La legittimazione processuale quale *quid minus* rispetto al potere di regolazione in materia di servizio taxi

Altra speciale ipotesi di legittimazione processuale che si intende analizzare è quella riconosciuta all'ART in materia di servizio taxi.

Quel che giova qui segnalare è l'ottica compromissoria che connota la genesi di tale attribuzione.

Come è stato rilevato in dottrina, la disposizione che disciplina tale potere “è frutto di un compromesso tra chi voleva accentrare in capo all'Autorità i poteri di regolazione in materia e chi mirava invece a salvaguardare le prerogative regionali e comunali” ¹²⁸.

Nel trasporto pubblico locale non di linea, infatti, parallelamente alle poche ed essenziali disposizioni previste dalla normativa statale di riferimento, la l. quadro 15 gennaio 1992, n. 21, trovano compiuta applicazione, nell'organizzazione e gestione dei summenzionati servizi, le previsioni degli enti territoriali: delle Regioni, (talora) degli enti intermedi, infine dei Comuni, veri e propri fulcri, questi ultimi, dell'assetto strutturale della mobilità locale non di linea ¹²⁹.

Proprio le resistenze degli enti territoriali a cedere parte della loro “signoria” in materia ha indotto il legislatore a non riconoscere all'Autorità diretti poteri di regolazione pro-concorrenziale.

127 Tale dato è rinvenibile dalle Relazioni relative agli esiti biennali dell'attività di *advocacy*.

128 Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, cit..

129 Sia consentito il rinvio a L. BELVISO, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia (Nota a: Corte Cost., 15 dicembre 2016, n. 265)*, in *Riv. Regol. Merc.*, 2017, n. 1, pp. 170-197.

Diversamente, l'Autorità, ove avverta l'esigenza di intervenire per promuovere l'effettiva concorrenza di tale mercato, potrà esercitare meri poteri di *advocacy*: quel che è avvenuto recentemente a seguito dell'emersione delle istanze di liberalizzazione del settore connesse all'ingresso nel mercato delle nuove piattaforme tecnologiche di mobilità, ove l'ART è intervenuta con propria segnalazione rivolta agli organi politici, sottolineando la necessità di aumentare la concorrenzialità del mercato, di migliorare la qualità del servizio reso all'utenza e, soprattutto, di disciplinare, e non vietare, le nuove forme di mobilità rese possibili dall'innovazione tecnologica, suggerendo a tal fine specifiche modifiche della legge quadro in materia¹³⁰.

Poteri, quelli di cui gode l'Autorità, rispetto ai quali – come già si è potuto osservare – l'esperienza *antitrust* ha già messo in luce la debole incisività.

Ed è per tale ragione che la limitata veste attribuita all'ART in materia è stata criticata dall'Autorità medesima, che ha auspicato l'attribuzione di veri e propri poteri regolatori anche in tale settore¹³¹.

Si realizzerebbe, in tal maniera, del resto, al massimo grado, la “trasversalità” della funzione regolatoria dell'Autorità, che – com'è noto – opera a livello settoriale (nel mercato dei trasporti), con competenza estesa ad ogni comparto (ferroviario, marittimo, aeroportuale, autostradale, oltre che quello pubblico locale di linea), con l'unica eccezione già rilevata con riguardo alla mobilità locale non di linea¹³².

In tale quadro va dunque ascritta la previsione della novella del 2012, che ha modificato l'originaria legge istitutiva dell'Autorità, al fine di attribuire alla medesima una speciale legittimazione processuale in materia di servizio *taxi*.

130 Cfr. Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull'autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità, 21 maggio 2015. Per un commento, cfr. ancora L. BELVISO, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, cit., pp. 189-194.

131 Cfr. Audizione dei rappresentanti dell'ART del 2 luglio 2015, disponibile su *you tube*.

132 La scelta italiana di concentrare tutta la regolazione dei trasporti in un'unica autorità avente competenza trasversale sul settore (si occupa infatti di trasporto ferroviario, autostradale, marittimo, aeroportuale, oltre che di trasporto pubblico locale di linea) è peculiare nel contesto europeo (si rileva solo in Belgio, Danimarca, Svezia, Finlandia). A questo modello cd. orizzontale, si contrappone quello cd. verticale, adottato da altri Stati membri, con un'autorità diversa per ogni comparto del trasporto. Altri Stati ancora hanno addirittura un'unica autorità per tutti i servizi a rete. Per approfondire, anche in relazione ai vantaggi e agli svantaggi dei diversi modelli, cfr. F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Torino, 2015.

Tale prerogativa, se da una parte testimonia la tendenza legislativa di coniare inediti giudizi amministrativi, ove muta la geografia classica delle parti e il ruolo assunto dal giudice amministrativo, dall'altra – come verrà illustrato al paragrafo 5 – appare meno incisiva rispetto all'attribuzione processuale dell'AGCM, sia perché circoscritta ad un unico settore, sia perché – pur prevedendo anch'essa il previo filtro procedimentale – non segue al penetrante potere di imporre obblighi conformativi in capo all'amministrazione.

In quest'ottica, la legittimazione processuale dell'ART si pone quale *quid minus* rispetto al potere di adottare atti di regolazione, con uno strumento che mira, a fronte di una tutela che non può essere apprestata anteriormente (se non, appunto, con inefficaci poteri di *advocacy*), a recuperare in fase giurisdizionale la tutela dell'interesse pubblico all'adeguata mobilità locale.

3.2. Disciplina normativa e dubbi interpretativi

Si procede, ora, con la precipua indicazione ed illustrazione della disposizione che disciplina il potere d'iniziativa processuale dell'ART.

La norma di riferimento è l'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, come modificato – e invero totalmente riscritto – dall'art. 36, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27.

Il comma 2 di tale disposizione contiene due lettere rilevanti, la lettera m) e la lettera n). In particolare:

- la lettera m), cui la lettera n) rinvia, dispone che l'Autorità provvede “*con particolare riferimento al servizio taxi, a monitorare e verificare la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti. Comuni e regioni, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono, previa acquisizione di preventivo parere da parte dell'Autorità, ad adeguare il servizio dei taxi, nel rispetto dei seguenti principi: 1) l'incremento del numero delle licenze ove ritenuto necessario anche in base alle analisi effettuate dalla Autorità per confronto nell'ambito di realtà europee comparabili, a seguito di un'istruttoria sui costi-benefici anche ambientali, in relazione a*

comprovate ed oggettive esigenze di mobilità ed alle caratteristiche demografiche e territoriali [...]; 2) consentire ai titolari di licenza d'intesa con i comuni una maggiore libertà nell'organizzazione del servizio sia per fronteggiare particolari eventi straordinari o periodi di prevedibile incremento della domanda e in numero proporzionato alle esigenze dell'utenza [...]; 3) consentire una maggiore libertà nella fissazione delle tariffe, la possibilità di una loro corretta e trasparente pubblicizzazione a tutela dei consumatori, prevedendo la possibilità per gli utenti di avvalersi di tariffe predeterminate dal comune per percorsi prestabiliti; 4) migliorare la qualità di offerta del servizio, individuando criteri mirati ad ampliare la formazione professionale degli operatori con particolare riferimento alla sicurezza stradale e alla conoscenza delle lingue straniere, nonché alla conoscenza della normativa in materia fiscale, amministrativa e civilistica del settore, favorendo gli investimenti in nuove tecnologie per l'efficientamento organizzativo ed ambientale del servizio e adottando la carta dei servizi a livello regionale”;

- la lettera n) prevede che “con riferimento alla disciplina di cui alla lettera m), l’Autorità può ricorrere al tribunale amministrativo regionale del Lazio”.

L’analisi ivi compiuta si baserà esclusivamente su quanto espresso in dottrina e sulla migliore interpretazione della disposizione, nell’ancora totale assenza di contenzioso.

In via generale, la lettera n) del comma 2 – come osservato – attribuisce all’ART la legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo in materia di servizio *taxi*.

L’esercizio del potere d’iniziativa processuale, però, è ancorato alla disciplina di cui alla lettera m), da cui deriva che, anche in questo caso – come già visto per l’AGCM – l’accesso alla giustizia consegua ad una previa fase procedimentale.

Proprio da tale disciplina, allora, prenderà le mosse l’osservazione di tale disposizione.

Analisi della lettera m)

I) Il primo profilo da esaminare riguarda le funzioni assolve dall’Autorità di regolazione.

L'*incipit* della disposizione prevede che l'ART debba “*monitorare e verificare la corrispondenza dei livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e della qualità delle prestazioni alle esigenze dei diversi contesti urbani, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, allo scopo di garantire il diritto di mobilità degli utenti*”.

L'attività che effettua l'Autorità è – in base a quanto appena indicato – duplice: i) il monitoraggio del servizio e ii) la verifica circa la corrispondenza fra i livelli di offerta delle prestazioni (sotto il profilo quantitativo, qualitativo ed economico) realizzati concretamente in ciascun contesto urbano e quelli astrattamente ritenuti, da essa, adeguati.

L'attività di *monitoring*, in particolare, che rispetto alla verifica è strumentale, consiste – in base ad una generica definizione che nasce per le “scienze dure”¹³³ – nella “osservazione continua, a scopo di controllo, di una grandezza variabile”: in tal caso, dei livelli di offerta (quantitativi, qualitativi, economici) delle prestazioni di mobilità urbana non di linea concretamente erogate a livello locale.

Tale controllo, che è continuativo nel tempo, ha la finalità di registrare i livelli concreti delle prestazioni offerte, al fine di consentire all'Autorità di verificare che gli stessi non siano inferiori a quelli astrattamente individuati, dalla medesima, come adeguati.

L'adeguatezza di tali livelli – come afferma il dettato normativo – varia al mutare del contesto urbano, secondo i canoni di ragionevolezza e proporzionalità, e deve essere tale da assicurare all'utenza un adeguato diritto alla mobilità.

Proseguendo oltre l'*incipit* della lettera m), e concentrandoci ancora sull'attività resa dall'ART, si osserva che, oltre ai compiti di monitoraggio e verifica, spetta all'Autorità una terza funzione: quella di rilasciare un parere ai Comuni e alle Regioni, che, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono, muniti del “punto di vista” dell'Autorità, ad adeguare il servizio *taxi* attraverso una serie di misure espressamente indicate dal legislatore (su cui si tornerà nel proseguo della trattazione).

II) Il secondo profilo su cui ci si intende concentrare attiene al ruolo assolto dagli enti territoriali.

133 Così, in base alla definizione offerta dal Dizionario dell'Enciclopedia Treccani (www.treccani.it).

Questi ultimi – come emerge dal *dictum* normativo – nell'ambito delle proprie competenze e previo parere rilasciato dall'ART, adeguano il servizio *taxi* sulla base di alcune misure stabilite dalla legge.

Dal rinvio alle “competenze” degli enti territoriali emerge che sono i Comuni, nel rispetto della legge quadro sul trasporto pubblico locale non di linea e delle leggi regionali, a fissare *ex ante* i livelli adeguati (quantitativi, qualitativi, economici) delle prestazioni (con propri regolamenti comunali).

Del resto, il servizio *taxi* rappresenta un servizio pubblico e sono dunque i pubblici poteri che decidono di assumere la responsabilità politica del servizio, fissando il livello adeguato delle prestazioni, che, diversamente, in un regime di libero mercato, non verrebbero garantiti.

Sono i regolamenti comunali sugli autoservizi pubblici non di linea, allora, che stabiliscono tali livelli, attraverso la determinazione: del numero e del tipo di veicoli da adibire al servizio *taxi* (cd. contingentamento numerico); delle modalità di svolgimento del servizio; dei criteri per la determinazione delle tariffe; dei requisiti e delle condizioni per il rilascio della licenza per l'esercizio del servizio.

La fissazione dei livelli adeguati delle prestazioni da parte degli enti locali, però – in base a quanto emerge dal dettato normativo – non avviene solo nel momento di organizzazione del servizio, ma viene ricalibrato continuamente, attraverso un periodico monitoraggio e successivo adeguamento¹³⁴, in base – con estensione agli enti locali di quanto già osservato con riferimento all'ART – alle esigenze del contesto urbano, secondo i canoni di ragionevolezza e proporzionalità, al fine di tutelare le esigenze di mobilità dell'utenza.

In tale attività di rideterminazione dei livelli delle prestazioni trova espressione il rapporto di leale collaborazione fra gli enti locali e l'Autorità: il potere di adeguamento, infatti, non può essere esercitato fintantoché che il Comune non ottenga il parere dell'ART.

134 L'attività di monitoraggio non è contemplata dalla disposizione. Tuttavia è da ritenersi implicita. Infatti, l'attività di adeguamento da parte dell'ente locale, con l'avvio del procedimento di adeguamento, presuppone che il Comune monitori il livello delle prestazioni (parimenti a quanto compiuto dall'ART).

Pertanto la funzione del Comune è molteplice: (organizzare il servizio e) fissare i livelli adeguati delle prestazioni; (monitorare e) adeguare nel tempo i livelli di tali prestazioni.

III) Ulteriore profilo da osservare con riguardo alla lettera m) è rappresentato dal procedimento amministrativo di adeguamento.

Tale analisi consente altresì di armonizzare e sistematizzare quanto già si è espresso relativamente alle funzioni esercitate dall'ART e dagli enti locali.

Il procedimento in oggetto, il cui avvio è reso possibile attraverso il continuo monitoraggio svolto a livello locale, che funge in tal senso da pre-istruttoria, è finalizzato all'adozione da parte dei Comuni di un provvedimento finale di adeguamento (atto le cui risultanze verranno verosimilmente inserite nei regolamenti comunali sugli autoservizi pubblici non di linea), la cui finalità perseguita è la tutela delle esigenze di mobilità dell'utenza.

Tale procedimento amministrativo viene avviato d'ufficio dall'ente locale medesimo, che può adottare il provvedimento finale solo a seguito dell'istruttoria e, in particolare, dell'ottenimento di un parere dell'ART, chiamata anch'essa ad esprimersi sulla rideterminazione dei livelli adeguati delle prestazioni.

La legge individua anche le misure che i Comuni possono utilizzare per poter migliorare i livelli delle prestazioni.

E, cioè: 1) incrementare il numero delle licenze; 2) consentire ai titolari di licenza una maggiore libertà nell'organizzazione del servizio per fronteggiare particolari eventi straordinari o periodi di prevedibile incremento della domanda; 3) consentire ai titolari di licenza una maggiore libertà nella fissazione delle tariffe; 4) migliorare la qualità di offerta del servizio, individuando criteri mirati ad ampliare la formazione professionale degli operatori.

Anche il parere dell'ART – e ciò è facilmente intuibile – non può che avere ad oggetto il “punto di vista” dell'Autorità sull'*an* (ed eventualmente sul *quantum*) di tali misure.

Sicché, individuato nell'ente locale competente il soggetto che fissa per primo i livelli adeguati delle prestazioni, nell'ART e nel Comune i soggetti che monitorano, nel Comune, ancora una volta, il soggetto che ridetermina nel tempo i livelli delle prestazioni (con necessità di preventivo parere dell'Autorità di regolazione), nonché

preso atto degli strumenti e degli obiettivi dell'adeguamento, rimane da verificare se il monitoraggio sul servizio da parte dell'ART sia un'attività che prescinde dalla richiesta del parere da parte dell'ente locale o venga effettuato solo all'indomani della richiesta di parere da parte del Comune.

La risposta preferibile è invero già stata data laddove si è esaminata l'attività di *monitoring* dell'Autorità di regolazione, che presuppone un controllo che non sia *una tantum* (come avverrebbe laddove si ritenesse che tale potere venga esercitato solo a seguito della richiesta di parere), bensì continuativo nel tempo.

Se del resto il legislatore avesse voluto concepire l'attività di controllo come un potere episodico, la legge si sarebbe limitata a fare riferimento alla “verifica” della corrispondenza dei livelli concretamente erogati con quelli ritenuti adeguati, senza menzionare e far precedere ad essa l'attività di “monitoraggio”.

Ancora, se il legislatore avesse voluto escludere tale attività dalla gamma delle attribuzioni dell'Autorità, anche la disposizione sarebbe stata (auspicabilmente) redatta diversamente, ove logica avrebbe voluto che il riferimento alla richiesta del parere precedesse quello relativo alla sua attività di controllo.

Di talché appare preferibile la lettura secondo cui l'attività di monitoraggio prescinde dal parere, ponendosi quale potere esercitabile in via generale dall'Autorità.

Se così è, sorge però un dubbio ulteriore relativo alla finalità di detto controllo: appare infatti strano che venga riconosciuto all'Autorità il potere di monitoraggio continuo del servizio, senza che tale attribuzione venga poi anche rafforzata con la facoltà dell'Autorità di segnalare agli enti locali la necessità che il servizio venga adeguato¹³⁵.

Ed è proprio di tale facoltà che l'Autorità si è arrogata, affermando che *“nell'esercizio della generale funzione di monitoraggio e verifica delle condizioni di svolgimento del servizio taxi, in linea con i principi della concorrenza e del rafforzamento del diritto alla mobilità dei cittadini-utenti, l'Autorità segnala ai soggetti competenti i disservizi di cui viene a conoscenza”*¹³⁶.

135 L'Autorità non può invece direttamente esercitare il potere amministrativo e provvedere lei stessa all'adeguamento, attribuzione che richiederebbe un riconoscimento legislativo espresso, conformemente al principio di legalità.

136 Così, in “FAQ-autoservizi pubblici non di linea”, pubblicato sul sito dell'Autorità.

Accogliendo dunque la lettura estensiva fatta propria anche dall'Autorità, e riconoscendo dunque alla stessa la facoltà di segnalare agli enti locali la necessità di adeguare il servizio, rimane da stabilire se tale atto di segnalazione possa consistere direttamente nel parere dell'Autorità.

Certo è che, se così fosse, non si tratterebbe di un atto consultivo vero e proprio successivo ad un'istanza, bensì di un atto che, se corredato anche del potere di imporre l'obbligo di adeguamento, sarebbe molto più simile a quello adottato dall'AGCM ai sensi dell'art. 21-*bis* l. n. 287/90.

Sembra tuttavia opportuno accantonare detta lettura in forza della previsione legislativa che – come già osservato e come meglio si dirà – è chiara nel fare riferimento al carattere preventivo del parere, che assume in tal evenienza i suoi caratteri tipici.

IV) L'ultimo profilo che si vuole scandagliare riguarda i caratteri del parere reso dall'ART.

Come già rilevato, a fronte di una presa d'atto di necessità di adeguamento del servizio da parte del Comune – eventualmente, dunque, anche su segnalazione dell'ART – l'ente locale deve richiedere all'Autorità di emettere un parere, in particolare circa l'opportunità e la forza delle misure che l'ente locale vorrebbe adottare per innalzare i livelli delle prestazioni.

La richiesta di parere, infatti – come emerge dalle istruzioni operative date dall'ART¹³⁷ – deve essere corredata dello schema di provvedimento che il Comune intende adottare per adeguare la disciplina del servizio *taxi*.

Come ha rilevato attenta dottrina¹³⁸, tale parere – in base al dettato legislativo – è preventivo, dovendo necessariamente precedere l'adozione del provvedimento finale di adeguamento.

Detto parere è inoltre obbligatorio, non potendo l'ente locale provvedere senza prima richiedere il rilascio di tale atto.

Qualora l'ente locale non procedesse con tale richiesta e provvedesse senza aver ottenuto il parere *de quo*, infatti, il provvedimento finale sarebbe affetto da un vizio di legittimità, che potrà essere fatto valere in giudizio: tanto dai controinteressati (ad

137 Cfr. "FAQ-autoservizi pubblici non di linea", pubblicato sul sito dell'Autorità.

138 Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, cit.

esempio, potrebbero avere interesse a ricorrere contro il provvedimento di adeguamento e far valere tale vizio di legittimità i tassisti di un determinato ambito comunale che non sono d'accordo con l'aumento del numero delle licenze stabilito dal Comune senza aver ottenuto il preventivo parere dell'Autorità di regolazione), quanto – come si vedrà – dall'ART, in forza della sua speciale prerogativa processuale.

Tale parere, infine, non è vincolante, potendo l'ente locale discostarsi da quanto espresso dall'Autorità, benché motivando.

Si tratta, pertanto, di un parere in senso proprio, diversamente da quanto osservato con riferimento a quello di cui all'art. 21-*bis*, avente contenuto sostanziale di diffida.

Anche l'autotutela non viene qui in alcun modo in rilievo, differentemente da quanto osservato con riguardo all'art. 21-*bis*.

Il parere/diffida dell'AGCM, infatti, si pone – come già visto – quale presupposto processuale, consistente in un preavviso di ricorso che impone la conformazione dell'amministrazione, se del caso anche con i poteri di autotutela. Nella fattispecie in esame, diversamente, l'autotutela non può essere esercitata, posto che, al momento dell'adozione del parere, appunto preventivo, manca ancora il provvedimento amministrativo di adeguamento su cui incidere con eventuali provvedimenti di ritiro.

Anche sotto il profilo degli effetti si può evidenziare che l'atto in esame, privo di efficacia vincolante, ben diverge rispetto al parere di cui all'art. 21-*bis*, ove l'amministrazione destinataria deve conformarsi a tale atto per eliminare le specifiche violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Analisi della lettera n)

La lettera n) del comma 2 riconosce all'ART, con riferimento alla disciplina già esaminata contenuta nella lettera m), il potere di ricorrere al TAR Lazio.

La disposizione è particolarmente sintetica.

Primariamente, essa stabilisce la competenza funzionale inderogabile del TAR Lazio, sede di Roma, sul quale già grava – com'è noto – un ingente contenzioso. Non è competente, diversamente, il TAR Piemonte, sede di Torino¹³⁹, che pure giudica per le impugnazioni degli atti dell'*authority*.

139 Si tratta della città che ospita la sede dell'Autorità.

Manca invece qualsiasi cenno al regime processuale e al rito da seguire, differenziandosi per tale ragione da quanto si rinviene nell'art. 21-*bis* della l. n. 287/90.

Appare inoltre d'interesse riflettere sul possibile contenzioso che potrebbe svilupparsi da tale disciplina.

Come osservato, la fase procedimentale consente di far emergere i punti di vista dell'ente locale e dell'Autorità di regolazione circa il se e in che modo attuare l'adeguamento dei livelli di prestazione del servizio *taxi*.

Può così verificarsi che il provvedimento finale di adeguamento sia espressione di condivisione di idee fra i due soggetti pubblici (fin da subito oppure a seguito dell'adeguamento del Comune rispetto a quanto affermato dall'Autorità nel proprio parere) o di divergenza (a fronte di un Comune che rimane della propria idea e non si adegua al parere).

Ci si è voluti interrogare, pertanto, in che casi l'Autorità possa eventualmente adire il giudice amministrativo per impugnare l'atto di adeguamento adottato dal Comune. In particolare:

- primariamente, l'Autorità potrebbe adire il giudice amministrativo, ove il Comune decida di adeguare i livelli delle prestazioni senza aver ottenuto il suo preventivo parere (verrebbe violata, in questo caso, la legge, e in particolare la lettera m) del comma 2);
- secondariamente, l'Autorità potrebbe accedere alla giustizia ove il Comune pur richiedendo il rilascio del parere, se ne discosti adottando un provvedimento di adeguamento privo di motivazione (si tratterebbe, anche in questo caso, di una violazione di legge, *sub-specie* mancanza di motivazione);
- ancora, l'Autorità potrebbe attivare il giudizio amministrativo laddove l'ente locale pur richiedendo il rilascio del parere, se ne discosti adottando un provvedimento di adeguamento motivato in maniera insufficiente o illogica (in tal caso verrebbe invece in rilievo la relativa figura sintomatica dell'eccesso di potere);
- infine, l'Autorità ben potrebbe rivolgersi al giudice amministrativo anche a fronte di un ente locale che ha richiesto il parere e ha adottato il

provvedimento di adeguamento discostandosi da esso in maniera adeguatamente motivata.

Entrambi i soggetti pubblici, infatti, si fanno interpreti delle esigenze di mobilità del territorio di riferimento, utilizzando i parametri di ragionevolezza e proporzionalità per valutare in che modo possa essere offerto un servizio di mobilità adeguato. Tali soggetti divengono, così, con la loro valutazione, portatori di un proprio “punto di vista” e quel che si può verificare è che non vi sia una perfetta corrispondenza di vedute fra di essi.

A scopo esemplificativo, nell'ambito di un Comune che cresca progressivamente di dimensioni e di densità di abitanti, potrebbe verificarsi che l'ente locale e l'Autorità, pur concordando nella necessità che aumenti il numero di licenze, necessarie per rendere l'offerta di mobilità adeguata alla domanda, divergano sulla misura di tale incremento. L'Autorità di regolazione potrebbe avere in mente un aumento del numero delle licenze più elevato rispetto a quello che è intenzionato ad attuare l'ente locale, nell'ottica di una maggiore sensibilità alla liberalizzazione del settore. In tale contesto, allora, potrebbe accadere che l'ente locale, ricevuto il parere dell'ART, decida di adeguare il servizio esclusivamente secondo la propria volontà, discostandosi dal parere dell'Autorità, pur motivando le ragioni che lo hanno condotto ad agire in tal maniera. Ovvio è che in tal evenienza l'Autorità potrà ricorrere al giudice amministrativo.

L'impugnazione dell'ART dovrà, in tal caso, presupporre che vi sia una difformità fra l'obiettivo indicato dal legislatore (la realizzazione di una mobilità adeguata) con il provvedimento adottato dall'ente locale, ritenuto inidoneo rispetto alla finalità da perseguire.

Il vizio che verrà qui in rilievo, attinente alla discrezionalità, sarà quello dell'eccesso di potere, ove la legge è peraltro chiara nell'affermare che la valutazione dell'ente locale debba basarsi sulla ragionevolezza e proporzionalità della misura attuata in base al contesto urbano.

Quanto alle tipologie degli atti impugnabili, espressione di adeguamento del servizio, la legge non specifica e non pone limitazioni di sorta. Pertanto, si ritiene che l'Autorità possa impugnare tanto atti amministrativi generali, quanto provvedimenti puntuali di adeguamento.

3.3. Le ragioni della totale assenza di contenzioso

Altra interessante analisi è quella avente ad oggetto le probabili ragioni dell'ancora totale assenza di contenzioso.

Dato peculiare, questo, se si considera che tale strumento è quasi coetaneo a quello di cui dispone l'AGCM, dal quale si è invece generata – come osservato – una rilevante litigiosità.

Eppure, nell'ultimo biennio, in più occasioni, gli enti locali hanno richiesto il parere suindicato all'Autorità di regolazione.

Non manca dunque prassi relativa alla fase procedimentale, ove in particolare emerge la progressiva crescente analiticità tanto degli schemi di provvedimenti di adeguamento che gli enti locali hanno sottoposto all'Autorità, quanto degli atti consultivi medesimi.

Infatti, a fronte dei primi schemi di atti di adeguamento e relativi atti consultivi, che avevano ad oggetto il solo incremento delle licenze¹⁴⁰, si è diffusa oggi la tendenza di intervenire per ridefinire totalmente il servizio *taxi*, dalla struttura tariffaria fino ai profili qualitativi del servizio, passando ancora per l'incremento delle licenze¹⁴¹.

La stessa Autorità, che inizialmente si era limitata nei propri pareri a giudicare in termini di positività gli schemi che le erano stati presentati, ha iniziato nel tempo a compiere delle più dettagliate analisi del quadro regolatorio del servizio reso a livello

140 Così, i primi due pareri resi dall'ART. Cfr. Parere ART, 24 marzo 2017, n. 3, sulla richiesta del Comune di Corbetta di aumentare le licenze del servizio *taxi*; Parere ART, 6 aprile 2016, n. 1, reso sulla richiesta del Comune di Firenze di incrementare le licenze del servizio *taxi*.

141 In tal senso, quasi tutti gli altri pareri resi dall'Autorità. Cfr. Parere ART, 12 ottobre 2018, n. 4, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Albenga; Parere ART, 28 settembre 2018, n. 7, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Lucca; Parere ART, 14 settembre 2018, n. 6, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Perugia; Parere ART, 26 luglio 2018, n. 4, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Civitavecchia; Parere ART, 13 giugno 2018, n. 3, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Grado; Parere ART, 16 maggio 2018, n. 1, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Bologna; Parere ART, 5 ottobre 2017, n. 9, reso sullo schema di adeguamento presentato dalla Città metropolitana di Roma; Parere ART, 20 luglio 2017, n. 8, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Matera; Parere ART, 27 giugno 2017, n. 5, reso sullo schema di adeguamento presentato dal Comune di Pisa.

locale, rivolgendo alle amministrazioni delle vere e proprie “raccomandazioni” per migliorare i livelli qualitativi, quantitativi ed economici delle prestazioni.

In contrapposizione a quanto osservato con riferimento alla fase procedimentale, manca invece – come si è già detto – contenzioso in materia.

Gli enti locali hanno, infatti, fino ad oggi, sempre rispettato i pareri resi dall'ART: complice – se si vuole trovare una giustificazione a tale dato – la struttura di tale fattispecie, diversa rispetto a quella osservata per l'AGCM.

Il grado di rispetto al *dictum* dell'autorità indipendente tende qui ad essere maggiore, infatti, sembrando influenzato non solo dalla volontà di evitare l'instaurazione di un giudizio amministrativo, ma anche e più semplicemente da una naturale maggiore adesione, da parte dell'ente locale, al “punto di vista” dell'Autorità che viene espresso nel parere.

L'ente locale condivide, del resto, lo stesso interesse dell'autorità indipendente (migliorare gli *standard* del servizio *taxi*) – il che non avviene nel caso dell'AGCM – tanto da attivarsi a sua protezione e così dare avvio al procedimento di adeguamento con la richiesta di parere. Tale circostanza – pur con la consapevolezza che vi potranno anche essere vedute molto divergenti e a volte inconciliabili circa le modalità di miglioramento del servizio – pare aver contribuito, perlomeno fino ad oggi, a rendere l'ente locale collaborativo e maggiormente disposto a recepire quanto suggerito dall'Autorità.

4. La legittimazione processuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

4.1. La legittimazione processuale quale *quid minus* rispetto al potere di adottare raccomandazioni vincolanti

L'attribuzione di una speciale legittimazione in capo all'ANAC di impugnare taluni atti delle procedure di gara, oggi rinvenibile all'art. 211, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non ha trovato fin da subito ospitalità nel Codice dei contratti pubblici.

Diversamente, tale iniziativa processuale nasce dalle ceneri del potere di adottare le cd. raccomandazioni vincolanti che viene invece *ab origine* riconosciuto all'Autorità.

Uno strumento, questo, che consentiva all'ANAC di sollecitare l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante, in riferimento ad atti della procedura di gara ritenuti illegittimi dall'Autorità, al fine di ottenere, entro un termine massimo di 60 giorni, l'eliminazione dell'atto e la rimozione anche degli effetti prodotti dal medesimo; pena, l'inflizione di una sanzione pecuniaria a carico del dirigente responsabile e l'incidenza in negativo sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti ai fini della loro qualificazione.

Si ricostruiscono, di seguito, le tappe del percorso che hanno condotto al superamento di detta ultima attribuzione e all'introduzione di una speciale iniziativa processuale in capo all'ANAC.

La (ancora) bozza del Codice dei contratti pubblici prevedeva, all'art. 211, comma 2, il potere dell'ANAC di adottare raccomandazioni vincolanti ¹⁴².

Il Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede consultiva su detta bozza (Cons. Stato, Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855), ha espresso diverse e motivate perplessità sull'istituto della raccomandazione vincolante – ritenuto uno strumento esorbitante e per certi tratti irragionevole ¹⁴³ – suggerendo altresì agli organi politici la riformulazione del dettato normativo: in particolare, con l'introduzione di uno strumento di “vigilanza collaborativa” ispirato a quello già previsto dall'art. 21-*bis*

142 L'art. 211, comma 2, bozza del Codice dei contratti pubblici (“schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri n. 107 del 3 marzo 2016”) prevedeva che “*qualora l'Autorità, nell'esercizio delle proprie funzioni, accerti violazioni che determinerebbero l'annullabilità d'ufficio di uno dei provvedimenti ricompresi nella procedura ai sensi degli articoli 21-octies e 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. La raccomandazione ha effetto sospensivo sul procedimento di gara in corso per il medesimo termine di sessanta giorni, qualora dal provvedimento possa derivare danno grave. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto*”.

143 Nel parere n. 855/2016, il Consiglio di Stato afferma che la formulazione succitata nella nota precedente presenta significative criticità, che rendono l'istituto così disciplinato contrastante con la legge delega e con la Costituzione (appunto, per eccesso di delega). In particolare, il Consiglio di Stato rileva le seguenti criticità: a) sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, la disposizione introduce un potere di sospensione immediata e uno di “annullamento mascherato” che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta (cfr. Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20, ove la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990); b) sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, la sanzione prevista dalla disposizione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria, creandosi, così, una sorta di “responsabilità da atto legittimo”.

della l. n. 287/1990 a favore dell'AGCM, ovvero sia con la previsione di uno speciale potere di legittimazione processuale a favore dell'Autorità¹⁴⁴.

Il Codice dei contratti pubblici, tuttavia – come già anticipato – non ha recepito la formulazione proposta in sede consultiva dal Consiglio di Stato, limitandosi ad apportare soltanto lievi modifiche, rispetto a quanto previsto nella bozza del Codice, al comma 2 dell'art. 211: mantenendo dunque ancora saldo, in capo all'ANAC, il potere di adottare raccomandazioni vincolanti¹⁴⁵.

144 In particolare, il Consiglio di Stato proponeva due possibili riscritture della disposizione, la prima più restrittiva, la seconda più generale.

Con riferimento alla prima: *“l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, di qualsiasi stazione appaltante che violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”* (comma 1); *“l'ANAC, se ritiene che un atto del comma 1 sia affetto da un vizio di legittimità emette, entro sessanta giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili della violazioni riscontrate. Se la stazione appaltante non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Ai giudizi di cui al periodo precedente si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo”* (comma 2).

Con riguardo alla seconda: *“l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio contro i bandi, gli altri atti generali e i provvedimenti – senza più inserire il riferimento ai “contratti di rilevante impatto” – di qualsiasi stazione appaltante che violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (comma 1); *“l'ANAC, se ritiene che un atto del comma 1 sia affetto da un vizio di legittimità emette, entro sessanta giorni, un parere motivato nel quale indica gli specifici profili della violazioni riscontrate. Se la stazione appaltante non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Ai giudizi di cui al periodo precedente si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo”* (comma 2); *“l'ANAC con proprie linee guida può individuare i casi, o le tipologie di provvedimenti, di cui al comma 1 in relazione ai quali esercitare i poteri di cui al comma 2”* (comma 3, concepito dal Consiglio di Stato come puramente facoltativo).

145 L'originario art. 211, comma 2, Codice dei contratti pubblici stabiliva infatti che *“qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo”*.

Le modifiche apportate concernevano: il presupposto dell'intervento, ora relazionato alla presenza di un *“sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara”* (e non più ancorato alla sussistenza di *“violazioni che determinerebbero l'annullabilità d'ufficio di uno dei provvedimenti ricompresi nella procedura ai sensi degli articoli 21-octies e 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241”*); l'eliminazione dell'effetto sospensivo sulla procedura di gara della raccomandazione vincolante; l'espressa introduzione della possibilità di impugnare la raccomandazione di fronte al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 120 c.p.a..

L'idea sottostante era infatti quella di rendere più forte l'ANAC, per tale ragione scartando l'idea di prevedere una speciale legittimazione processuale a vantaggio di un potere più incisivo.

Le difficoltà rilevate dall'Autorità nell'attuazione della disposizione in oggetto ha condotto la medesima a disciplinare tale potere più analiticamente con proprio regolamento, al fine di darne attuazione. Tutto ciò, all'interno di un *iter* ove il Consiglio di Stato si è nuovamente pronunciato in sede consultiva (Cons. Stato, Comm. Spec., 28 dicembre 2016, n. 2777) ¹⁴⁶.

In tale occasione, detto organo ha ribadito le riserve già precedentemente espresse in riferimento alle raccomandazioni vincolanti – atti ritenuti espressione di “vigilanza dinamica” dell'Autorità – invero rilevandone anche di ulteriori, in particolare relativi alla peculiare natura di “autotutela doverosa” della fattispecie venutasi a configurare e il rischio di moltiplicazione del contenzioso in materia di contratti pubblici ¹⁴⁷.

146 Tale *iter* nasce dall'adozione di uno schema di regolamento da parte dell'ANAC, su cui verte il parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. Spec., 28 dicembre 2016, n. 2777), che viene successivamente approvato come “Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici”, in vigore dal 1 marzo 2017.

147 In tale parere (Cons. Stato, Comm. Spec., 28 dicembre 2016, n. 2777), il Consiglio di Stato evidenzia numerose criticità. Fra le più importanti: a) l'erronea collocazione sistematica del potere di raccomandazione vincolante nell'ambito dell'art. 211, rubricato “*pareri di precontenzioso*”, posta la divergenza sotto il profilo dei fini, dei presupposti e degli effetti fra tali strumenti e i veri pareri di precontenzioso di cui al comma 1 dell'art. 211; b) l'eccesso di delega, dato che la legge delega (in particolare, il comma 1, lett. t), l. 28 gennaio 2016, n. 11, ritenuto base fondante del potere di adottare raccomandazioni vincolanti, che prevedeva l'attribuzione all'ANAC “*di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio*”), pur nella sua generica formulazione, non stabiliva alcun modello di “autotutela doverosa”, e neppure alcuna forma di annullamento d'ufficio (anche indiretta), ciò che invece è stato previsto dall'art. 211, comma 2, con sostanziale scostamento rispetto al tradizionale modello di autotutela, per sua natura discrezionale; c) ulteriori riserve, fra le quali spicca quella relativa al rischio di moltiplicazione dei giudizi in materia di contratti pubblici, posto che alla già cospicua litigiosità fra stazioni appaltanti e operatori economici si sarebbero aggiunte le nuove controversie fra ANAC e stazioni appaltanti, in spregio alla volontà di ridurre i conflitti di cui sono espressione i rimedi di prevenzione del contenzioso.

Per alcuni rilievi critici emersi in dottrina, cfr. M. LIPARI, *Il precontenzioso*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016; dello stesso Autore, M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, cit.; della stessa Autrice, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, n. 5, pp. 503 ss; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, pp. 873 ss.. Ad esprimersi invece in senso assai favorevole, cfr. F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, comma 2, d.lgs. n. 50/2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in *PA persona e amministrazione*, 2017, n. 1.

Concentrandoci sulla doverosità dell'autotutela, il Consiglio di Stato ha asserito che il comma 2 dell'art. 211 del Codice configurasse una fattispecie “complessa”, “bifasica” e “a formazione progressiva”, ove è possibile distinguere due fasi: la prima, rappresentata dall'adozione da parte di ANAC della raccomandazione vincolante, atto inteso quale provvedimento a carattere autoritativo e decisorio in grado di tradursi in un sostanziale ordine di revisione degli atti di gara; la seconda, basata sulla rimozione in autotutela doverosa di tale atto di gara da parte della stazione appaltante, che rimaneva formale titolare del potere di eliminazione.

In tale contesto, la raccomandazione vincolante – quasi un ossimoro a detta del Consiglio di Stato – veniva a configurare un atto ambiguo e assolutamente originale, vincolante (posto che il suo contenuto di invito si traduceva in un vero e proprio ordine in grado di incidere direttamente sul mantenimento o sulla rimozione dell'atto illegittimo) e per tale ragione divergente, in spregio al suo nome, dalla tradizionale raccomandazione, per sua natura non dotata di efficacia vincolante.

Veniva perciò a configurarsi un'autotutela doverosa dai caratteri peculiari, posto che la doverosità non si fondava – come avviene in altre ipotesi talora ricollegate all'autotutela doverosa – sull'assenza di tutte o parte delle circostanze atte a far venire meno la discrezionalità decisoria, e con essa il momento valutativo *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/90, della stazione appaltante.

Diversamente, la doverosità si basava, in tal caso, sulla semplice imposizione alla stazione appaltante, da parte di ANAC, di intervenire in autotutela, in un contesto in cui, però – come ha affermato il Consiglio di Stato in sede consultiva – per non perdere il momento valutativo tipico dell'autotutela e preservare la coerenza della fattispecie con l'ordinamento nel suo complesso, si sarebbe dovuto spostare quel momento in capo all'Autorità, sul quale gravava l'obbligo di valutare l'opportunità della rimozione ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/90 prima di adottare la raccomandazione vincolante.

Al regolamento di attuazione dell'ANAC succitato ha seguito l'approvazione dello schema del decreto correttivo al Codice¹⁴⁸ e il parere su di esso da parte del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782): il primo, che

148 Detto schema di decreto correttivo, successivamente al parere reso dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782), ha condotto all'adozione del primo decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

ancora non incide sull'art. 211, comma 2 del Codice; il secondo, ove l'organo consultivo, per l'ennesima volta, esprime evidenti perplessità sull'istituto della raccomandazione vincolante, rinviando ai precedenti pareri ¹⁴⁹.

Solo i successivi interventi hanno inciso fortemente sulle competenze dell'ANAC, modificando in maniera consistente l'originario art. 211.

In particolare, è stato adottato dapprima il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. "decreto correttivo", o anche primo correttivo al Codice, recante "disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50") ¹⁵⁰, che, con il suo art. 123, ha abrogato il comma 2 dell'art. 211 del Codice, sopprimendo il potere dell'Autorità di adottare raccomandazioni vincolanti.

Successivamente a tale intervento, poi, è stato adottato il d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (cd. "Manovrina", recante "Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo"), conv., con modificazioni, in l. 21 giugno 2017, n. 96, il cui art. 52-ter, recependo un emendamento presentato dal Governo, ha introdotto, all'interno dell'art. 211 del Codice, i commi 1-bis, 1-ter e 1-quater, attribuendo alla medesima Autorità uno speciale potere di legittimazione processuale in materia di contratti pubblici, sulla falsariga di quanto già previsto a favore dell'AGCM a tutela della concorrenza.

Interventi, questi, che hanno inciso sulle originarie competenze dell'ANAC, prevedendo in capo alla stessa, affianco al potere di adottare i pareri di precontenzioso ¹⁵¹ e in luogo dell'originaria e dogmaticamente problematica raccomandazione vincolante, uno speciale potere di iniziativa processuale.

Si è così venuto a concretizzare quel suggerimento che già era stato avanzato – seppur manchi una perfetta corrispondenza di dettati normativi ¹⁵² – dal Consiglio di Stato in sede consultiva nel parere sulla bozza del Codice, con la previsione di uno

149 Per un approfondimento, cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 30 marzo 2017, n. 782.

150 Per un generale commento a tale correttivo, cfr. M.P. CHITI, *Modifiche al Codice dei Contratti pubblici: un "correttivo scorretto"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, n. 4, pp. 453-460.

151 In riferimento alle questioni problematiche sorte in riferimento a tali pareri, cfr. M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit.; F. APERIO BELLA, *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 4.

152 La più rilevante attiene allo strumento attraverso cui l'ANAC determina i casi e gli atti in relazione ai quali l'Autorità può esercitare i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter: non più le linee guida, come previsto dalla proposta contenuta nel parere del Consiglio di Stato, bensì un regolamento di attuazione.

strumento maggiormente sistematizzabile, nonché conforme ai principi e ai criteri direttivi dettati dalla legge delega e, per tale via, alla Costituzione. E – tornando ancora più indietro nel tempo – si realizza, sul piano normativo, una previsione di legittimazione processuale a favore dell'autorità amministrativa indipendente posta a presidio del delicato settore dei contratti pubblici, già persino auspicata sotto la vigenza della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. Legge Merloni) dall'Autorità di Vigilanza per i Lavori pubblici (AVLP)¹⁵³.

L'evoluzione della disposizione ivi descritta mette in evidenza, oltre che l'incapacità politica di intervenire in materia di contratti pubblici in maniera chiara e risolutiva¹⁵⁴, il conflittuale dibattito sul grado di incisività da attribuire a detta Autorità nelle procedure di gara.

Certo è, infatti, che la raccomandazione vincolante – al di là del fatto che l'ANAC, con buon senso, mai ne abbia fatto utilizzo a causa dei nodi problematici che la attanagliavano – costituisse un'arma di vigilanza dell'Autorità particolarmente invasiva, dotata della straordinaria forza di costringere le stazioni appaltanti, a pena di sanzione, a ritirare in autotutela gli atti ritenuti illegittimi adottati nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica.

153 Tale Autorità è stata riformata nel 2006, cambiando la propria denominazione in Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), a sua volta accorpata all'ANAC nel 2014.

154 La materia dei contratti pubblici si è infatti da sempre caratterizzata per l'incapacità degli organi politici di regolare con efficienza le procedure di gara. Anche sotto la vigenza dell'attuale Codice, infatti, sovrabbondanti e magmatici sono gli aggiustamenti, le modifiche e le integrazioni apportate. Da tanta esuberanza legislativa discendono altresì problematiche relative al coordinamento fra i diversi interventi e alla scarsa coerenza sistematica di taluni di essi, inseriti quali modifiche all'interno del nuovo Codice pur non essendo sempre pertinenti con la materia da esso disciplinata. Se all'ipertrofia normativa si aggiunge infine la non sempre facile leggibilità ed interpretazione delle disposizioni del Codice – ove non mancano incoerenze sistematiche, refusi, imprecisioni lessicali e di recepimento – ben si comprende il sentimento di incertezza con cui operano quotidianamente le amministrazioni e gli operatori economici coinvolti nelle procedure di gara.

Ciò è dipeso, senz'altro, anche da una serie di errori metodologici derivanti da un vizio originario: la frettolosa pubblicazione ed entrata in vigore del vigente Codice. In merito si segnala: che la celere pubblicazione sorge dalla volontà di rispettare il termine del 18 aprile 2016 per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (termine che però neppure è stato rispettato posto che la pubblicazione del Codice è avvenuta il 19 aprile); che l'entrata in vigore del Codice è avvenuta immediatamente, ovvero il giorno della sua pubblicazione, senza alcun periodo di *vacatio legis*, finestra temporale che è invece strumentale a garantire una pausa di ponderazione e rilettura dell'articolato, che, verosimilmente, in tal caso, sono mancati.

Va infine sottolineato che, ad ogni modo, rispetto al momento di entrata in vigore di tale codificazione, tale normativa sembra stia procedendo – attraverso avvisi di rettifica, regolamenti attuativi dei nuovi istituti e correttivi al Codice – verso una maggiore chiarezza, seppur con andamento lento e assai graduale.

Di talché l'ANAC, già dotata di poteri di regolazione, vedeva così ampliato il proprio strumentario anche con poteri di vigilanza e sanzionatori assai penetranti, ponendosi nell'ordinamento quale forte garante della legalità in materia di contratti pubblici, a valorizzare la più ampia concorrenza fra gli operatori del mercato.

Da ciò ben si comprende come la sua espunzione dall'ordinamento abbia rappresentato senz'altro un fattore di affievolimento e depotenziamento del ruolo istituzionale attribuito all'Autorità.

Tanto che, all'indomani dell'abrogazione espressa e *tout court* di tale attribuzione, si è sviluppato un dibattito sul grado di incisività da attribuire a detta Autorità nelle procedure di gara, con il timore¹⁵⁵ di aver eccessivamente indebolito i poteri a sua disposizione, vanificando la realizzazione di quelle finalità che la stessa istituzionalmente persegue.

Non è un caso, dunque, ma risponde ad una chiara logica restitutoria¹⁵⁶, che, a distanza di soli cinque giorni dall'abrogazione della raccomandazione vincolante, l'Autorità sia stata dotata della prerogativa di iniziativa processuale in esame.

Sotto il profilo teleologico, il nuovo potere si pone certamente in linea di continuità con quello precedente, perseguendo, ancora una volta, la finalità di valorizzare la legalità dell'agire amministrativo nelle procedure di gara, riducendo altresì i fenomeni corruttivi all'insegna di una maggiore apertura del mercato dei contratti pubblici.

Tuttavia, quanto ad intensità e forza di incidere sulle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, la nuova prerogativa non pare paragonabile con il potere di adottare raccomandazioni vincolanti che le è stato sottratto¹⁵⁷.

Nell'alveo delle nuove attribuzioni dell'Autorità, infatti – con un *focus* relativo a ciò che si è andato perdendo – non si realizza alcuna autotutela doverosa, non si verifica alcun anomalo spostamento del momento valutativo tipico dell'annullamento d'ufficio, non si impone all'amministrazione nessun intervento di rimozione dei propri atti, non si sanziona la stessa laddove non si adegui spontaneamente alle

155 Tale timore è invero presente già prima della pubblicazione del decreto correttivo, posto che il Consiglio dei Ministri ha annunciato, subito dopo la firma del decreto correttivo ma ancora prima che lo stesso venisse pubblicato, l'introduzione di un potere capace di "ripristinare" quello abrogato mediante un successivo intervento normativo.

156 Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 4 aprile 2018, n. 1119.

157 A sottolinearne l'oggettivo indebolimento, cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit..

prescrizioni dell'Autorità. Diversamente – come sarà illustrato nel paragrafo seguente – viene a configurarsi, qui, la sola legittimazione processuale dell'Autorità, eventualmente preceduta da un mero invito all'autotutela, ove permane, in ogni caso, la discrezionalità dell'amministrazione, libera di ritenere inopportuna la rimozione dell'atto in base a quanto previsto dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/90.

Si procederà, di seguito, con la descrizione di tale nuovo strumento.

4.2. Disciplina normativa e risoluzione dei primi dubbi interpretativi fra regolamento di attuazione dell'ANAC e parere del Consiglio di Stato

In relazione a tale istituto, il nuovo art. 211 dispone:

- al comma 1-*bis*, che *“l'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*;
- al comma 1-*ter*, che *“l'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente Codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*;
- infine, al comma 1-*quater*, che *“l'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*”*.

Al di là dei singoli nodi problematici di tale complesso normativo, dato pacifico è che l'ANAC sia divenuta titolare di una speciale legittimazione processuale, riconosciuta dalla legge, al fine di garantire la legalità dell'azione amministrativa in materia di contratti pubblici.

L'iniziativa processuale dell'ANAC si affianca a quella degli operatori economici, realizzando – come si è rilevato con accento critico in dottrina¹⁵⁸ – una sorta di “*supercontenzioso*”, di “*pluscontenzioso*” o di “*extracontenzioso*”, dilatandosi notevolmente l'ambito in cui potranno potenzialmente aprirsi controversie dinanzi al giudice, in un settore ove “*uno dei mali [...] è costituito proprio dall'eccesso di contenzioso*”.

Al di là di tali rilievi, ciò che non è pacifica sotto il profilo strettamente giuridico è l'interpretazione, e con essa la concreta applicazione, di tale giovane strumento, su cui permangono ancora questioni irrisolte, nell'ancora totale assenza di contenzioso.

Si illustrerà, di seguito, la disciplina normativa relativa alla legittimazione processuale dell'ANAC, ove non mancheranno i riferimenti agli interventi in parte chiarificatori del Consiglio di Stato e dell'Autorità medesima. Quest'ultima, infatti, facendo utilizzo del potere di cui al comma 1-*quater* dell'art. 211 del Codice, ha adottato, previo parere del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. Spec., 26 aprile 2018, n. 1119)¹⁵⁹, in data 13 giugno 2018, il “*regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del d.lgs. 50/2016*”¹⁶⁰.

Per procedere con tale analisi, occorre dare immediato rilievo ad una problematica, la cui risoluzione funge da ineliminabile premessa per la successiva e puntuale osservazione dei diversi commi dell'art. 211.

Tale questione, rilevata già in dottrina all'indomani della previsione di tale strumentario, inerisce all'autonomia (o meno) dei commi 1-*bis* e 1-*ter*.

158 Cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit..

159 Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 26 aprile 2018, n. 1119. Infatti, successivamente all'adozione dello schema di regolamento attuativo, con nota n. 21139 del 7 marzo 2018, il Presidente dell'ANAC, in considerazione del carattere di novità dei poteri ad essa attribuiti dalla disposizione in oggetto e del significativo impatto che il loro esercizio potrebbe produrre sul sistema degli appalti pubblici, ha chiesto il parere su tale schema di regolamento al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, nel proprio parere, pur favorevole all'attuazione di tale schema, ha tuttavia presentato proprie osservazioni e proposte di modifica, perlopiù recepite nella versione finale del regolamento attuativo.

160 Uno schema di tale Regolamento è stato posto in consultazione *online* dal 4 gennaio 2018. Come ha affermato il Consiglio di Stato in sede consultiva, “*deve essere sicuramente apprezzata la scelta di sottoporre a consultazione on line volontaria lo schema stesso, ancorché a tanto l'Autorità non fosse obbligata (in quanto, non essendo detto Regolamento assimilabile alle Linee guida vincolanti perché non detta regole di condotta per gli operatori, allo stesso non è applicabile il comma 2 dell'art. 213 del Codice dei contratti). La consultazione pubblica è infatti astrattamente in grado di fornire all'Autorità ulteriori elementi di conoscenza e di valutazione al fine di rendere effettivamente comprensibile, adeguata ed efficace la normativa lato sensu di integrazione del Codice*”.

Ad una prima tesi, che negava l'autonoma rilevanza dei due commi succitati, ritenendo loro al punto coordinati da far sorgere un'unica fattispecie, ove l'Autorità avrebbe potuto impugnare le categorie di atti indicate al comma 1-*bis* (bandi, altri atti generali, provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto), pur in presenza dei presupposti e nel rispetto del procedimento di cui al comma 1-*ter* (e, cioè, rispettivamente, in presenza di gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici e con la previa adozione di un parere motivato nei confronti della stazione appaltante disatteso da quest'ultimi entro termini perentori), se ne contrapponeva una seconda, che attribuiva alle due disposizioni rilevanza autonoma ¹⁶¹.

Se i primi facevano leva sull'analogia strutturale sussistente fra tali disposizioni e l'art. 21-*bis* della l. n. 287/90 – ove in entrambi i casi, di due commi, il primo riconosce la legittimazione processuale e individua gli atti impugnabili, il secondo specifica i presupposti e prevede un onere procedimentale preventivo all'esperimento del ricorso – i secondi valorizzavano maggiormente il *dictum* del complesso normativo summenzionato, in particolare rilevando la diversità di presupposti oggettivi e procedurali fra i due commi in esame, dando altresì rilievo al dettato normativo del comma 1-*quater*, che si riferisce ai commi 1-*bis* e 1-*ter* come se configurassero, appunto, due fattispecie distinte.

Tale ultima lettura ha prevalso, in quanto è stata confermata anche dall'ANAC, che, nel proprio regolamento, ha posto fine ai dubbi sorti tra i primi commentatori, distinguendo chiaramente le fattispecie di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*, disciplinanti due ipotesi non sovrapponibili: rispettivamente, il “ricorso diretto” e il “ricorso previo parere motivato”.

Anche il Consiglio di Stato, del resto, nel proprio parere, ha attribuito autonoma rilevanza ai commi 1-*bis* e 1-*ter*, asserendo che non si possa ritenere decisivo, al fine di considerare come unico il potere di agire attribuito all'Autorità, “*il fatto che l'omologo potere accordato dall'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 sia unico e preveda sempre il previo parere motivato*”. D'altra parte “*è vero che solo nel comma 1-ter dell'art. 211 vi è il riferimento – ai fini del corretto esercizio del potere di agire previsto – alle disposizioni del codice del processo amministrativo, ma ciò*

161 Cfr. per l'illustrazione delle diverse tesi, M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit.; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, cit..

non appare decisivo per affermare che in ogni caso l'Autorità debba sempre previamente adottare un parere motivato, dovendo [...] rilevarsi che in entrambe le fattispecie l'Autorità deve rispettare i termini di impugnazione previsti nel ricordato codice del processo amministrativo”, in mancanza di una espressa previsione di deroga contenuta nel Codice o in una qualsiasi altra norma di rango legislativo.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha sottolineato le differenze fra le due fattispecie sotto il profilo dei presupposti, ritenendo: che *“non vi è d'altra parte alcun elemento, né letterale, né sistematico, per ammettere che le espressioni usate dal legislatore nel comma 1-bis, laddove fa riferimento a violazione di “norme in materia di contratti”, e nel comma 1-ter, laddove si riferisce a gravi violazioni “del presente codice”, siano quanto al loro effettivo contenuto identiche”*; ancora, che, al contrario, *“con riferimento alla previsione delle fattispecie legittimanti il ricorso diretto di cui all'art. 211, comma 1-bis [...] l'espressione “norme in materia di contratti pubblici” [...] è una formulazione più ampia di quella “norme del presente Codice” di cui al comma 1-ter”*.

Infine, il Consiglio di Stato ha rimarcato le differenze fra le fattispecie di cui ai commi 1-bis e 1-ter sotto il profilo della struttura procedimentale, asserendo che, mentre il ricorso diretto di cui al comma 1-bis rappresenta uno strumento piuttosto snello e rapido ai fini della tutela dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure di gara, il ricorso di cui al comma 1-ter rappresenta l'*extrema ratio* per la tutela dell'interesse pubblico succitato, posto che ad esso si antepone il parere motivato, che costituisce *“presupposto sollecitatorio di un eccezionale esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante”*.

Ed allora, *“è ragionevole invero ritenere che il legislatore nella prima ipotesi (comma 1-bis) abbia inteso configurare una situazione di maggior pericolo per l'interesse pubblico, stante il rilevante impatto – qualitativo e/o quantitativo – dei contratti cui si ricollegano le violazioni in materia di contratti pubblici, tali da giustificare una legittimazione ad agire in giudizio indipendentemente da un previo parere motivato, laddove nella seconda ipotesi (comma 1-ter) abbia ritenuto che le violazioni del Codice, pur gravi, potessero essere adeguatamente salvaguardate dallo stesso potere di autotutela della stazione appaltante, sollecitato dall'Autorità*

mediante il parere motivato” e solo in “seconda battuta”, all’esito dell’infruttuosità della sollecitazione, con ricorso giurisdizionale dell’Autorità.

Se così è, dunque, manca coincidenza oggettiva fra i due commi, che divergono quanto a presupposti e schema procedimentale, differentemente da quanto si è rilevato in relazione all’art. 21-*bis* della l. n. 287/90.

Pertanto, l’Autorità potrà impugnare, ai sensi del comma 1-*bis*, in via immediata e diretta – e cioè senza previa fase procedimentale – molteplici categorie di atti adottati dalle stazioni appaltanti – su cui si tornerà di seguito – relativi a “contratti di rilevante impatto”, con riferimento alla violazione di qualsiasi norma in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; disposizioni, queste, che, dunque, non si esauriscono soltanto in quelle incluse nel Codice dei contratti pubblici.

Diversamente, ai sensi del comma 1-*ter*, l’Autorità potrà ricorrere avverso alcune categorie di atti adottati dalle stazioni appaltanti – esaminate più avanti – in presenza – si noti bene – di gravi violazioni del (solo) Codice dei contratti pubblici. Tale facoltà non potrà tuttavia essere esercitata immediatamente e direttamente, bensì all’esito di una previa fase procedimentale: in base a quanto disposto dalla disposizione succitata, infatti, l’Autorità, in presenza di gravi violazioni riscontrate nell’ambito della sua attività di vigilanza, emette dapprima un parere motivato (con specifica indicazione dei vizi di legittimità riscontrati) entro sessanta giorni dalla notizia della violazione e, solo qualora la stazione appaltante non si conformi entro un termine assegnato dalla stessa Autorità e comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione del parere, potrà, nei successivi trenta giorni, esperire il ricorso innanzi al giudice amministrativo.

Tale soluzione sembra peraltro quella più opportuna, posto che sarebbe stata criticabile la scelta inversa “*volta a differire sempre l’accesso alla giustizia, all’esito del lungo procedimento preliminare, in un contesto, come quello dei contratti pubblici, caratterizzato da un evidente – e sempre crescente – esigenza di celerità*”; con una soluzione, peraltro, che sarebbe stata “*in controtendenza rispetto all’indirizzo legislativo prevalente, tutto proiettato all’accelerazione del giudizio in*

*materia di appalti, in funzione del consolidamento delle posizioni giuridiche delle parti”*¹⁶².

Poste le premesse generali, si procederà, di seguito, con l'analisi dei più puntuali regimi giuridici applicabili alle due diverse fattispecie, in base a quanto emerge anche dagli interventi dell'ANAC e del Consiglio di Stato.

Analisi del comma 1-bis

Con riferimento al ricorso direttamente esperibile dall'Autorità ai sensi del comma 1-bis, l'ANAC ha individuato, nel proprio regolamento, l'elenco degli atti impugnabili, riempiendo altresì di contenuto alcune locuzioni che appaiono, nel testo di legge, eccessivamente generali (come i “contratti di rilevante impatto”).

In particolare, il regolamento prevede che l'Autorità possa impugnare direttamente, qualora violino le norme in materia di contratti pubblici:

a) regolamenti e atti amministrativi di carattere generale, quali bandi¹⁶³, avvisi, atti relativi a sistemi di qualificazione degli operatori economici istituiti dagli enti aggiudicatori nei settori speciali, atti di programmazione, capitolati speciali di appalto, bandi-tipo adottati dalle stazioni appaltanti, atti d'indirizzo e direttive che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali;

b) provvedimenti quali delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni degli operatori economici dalla gara, aggiudicazioni, validazioni e approvazioni della progettazione, nomine del RUP, nomine della commissione giudicatrice, atti afferenti a rinnovo tacito, provvedimenti applicativi della clausola revisione prezzi e dell'adeguamento dei prezzi, autorizzazioni del Responsabile del procedimento e/o approvazioni di varianti o modifiche, affidamenti di lavori, servizi o forniture supplementari.

Atti, questi, che – come ha rilevato il Consiglio di Stato – si inseriscono durante la procedura di affidamento, non potendo l'Autorità impugnare comportamenti o atti non provvedimentali adottati dalla stazione appaltante in fase esecutiva, la cui cognizione spetta, peraltro, al giudice ordinario o agli arbitri.

162 Così, M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit..

163 Il riferimento ai bandi si pone in piena sintonia con l'attuale tendenza giurisprudenziale ad anticipare la tutela giurisdizionale in fase anteriore rispetto al momento dell'adozione dell'atto di aggiudicazione. Per tale rilievo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2104.

Tali atti ¹⁶⁴ devono, poi – come emerge dal dettato normativo – essere relativi a “contratti di rilevante impatto”. A tal fine, l’Autorità ha individuato l’impatto rilevante del contratto facendo riferimento ad alcuni criteri, come quello del numero degli operatori coinvolti, della rilevanza dell’oggetto, dell’anomalia o dell’illiceità, dell’incidenza su alcuni interessi super-protetti, o, ancora, del valore economico del lavoro, servizio o fornitura ¹⁶⁵.

Secondo il Consiglio di Stato, tali criteri sono da ritenersi tassativi e proprio tale carattere si sarebbe dovuto esplicitare nel regolamento di attuazione dell’ANAC, laddove, per giunta, la disposizione relativa ai criteri attinenti al “rilevante impatto” dei contratti si sarebbe dovuta riformulare con un’elencazione di casi simile a quella – che verrà esaminata successivamente – contenuta nella disposizione dello schema di regolamento dell’ANAC che definisce le “gravi violazioni” di cui al comma 1-ter.

Quanto al profilo soggettivo, gli atti possono essere adottati da “qualsiasi stazione appaltante”, ovverosia da tutti i soggetti, pubblici ma anche privati, che rientrano nella definizione contenuta nell’art. 3 del Codice dei contratti pubblici.

Il regolamento dell’ANAC specifica altresì il *dies a quo* relativo ai termini per ricorrere, prevedendo che essi decorrano “per gli atti soggetti a pubblicità legale o notiziale, dalla data di pubblicazione, per gli altri atti, dall’acquisizione della notizia, da parte dell’Autorità, dell’emanazione dell’atto”.

Come risulta dal regolamento dell’ANAC, l’Autorità acquisisce la “notizia della violazione” – da intendersi quale indicazione contenente gli elementi di fatto e di

164 Il regolamento ANAC risolve il dubbio relativo al fatto che non appariva chiaro se il riferimento ai “contratti di rilevante impatto” si riferisse ai soli provvedimenti puntuali o si estendesse anche alle altre categorie di atti indicate dal comma 1-bis.

165 L’Autorità indica, in particolare: i contratti che riguardano, anche potenzialmente, un ampio numero di operatori (criterio del numero di operatori coinvolti); i contratti relativi ad interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, ad interventi disposti a seguito di calamità naturali o per la realizzazione di grandi infrastrutture strategiche (criterio della rilevanza dell’oggetto); i contratti riconducibili a fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti (criterio dell’anomalia o dell’illiceità); i contratti relativi ad opere, servizi o forniture aventi particolare impatto sull’ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale (criterio dell’incidenza su alcuni interessi super-protetti); i contratti aventi ad oggetto lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro (criterio del valore economico del lavoro, servizio o fornitura).

In merito a tali criteri, il regolamento ANAC non pare aver recepito le osservazioni del Consiglio di Stato, che, in sede consultiva, aveva sollevato talune perplessità, ritenendo generico e poco chiaro il richiamo al potenziale elevato numero di operatori, oltre che ai contratti riconducibili, genericamente, a fattispecie criminose o illecite da parte delle stazioni appaltanti.

diritto che consentano di individuare i vizi dell'atto e di valutare la sussistenza del requisito del "rilevante impatto" di cui al comma 1-*bis* – nell'esercizio della propria attività istituzionale, ordinariamente d'ufficio ma anche tramite segnalazione di terzi¹⁶⁶, potendo altresì chiedere informazioni ulteriori all'amministrazione che ha adottato l'atto¹⁶⁷.

Quanto al rito, la relazione illustrativa al regolamento di attuazione, superando il silenzio del legislatore, ha affermato che debba applicarsi l'art. 120 c.p.a.¹⁶⁸, con i suoi termini per ricorrere perentori e brevi.

Analisi del comma 1-*ter*

Diverso e più articolato è invece il regime giuridico relativo al comma 1-*ter*, che configura una fattispecie scomponibile in due momenti: il primo propriamente di pre-contenzioso, ove l'ANAC adotta un parere per invitare la stazione appaltante a ritirare l'atto ritenuto illegittimo, il secondo di natura contenziosa, attivabile laddove l'amministrazione non si conformi a quanto prescritto dall'ANAC.

Si osserva, di seguito, analiticamente, tale disposizione.

In relazione ad essa, l'ANAC ha indicato le categorie di atti delle stazioni appaltanti che l'Autorità, previa emissione di un parere motivato e in presenza di gravi violazioni del Codice dei contratti pubblici, può impugnare innanzi al giudice amministrativo.

Tali atti – in piena corrispondenza a quanto previsto con riguardo al comma 1-*bis* – sono:

a) regolamenti e atti amministrativi di carattere generale, quali bandi¹⁶⁹, avvisi, atti relativi a sistemi di qualificazione degli operatori economici istituiti dagli enti aggiudicatori nei settori speciali, atti di programmazione, capitolati speciali di appalto, bandi-tipo adottati dalle stazioni appaltanti, atti d'indirizzo e direttive che stabiliscono modalità partecipative alle procedure di gara e condizioni contrattuali;

166 Come emerge dal regolamento di attuazione, le segnalazioni da parte di terzi possono essere valutate dall'Autorità in considerazione delle risorse disponibili e tenendo conto della gravità della violazione e della rilevanza degli interessi coinvolti dall'appalto.

167 Come afferma il regolamento dell'ANAC, tale richiesta non sospende i termini per la proposizione del ricorso.

168 Cfr. Relazione illustrativa del "Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter* del d.lgs. n. 50/2016" adottato dall'ANAC.

169 Cfr. nota n. 163.

b) provvedimenti quali delibere a contrarre, ammissioni ed esclusioni degli operatori economici dalla gara, aggiudicazioni, validazioni e approvazioni della progettazione, nomine del RUP, nomine della commissione giudicatrice, atti afferenti a rinnovo tacito, provvedimenti applicativi della clausola revisione prezzi e dell'adeguamento dei prezzi, autorizzazioni del Responsabile del procedimento e/o approvazioni di varianti o modifiche, affidamenti di lavori, servizi o forniture supplementari.

Come ha rilevato il Consiglio di Stato, si è realizzata una corrispondenza fra gli atti impugnabili con ricorso diretto e ricorso mediato, di guisa che il riferimento generico al “provvedimento viziato” contenuto nella disposizione di legge finisce per riferirsi a tutte le tre categorie di atti impugnabili ai sensi del comma 1-*bis* (e cioè “bandi”, “altri atti generali” e “provvedimenti”).

Anche in questo caso, dunque – parallelamente a quanto espresso con riguardo al comma 1-*bis* – gli atti si inseriscono durante la procedura di affidamento, non potendo l'Autorità impugnare comportamenti o atti non provvedimentali adottati dalla stazione appaltante in fase esecutiva.

Nel regolamento di attuazione, poi, l'ANAC specifica quali violazioni del Codice dei contratti pubblici siano da ritenersi “gravi”, con un elenco esteso e comprendente fattispecie piuttosto eterogenee, di cui afferma altresì la tassatività.

Delle gravi violazioni contenute in tale elenco¹⁷⁰, si segnalano, a puro scopo esemplificativo: l'affidamento di contratti pubblici laddove non vengano rispettati gli oneri di pubblicazione previsti dal Codice; l'affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, quando questo abbia determinato

¹⁷⁰ In particolare, il regolamento menziona: a) l'affidamento di contratti pubblici senza previa pubblicazione di bando (o avviso) nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, sul profilo di committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'Autorità, laddove tale pubblicazione sia prescritta dal Codice; b) l'affidamento mediante procedura diversa da quella aperta e ristretta fuori dai casi consentiti, quando questo abbia determinato l'omissione di bando (o avviso) ovvero l'irregolare utilizzo dell'avviso di pre-informazione di cui all'articolo 59, comma 5 e all'art. 70 del Codice; c) il mancato rispetto del divieto di adottare “atti afferenti a rinnovo tacito” dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; d) la modifica sostanziale del contratto che avrebbe invece richiesto una nuova procedura di gara ai sensi degli artt. 106 e 175 del Codice; e) la mancata o illegittima esclusione di un concorrente nei casi previsti dall'art. 80 e dall'art. 83, comma 1, del Codice; f) i contratti affidati in presenza di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'UE in relazione ai procedimenti d'infrazione avviati ai sensi dell'art. 258 del TFUE; g) mancata risoluzione del contratto nei casi di cui all'art. 108, comma 2 del Codice; h) l'adozione di bandi o altri atti indittivi di procedure ad evidenza pubblica, che contengano clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione e, più in generale, della concorrenza.

l'omissione di bando; la modifica sostanziale del contratto che avrebbe invece richiesto una nuova procedura di gara.

Per ciò che concerne il profilo soggettivo, si tratta di atti adottati da una stazione appaltante, con rinvio alla definizione contenuta all'art. 3 del Codice dei contratti pubblici.

Quanto al *dies a quo* per l'emissione del parere, il regolamento stabilisce che l'Autorità debba emettere il parere motivato entro 60 giorni, termine da ritenersi perentorio, “*per gli atti soggetti a pubblicità legale o notiziale, dalla data di pubblicazione, per gli altri atti dall'acquisizione della notizia, da parte dell'Autorità, dell'emanazione dell'atto*”.

Anche in tal caso, l'Autorità acquisisce la “notizia della violazione” – da intendersi quale indicazione degli elementi di fatto e di diritto che consentano di individuare i vizi dell'atto e di valutare la sussistenza del requisito della grave violazione di cui al comma 1-*ter* – nell'esercizio della propria attività istituzionale, ordinariamente d'ufficio ma anche tramite segnalazione di terzi ¹⁷¹, potendo anche chiedere ulteriori informazioni e documenti alla stazione appaltante o a soggetti terzi ¹⁷².

Dal regolamento di attuazione dell'ANAC si evince, poi, che, entro il termine perentorio di 60 giorni dal *dies a quo* succitato, il parere non solo deve essere adottato, ma anche trasmesso alla stazione appaltante, posto che è solo con la trasmissione – afferma l'ANAC – che viene assegnato dall'Autorità e inizia a decorrere il termine, non superiore a sessanta giorni, entro il quale la stazione appaltante è invitata a conformarsi attraverso autotutela alle prescrizioni in esso contenute.

Il parere deve essere inoltre motivato, dovendo indicare non solo le violazioni riscontrate (attinenti ovviamente alla legittimità e non all'opportunità dell'atto), ma

171 Eventuali segnalazioni di terzi non hanno tuttavia carattere vincolante per l'Autorità in relazione all'apertura della fase procedimentale, non determinando alcun vincolo di esame o di istruttoria: infatti – come ha rilevato il Consiglio di Stato – il procedimento amministrativo volto all'adozione del parere quale atto finale è sempre ad iniziativa d'ufficio. Anche a tale fattispecie si estende l'osservazione già compiuta con riguardo al comma 1-*bis*, e cioè che le segnalazioni da parte di terzi possono essere valutate dall'Autorità in considerazione delle risorse disponibili e tenendo conto della gravità della violazione e della rilevanza degli interessi coinvolti dall'appalto.

172 Tale richiesta – afferma l'ANAC – non sospende i termini di cui al comma 1-*ter*.

anche – con aggiunta che si rinviene nel regolamento – i rimedi da adottare per eliminarle.

Quanto alla sua natura ed impugnabilità, secondo il Consiglio di Stato il parere realizza un momento di interlocuzione fra le amministrazioni, che stimola la stazione appaltante ad adeguarsi spontaneamente a quanto prescritto dall'Autorità. Rappresenta, cioè – riprendendo le parole di tale organo – un atto “*privo di natura provvedimentoale, trattandosi di un atto di sollecitazione all'eventuale autonomo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante*”: in quanto tale, esso non è autonomamente lesivo e dunque direttamente impugnabile dalla stazione appaltante.

Inoltre, esso è “*inidoneo a produrre in modo diretto ed immediato effetti negativi e/o pregiudizievoli nella sfera giuridica degli operatori economici interessati alla vicenda esaminata, il che esclude la necessità di una sua comunicazione ai controinteressati, che in questa fase potrebbe essere solo fonte di equivoci, contrasti e perplessità*”¹⁷³.

Quanto al rapporto fra parere e ricorso giurisdizionale, il primo rappresenta il presupposto processuale previsto a pena di inammissibilità dell'azione.

In quest'ottica ben si comprende come tale strumento rappresenti espressione non solo di vigilanza collaborativa – come la fattispecie di cui al comma 1-bis – ma anche, per il tramite di una “*tutela preventiva volta ad evitare il ricorso agli strumenti giurisdizionali, con la spontanea collaborazione del soggetto sollecitato all'autotutela*”¹⁷⁴, di deflazione del contenzioso¹⁷⁵.

Trattandosi di un mero invito all'autotutela, in tale fattispecie il momento valutativo *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/90 permane in capo alla stazione appaltante, che potrà ritenere opportuno non conformarsi al parere dell'ANAC. È di tutta evidenza, allora, la differenza con l'autotutela che veniva ad emergere sia nella

173 Continua il Consiglio di Stato: “*d'altra parte la funzione di informazione del controinteressato ai fini dell'esercizio del diritto di difesa è da ricollegarsi all'eventuale avviso di avvio del procedimento che sarà adottato dalla stazione appaltante (che abbia deciso di conformarsi al parere motivato dell'Autorità) ovvero alla notifica del ricorso eventualmente proposto dall'Autorità stessa*”.

174 Così, M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit..

175 Cfr. oltre che il parere del Consiglio di Stato, anche R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, cit.; cfr. altresì, M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit..

precedente raccomandazione vincolante, sia nella fattispecie di cui all'art. 21-bis della l. n. 287/90.

Laddove vi sia mancata o parziale conformazione della stazione appaltante alle indicazioni contenute nel parere, l'ANAC ha la facoltà di proporre ricorso avverso l'atto che si assume come illegittimo. Potere, e non dovere, dunque, che allude all'eventualità che l'Autorità possa persuadersi che la non conformazione sia stata legittima (in considerazione, ad esempio, dell'eccessivo tempo trascorso e dell'assenza di un interesse pubblico specifico e attuale).

Il giudizio ha ad oggetto, ad ogni modo, l'atto iniziale adottato dalla stazione appaltante, potendo l'Autorità impugnare il rifiuto di autotutela solo congiuntamente all'atto originario, eventualmente anche con motivi aggiunti.

In tale fattispecie, dunque, il ricorso si configura come *extrema ratio* al fine di ottenere la tutela dell'interesse pubblico perseguito: del resto – come già osservato anche per l'AGCM – si dà luogo ad un giudizio fra pubbliche amministrazioni, che è visto con disfavore da un legislatore che preferisce modalità preventive di risoluzione del conflitto ispirate al rapporto di leale collaborazione fra di esse.

La dinamica processuale testimonia inoltre la divergenza con la precedente raccomandazione vincolante.

Come è stato messo in evidenza in dottrina ¹⁷⁶, infatti, “*mentre nel modello della raccomandazione vincolante dell'ANAC era la stazione appaltante a doversi rivolgere al giudice per sottrarsi alla raccomandazione stessa e l'ANAC era tenuta a difendere in giudizio la propria determinazione, l'attuale rimedio risponde ad una logica differente: se la stazione appaltante non si adegua all'avviso dell'Autorità, sarà quest'ultima ad adire le vie giurisdizionali, attaccando così in giudizio i provvedimenti della stazione appaltante*”.

Il ricorso deve essere infine esperito – per il Consiglio di Stato – entro il termine perentorio di 30 giorni dalla ricezione della risposta della stazione appaltante, ovvero, in caso di mancata risposta, dallo scadere del termine assegnato per la conformazione. Non occorrerebbe dunque sempre attendere, per poter impugnare, la scadenza del termine di (non meno di) 60 giorni assegnato alla stazione appaltante per conformarsi.

¹⁷⁶ Così, M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit..

Quanto al rito, la disposizione di legge stabilisce che debba applicarsi l'art. 120 c.p.a.

Analisi del comma 1-quater

In relazione al comma 1-quater, il Consiglio di Stato ha affermato la sua attitudine a rendere "eccezionali" le attribuzioni di iniziativa processuale riconosciute all'ANAC dai commi precedenti.

Secondo tale organo, infatti, la legittimazione a ricorrere dell'ANAC è non solo discrezionale, ma anche eccezionale, posto che al potere di azione riconosciuto all'Autorità corrisponde il potere/dovere della medesima di autolimitarsi – autodisciplina che l'ANAC si è appunto data con il regolamento suindicato – individuando ai sensi del comma 1-quater – preventivamente ed in via generale – *“i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter”*.

Nel proprio parere, infatti, il Consiglio di Stato, *“pur riconoscendo che il legislatore ha inteso attribuire all'Autorità un'ampia discrezionalità in ragione della delicatezza e rilevanza della materia oggetto dell'eccezionale potere di azione finalizzato alla migliore cura e tutela possibile dell'interesse pubblico sotteso alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, deve tuttavia rimarcare che proprio attraverso la previsione del potere regolamentare il legislatore ha inteso limitare quell'ampia discrezionalità affinché la stessa non si trasformi in arbitrio o irragionevolezza”*.

Pertanto, ove si faccia riferimento al “potere” di iniziativa processuale dell'Autorità, occorre tenere in considerazione che, in ossequio ai principi di ragionevolezza e di razionalità, la sua decisione di agire in giudizio non è totalmente libera da vincoli, dovendo la stessa agire nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge e dal regolamento.

Eppure, al di là degli interventi del Consiglio di Stato e dell'ANAC, permangono ancora taluni interrogativi irrisolti.

Fra questi, le tipologie di azioni esperibili dall'Autorità – ove i primi commentatori sembrano orientati in senso restrittivo, ritenendo che essa possa

proporre solo l'azione di annullamento¹⁷⁷ – oltre che alcune questioni più tecniche, ove vi rientra ad esempio il dubbio che il termine di 30 giorni assegnato all'ANAC per proporre il ricorso si riferisca alla sola notificazione del medesimo, parendo inesigibile che entro tale ristretto termine il ricorso venga anche depositato, considerata anche la verosimile presenza di numerosi controinteressati cui notificare il ricorso.

Così come problematiche sono destinate a sorgere con riguardo alle clausole (del rilevante impatto del contratto o della gravità dell'illegittimità) che fungono da presupposto sostanziale per l'esperimento del ricorso.

La finalità sottesa ad esse è infatti la volontà di evitare il pericolo di un'amplificazione incontrollata di contenzioso, oltre che una troppo estesa generalizzazione del potere dell'ANAC, che parrebbe in contraddizione con la previsione del rito speciale in materia di appalti, caratterizzato da termini ristretti, al fine di limitare il ricorso al giudice, valorizzando le esigenze di stabilità ed inoppugnabilità degli atti.

Tali clausole, del resto, sebbene rese meno evanescenti dall'intervento dell'ANAC, conferiscono alle attribuzioni processuali in esame un certo grado di incertezza, con la probabile conseguenza che, non appena inizierà a sorgere contenzioso, la giurisprudenza amministrativa sarà verosimilmente chiamata a pronunciarsi al fine di limitare l'opinabilità derivante da esse.

4.3. Le ragioni dell'ancora totale assenza di contenzioso

Diversamente da quanto asserito con riguardo all'assenza di contenzioso relativo alla legittimazione processuale dell'ART, la scelta dell'ANAC di non avvalersi di tale strumento è stata volontaria, in attesa che su di esso si sviluppasse maggiore chiarezza.

Del resto, qualche Autore aveva già rilevato – prima ancora che tale prerogativa sorgesse – con riferimento al non ancora introdotto *“potere di ricorrere contro tutte le clausole dei bandi di gara (e magari contro tutti gli altri provvedimenti posti in essere dall'amministrazione in tali procedimenti) e per violazione di tutte le norme di legge (ed i relativi principi) vigenti in materia”*, che *“saremmo di fronte ad un*

177 Cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit.; R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, cit..

*potere di azione sterminato, se consideriamo il numero di stazioni appaltanti ed il numero dei contratti pubblici”*¹⁷⁸.

Tale ragione spiega perciò l'atteggiamento di precauzione che ha assunto fino ad oggi l'ANAC.

Dopo l'ultimo intervento del Consiglio di Stato, tuttavia, i tempi sembrano oramai maturi affinché l'Autorità possa esercitare tale attribuzione: sicché, verosimilmente, nel prossimo futuro, si potrà analizzare anche la prassi applicativa relativa alla fattispecie in esame.

5. Continuità e discontinuità fra i diversi poteri di legittimazione processuale

Si osserveranno, ora, prima gli elementi di continuità, in seguito quelli di discontinuità, fra i poteri di iniziativa processuale delle diverse autorità amministrative indipendenti.

I) Il primo profilo di continuità è costituito dal carattere oggettivo di dette legittimazioni processuali.

La legittimazione a ricorrere assume, infatti, in tali casi, una sua diversa configurazione.

La sua esistenza deriva, infatti, immediatamente, dal diritto positivo, e cioè dalla disposizione normativa che legittima direttamente le Autorità ad avviare il giudizio.

A fronte di tale mutamento della fisionomia della legittimazione al ricorso, ci si chiede se il giudice amministrativo debba limitarsi ad accertare l'esistenza della previsione ordinamentale ai fini di ritenere integrata la condizione dell'azione, o debba invece andare oltre ad essa, al fine rinvenire, sempre e comunque, l'effettiva titolarità di una situazione giuridica soggettiva in capo al ricorrente.

La prima soluzione appare preferibile, meno forzata oltre che di maggiore senso pratico: del resto – anticipando e rinviando al paragrafo 6 per una più esauriente trattazione – si ritiene che il giudizio amministrativo possa, proprio a fronte di previsioni normative espresse di legittimazione al ricorso, prescindere da una posizione soggettiva sostanziale, non per questo perdendo la propria soggettività. Anche se – come ancora si vedrà al paragrafo 6 – nella giurisprudenza

¹⁷⁸ Così, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit.. Il riferimento dell'Autore è invero relativo all'AGCM, ma si ritiene estensibile, nel contesto giuridico attuale, all'ANAC.

amministrativa si rileva il diverso e costante tentativo di rinvenire una situazione giuridica soggettiva a fondamento del ricorso, quand'anche l'iniziativa processuale sia espressamente contemplata da una previsione ordinamentale.

Percorrendo il sentiero che maggiormente persuade, si può perciò ritenere che il giudice, ai fini di considerare integrata la condizione dell'azione in oggetto, potrebbe limitarsi verificare la previsione normativa che riconosce l'accesso alla giustizia, senza che – come di consueto fa nel verificare l'ammissibilità/procedibilità del ricorso – debba trarre indirettamente dalle previsioni ordinamentali la posizione sostanziale di cui è titolare effettivo il promotore del giudizio, sul quale grava l'onere dimostratorio.

Non solo. La previsione ordinamentale che direttamente legittima al ricorso – oltre a mutare, se così è, l'accertamento compiuto dal giudice – incide anche sull'interesse a ricorrere, che tende in tali fattispecie a sfumare.

Non chiaro è, però, se tale interesse sfumi totalmente o parzialmente, in un contesto ove gioca evidentemente un ruolo essenziale il modo d'intendere l'utilità sostanziale che si ritiene sia perseguita attraverso il processo.

Secondo un primo orientamento ¹⁷⁹, il giudizio prescinderebbe, in tali fattispecie, dalla verifica dell'interesse a ricorrere, sussistente *ipso facto* per la presenza della mera previsione ordinamentale.

Alla base di tali osservazioni vi è l'idea che l'utilità sostanziale perseguita dal processo è, sempre e comunque, il mero rispetto della legalità dell'azione amministrativa, in cui trovano fondamento e anzi si confondono i differenti interessi perseguiti *ex lege* dalle diverse Autorità attraverso il processo (al corretto funzionamento del mercato, all'adeguata mobilità locale, al corretto svolgimento delle procedure di gara).

Si è infatti affermato, in dottrina – in particolare con riguardo all'AGCM, ma con considerazioni estensibili anche agli altri casi – che “*sfuma nel rapporto processuale che contraddistingue questo peculiare diritto di azione [...] l'interesse ad agire. L'interesse ad agire è personale, attuale e concreto. Sono, questi, caratteri che non*

179 Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit..

*si addicono all'azione di un'Autorità che sia chiamata all'attuazione della legge, anziché alla realizzazione di propri interessi”*¹⁸⁰.

Ne costituirebbe prova, secondo tale tesi, la possibilità delle Autorità di ricorrere direttamente anche avverso gli atti dal contenuto generale ritenuti da esse illegittimi, pur di natura non di per sé lesiva e dunque di consueto non immediatamente impugnabili.

Secondo altro orientamento, accolto unanimemente dalla giurisprudenza amministrativa¹⁸¹, l'interesse a ricorrere non verrebbe assorbito dalla previsione ordinamentale che fonda la legittimazione al ricorso.

L'utilità sostanziale ivi perseguita, infatti – rinviando al successivo paragrafo per più analitiche considerazioni – non è riconducibile al mero rispetto della legge e della legalità dell'azione amministrativa, quale interesse pubblico estraneo e trascendente a se stesso, incarnando diversamente i connotati di un autonomo “bene della vita”, un interesse pubblico che assume una propria dimensione sostanziale distinta ed autonoma rispetto all'interesse pubblico alla legalità ordinamentale.

E se dunque sfuma, seppur continuando qui a sopravvivere, l'interesse a ricorrere, è solo perché l'utilità acquisita attraverso l'eventuale sentenza di accoglimento conferisce alla medesima Autorità un beneficio che si concreta nella salvaguardia di un interesse che prima di tutto è pubblico, e che la riguarda nella sua individualità (solo) in quanto garante istituzionale di esso. Anche i caratteri dell'interesse a ricorrere appaiono, del resto, qui, stemperati, ove la personalità si diluisce in una dimensione pubblica dell'interesse leso, ove la lesione medesima è resa maggiormente sfumata e ove l'attualità si prescinde per la sussistenza mera del diritto oggettivo che contempla l'azione giurisdizionale.

Per tale via, dunque, viene anche giustificata la possibilità delle diverse Autorità di impugnare, nei rispettivi casi, i regolamenti e gli atti amministrativi generali, atti che appaiono, secondo tale tesi – al di là che la lesione possa apparire più sfumata –

180 Così, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit..

181 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264.

già di pregiudizio per quegli interessi pubblici perseguiti attraverso la macchina processuale.

Quel che giova pertanto evidenziare è che l'analisi del rapporto fra legittimazione e interesse a ricorrere non è fine a se stessa. Tale relazione, infatti, mette in luce le differenti interpretazioni che dell'utilità sostanziale del giudizio vengono offerte: operazione ermeneutica che – come si vedrà – ha condotto la giurisprudenza e parte della dottrina ad offrire risposta alla *questio iuris* inerente alla natura della giurisdizione amministrativa nelle fattispecie in esame.

II) Il secondo profilo di continuità è la “specialità” di tali legittimazioni a ricorrere, regolate in modo peculiare con riguardo a termini, procedimento preliminare e delimitazione dell'oggetto¹⁸².

III) Il terzo profilo di continuità attiene alla straordinarietà di tali legittimazioni, posto che si tratta di prerogative concesse esclusivamente alle Autorità summenzionate, non invece, in via generale, alle amministrazioni pubbliche¹⁸³.

IV) Il quarto profilo di continuità risiede nella peculiarità degli interessi pubblici perseguiti attraverso il giudizio: di matrice euro-unitaria e così rilevanti da giustificare la speciale attribuzione di iniziativa processuale¹⁸⁴.

V) Il quinto profilo di continuità consiste nel rilievo secondo cui la legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti tenda a configurarsi quale strumento debole per la tutela dell'interesse pubblico perseguito.

Come osservato, infatti, tale prerogativa processuale è discesa, in relazione all'AGCM, dal fallimento dei poteri di *advocacy*, nel caso dell'ART, dall'assenza di poteri di regolazione nel mercato di riferimento, con riguardo all'ANAC, al fine sostituire un potere ritenuto anomalo ed eccessivamente penetrante.

182 Sulla specialità, cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit..

183 Nel senso della “straordinarietà”, cfr. ancora, Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

184 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246, ove fa riferimento, in relazione all'AGCM, alla “particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco”. In dottrina, E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.* 2016, n. 3, pp. 711 ss.; F. GOISIS, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit.; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit..

La logica è stata così, in ciascun caso, compensativa (laddove tale attribuzione sia nata per via di poteri scarsi o inesistenti) o compromissoria-restitutiva (qualora detta prerogativa sia sorta dall'abrogazione di poteri ritenuti esorbitanti).

La legittimazione processuale dell'AGCM, infatti, come osservato, trova la sua ragion d'essere nei risultati insoddisfacenti conseguiti dagli strumenti di *advocacy*, in relazione ai quali l'esperienza *antitrust* racconta una storia caratterizzata da segnali iterativi da parte dei tecnici e da ciechi politici.

Quanto all'ART, è emerso che le nuove e straordinarie forme di legittimazione a ricorrere confezionate dal legislatore rafforzano i poteri di quelle autorità che, pur esercitando in via generale poteri di regolazione, non sono titolari di una specifica attribuzione regolatoria nel segmento di attività in cui la legge riconosce loro l'innovativa investitura processuale.

Infine, con riguardo all'ANAC, la facoltà di adire il giudice amministrativo è discesa dalla volontà di restituirle adeguata forza, a seguito dell'abrogazione del troppo incisivo potere di imporre alle stazioni appaltanti, a pena di sanzione, l'intervento in autotutela.

La macchina processuale, dunque, assume, in dette fattispecie, una veste – che si potrebbe dire – suppletiva, consentendo di recuperare, sebbene in fase giurisdizionale, la tutela della *mission* perseguita da tali autorità, a fronte di una legislazione che non recepisce i loro suggerimenti, o che non conferisce loro poteri regolatori in grado di curare l'interesse pubblico prima che esso venga leso, o, ancora, che non consenta alle medesime di tutelare l'interesse pubblico perseguito con incisivi poteri di vigilanza e sanzionatori inerenti ad una fase procedimentale.

Oltre alla debolezza rispetto all'interesse pubblico perseguito, si segnala, già da ora – sebbene di essi si tratterà nei profili di discontinuità, non rinvenendosi una perfetta e totale omogeneità fra le diverse prerogative in oggetto – la rilevazione di almeno due ulteriori motivi di debolezza: una di carattere strutturale, l'altra applicativa.

VI) Dagli ultimi due profili di continuità evidenziati deriva una contraddizione interna che sembra connotare dette prerogative di iniziativa processuale: se da un lato, infatti, esse sono finalizzate alla protezione di interessi pubblici di matrice euro-unitaria ritenuti così rilevanti da giustificare la medesima previsione di tali strumenti,

dall'altro, le stesse sono sorte, in ciascun caso, da logiche compromissorie, a rivelare la loro attenuata incidenza sulla tutela dell'interesse pubblico di volta in volta perseguito.

VII) Ulteriore profilo di continuità riguarda il cambiamento della “*geografia classica del diritto processuale amministrativo, con un giudice amministrativo chiamato a decidere su conflitti non più tra una parte privata ricorrente e una parte pubblica resistente, bensì tra parti esclusivamente pubbliche*”¹⁸⁵, nonché incaricato di trovare la composizione di interessi pubblici, talora confliggenti, “*in assenza di altre stanze di compensazione a livello politico-amministrativo*”¹⁸⁶.

La messa in crisi di tale geografia non rappresenta invero novità assoluta, laddove si consideri che il diritto processuale amministrativo ha visto persino affermarsi, recentemente, cd. processi a parti invertite¹⁸⁷, a conferma di una rottura del tradizionale schema che vede contrapposte una parte privata ricorrente e una parte pubblica resistente.

Un modello, quello venutosi a costituire con le legittimazioni processuali delle diverse *authorities*, inedito, molto diverso rispetto a quello configurato da precedenti ipotesi normative, ove il legislatore, pur attribuendo la legittimazione ad agire ad una autorità amministrativa indipendente, limitava l'impugnazione ad atti di natura privata, in un contesto, dunque, ove rimaneva immutata la classica fisionomia delle parti del giudizio (pubblico-privato). Si pensi, ad esempio, a tutte quelle disposizioni del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e s.m.i., noto come Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria (TUIF), che attribuiscono alla Banca d'Italia e alla Consob il potere di impugnare – chiaramente di fronte al giudice ordinario – le delibere delle società vigilate adottate in violazione di alcune disposizioni sul diritto di voto in materia di intermediazione finanziaria¹⁸⁸.

Il succitato modello risente altresì dell'influenza europea, apparendo per certi tratti simile a quello incarnato, nel diritto processuale europeo, dal ricorso per inadempimento *ex art. 258 TFUE*, ove la Corte di Giustizia è giudice incaricato di

185 Così, M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. Regol. Merc.*, 2015, n. 1, pp. 6-36. Per alcuni rilievi, cfr. altresì A. ROMEO, *Contestare le liberalizzazioni: profili processuali*, cit..

186 Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, cit..

187 Cfr. Corte Cost., sent. 15 luglio 2016, n. 179.

188 Cfr. artt. 14 comma 7, 62, 110 comma 1, 121, comma 6 e 157 comma 2 del d. lgs. n. 58/1998.

risolvere i conflitti fra due soggetti pubblici, la Commissione e gli Stati membri: in tal evenienza, infatti, la Commissione, nell'ambito di una procedura d'infrazione, allorquando gli Stati membri abbiano violato gli obblighi stabiliti dai Trattati, adisce la Corte di Giustizia al fine di ottenere l'accertamento della violazione e la condanna dello Stato a porre rimedio alla medesima ¹⁸⁹.

VIII) L'ultimo profilo di continuità risulta invece assai più incerto e consisterebbe nella "eccezionalità" di tali legittimazioni processuali, disancorate dalla sussistenza di una situazione giuridica soggettiva sottostante ¹⁹⁰.

Carattere della legittimazione, questo, che ha l'effetto di avvicinare il nostro sistema di giustizia amministrativa al sistema processuale dell'Unione europea, il cui ordinamento è prettamente rimediale, disinteressandosi della consistenza (e, a monte e più radicalmente della stessa sussistenza) di situazioni giuridiche soggettive previamente riconoscibili in capo a colui che detti rimedi sia ammesso ad esperire ¹⁹¹.

In realtà – come si vedrà nel paragrafo 6 – la giurisprudenza amministrativa ha negato tale ricostruzione, rinvenendo un interesse giuridicamente tutelato alla base di tali strumenti processuali: orientamento che – come si potrà osservare – desta però perplessità, specialmente nella misura in cui venga ritenuta unica soluzione per affermare la soggettività del giudizio di fronte a siffatte fattispecie.

Conclusa l'analisi relativa ai profili di continuità, si illustreranno, di seguito, quelli di discontinuità che si ritengono maggiormente rilevanti.

I) Il primo profilo di discontinuità fra le prerogative di iniziativa processuale risiede – e ciò è immediatamente percepibile – nel diverso interesse pubblico perseguito e nel differente settore d'intervento.

II) Il secondo profilo di discontinuità riguarda invece la struttura delle singole legittimazioni processuali.

189 Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720. Sull'art. 258 TFUE, cfr. G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010.

190 A definire in tal senso la "eccezionalità", M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit..

191 Cfr. C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in B. SASSANI, R. VILLATA, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 129.

In linea generale, tali poteri di iniziativa processuale seguono ad una fase procedimentale.

Unica eccezione: la legittimazione diretta riconosciuta all'ANAC ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici.

Il Consiglio di Stato, infatti, nel confrontare la legittimazione dell'ANAC con quella dell'AGCM, ha rilevato la coincidenza sussistente fra i diversi commi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/90, circostanza da cui deriva che il ricorso giurisdizionale è sempre preceduto dal parere motivato; ciò, diversamente da quanto si osserva con riferimento all'ANAC, ove, per la mancata coincidenza fra i due commi, il legislatore ha confezionato due poteri diversi e autonomi tra loro, il ricorso diretto e il ricorso previo parere motivato ¹⁹².

Nei modelli a struttura bifasica rientra inoltre la prerogativa processuale dell'ART. Quest'ultima, infatti, si fonda sulla disciplina di cui alla lettera m) del comma 2 dell'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, e s.m.i. che prevede – analogamente al caso dell'AGCM – che l'accesso alla giustizia consegua ad una previa fase procedimentale.

In tale contesto, pertanto, la legittimazione al ricorso tanto dell'AGCM quanto dell'ART si pone in rapporto di più stretta contiguità, non con il comma 1-*bis*, bensì con il comma 1-*ter* dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici, relativo – come già si è osservato – al ricorso previo parere motivato dell'ANAC.

Tale rilievo – seppur di discontinuità – evidenzia la già menzionata debolezza strutturale di buona parte di tali legittimazioni processuali, che vengono perciò considerate dal legislatore e dai giudici – rinviando alle considerazioni già compiute in relazione alle singole legittimazioni processuali – l'*extrema ratio* per la risoluzione di conflitti. Tutto ciò, prediligendo fasi obbligatorie di pre-contenzioso, ove si valorizzano momenti di interlocuzione preventiva fra le amministrazioni, ove si dà risalto al rapporto di leale collaborazione fra le stesse, ove emerge la volontà che la tutela dell'interesse pubblico sia assicurata all'interno della stessa pubblica

¹⁹² In questo senso, Cons. Stato, Comm. Spec., 26 aprile 2018, n. 1119. Per un confronto fra legittimazione dell'AGCM e dell'ANAC, si veda anche M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit..

amministrazione, oltre che, di converso, la chiara finalità di deflazionare il contenzioso, specie là dove il conflitto sorga fra due amministrazioni.

III) Il terzo profilo di discontinuità attiene all'estensione oggettiva e soggettiva del campo di applicazione delle diverse legittimazioni al ricorso.

Fra i poteri di accesso al giudice delle diverse *authorities*, in particolare, quello dell'AGCM vanta una maggiore ampiezza, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo.

Sotto il profilo oggettivo, ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/90 – come osservato a suo luogo – sono impugnabili dall'AGCM i regolamenti, gli atti amministrativi generali, i provvedimenti puntuali, che violino genericamente le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Nel caso dell'ANAC, diversamente, il legislatore ha previsto che il ricorso dell'Autorità abbia ad oggetto quelle stesse categorie di atti, a condizione però che si realizzino taluni presupposti sostanziali (come le clausole del rilevante impatto del contratto o della gravità dell'illegittimità), che ne circoscrivono l'ambito operativo.

Quanto infine alla prerogativa processuale dell'ART, si ricorda che l'Autorità può impugnare quelle categorie di atti suindicate, solo laddove espressione di adeguamento dei livelli di prestazione del servizio *taxi*.

Sotto il profilo soggettivo, nel caso dell'ANAC e dell'ART, e non in quello dell'AGCM, si limita l'alveo delle amministrazioni di cui le Autorità possono impugnare gli atti: infatti, l'ANAC e l'ART possono impugnare taluni atti adottati, rispettivamente, dalle stazioni appaltanti e dagli enti locali, con un ambito ben più ristretto rispetto a quanto osservato con riguardo all'impugnazione dell'AGCM, estesa addirittura agli atti adottati da altre autorità amministrative indipendenti.

III) Altra differenza fra le diverse legittimazioni a ricorrere consiste nella diversa natura del parere previsto in ciascuna fattispecie (ad eccezione chiaramente del comma 1-*bis* dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici che non prevede la fase procedimentale).

In merito, occorre rilevare che nel caso dell'AGCM e in quello dell'ANAC, tale atto assume sostanziale contenuto di diffida: con esso, le Autorità stimolano l'amministrazione destinataria ad adeguarsi alle prescrizioni in esso contenute.

Diversamente, nel caso dell'ART, si tratta di un parere in senso proprio, tale non solo formalmente, ma anche sostanzialmente.

IV) Anche gli effetti di tale parere sono diversi in ciascuna fattispecie in esame.

Nel caso dell'AGCM il parere/diffida impone obblighi conformativi, realizzando un'autotutela doverosa *sui generis*. Nel caso dell'ANAC, diversamente, si è affermato che il parere costituisce un mero invito all'autotutela, che assume i suoi tipici caratteri discrezionali. Infine, per quanto riguarda l'ART, l'autotutela non viene proprio in rilievo, posto che, al momento dell'adozione del parere, che è preventivo, manca ancora il provvedimento amministrativo di adeguamento su cui incidere con eventuali provvedimenti di ritiro.

Tale profilo sembra – seppur limitatamente all'AGCM – accrescere la debolezza strutturale sopra richiamata relativa a tali legittimazioni processuali, posto che l'obbligo conformativo sorto dal parere/diffida dovrebbe anche indurre più facilmente l'amministrazione all'adeguamento spontaneo, con effetto deflattivo del contenzioso.

V) Ultimo profilo di discontinuità richiama la prassi applicativa e il grado di contenzioso sorto in relazione alle diverse prerogative di iniziativa processuale.

Solo l'art. 21-*bis* della l. n. 287/90 ha trovato infatti oggi applicazione, non invece, per le ragioni già esposte, le altre legittimazioni a ricorrere. Unicamente il tempo potrà perciò svelare il ruolo di tali attribuzioni, sembrando ad oggi costituire strumenti – per l'ennesima volta – deboli, anche sotto il profilo applicativo.

A conclusione, è doveroso ripetere che quelle indicate sono – si badi bene – solo le differenze più rilevanti sussistenti fra le diverse prerogative processuali ¹⁹³.

193 Ve ne sono infatti altre di carattere più tecnico. Ad esempio, le diversità che si rilevano nei *dies a quo* relativi all'adozione del parere e all'esperimento del ricorso, oltre che nei termini concessi all'amministrazione per conformarsi al parere, nel caso dell'AGCM e dell'ANAC.

Per quanto riguarda il *dies a quo* relativo all'adozione del parere, si ricorda che, nel caso dell'AGCM, esso è identificato nell'esatta conoscenza dell'atto, e dunque nel ricevimento, da parte dell'Autorità, dell'atto o di una specifica comunicazione recante gli elementi rilevanti dell'atto. Per quanto riguarda l'ANAC, invece, si fa riferimento alla notizia della violazione (da intendersi quale indicazione degli elementi di fatto e di diritto che consentano di individuare i vizi dell'atto e di valutare la sussistenza del requisito della grave violazione di cui al comma 1-*ter*), non decorrendo dal giorno in cui l'ANAC ha avuto "esatta conoscenza" della violazione, e cioè dalla "notizia dell'atto".

Quanto al *dies a quo* relativo al ricorso, nel caso dell'AGCM, essa può adire il giudice amministrativo entro il termine di 30 giorni decorrenti dal termine della parentesi temporale attribuita all'amministrazione per conformarsi; nel caso dell'ANAC, il termine di 30 giorni decorre: nel caso di cui al comma 1-*bis*, "per gli atti soggetti a pubblicità legale o notiziale dalla data di pubblicazione,

6. La natura del giudizio amministrativo a fronte della legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti. L'alba di un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?

La giurisdizione amministrativa – come osservato nel primo capitolo – non sempre è stata improntata ad una prevalente soggettività.

All'indomani della legge Crispi del 1889 e fino ad una prima parte del XX secolo, infatti, il processo amministrativo appariva ben lontano dall'attuale "processo di parti", presentandosi, nella sua struttura, con caratteri ben più officiosi¹⁹⁴.

Con il tempo – come ancora osservato – la veste obiettiva del giudizio amministrativo si è però opacizzata, lasciando spazio ad una preponderante soggettività.

La Costituzione testimonia tale sviluppo, consolidando – come si è illustrato nel primo capitolo – agli artt. 24, 103 e 113, l'idea di un ricorso giurisdizionale e di un giudizio amministrativo volti a perseguire, come finalità prevalente, la tutela di situazioni giuridiche soggettive di cui l'ordinamento fornisce protezione (e, per tale via, seppur non in via automatica, anche l'idea di un processo improntato alla soggettività). Tale assetto è confermato, ed anzi reso ancora più evidente – come già si era detto – dal Codice del processo amministrativo, che rende l'attuale giudizio amministrativo conforme a molti di quei caratteri che tipicamente connotano un processo di diritto soggettivo.

In tale contesto, sorge l'interrogativo sotteso alla presente ricerca: ovverosia, se, data l'esistenza delle peculiari regole di legittimazione processuale esaminate nel presente capitolo, si possa affermare il ritorno all'oggettività della giurisdizione amministrativa.

per gli altri atti dall'acquisizione della notizia, da parte dell'Autorità, dell'emanazione dell'atto"; nel caso di cui al comma 1-ter, dalla ricezione della risposta della stazione appaltante, ovvero, in caso di mancata risposta, dallo scadere del termine assegnato per la conformazione.

Quanto al termine per conformarsi, esso è individuato in 60 giorni fissi nel caso dell'AGCM, in non meno di 60 giorni nel caso dell'ANAC previsto dal comma 1-ter.

194 Cfr. bibliografia indicata nelle note nn. 27 e 28. Cfr. perciò, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., pp. 47 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., pp. 127 ss.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 72 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 348 ss.; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 377-390; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., pp. 777-785.

Come chiaramente espresso: *“il rischio è che, partiti da una giurisdizione di diritto oggettivo, approdati ad una giurisdizione di diritto soggettivo, attualmente vi siano germi di oggettività potenzialmente dirompenti dal punto di vista sistematico”*¹⁹⁵.

Della questione giuridica posta va subito ridimensionato l'ambito. Il ritorno all'oggettività di cui si discute riguarda, infatti, gli specifici processi che prendono vita da quelle regole che attribuiscono poteri di iniziativa processuale alle autorità amministrative indipendenti. Non attenendo, di converso, al giudizio amministrativo complessivamente inteso, di cui la prevalente soggettività non pare potersi mettere in discussione.

Le regole di accesso alla giustizia succitate, infatti, che modificano l'ordinario atteggiarsi della legittimazione processuale, realizzano – come si è affermato in dottrina – *“particolari modelli processuali* – che sono tali nella misura in cui particolare è proprio l'accesso alla giustizia – *che si aggiungono* – e in tal senso derogano, senza dunque alcun effetto di predominanza – *al modello tradizionale di tipo soggettivo”*¹⁹⁶. Modelli processuali, ancora, questi, che nascono – come osservato – dalla volontà di tutelare specifici interessi pubblici – di incerta riconduzione ad un interesse differenziato e qualificato – che vengono ritenuti particolarmente sensibili e, per tale ragione, meritevoli di speciale protezione da parte dell'ordinamento, che, a tal fine, predispone – appunto mutando le regole di accesso al giudice – un modello processuale differente.

Delimitato l'ambito dell'interrogativo sotteso all'indagine, occorre ora verificare se tali giudizi amministrativi possano, a fronte di tali prerogative di iniziativa processuale, ricondursi ad un modello di giurisdizione di diritto oggettivo.

In base ad un primo ordine di pensiero¹⁹⁷, la legittimazione, in tali casi oggettiva ed eccezionale – posto che la legge sembrerebbe già individuare l'interesse

195 Così, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., p. 157.

196 Così, F. GOISIS, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit., pp. 423 ss.. Tale Autore nega il ritorno alle origini proprio in base alla considerazione che tali regole incidono su specifici giudizi.

197 Cfr. M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2015, pp. 1-57; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit..

perseguito, pubblico e non riconducibile ad interesse differenziato e qualificato – trasforma *ipso facto* il giudizio in un processo dalla natura obiettiva.

Tale conclusione non può essere accolta. Essa sembra confondere, infatti, finalità e natura della giurisdizione, facendo derivare quest'ultima, automaticamente, da disposizioni che sembrano già indicare l'interesse direttamente perseguito e il prevalente scopo del giudizio. Quando invece – si è già detto – l'esplicitazione di tale interesse dovrebbe rappresentare piuttosto una spia, un ulteriore connotato che può condurre verso la soggettività o l'oggettività della giurisdizione.

Infatti – riprendendo quanto illustrato nel primo capitolo – i più raffinati studi sulla natura della giurisdizione evidenziano come molteplici siano i caratteri da osservare per individuare la natura di un giudizio: la fonte della legittimazione processuale, le modalità di attivazione della macchina processuale, la disponibilità del processo già instaurato alle parti coinvolte, i poteri istruttori del giudice, la possibilità dello stesso giudicante di estendere l'oggetto del giudizio¹⁹⁸; nonché, per ultimo – appunto – la finalità del giudizio, carattere utile per individuare la natura della giurisdizione che però non deve essere confuso con la sua essenza e il suo contenuto.

Se così è, per poter rispondere alla *questio iuris* del presente lavoro di ricerca, non pare perciò poter volgere lo sguardo – come ha fatto tale dottrina – solo alla fonte della legittimazione processuale o alla finalità del giudizio, dovendo necessariamente osservare tutti quei caratteri ritenuti sintomatici per l'individuazione della natura di un processo.

Ebbene – ora proseguendo nell'analisi sulla base di tale metodo – non sembra potersi ritenere che i giudizi che prendono vita dalle legittimazioni processuali delle autorità amministrative indipendenti siano intrisi di oggettività.

Relativamente a tali processi, infatti, al di là che muti l'accesso alla giustizia, non cambia alcuna regola formale di stretta procedura rispetto all'ordinario regime processuale dettato dal Codice del processo amministrativo.

198 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, cit., pp. 341 ss., ove l'Autore afferma – riferendosi alla legittimazione prevista dalla legge – che "*piuttosto che di giurisdizione di diritto oggettivo, si tratta, in questi casi, di legittimazione oggettiva, che è un concetto diverso, e di ben più limitate implicazioni*"; cfr. altresì, F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 502; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., pp. 116 ss.

Come è stato affermato, infatti: “*il superamento del carattere individuale e soggettivo della legittimazione a ricorrere non cambia [...] la struttura del processo amministrativo, ossia le regole di stretta procedura*”¹⁹⁹.

“*Dunque, nei casi di legittimazione oggettiva, la struttura del processo amministrativo resta la medesima; come processo di parti [...]. Insomma [...] ci troviamo di fronte allo stesso tipo di processo, non ad un processo diverso. Una volta che il soggetto, a tutela dell'interesse generale di cui è portatore e del quale ha la cura, ha scelto la via del processo amministrativo [...] si assoggetta alle regole di quel processo. Esse restano quelle previste in via generale dal Codice*”²⁰⁰.

Tale lettura persuade. Dunque, il giudizio amministrativo sopravvive, anche in siffatte ipotesi, nella sua configurazione di “processo di parti”, non acquisendo maggiore officiosità, in sicura conformità a quanto asserito dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione.

Del resto, anche nel giudizio civile vi sono numerose ipotesi di legittimazione oggettiva ed eccezionale al fine di promuovere la tutela di un interesse pubblico espressamente indicato dal legislatore, ma mai si è discusso intorno alla natura di diritto soggettivo della giurisdizione, valorizzando la rilevante circostanza che il regime processuale non viene a mutare²⁰¹.

Eppure, l'equivoco metodologico che identifica natura e finalità della giurisdizione non pare vivere solo nelle riflessioni di certa dottrina.

Anche la giurisprudenza amministrativa, infatti – e ciò verrà approfondito nelle pagine che seguono – pare aver fatto propria quell'idea secondo cui l'essenza della giurisdizione consista nel solo scopo del giudizio, da cogliersi in base all'interesse sottostante all'azione. I giudici amministrativi, infatti, con riferimento all'AGCM e all'ANAC – per salvare la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa a fronte di tali deviazioni della normale fisionomia dell'accesso alla giustizia – hanno ricondotto (forzatamente) l'interesse al buon funzionamento del mercato, nonché

199 Così, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., p. 148.

200 Così, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit., pp. 341 ss..

201 Cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit.. L'Autore cita, in particolare, l'art. 69 c.p.c., che legittima l'azione civile del Pubblico Ministero, che (ove non agisce per far valere un diritto altrui) persegue la tutela di un interesse pubblico, nonché l'art. 14, comma 7, TUIF, che attribuisce alla Banca d'Italia e alla Consob il potere di impugnare le delibere o altri atti adottati da titolari di partecipazioni di una Sim o di una Sicav privi dei requisiti di onorabilità.

quello al corretto svolgimento delle procedure di gara, ad un interesse diffuso soggettivizzatosi in capo alle Autorità.

Tracciate le coordinate generali del dibattito, ci si concentrerà, ora, su quanto è stato espresso in dottrina e in giurisprudenza con riferimento alle singole ipotesi di iniziativa processuale in oggetto.

Considerazioni sulla legittimazione processuale dell'AGCM

Iniziando dall'osservazione della legittimazione processuale dell'AGCM, parte della dottrina ha affermato che l'Autorità agisca per il mero interesse pubblico al rispetto della legge, nell'ambito di un giudizio di natura oggettiva²⁰².

Secondo tale orientamento, infatti, l'Autorità verrebbe a trasformarsi in una sorta di "*Pubblico Ministero della concorrenza*"²⁰³, posto che non attiverebbe la macchina processuale per un interesse giuridicamente tutelato riconducibile all'interesse legittimo, diversamente perseguendo l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, di cui costituirebbe mera espressione la tutela della concorrenza: interesse, questo, che è pubblico, ma non differenziato e qualificato, coincidente con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività, sì da configurare un'inedita "*azione senza posizione soggettiva*"²⁰⁴.

Tale lettura – come anticipato – non convince e neppure ha persuaso la giurisprudenza amministrativa.

Quest'ultima ha infatti rigettato l'idea di una neo-oggettivizzazione del giudizio amministrativo, ritenuta di più incerta compatibilità con l'assetto costituzionale, per intraprendere la diversa strada ermeneutica volta ad individuare, anche in tali casi, la natura soggettiva del giudizio.

Il modo, tuttavia, in cui i giudici amministrativi sono giunti ad affermare la soggettività di tali processi desta alcune perplessità.

202 Fra tali Autori, cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit.. Per alcune considerazioni ricostruttive, pur trattandosi di decisioni che hanno ricondotto la fattispecie in esame ai più tradizionali schemi della giurisdizione soggettiva, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

203 Così, ancora, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., che ricostruisce altresì i diversi tentativi legislativi di introdurre la figura del Pubblico Ministero nel processo amministrativo.

204 Tale espressione si rinviene nelle ricostruzioni operate in alcune decisioni del giudice amministrativo. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

Tale essenza, infatti, è stata ricavata dai giudici amministrativi – si badi bene – non valorizzando la struttura formale del giudizio e l'immutato regime processuale, sibbene dalla sua finalità, con lo sforzo di ricercare, nella tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, un interesse riconducibile *lato sensu* all'interesse legittimo²⁰⁵.

Secondo il giudice amministrativo, infatti, tale ricorso “*più che come potere di agire nell'interesse generale della legge in uno specifico settore [...] di difficile riconduzione all'interesse legittimo, diventa così, per scelta del legislatore, uno strumento volto a garantire l'attuazione dell'interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore della concorrenza, cui è specifica destinataria l'Autorità*”²⁰⁶.

L'interesse alla salvaguardia della concorrenza non rappresenterebbe, allora – per il giudice amministrativo – il solo rispetto della legge e della legalità dell'azione amministrativa, quale interesse pubblico estraneo e trascendente a se stesso, incarnando diversamente i connotati di un autonomo “bene della vita”, un interesse (pur pubblico) che assume una propria dimensione sostanziale distinta rispetto all'interesse pubblico alla reintegrazione del diritto oggettivo.

Indubbia è allora – cogliendosi dall'*iter* argomentativo seguito dal giudice amministrativo – la vicinanza di tale interesse allo schema proprio dell'interesse diffuso²⁰⁷, ove l'ordinamento giuridico, che intende tutelare quell'interesse originariamente adespota e sfornito di tutela, individua un ente esponenziale legittimato a proteggerlo di fronte al giudice, soggettivizzandolo, rendendolo differenziato e qualificato, trasformandolo in una variante super-individuale dell'interesse legittimo.

Pur con due varianti.

205 Cfr. in secondo grado, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246. In primo grado, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373; TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737; TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264; TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

206 Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

207 In relazione alla giurisprudenza relativa alla soggettivizzazione dell'interesse diffuso e la sua “trasformazione” in interesse collettivo, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2011, n. 5986; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107. In dottrina, sugli interessi super-individuali, cfr. fra gli altri, C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit.; L. LANFRANCHI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003; M. CRESPI, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992.

La prima consiste nel rilievo in base al quale l'ordinamento attribuisce, in tal caso, il potere di accedere al giudice, tramite la disposizione di legge in esame, non ad un qualunque ente associativo rappresentativo, bensì all'AGCM, soggetto pubblico preposto istituzionalmente alla tutela della concorrenza²⁰⁸.

La seconda si basa sulla circostanza che la legittimazione processuale dell'Autorità non si relaziona, in tal caso, al venir meno del carattere adespota di tale interesse.

La prerogativa di iniziativa processuale *de qua* si affianca infatti alla legittimazione al ricorso già spettante ai diversi attori del mercato: legittimazione, questa, che è stata riconosciuta dalla giurisprudenza dapprima alle imprese, più tardi anche ai consumatori (eventualmente anche riuniti in associazioni), attraverso un'evoluzione pretoria che ha fatto venire meno l'originario carattere adespota dell'interesse alla tutela della concorrenza.

Sicché la previsione di legittimazione processuale dell'AGCM non sorge al fine di rendere giustiziabile un interesse che altrimenti non lo sarebbe stato, bensì deriva dalla volontà di non lasciare la tutela del corretto funzionamento del mercato alle iniziative individuali ed atomistiche degli operatori economici. Come è stato opportunamente rilevato in dottrina, del resto, *“l'interesse alla concorrenza – rappresenta – un interesse debole perché diffuso [...] spesso divergente da quello della singola amministrazione, specialmente se locale, e della relativa popolazione; e, quindi, facilmente leso da atti contro i quali nessuno ha interesse a ricorrere”*²⁰⁹.

Tale giurisprudenza amministrativa – sorretta invero anche da parte della dottrina²¹⁰ – ha così ritenuto che permanga una giurisdizione di diritto soggettivo, in un processo prevalentemente finalizzato alla tutela di un interesse che non è il mero ripristino della legalità violata, quale interesse pubblico estraneo a se stesso;

208 Cfr. per tale rilievo, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

209 Così, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, cit., p. 292. Tutto ciò, peraltro, anticipando contestualmente il momento in cui possa dirsi sorto l'interesse a ricorrere – data la possibilità per l'Autorità di impugnare anche atti dal contenuto generale – e in cui possa essere adito il giudice amministrativo. L'interesse al corretto funzionamento del mercato ivi protetto, infatti, *“proprio perché comunque leso per la mera violazione delle norme sulla concorrenza, pone un'esigenza di tutela, e di attivazione dei rimedi anche giurisdizionali di tutela, pure quando, e anche sebbene, la lesione del mercato non si traduca in una lesione particolare di posizioni giuridiche soggettive dei privati”*. Così, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

210 Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/90*, cit..

trattandosi, di contro, di un interesse che, se pure trascende la dimensione individuale presentandosi quale interesse pubblico, sarebbe riconducibile all'interesse diffuso al corretto funzionamento del mercato, che si soggettivizza in capo all'Autorità, differenziandosi e qualificandosi.

E dello stesso avviso – relativamente all'interesse sottostante – appare anche la Corte Costituzionale, che, sebbene si sia pronunciata su diversa questione in relazione all'art. 21-*bis*²¹¹, ha negato che sia stata con tale disposizione introdotta una figura equipollente al Pubblico Ministero, figura che invece agisce nell'interesse della legge senza farsi portatore di alcun interesse pubblico autonomo.

L'orientamento succitato, oramai consolidato in giurisprudenza, ha però destato alcune perplessità nella comunità scientifica: non solo per la difficoltà di ricondurre l'interesse alla concorrenza ad un interesse diffuso per le ragioni anzidette, quanto perché tale lettura sembra anche realizzare una forzatura del concetto di “bene della vita” tradizionalmente accolto²¹².

Per “bene della vita”, infatti, *“si intende usualmente un'utilità sostanziale concreta protetta da una norma che il titolare di una situazione giuridica soggettiva mira a conservare o ad acquisire. Essa è suscettibile di misurazione ed è risarcibile nel caso in cui subisca una lesione. La nozione di bene della vita non può essere estesa fino a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa. Se così fosse tutti gli apparati amministrativi finirebbero per essere portatori di una situazione giuridica costituita dall'interesse pubblico per il perseguimento del quale sono stati istituiti”*, con la conseguenza paradossale di poter adire l'autorità giurisdizionale a fronte di qualsiasi violazione di detto interesse.

Allo stesso modo, tale dottrina mette in evidenza come negare una situazione giuridica sostanziale autonoma in capo all'AGCM non significhi equiparare l'Autorità ad una sorta di Pubblico Ministero che agisce nell'interesse della legge, posto che la legittimazione dell'Autorità è molto più circoscritta, ricomprendendo

211 Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20. Cfr. nota n. 101.

212 Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit.; cfr. altresì, M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit..

quel solo segmento ordinamentale corrispondente alla tutela della concorrenza e del mercato di cui l'AGCM è garante.

A tali perplessità, va poi aggiunto il consueto rilievo che tale orientamento pretorio – come già si è anticipato – non pare poter essere accolto nella misura in cui fa discendere la natura del giudizio dalla sua finalità. Scoprire che l'interesse al buon funzionamento del mercato sia riconducibile ad un interesse diffuso, infatti, rivela solo il prevalente scopo del giudizio. Non il suo contenuto. Apparendo, perciò, come un risultato parziale. Rivelando così, in altre parole ancora, il risultato di un'indagine di diritto sostanziale che non necessariamente coincide con il risultato dell'indagine di diritto processuale, quella volta all'individuazione dell'essenza del giudizio.

Se così è, allora, si ritiene che sarebbe preferibile limitarsi ad affermare la natura soggettiva dei giudizi che prendono linfa vitale dalla legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti – ricavandola dalla struttura formale del processo e dall'immutato regime processuale rispetto a quello ordinariamente delineato dal Codice del processo amministrativo – senza confondere natura e finalità della giurisdizione e senza intraprendere percorsi ermeneutici che, per ricavare un interesse sostanziale sottostante, forzano – probabilmente in eccesso – i confini delle tradizionali categorie del diritto amministrativo (nel caso di specie, quella di “interesse diffuso” e quella di “bene della vita”).

Del resto, come è stato affermato in dottrina – e pienamente corrispondente ad una lettura che guarda al contenuto e alla struttura formale del processo, e non invece soltanto alla finalità – *“riconoscere una impostazione squisitamente soggettiva al processo amministrativo non significa ritenere indispensabile sempre e necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva di tipo sostanziale correlata al processo instaurato”*. Basti pensare, ancora una volta, a quanto si manifesta nel diritto processuale civile, ad esempio, nelle già richiamate disposizioni del TUIF, ove le *“legittimazioni ex lege della Banca d'Italia e della Consob non hanno posto la questione se le autorità di settore investite del potere di impulso processuale siano titolari di una situazione giuridica sostanziale autonoma, desumibile in qualche modo dalle finalità di interesse pubblico individuate dall'art.*

5 TUIF per l'esercizio dei poteri ad esse attribuiti (salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, tutela degli investitori, ecc.)”²¹³.

Considerazioni sulla legittimazione processuale dell'ANAC

Le perplessità già espresse relativamente all'orientamento giurisprudenziale precedentemente illustrato con riguardo all'AGCM appaiono ancora più evidenti analizzando la legittimazione processuale dell'ANAC, in particolare per la maggiore difficoltà di ricondurre l'interesse fatto valere dall'Autorità ad un classico interesse diffuso.

Premessa di fondo è che la giurisprudenza amministrativa ha rinvenuto, anche in tal caso, in particolare in alcuni *obiter dicta*, un interesse giuridicamente tutelato, differenziato e qualificato, nell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure di gara.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha infatti recentemente asserito che il riconoscimento della legittimazione processuale attribuita all'ANAC è indice della consapevole attenzione riservata dal legislatore nazionale alla “concorrenza per il mercato”, quale interesse pubblico di rango costituzionale ed europeo direttamente perseguito attraverso il giudizio. Affermando, altresì, che “*non sembra a questa Adunanza Plenaria che la disposizione di cui all'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 si muova nella logica di un mutamento in senso oggettivo dell'interesse – avendolo solo – subiettivizzato in capo all'Autorità*”²¹⁴.

Anche in tal caso, però – come già visto per l'AGCM – l'interesse sostanziale sottostante fa fatica ad essere perfettamente riconducibile ad un classico interesse

213 Così, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit.. Per le disposizioni cui si fa riferimento, cfr. nota n. 188.

214 Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4. Nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 6. Tale impostazione volta a qualificare l'interesse al corretto svolgimento delle gare come interesse diffuso, peraltro, si rinviene non solo nella giurisprudenza amministrativa, ma anche nella relazione illustrativa del regolamento di attuazione adottato dall'ANAC, ove si afferma che i commi 1-bis e 1-ter dell'art. 211 del Codice “*sviluppano l'impostazione concettuale e le finalità che sono alla base dei numerosi esempi di apertura alla legittimazione di soggetti pubblici e di associazioni che possono agire per la tutela – si badi bene – di interessi superindividuali*”. Così, Relazione illustrativa del “*Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-bis e 1-ter del d.lgs. n. 50/2016*” adottato dall'ANAC.

Si sottolinea infine che anche in relazione all'ANAC – come già osservato per l'AGCM – viene a realizzarsi un'anticipazione della tutela processuale: la sua iniziativa impugnatoria, infatti, “*ove giudicata fondata in sede giurisdizionale, potrà condurre alla immediata espunzione dal sistema di bandi viziati, consentendo che gli stessi vengano emendati immediatamente da eventuali disposizioni illegittime, ancora prima che siano esperite le operazioni affidate al seggio di gara*”. Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 6.

diffuso: perché la soggettivizzazione avviene, in tal evenienza, a favore di una pubblica autorità; poiché la disposizione che fonda la legittimazione processuale dell'ANAC non ha reso giuridicamente tutelato un interesse prima adespota, posto che il suo potere d'iniziativa processuale si affianca all'iniziativa del singolo partecipante alla gara, (già) titolare di *“un interesse del tutto distinto da quello pubblicistico [...] ha l'interesse primario ed immediato ad aggiudicarsi la gara medesima [...] soltanto laddove l'aggiudicazione diviene impossibile assume rilievo l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara”*; per un terzo ed ulteriore motivo.

Nel caso dell'ANAC, infatti – come osservato in premessa d'analisi – massima – e maggiore che nel caso dell'AGCM – è la difficoltà di ricondurre l'interesse fatto valere dall'Autorità ad un interesse diffuso. ciò – conformemente a quanto sottolineato in dottrina – in quanto nel settore dei contratti pubblici, ove nota è l'alta litigiosità, sarebbe veramente difficile ipotizzare l'esistenza di numerosi interessi totalmente adespoti ²¹⁵.

Se così è, appare anche qui preferibile limitarsi ad affermare che lo strumento in esame *“non si spinge a connotare il processo amministrativo come un processo officioso; esso continua ad avere, anche nel caso di legittimazione straordinaria, i connotati del processo di parti”* ²¹⁶. E ciò, indipendentemente dalla riconduzione o meno dell'interesse sostanziale ad un interesse giuridicamente tutelato, operazione ermeneutica che, oltre ad essere opinabile e forzare talune categorie del diritto amministrativo, individua la finalità prevalente di un giudizio, non invece la sua natura.

Considerazioni sulla legittimazione processuale dell'ART

Nulla aggiunge al dibattito, invece, l'indagine sulla legittimazione processuale dell'ART, che pertanto si tratterà solo per completezza d'analisi ed in maniera assai sintetica.

Volendo qualificare – come probabilmente farebbe la giurisprudenza amministrativa (invece mancante) – l'interesse pubblico all'adeguata mobilità

215 Cfr. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'ANAC*, cit.; M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, cit..

216 Così, R. DE NICTOLIS, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, cit..

perseguito attraverso il giudizio, lo stesso pare poter essere ricondotto, senza troppe difficoltà, ad un interesse super-individuale protetto. Tale interesse si riferisce infatti allo specifico servizio *taxi* e ad un determinato contesto locale preso a riferimento, appartenendo all'utenza di quel servizio specifico che poggia su quel determinato territorio: e, cioè, ad un insieme di persone che, pur definite nel loro numero, non sono inquadrabili all'interno di un gruppo strettamente inteso. In tale contesto, allora, l'ART diviene ente esponenziale di tale interesse, che diversamente non sarebbe giustiziabile.

Eppure – rinviando a quanto già detto – qualificare tale interesse aiuta relativamente all'indagine, individuando la finalità e non la natura del giudizio.

Ricapitolando

Accingendoci al termine di tale capitolo, con l'intenzione di “tirarne le fila”, occorre rilevare che nell'equivoco di partenza basato sull'identità fra natura e finalità del giudizio sembrano essere caduti sia parte della dottrina sia la giurisprudenza amministrativa, pur con esiti addirittura opposti.

La prima, che ha sostenuto l'oggettività di tali giudizi sulla sola base di una legittimazione che trovasse un riconoscimento nel diritto positivo e che individuasse espressamente, quale fine perseguito, un interesse pubblico; la seconda, che, per far salva la natura soggettiva di tali giudizi, ha forzato talune categorie del diritto amministrativo, come quella degli “interessi diffusi” e del “bene della vita”, al fine di individuare – potrebbe dirsi, “costi quel che costi” – un interesse sottostante all'azione che fosse differenziato e qualificato.

In tale contesto – se si vuole invece evitare di confondere l'essenza dallo scopo del giudizio – occorre guardare al processo in una dimensione più ampia, osservare le sue regole e la sua struttura, procedere con un'analisi che si muova prevalentemente sul terreno del diritto processuale, così da attribuire dignità propria alla natura del giudizio.

Via, questa, che ci consente perciò di affermare che il giudizio amministrativo, anche là dove prenda vita su impulso delle autorità amministrative indipendenti, rimanga, immutato nelle proprie regole di stretta procedura e al di là di ogni forzata qualificazione dell'interesse che muove la macchina processuale – e, cioè, al di là che la legittimazione oggettiva possa in tali casi anche essere eccezionale e

perseguire la mera reintegrazione del diritto oggettivo – un “processo di parti” improntato alla soggettività.

La scelta di far salva l'eccezionalità della legittimazione processuale è compatibile con l'assetto costituzionale?

L'ultimo profilo che merita di essere analizzato attiene alla legittimità costituzionale di tali poteri di legittimazione processuale.

In un giudizio costituzionale sollevato in via principale, infatti, si è posta, innanzi alla Consulta, la questione di legittimità costituzionale di una di tali previsioni – in particolare quella relativa all'AGCM – per contrasto (anche) con l'art. 113 della Costituzione²¹⁷.

La censura promossa dalla Regione Veneto si è fondata, nel caso di specie, su una rigida interpretazione del testo costituzionale, in base alla quale tutto ciò che devia dall'ordinario modello di legittimazione soggettiva e giurisdizione soggettiva è suscettibile di incostituzionalità.

La Consulta non si è invero pronunciata su tale specifica doglianza. Sembra perciò opportuno riflettere su tale questione, che potrebbe anche riproporsi nel prossimo futuro.

Quel che si ritiene è che non vi sia alcuna incostituzionalità di tali previsioni, anche là dove le si “sganci” – come si è sostenuto – da un interesse differenziato e qualificato sottostante.

Ritenere incostituzionali tali disposizioni stride, infatti, primariamente, in un ordinamento che è pervaso, in qualsiasi ramo del diritto processuale, da legittimazioni di stampo oggettivo.

Ma al di là di tale rilievo – che potrebbe non rilevare in punto di legittimità costituzionale – la stessa interpretazione da attribuire alle succitate disposizioni costituzionali non dovrebbe essere così rigorosa.

Come autorevolmente affermato in dottrina, infatti, le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa “*sono state formulate in funzione garantistica: il costituente ha voluto che ai titolari degli interessi legittimi [...] fosse garantita la possibilità di*

217 Tale giudizio è stato promosso con ricorso (r.r. n. 29 del 2012) contro lo Stato e dalla Regione Veneto, che ha sollevato censure di costituzionalità relative alla previsione di legittimazione processuale dell'AGCM con riferimento a diverse disposizioni costituzionali, fra cui l'art. 113 Cost. Per la decisione, che invero non si è poi espressa sul punto, cfr. Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20, già illustrata nella nota n. 101.

*adire il giudice amministrativo. Ma, come tutte le norme di garanzia, essa impone un minimo, non preclude un di più [...] non vieta al legislatore di disciplinare tale processo in modo tale che esso assicuri la protezione anche di altri interessi”*²¹⁸.

Se così è, allora, tali previsioni possono tranquillamente permanere nel nostro ordinamento, nell'ambito, peraltro, di una giurisdizione, che può essere chiaramente soggettiva, ma che può anche essere diversamente strutturata dal legislatore: in altre parole ritenendosi che la tradizionale organizzazione in senso soggettivo del processo costituisca, sotto il profilo strettamente costituzionale, strutturazione necessaria, ma non esclusiva.

Anzi, accantonando i dubbi di legittimità costituzionale, persino si potrebbe cercare di realizzare una maggiore chiarezza ordinamentale, introducendo una disposizione all'interno del Codice del processo amministrativo che legittimi espressamente la previsione di legittimazioni di stampo oggettivo: dato che il legislatore, nella creazione di tali poteri, pare fino ad oggi procedere all'insegna della casualità, mancando un disegno organico sottostante²¹⁹. E non per questo verrebbe meno, automaticamente, il carattere di diritto soggettivo del processo amministrativo.

Rimane invariata perciò la soggettività di tali giudizi, fintantoché, perlomeno, non venga a mutare anche il regime processuale di detto contenzioso all'insegna di una maggiore officiosità: solo in tal evenienza potrà riproporsi – in tal caso anche con maggiore vigore – la *questio iuris* oggetto della presente indagine.

218 Così, A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla tutela degli interessi cd. diffusi, in Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività - Atti del XXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 22-24 settembre 1977)*, Milano, 1978, p. 33; cfr. altresì, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” nel processo amministrativo*, cit.; C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., p. 130; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., p. 139, ove l'Autrice nota che il vincolo costituzionale in ordine alla giurisdizione è solo nel senso dell'illegittimità costituzionale di una norma che “*privasse del diritto di azione chi sia titolare di una situazione rilevante*”, rinviando, a sua volta, a V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana. Discorso inaugurale dell'anno accademico 1954/1955*, Pisa, 1954.

219 Nel senso della casualità succitata, cfr. M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., p. 156.

CAPITOLO TERZO

La giustizia amministrativa in Spagna fra natura del giudizio e legittimazione processuale delle autoridades administrativas independientes

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”
(Miguel de Cervantes Saavedra, Don Quijote de la Mancha, c. LVIII)

SOMMARIO: 1. Perché studiare il sistema di giustizia amministrativa spagnolo?. – 2. Caratteri generali della giustizia amministrativa spagnola. – 2.1. Per iniziare.... – 2.2. Evoluzione storica del sistema di giustizia amministrativa spagnolo: un “viaggio” fino alla *Constitución española* del 1978 e alla *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. – 2.3. Il modello spagnolo e il modello europeo di giurisdizione amministrativa a confronto: continuità e discontinuità. – 3. Ricapitolando: il metodo per indagare la natura della giurisdizione. – 4. La natura oggettiva del giudizio amministrativo spagnolo. – 5. La legittimazione processuale delle *autoridades administrativas independientes*: il potere di iniziativa processuale della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* a tutela della *unidad de mercado*. – 5.1. La *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*: un “*super regulador*” dalla natura indipendente. – 5.2. Disciplina normativa del potere di ricorso della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* a tutela della *unidad de mercado*. – 5.3. Un confronto con il potere di legittimazione processuale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 5.4. Un bilancio sull’utilizzo di tale strumento: alcuni numeri. – 5.5. Il contenzioso a tutela della *unidad de mercado*: il primo caso di accoglimento di ricorso da parte della *Audiencia Nacional*. – 6. La legittimazione processuale delle *autoridades administrativas independientes* come mera conferma del carattere oggettivo della giurisdizione. – 7. Dal sistema spagnolo a quello italiano: riflessioni conclusive.

1. Perché studiare il sistema di giustizia amministrativa spagnolo?

La principale ragione che induce uno studioso di giustizia amministrativa italiana ad interfacciarsi con il processo amministrativo spagnolo consiste nella volontà e nel desiderio di confrontare i diversi sistemi processuali, al fine di andare oltre la loro apparente vicinanza. Ciò, per scoprire le differenze sussistenti fra i medesimi, per interrogarsi sulle cause di tali diversità, ancora, per cercare di comprendere,

maggiormente e di riflesso, talune connotazioni dell'attuale giudizio amministrativo nazionale²²⁰.

Fra tali sistemi emerge, infatti, una sorprendente contiguità, che si coglie, senza troppe difficoltà, dalla mera osservazione della terminologia giuridica utilizzata: sia per descrivere i principi che reggono il giudizio amministrativo (fra cui il principio della domanda, della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, della parità delle parti, del contraddittorio, della ragionevole durata del processo, e via dicendo²²¹), che per costruire gli istituti propri del processo medesimo (come avviene, ad esempio, per la configurazione delle diverse tipologie di ricorso giurisdizionale²²²).

Ciò appare riconducibile, congiuntamente, ad una molteplicità di fattori: ragioni di carattere storico, considerando che tanto il processo amministrativo nazionale quanto quello spagnolo risentono fortemente della comune derivazione francofona del diritto amministrativo; l'integrazione europea in materia processuale e il naturale processo di omologazione dei giudizi amministrativi nazionali; il ruolo della comparazione e la circolazione dei modelli giuridici.

220 Sul ruolo della comparazione nel diritto amministrativo, cfr., fra i tanti, G. NAPOLITANO, *The transformations of comparative administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 997-1034; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1929-1939; cfr. i diversi contributi aventi ad oggetto la comparazione nel diritto amministrativo contenuti in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005; cfr. i contributi contenuti in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1996; S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, pp. 251 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992. Nella letteratura spagnola, cfr. S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el derecho comparado europeo*, Madrid, 2004.

221 Cfr. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 2016, pp. 523 ss.. In tale celebre manuale, infatti, tale Autore descrive alcuni principi che caratterizzano il giudizio amministrativo spagnolo, quali il principio della domanda (*principio de justicia rogada*), della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (*principio de congruencia*), della parità delle parti (*principio de igualdad*), del contraddittorio (*principio de contradicción*), della ragionevole durata del processo (*derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*), e così via. Da tale analisi compiuta dall'Autore emerge che la terminologia giuridica impiegata per costruire e attribuire significato ai menzionati principi che regolano il contenzioso amministrativo si avvicina con evidenza a quella diffusamente utilizzata, in Italia, per descrivere i propri.

Come afferma tale Autore, peraltro, tali pilastri del giudizio amministrativo spagnolo sono importati dal processo civile. Dal rapporto di specialità del primo rispetto al secondo, infatti, discende l'applicazione in via sussidiaria della disciplina processual-civilistica rispetto a quanto non direttamente previsto dalla legge spagnola che regola il processo amministrativo, la *Ley 29/1988, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. In tale ottica sorge naturale riscontrare l'analogia con il cd. rinvio esterno previsto, nel nostro ordinamento, dall'art. 39, comma 1, del Codice del processo amministrativo.

222 Cfr. ancora L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, cit., pp. 566 ss., ove l'Autore descrive le diverse tipologie di ricorso giurisdizionale attualmente previste nel giudizio amministrativo spagnolo.

Tale ultimo fattore merita, fra tutti, una considerazione particolare, ritenendosi che se la terminologia giuridica propria del giudizio amministrativo spagnolo appare tanto vicina a quella italiana, ciò deriva dal fatto che la Spagna, più che qualsiasi altro Paese, ha guardato alla nostra tradizione pubblicistica, ai nostri studi di diritto costituzionale e amministrativo, al modo in cui il nostro ordinamento ha regolato il rapporto fra potere pubblico e cittadino.

Tale osservazione ed emulazione del vicino modello italiano si riscontra con evidenza nel diritto pubblico spagnolo pressoché durante tutto l'arco degli ultimi due secoli, pur toccando il suo apice negli anni immediatamente successivi all'instaurazione del regime democratico dopo l'esperienza totalitaria franchista, durante quella fase di transizione che, del resto, aveva caratterizzato, poco più di 30 anni prima, anche la storia politica italiana: a livello esemplificativo, si potrà cogliere, ad esempio, l'impressionante somiglianza sussistente fra l'art. 24 della Costituzione spagnola con l'art. 24 della Costituzione italiana.

Eppure, come è stato messo in evidenza²²³, benché si tratti dell'unico sistema che abbia preso in seria considerazione il modello italiano, invero – ad uno sguardo maggiormente disincantato – emerge un'analogia talora apparente fra i due sistemi: una contiguità, cioè, basata sulla terminologia e sul dato formale, ma non estesa, diversamente, anche ai contenuti e al dato sostanziale.

Detta circostanza arricchisce profondamente l'interesse verso l'ordinamento giuridico spagnolo, costringendo l'interprete a tracciare distinzioni necessarie fra il sistema di origine e quello di destinazione, mediante dei distinguo che si rivelano utili, indirettamente, alla comprensione dello stesso ordinamento nazionale.

Per tale ragione si è deciso di porre la “lente di ingrandimento” sull'ordinamento giuridico spagnolo, tratteggiando, dapprima, quelli che sono i caratteri generali della giustizia amministrativa spagnola e, in seguito, indagando quali forme e quale natura assumono, in tale ordinamento, rispettivamente, la legittimazione a ricorrere e la giurisdizione amministrativa.

2. Caratteri generali della giustizia amministrativa spagnola

2.1. Per iniziare...

²²³ Così, F. RIZZETTO, *Luci e ombre dei sistemi monisti e dualisti a confronto: il sindacato sul potere discrezionale in Italia e in Spagna*, in www.federalismi.it, 2014, p. 2.

Come è noto, la “giustizia amministrativa” – intesa, sul modello francese, in Italia così come in Spagna, come l’insieme degli strumenti che l’ordinamento giuridico accorda agli amministrati contro gli atti e i comportamenti delle pubbliche amministrazioni, a tutela dei propri interessi sostanziali²²⁴ – avrebbe avuto origine in Francia, all’indomani della Rivoluzione francese²²⁵, con l’affermarsi dello Stato

224 In riferimento all’ordinamento giuridico italiano, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 1-10; F.G. SCOCA, *Premessa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 19 ss.. Con riguardo all’ordinamento spagnolo, cfr. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, cit., pp. 517-518; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo – La justicia administrativa*, Madrid, 2001, p. 13; più indietro nel tempo, E. SERRANO GUIRADO, *La justicia administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1951, n. 6, pp. 143-162. Secondo tale ristretta accezione, rientrerebbero nella nozione oggi accolta di giustizia amministrativa, in Italia così come in Spagna, solo la tutela giurisdizionale e quella amministrativa, con esclusione della tutela procedimentale e del sistema dei controlli amministrativi. Tali ultimi strumenti, tuttavia, sono talora ricompresi nella nozione di giustizia amministrativa accolta in altri Paesi – europei e non, come l’Austria o gli Stati Uniti – ove si allarga l’ampiezza di tale nozione, facendovi rientrare qualsivoglia strumento finalizzato a garantire la legittimità e l’opportunità dell’azione amministrativa.

Si segnala altresì che la nozione più ristretta di giustizia amministrativa, oggi accolta in diversi Stati, appare, non di rado, come il punto di arrivo di un percorso che ha intrapreso la dottrina nel corso del XX secolo, non orientata, dunque, fin dalle origini, ad escludere le garanzie procedimentali e il sistema dei controlli amministrativi dall’oggetto di tale disciplina. In Italia, ad esempio, del *favor* verso una nozione maggiormente estesa di giustizia amministrativa si rinviene traccia nel pensiero di importanti Autori durante il corso del XX secolo. Cfr. E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit.; più risalente, F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit..

225 Come messo in risalto da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 25, non può esistere giustizia amministrativa senza l’esistenza di uno cd. Stato amministrativo, ovverosia senza la presenza di una macchina amministrativa e di un diritto amministrativo che disciplini la sua organizzazione e la sua attività. A riprova di tale affermazione si pensi, ad esempio, che, nei paesi anglosassoni, ove si è affermato sì uno Stato di diritto, ma non uno Stato cd. amministrativo, non vi è stata traccia di istituti di giustizia amministrativa almeno fino a quando, anche in quei Paesi, non sono comparsi elementi propri di tale Stato.

Dato il presupposto testé illustrato, si dibatte in relazione al momento in cui possa dirsi effettivamente sorto un sistema di tutela del cittadino nei confronti degli atti e dei comportamenti amministrativi. A tal proposito, infatti, in contrapposizione alla tesi indicata nel testo, che vede la giustizia amministrativa (così come il diritto amministrativo) nascere in Francia alla fine del XVIII secolo, si contrappone un’altra tesi, invero minoritaria, secondo cui tale sistema avrebbe avuto origine già a partire dalla metà del XVII secolo, durante la monarchia assoluta francese, con l’affermazione dello Stato moderno. In esso, infatti, secondo tali Autori, sarebbe già sorta una (pur embrionale) pubblica amministrazione statale (sia centrale, che periferica, ove operavano gli Intendenti, funzionari provinciali fedeli al Re), dotata di una propria organizzazione e modalità di azione (incentrata soprattutto agli affari esteri, al tesoro, all’esercito e non ancora rivolta, diversamente, alla realizzazione di opere pubbliche o all’erogazione di servizi pubblici, quali l’istruzione e la sanità), con lo sviluppo delle prime forme (anch’esse embrionali) di diritto amministrativo e di giustizia amministrativa, accordata, quest’ultima, non da giudici comuni, bensì – secondo la formula della *justice retenue* – dal Re (formalmente) e dal *Conseil du Roi* (sostanzialmente). Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1998; nella dottrina italiana, cfr. fra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo* (voce), cit., pp. 1915-1927; M. CLARICH, *Giustizia amministrativa* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., pp. 2767-2775. Più risalenti nel tempo, E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 522 ss..

liberale di diritto e dei suoi corollari, fra cui il principio della separazione dei poteri e il principio di legalità²²⁶.

Sorta nell'esperienza transalpina post-rivoluzionaria e sviluppatasi ben presto anche in altri Stati europei – fra cui l'Italia e la Spagna – la giustizia amministrativa si è contraddistinta – limitando qui l'osservazione al profilo della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione – per l'emersione, nel suo *itinere*, di due controverse questioni, oggetto di accesi dibattiti, che, trasversalmente, hanno chiamato in causa, e talora continuano ad interessare, la dottrina giuridica e la politica di ciascun Paese.

Le due questioni cui si fa riferimento attengono entrambe alla figura del soggetto incaricato di giudicare sulle controversie amministrative, in relazione al quale ci si è interrogati circa: a) l'opportunità di radicare la funzione giurisdizionale all'interno del potere esecutivo, attribuendola direttamente al Governo o ad organi di natura amministrativa, o, diversamente, assegnare tale compito alla magistratura; b) presupponendo l'impostazione volta ad allontanare il giudicante dal potere esecutivo, la convenienza di istituire un giudice speciale per conoscere delle liti aventi ad oggetto le situazioni giuridiche soggettive relative ai rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino, in alternativa devolvendo tali controverse alla cognizione del giudice comune.

Se con riferimento alla prima questione, si rileva una convergenza comune verso un modello di giustizia affidata al giudice e sottratta all'amministrazione, valorizzando specialmente le esigenze di indipendenza ed imparzialità connesse a tale impostazione, non altrettanto può dirsi con riguardo alla successiva questione, ove è nota la contrapposizione del modello dualistico, di cui è emblema il sistema francese, con quello monistico, di cui è simbolo invece il sistema britannico.

226 Come illustra esemplarmente G. ZAGREBELSKY, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Milano, 2014, pp. 83-90, lo Stato di diritto si afferma in Europa connotandosi per tre caratteri principali: a) la legge, quale espressione del Parlamento, rappresentante del popolo sovrano da cui viene eletto (e non più manifestazione arbitraria di un Re sovrano); b) la garanzia di un nucleo ristretto di diritti (perlopiù i diritti inviolabili dell'uomo e le libertà fondamentali) a favore dei cittadini (non più sudditi); c) l'affermazione del principio della separazione dei poteri, con forme di controllo reciproco fra di essi. A tali caratteri vanno poi aggiunti, laddove si faccia riferimento allo Stato liberale (*species* dello Stato di diritto): d) il principio di primazia della legge (talora sotto la forma di Costituzioni flessibili, denominate anche Costituzioni liberali); e) il principio di legalità, ovverosia il rispetto della legge da parte dei pubblici poteri.

La risposta offerta dall'esperienza spagnola ai due quesiti testé menzionati si connota – in via di anticipazione – per l'estrema varietà di modelli giuridici succedutisi negli ultimi due secoli, correndo lungo un sentiero, che, pur tortuoso, ha condotto all'odierno sistema di giustizia amministrativa, peculiare, in quanto si monistico, ma a sezioni specializzate.

Si cercherà dunque di illustrare, al paragrafo 2.2., l'evoluzione storica del sistema di giustizia amministrativa spagnolo, consapevole che solo la sua ricostruzione nel tempo possa realmente mettere in evidenza le ragioni che attengono al funzionamento degli attuali assetti e meccanismi di giustizia.

La descrizione dell'*iter* che ha condotto all'attuale configurazione del contenzioso amministrativo spagnolo offrirà altresì l'opportunità di mettere in luce non solo il carattere insieme monistico e specializzato della giurisdizione amministrativa, ma anche l'affermazione progressiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Il modello spagnolo si pone come un interessante caso di studio anche in base ad un ulteriore angolo visuale.

La prospettiva cui si fa riferimento, cui è dedicato il paragrafo 2.3., è quella di riscontrare l'eventuale corrispondenza dell'attuale giurisdizione amministrativa spagnola con quella che, in base al processo di integrazione europea, tende man mano ad imporsi negli Stati membri. In merito, allora, occorre osservare – in via di anticipazione – che della purezza dei modelli dualistici e monistici poco v'è rimasto e che evidente appare il processo di omologazione dei sistemi processuali amministrativi nazionali: convergenti, questi, verso una figura di giudice speciale o (comune ma) specializzato, dotato di indipendenza dall'esecutivo, di poteri cognitori e decisorii tali da rendere giustizia in maniera piena ed effettiva, oltre che in grado di far uso di tecniche di sindacato atte a penetrare incisivamente nei meandri della discrezionalità amministrativa. Tutto ciò, nell'ambito di un giudizio di natura soggettiva che pone al centro l'interesse individuale del ricorrente.

Profili, quelli descritti complessivamente nel paragrafo 2, la cui analisi preliminare appare indispensabile per poter successivamente osservare come, nell'ordinamento in esame, vengano concepiti la legittimazione a ricorrere e la natura della giurisdizione amministrativa.

2.2. Evoluzione storica del sistema di giustizia amministrativa spagnolo: un “viaggio” fino alla *Constitución española del 1978* e alla *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Gli albori della giustizia amministrativa spagnola

Le origini della giustizia amministrativa spagnola, conformemente a quanto avvenuto in gran parte dei Paesi in Europa, risalgono ai primi anni del XIX secolo, momento storico assunto come punto di partenza nell'analisi di seguito proposta.

La ricostruzione dell'evoluzione di tale sistema si caratterizza – anticipandone un primo evidente carattere – da modifiche innumerevoli, continue e repentine agli assetti di giustizia, principalmente dovute ai mutamenti di contesto storico-politico di cui il diritto è naturale riflesso.

Si corre indietro nel tempo, in particolare, fino al 1808, quando gli spagnoli avevano perso il dominio di quasi tutto il loro territorio a seguito dell'invasione napoleonica e quando veniva instaurato il governo di Giuseppe Bonaparte, fratello maggiore di Napoleone e nominato da questi Re di Spagna. La riluttanza degli spagnoli ad accettare la sottomissione al dominio francese e il concreto timore di insurrezioni verso il regime bonapartista spiegano il motivo per cui, nell'estate dello stesso anno, sia stata concessa, dallo stesso Napoleone, la *Constitución* (o *Estatuto*) *de Bayona*. Quest'ultima rappresenta la prima carta fondamentale nella storia della Spagna. Ha natura ottriata, in quanto concessa dal sovrano. Presenta una fortissima influenza napoleonica nei suoi contenuti, contraddistinguendosi per la tendenza ad accentrare moltissime funzioni in capo al Re o ad organi vicini allo stesso. Nasce dalla specifica volontà del comandante francese di legittimare costituzionalmente il governo di suo fratello Giuseppe, odiato dal popolo iberico e chiamato dispregiativamente *el Rey intruso*²²⁷.

227 Sulla *Constitución de Bayona* del 1808, cfr. I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Bayona (1808)*, Madrid, 2007. Dello stesso Autore, cfr. I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La forma de gobierno en la constitución de Bayona*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, 2008, n. 9, ove si criticano le ragioni che inducono a menzionare la *Constitución de Cadiz* del 1812 come primo testo costituzionale nella storia politica spagnola. Cfr. anche E. MARTIRÉ, *La Constitución de Bayona entre España y America*, Madrid, 2000. Sulla tendenza dei governi napoleonici di introdurre Costituzioni al fine di legittimare il proprio potere, cfr. F. MASTROBERTI, *Costituzioni e costituzionalismo fra Francia e Regno di Napoli (1796-1815)*, Bari, 2014, pp. 71 ss..

L'interesse all'analisi di tale Carta costituzionale deriva – per chi intende studiare lo sviluppo del processo amministrativo spagnolo – dalle sue previsioni in tema di giurisdizione sui rapporti intercorrenti fra amministrazione e privati.

Tale atto, infatti, prevedeva che fosse il *Consejo de Estado*, organo prossimo al Re e riconducibile al potere esecutivo²²⁸, a conoscere delle cause in cui fosse parte la pubblica amministrazione o i suoi agenti²²⁹.

Tale assetto, dunque, che ricalca a pieno il sistema napoleonico francese di giustizia amministrativa, era espressione della volontà regia di sottrarre il potere esecutivo al sindacato giurisdizionale e di istituire, diversamente, un controllo speciale su di esso, di natura amministrativa, naturalmente più sensibile agli interessi degli apparati burocratici prossimi al Re.

A tale modello si contrappone quello fatto proprio dalla *Constitución de Cádiz* del 1812.

L'occupazione francese in territorio spagnolo, infatti, aveva risparmiato solo poche città, fra cui la città di Cadice. Ed è proprio in tale città del sud della Spagna che, di fronte all'avanzata del comandante francese, sono state convocate nel 1810 le *Cortes de Cádiz*, assemblea con poteri legislativi dal cui lavoro è derivata, due anni più tardi, la promulgazione del testo costituzionale sopra menzionato.

I caratteri di essa appaiono ben distanti da quelli propri della *Constitución de Bayona*: perché ha natura votata, e non ottriata, e perché i suoi contenuti

228 Dal punto di vista organizzativo, tale organo si poneva in posizione di assoluta vicinanza al Re, che lo presiedeva. Cfr. art. 52-56, *Constitución de Bayona*. Sotto il profilo funzionale, invece, tale organo svolgeva attività di diversa natura: normative, esecutive, consultive e giurisdizionali. Cfr. artt. 57-60, *Constitución de Bayona*.

229 Ai sensi dell'art. 58 della *Constitución de Bayona*, infatti, il *Consejo de Estado* “conocerá de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa, de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública”. Al di là di tale funzione, si ritiene che il *Consejo de Estado* non godesse di natura giurisdizionale, specie per la sua vicinanza al Re e per l'evidente prevalenza di compiti riconducibili al potere esecutivo. Da qui discende la natura di “controllo amministrativo” e non di “sindacato giurisdizionale” relativa alla sua attività e la forma di “decisione amministrativa” e non di “sentenza” riconducibile agli atti da esso adottati. Per alcune considerazioni su tale organo, cfr. I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La forma de gobierno en la constitución de Bayona*, cit.; R. MENDIZABAL ALLENDE, *Pasado, presente y futuro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, in *Jornadas sobre el proceso contencioso administrativo (2-3 de diciembre de 1993)*, Santiago de Compostela, 1994, pp. 39 ss..

rispecchiano il sentimento di opposizione all'occupazione napoleonica da cui la Carta ha avuto origine²³⁰.

Come è stato affermato²³¹, essa rappresenta “una delle Costituzioni più liberali e complete dell'Europa dell'epoca” ed “è rimasta nel subconscio spagnolo come un punto di riferimento della modernità e, nelle seguenti lotte politiche, durante l'Ottocento, è sempre stata invocata come espressione di progresso”.

Uno dei principi fondamentali consacrati all'interno della *Constitución de Cádiz* è, infatti, il principio di *división de poderes*, come noto teorizzato da Montesquieu all'interno dell'opera “*De l'esprit des lois*” e affermatosi in Francia all'indomani della rivoluzione francese. Tale principio, in particolare, viene assicurato dalla Costituzione in esame attraverso una distinzione chiara fra potere legislativo (spettante alle *Cortes* e al *Rey*)²³², esecutivo (proprio del *Rey*)²³³ e giudiziario (esercitato dai *Tribunales*)²³⁴, oltre che da una serie di divieti espressi volti a scongiurare ingerenze prevaricatorie fra i poteri medesimi²³⁵.

In tema di giurisdizione sui rapporti fra pubblica amministrazione e privati, poi, la *Constitución de Cádiz* assume una posizione nuova e antitetica a quella fatta propria dalla *Constitución de Bayona*: in particolare, quella di non considerare il rapporto amministrativo come distinto rispetto a quello fra i privati, di non creare un controllo speciale finalizzato alla cognizione di esso, di non ricoprire il *Consejo de Estado* di un ruolo giurisdizionale²³⁶, dunque, di allontanare il sistema spagnolo da quello francese e avvicinarlo a quello britannico, attribuendo la cognizione di tali

230 Con riferimento alla *Constitución de Cádiz*, cfr. fra gli altri, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812 - De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1995, pp. 13-125; A. ALONSO GUTIÉRREZ, *Precedentes del constitucionalismo español. La Constitución de 1812*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1978, pp. 3-10.

231 Così, R. TRILLO TORRES in Atti del Convegno dal titolo “*I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna*” (Bibione, 21 ottobre 2006), Venezia, 2007, p. 56.

232 Cfr. art. 15, *Constitución de Cádiz*.

233 Cfr. art. 16, *Constitución de Cádiz*.

234 Cfr. art. 17, *Constitución de Cádiz*.

235 Cfr. artt. 243 e 245, *Constitución de Cádiz*.

236 Cfr. artt. 231-241, *Constitución de Cádiz*. Cfr. altresì M.I. CABRERA, *Algunas consideraciones en torno al Consejo de Estado en la Constitución de 1812*, in *Revista de Estudios Políticos*, 1996, n. 93, pp. 233-241.

controversie ai *Tribunales*, giudici ordinari, indipendenti dall'esecutivo, su cui si appuntava la *unidad de fuero jurisdiccional*²³⁷.

Dalla nascita della *jurisdicción contencioso-administrativa* del 1845 al suo ingresso nella modernità con la *Ley de 27 diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Alla guerra d'indipendenza spagnola (1808-1814) e alla sconfitta delle truppe francesi, segue il periodo di restaurazione borbonica (1814-1868), nel corso del quale – in particolare, durante il periodo di assolutismo monarchico del re Ferdinando VII – la *Constitución de Cádiz* viene privata di effetti²³⁸ e nel quale si rileva – dando uno sguardo d'insieme – una forte instabilità politica, con una continua oscillazione fra periodi di forte repressione e altri di maggiore libertà per i cittadini.

In tale contesto, la stessa giurisdizione sull'operato amministrativo non poteva che apparire il riflesso di detta precarietà, delineandosi un quadro giuridico schizofrenico, oltre che altamente complesso per il costante mutamento delle istituzioni aventi cognizione sulle controversie amministrative.

Eppure tale periodo assume una sua spiccata rilevanza allorché si giunge al 1845, data secondo cui avrebbe preso origine, secondo parte della dottrina, la giustizia amministrativa spagnola, con l'espressa creazione della *jurisdicción contencioso-administrativa*²³⁹.

237 Nella *Constitución de Cádiz*, a ben vedere, la devoluzione della cognizione delle controversie amministrative al potere giurisdizionale non avviene esplicitamente, mancando, all'interno di tale Carta, una espressa previsione relativa al sindacato sull'attività amministrativa. L'art. 17 di tale testo costituzionale affermava soltanto, infatti, che i *Tribunales* avevano la "*potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales*". La dottrina maggioritaria, tuttavia, ricava tale attribuzione dal principio stesso della separazione dei poteri, espressamente contemplato, come visto, dalla Costituzione in esame. Cfr., fra gli altri, F. NAVAS CASTILLO, *El control de la actividad administrativa en la Constitución de Cádiz de 1812*, in *Revista de Derecho Político*, 2012, n. 83, p. 364; J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)*, Madrid, 1998, pp. 91-108; J. A. SANTAMARIA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, 1973.

238 Cfr. *Real decreto de Ferdinando VII, de 4 mayo de 1814*.

239 Si osservi che, in riferimento allo sviluppo della giustizia amministrativa spagnola, le esperienze pregresse – e il riferimento è ovviamente ai modelli che derivano dalla *Constitución de Bayona* e dalla *Constitución de Cádiz* – non sono stati certamente irrilevanti, delineando, per la prima volta, due sistemi di controllo sull'attività amministrativa, uno di ispirazione francese, l'altro di ispirazione anglosassone, cui le successive riforme spagnole relative al processo amministrativo si sono avvicinate. Diversamente, tali Carte costituzionali non hanno segnato anche la nascita della giustizia amministrativa in Spagna, che andrebbe ricondotta, per gran parte degli Autori, alle leggi del 1845 (e non ad una data anteriore). Del resto, come evidenziano tali Autori, la riconduzione della nascita della giustizia amministrativa alle leggi del 1845 deriverebbe da una "*instauración explícita del sistema*" (posto che tali leggi fanno espresso riferimento al contenzioso-amministrativo), mancante, invece, nelle esperienze pregresse. Così, F. NAVAS CASTILLO, *El control de la actividad administrativa en*

Per analizzare più dettagliatamente quanto avvenuto nel 1845, occorre prendere le mosse dalla sostanziale inadeguatezza del giudice ordinario, emersa nella prassi, di giudicare sulle liti di diritto pubblico²⁴⁰.

Tale inadeguatezza, infatti, ha spinto, come viene testimoniato dalla dottrina dell'epoca, a riflettere sull'effettiva natura di tali controversie. Come affermato dal giurista Manuel Ortiz de Zúñiga²⁴¹, infatti, tali liti godrebbero di una natura mista, duplice, partecipando, contestualmente, del carattere "contenzioso" da un lato e "amministrativo" dall'altro. E per tale ragione – prosegue l'Autore – tali controversie costituirebbero un *tertium genus*, differenziandosi tanto dall'ordinario contenzioso (ovverosia quello civile, naturalmente conosciuto dal potere giudiziario), quanto dai meri affari amministrativi (la cui risoluzione spetta all'amministrazione medesima). In questo contesto – si chiedeva già l'Autore – a chi dovesse essere devoluto tale contenzioso, definito appunto *contencioso-administrativo*: se al potere giudiziario, con il rischio di sacrificare eccessivamente gli interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione e di limitare eccessivamente la sua libertà d'azione, o se al potere amministrativo, circoscrivendo le garanzie dell'individuo e dell'interesse individuale a fronte di quello pubblico. Una domanda, questa, cui hanno tentato di rispondere giuristi e politici dell'epoca e a cui è connesso – come si vedrà – gran parte dello sviluppo storico della giustizia amministrativa spagnola.

la *Constitución de Cádiz de 1812*, cit., p. 365. Cfr. anche S. ROSADO PACHECO, *La jurisdicción contencioso-administrativa en España*, in S. ROSADO PACHECO (a cura di), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Madrid, 2007, p. 17. Tale osservazione empirica potrebbe poi trovare una sua più ragionata spiegazione, considerando che, solo a partire dagli anni '30 del XIX secolo, all'indomani della guerra d'indipendenza e del periodo di restaurazione assolutista ad opera di Ferdinando VII di Borbone, la Spagna può definirsi, con certezza, uno Stato costituzionale. Le esperienze costituzionali anteriori, infatti, avevano avuto, a cause delle diverse contingenze politiche, vita assai breve, nell'ambito di instabili regimi politici e giuridici. Solo il costituzionalismo degli anni '30 del 1800, dunque, con la sua più fortunata vita e influenza sullo sviluppo storico della Spagna, ha posto le basi per la nascita di una più solida e matura volontà di istituire un sistema di controllo sull'attività amministrativa (attuata, appunto, con le leggi del 1845), configurando, dunque, il presupposto stesso per un'effettiva realizzazione di un sistema di giustizia amministrativa. Per tale lettura, cfr. Y.J. BASTARRECHE, *Evolución y actualidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, in *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2003, n. 16, pp. 233-241.

240 Cfr. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo – La justicia administrativa*, cit., p. 100, ove si dice che "sin embargo [...] la realidad se encargó de demostrar que existían posibles contienda jurídica de carácter administrativo que no podían conocer los Tribunales ordinarios". Cfr. altresì, J. ABELLA, *Tratado de Derecho administrativo español*, III, 1888, Madrid, p. 91.

241 Cfr. A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, in *Revista de Administración Pública*, 1966, n. 50, pp. 27-50, ove l'Autore richiama (pp. 31-32) il pensiero di Manuel Ortiz de Zúñiga (tratti da M. ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de Derecho administrativo*, III, Granada, 1843, pp. 367-379).

Al di là di quanto affermato dai giuristi dell'epoca, la “cattiva prova” dei giudici comuni ha condotto gli organi politici, su consistente spinta anche della dottrina giuridica, ad avanzare proposte (ad esempio, con un *Proyecto de Ley* ad opera del giurista e politico Francisco Agustín Silvela nel 1938) per avvicinare nuovamente il modello spagnolo a quello francese²⁴²: obiettivo, questo, effettivamente conseguito qualche anno più tardi – appunto nel 1845 – mediante l'adozione di due leggi, la prima del 2 aprile 1845, la seconda del 6 luglio 1845.

Tali interventi normativi segnano, infatti, il superamento di un modello che vedeva l'amministrazione controllata dai giudici comuni e ben esprimono il sentimento di riluttanza dell'amministrazione ad essere perseguita dalla magistratura medesima.

Tutto ciò, in quanto si percepiva come pericoloso un eventuale sindacato giurisdizionale sull'agire amministrativo, ritenendosi l'autorità giudiziaria incapace di apprezzare adeguatamente le ragioni dello Stato e dell'interesse pubblico perseguito da esso²⁴³.

Viene a concretizzarsi, pertanto, diversamente, l'idea di una *jurisdicción de la administración*, ove si attribuiva ad organi amministrativi – sulla falsariga di quanto già avvenuto sotto la dominazione napoleonica – la risoluzione delle controversie di diritto pubblico, tramite, in particolare, un'attività amministrativa dal carattere contenzioso²⁴⁴.

242 Cfr. F.A. SILVELA, *Estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1839, pp. 326 ss., il quale afferma che “la administración francesa nos ofrece un notable grado de perfección, comparada con la de otros países, que más o menos conocemos también; de conseguinte a ella debíamos recurrir”.

243 Per una più esauriente raccolta delle tesi dottrinali volte a sostenere l'idea di una giustizia radicata all'interno del potere esecutivo, cfr. A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, cit., pp. 36-37. L'impostazione propria del sistema di giustizia amministrativa del 1845 veniva giustificata anche affermando: che i magistrati ordinari non fossero dotati della necessaria competenza tecnica per giudicare le controversie di diritto pubblico; ancora, che vi fosse una sostanziale inadeguatezza del rito civile, con la sua solennità e lentezza, ad essere applicato al contenzioso-amministrativo, per sua natura richiedente una maggiore rapidità di risoluzione; infine, che consentendo un sindacato giurisdizionale sull'agire amministrativo si potesse scalfire lo stesso principio di separazione dei poteri, ivi inteso in maniera particolarmente ampia.

244 Mediante tali interventi normativi, infatti, vengono istituiti, rispettivamente, due organi, aventi natura amministrativa e composti di soli funzionari, con il compito di controllare l'operato delle amministrazioni pubbliche: i *Consejos Provinciales*, operanti a livello decentrato, e il *Consejo Real*, che agiva a livello centrale.

Se si osserva la funzione esercitata da tali organi, ci si rende conto che essi assumevano un ruolo ben distante da quello giurisdizionale.

I *Consejos Provinciales*, infatti, pur avendo poteri decisorii autonomi sui ricorsi presentati avverso gli atti delle amministrazioni locali, rappresentavano degli organi dalla natura esclusivamente amministrativa: si realizzava così, in particolare, un modello di cd. *jurisdicción delegada*, ove però la

L'impostazione volta a configurare una giustizia radicata nel potere esecutivo, peraltro, veniva giustificata anche giuridicamente, sotto il profilo costituzionale, ricavandosi, dall'interpretazione della *Constitución de la Monarquía española* del 1837, che il potere giurisdizionale non godesse di propria autonomia, costituendo invece parte, insieme al potere amministrativo, del più ampio potere esecutivo. Interpretazione peculiare, questa, di cui si trova traccia, in dottrina²⁴⁵, fino alla fine del XIX secolo, accompagnando, dunque, buona parte del costituzionalismo spagnolo: come è stato affermato²⁴⁶, dunque, si viene sì a realizzare un modello contiguo a quello francese, ma in un contesto caratterizzato da presupposti dogmatici e letture costituzionali assolutamente divergenti.

Ancora, da tali considerazioni – e in particolare dalla “lunga vita” che ha caratterizzato le interpretazioni sopra esposte – si comprende anche il motivo per cui, per gran parte del XIX secolo – utilizzando la celebre espressione di Tomasi di Lampedusa nella sua opera “il Gattopardo” (“*se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*”) – tutto sia cambiato e abbia modificato la sua denominazione, ma, in sostanza, nulla sia effettivamente mutato. Non varia sostanzialmente l'assetto succitato, infatti, con le numerose riforme che hanno seguito il 1845, posto che, indipendentemente dagli innumerevoli mutamenti di denominazione dei corpi amministrativi, non viene a modificarsi anche il reale controllo sull'operato delle amministrazioni, ancora in mano all'esecutivo²⁴⁷.

delega governativa a risolvere le controversie amministrative era indirizzata, ancora, ad organi ben distanti da quelli giurisdizionali e riconducibili, invece, al potere amministrativo.

Per quanto concerne il *Consejo Real*, invece, esso non ricopriva neppure una veste decisoria, svolgendo un ruolo meramente consultivo. Tale organo adottava, infatti, un parere obbligatorio ma non vincolante rispetto alle decisioni che venivano assunte, invece, dal potere esecutivo: in sostanza, adottava pareri in relazione a tutti quei casi che venivano decisi a livello governativo da un Ministro responsabile, con atti controfirmati dal Re e aventi la forma di decreto reale. Riferendosi a questo ultimo sistema, si è soliti fare riferimento alla cd. *jurisdicción retenida*, ove l'attributo “ritenuta” sta ad indicare che il controllo sugli apparati amministrativi viene trattenuto, al di là del mero intervento dei corpi consultivi, nelle mani del vertice del governo medesimo, e cioè il Monarca, con una giurisdizione del tutto integrata nel potere esecutivo.

245 Cfr. M. COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, Madrid, 1870, pp. 356-357, ove si afferma che “*la Autoridad judicial no es un Poder distinto del ejecutivo, sino una parte de él [...] pues que, según la Constitución, el Rey posee la plenitud del Poder ejecutivo, debe ser considerado superior común de la Administración y de la justicia*”. Nello stesso senso, cfr. anche J. ABELLA, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1889, p. 36.

246 Cfr., ancora, A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, cit., p. 39

247 Si segnala, ad esempio, in relazione agli organi consultivi operanti a livello centrale: la sostituzione del *Consejo Real* con il *Tribunal Contencioso-Administrativo*, attuato con i decreti reali del 7 agosto 1854; ancora, il ritorno del primo, con la sostituzione di tale Tribunale con un nuovo *Consejo Real*, operata, dopo il cd. biennio progressista (1854-1856), con decreto reale del 16 ottobre

La *Jurisdicción de la Administración* inizia a scricchiolare soltanto all'indomani della Gloriosa rivoluzione e della detronizzazione della regina Isabella II, quando, nell'ambito di una forte spinta rivoluzionaria, con i decreti reali del 13 e 16 ottobre e del 26 novembre 1868, si decide di istituire un nuovo sistema di giustizia amministrativa, all'insegna della massima realizzazione della "giustizia delegata", ove il potere esecutivo si spoglia del ruolo di decisore delle liti amministrative, per assegnare la loro risoluzione ad un giudice propriamente detto (che era, invero, quello ordinario, sull'esempio belga del 1831 e italiano del 1865)²⁴⁸.

Tutto ciò trova la sua principale *ratio* nella volontà di mettere fine ad un modello di giustizia che veniva ritenuto un "*privilegio odiosísimo en favor de la Administración*"²⁴⁹, valorizzando al contrario le esigenze connesse all'imparzialità di giudizio, imprescindibile garanzia per il cittadino che solo un organo giurisdizionale e indipendente dall'esecutivo può assicurare.

Tale sistema, inoltre, che trova contenutisticamente il suo antecedente storico nel testo costituzionale del 1812, ribalta tutti i presupposti dogmatici e costituzionali della precedente impostazione, mettendo in luce, ancora una volta, lo stretto legame sussistente fra politica e diritto: al passaggio dalla restaurazione borbonica (1814-1868) al sessennio democratico (1868-1874), infatti, si associa un nuovo modello di giustizia maggiormente garantistico e attento agli interessi individuali.

Quel che occorre tuttavia rilevare, in un'ottica di visione complessiva dell'evoluzione del sistema spagnolo di giustizia amministrativa, è che tale assetto, particolarmente garantistico, costituisce una parentesi di brevissima durata e del tutto eccezionale nell'arco del XIX secolo: già nel 1875, infatti, dopo appena 7 anni dalla sua introduzione, con l'adozione del decreto reale del 20 gennaio 1875, torna a rivivere un modello di giustizia affidata ai corpi amministrativi.

1856; ancora, la trasformazione del *Consejo Real* in *Consejo de Estado*, realizzata con decreto reale del 14 luglio 1858. Sulla natura amministrativa del *Tribunal Contencioso-Administrativo*, cfr. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo – La justicia administrativa*, cit., p. 103, nota n. 16, laddove si esclude la natura giurisdizionale di tale organo, anch'esso sottoposto ai vincoli della "giustizia ritenuta": come afferma l'Autore, "*queda claro que el Tribunal de 1854, aparte el nombre, nada tenía de judicial, hasta al punto de que la jurisdicción era retenida*".

248 In particolare, con tale riforma, si è optato, a livello centrale, per il trasferimento della cognizione delle controversie amministrative dai *Consejos Provinciales* alle *Audiencias Provinciales*; a livello centrale, si è invece deciso di sopprimere la giurisdizione esercitata dal *Consejo de Estado* e di sottoporre il contenzioso-amministrativo alla conoscenza del *Tribunal Supremo*.

249 Così, A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, cit., p. 46.

Questo alternarsi di fasi, che ha visto la giustizia essere erogata talvolta dal potere esecutivo, talaltra dalla magistratura, permane fino al 1888, anno in cui, nell'ambito di una nuova fase di restaurazione borbonica²⁵⁰, viene adottata, in data 13 settembre, la *Ley Santamaría de Paredes* (dal nome del Ministro promotore Vicente Santamaría de Paredes)²⁵¹.

Tale noto giurista e politico dell'epoca riteneva, in particolare – riprendendo in larga misura quanto già espresso in precedenza da Manuel Ortiz de Zúñiga – che la materia contenzioso-amministrativa non fosse pienamente riconducibile e ascrivibile né alla materia contenziosa, né a quella amministrativa, costituendo un qualcosa di distinto che meritasse un trattamento speciale.

Da tale presupposto di partenza, accolto anche a livello politico, si è giunti all'adozione del testo normativo anzidetto, modificato invero innumerevoli volte²⁵², con il quale si è instaurato un sistema “*armónico y mixto*” di giustizia amministrativa.

La ricerca dell'armonia, in particolare, consisteva nella volontà di trovare, a livello politico, un compromesso fra l'impostazione politica più conservatrice, favorevole al controllo dell'esecutivo sull'agire amministrativo, e quella più progressista, d'impronta cd. *judicialista*, incline ad istituire un sindacato giurisdizionale; mirando, ancora, dunque, a cercare un punto di equilibrio fra la “*juridicción retenida*” nelle mani dell'amministrazione e la “*juridicción delegada*” al potere giurisdizionale.

Con tale legge, infatti, se da una parte viene istituito un sistema di giustizia delegata, valorizzando il ruolo delle Corti, dall'altra – e qui si spiega la natura mista

250 Come afferma A. NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, cit., p. 46, “*el sentido de la Restauración española no fue, ni mucho menos, el poner las cosas en el punto que se encontraban antes de la Gloriosa Revolución: sus directores eran lo suficientemente inteligentes como para comprender que no se trataba de una simple vuelta al pasado, y que el único medio de que España consiguiese una cierta estabilidad política, exigía algo más que una restauración*”. L'Autore, con tali parole, evidenzia che tale nuova fase di restaurazione si pone in termini ben diversi dalla precedente, con un nuovo atteggiamento volto a stemperare quei caratteri tanto odiati dal popolo che avevano condotto alla rivoluzione del 1868.

251 Su tale legge, cfr. fra gli altri, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010, pp. 27-35; L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de Septiembre de 1888*, Madrid, 1975, pp. 515 ss..

252 Fra le più note, cfr. *Ley 18 de marzo de 1944*; *Ley 27 de agosto de 1938*; *Ley 8 de marzo de 1924* (cd. *Estatuto Municipal de Calvo Sotelo*); *Ley 5 de abril de 1904*; *Ley 22 de junio de 1894*. Per una più completa disamina, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1989, pp. 481 ss..

di tale sistema – si stabilisce una composizione mista (magistrati e funzionari) degli stessi organi giurisdizionali deputati a conoscere di tale contenzioso²⁵³, cercando così di introdurre, all'interno degli stessi, una maggiore sensibilità verso le ragioni di interesse pubblico perseguite dalle amministrazioni²⁵⁴.

Anche tale assetto di giustizia, tuttavia, ha iniziato a manifestare nel tempo le sue debolezze. Si è affermato, infatti, che tale legge costituisse un sistema connaturato da una *“imperfeción técnica y política no justificable”*²⁵⁵ e che, ancora, tale *“vieja y anticuada ley necesitaba no una reforma, sino una sustitución completa y radical”*²⁵⁶; e ciò, a ben vedere, per diverse criticità che erano proprie di tale modello di giustizia, come la ristretta ampiezza dei soggetti legittimati ad agire, l'eccessiva delimitazione degli atti impugnabili (ad esempio, non erano impugnabili gli atti discrezionali), l'assenza di tutela cautelare, l'attribuzione della funzione esecutiva delle sentenze all'amministrazione, e via dicendo.

Tale sistema difettava, inoltre, osservando gli organi aventi cognizione sul contenzioso-amministrativo, di due profili: la composizione unicamente giudiziaria degli organi giudicanti e la specifica formazione giuridico-amministrativa di tali magistrati.

Con riguardo al primo profilo di perplessità, non può non riportarsi quanto descritto da Eduardo García de Enterría in riferimento ai *“pittoreschi magistrati del contenzioso-amministrativo”*: *“grave era la presenza [...] di consiglieri amministrativi, che, inizialmente, erano addirittura deputati provinciali con titolo di avvocato! E, in mancanza, erano professori delle Facoltà di diritto [...] oppure insegnanti (di istituti di scuola media o di scuola di commercio) sorteggiati. Oppure,*

253 Cfr. artt. 10 e 11, *Ley Santamaría de Paredes*.

254 In particolare, la giurisdizione sull'agire pubblicistico delle amministrazioni spettava, ora: a livello decentrato, ai *Tribunales Provinciales de lo Contencioso-Administrativo*; a livello centrale, al *Tribunal de lo Contencioso-Administrativo*, istituito in seno al *Consejo de Estado* e trasformatosi nel 1904, a seguito delle diverse modifiche intervenute sulla legge del 1888, nella *Sala de lo Contencioso-administrativo* (e non più un tribunale), detta anche *Sala Tercera*, operante all'interno del *Tribunal Supremo*.

255 Così, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1951, n. 6, pp. 279-280.

256 Così, A. GUAITA, *Ejecución de sentencias en el proceso administrativo español*, in *Revista de Administración Pública*, 1951, n. 9, p. 104.

ancora [...] potevano essere avvocati, che comunque continuavano ad esercitare la professione forense”²⁵⁷.

Per quanto concerne il secondo elemento di perplessità, come rileva lo stesso Autore, “gli organi giurisdizionali erano composti da giudici civili [...] o da giudici penali [...], gli uni e gli altri senza la benché minima preparazione amministrativa; la loro función contencioso-administrativa si risolveva nella conferma quasi sistematica degli atti dell’amministrazione, e ciò a causa di una completa ignoranza del diritto amministrativo”²⁵⁸.

Per far fronte a tali mancanze, viene adottata – invero ben più avanti²⁵⁹ – la *Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, che, sostituendo integralmente le precedenti discipline, realizza l’idea di un sindacato giurisdizionale vero e proprio sull’amministrazione, affidandolo unicamente a magistrati che, seppur inseriti fra i giudici ordinari, fossero specializzati nel giudicare il contenzioso-amministrativo. E ciò avveniva, in particolare, in maniera del tutto “pratica”, ove le Corti divenivano “centri di formazione” per determinati magistrati, pressoché permanentemente ed esclusivamente deputati alla risoluzione di tale contenzioso²⁶⁰.

Con tale riforma, inoltre, viene coniato un giudizio dotato di tutte le garanzie processuali, che integra a pieno i caratteri dello Stato di diritto, che segna l’allontanamento dal servilismo verso il sistema francese – riscontrabile diversamente, in modo più o meno accentuato, in gran parte delle precedenti discipline – e che costituiva in quel periodo, senz’altro, un sistema particolarmente avanzato, sotto il profilo garantistico, rispetto agli altri Stati europei²⁶¹.

257 Così, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 32.

258 Così, ancora, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., p. 32.

259 Per una descrizione più analitica di tutte le misure relative alla giustizia amministrativa adottate in tale lasso di tempo, cfr. fra gli altri, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Evolución de la legislación contencioso-administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1999, n. 150, pp. 214-220.

260 Sulla legge processuale del 1956, cfr. fra gli altri, S. ROYO VILLANOVA, *Principales innovaciones de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, in *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, II, 1959, pp. 264-299. A livello puramente organizzativo, tale riforma prevedeva, a livello decentrato, che la giustizia venisse erogata dalle *Salas de lo Contencioso-Administrativo* delle *Audiencias territoriales* (che sostituiscono i precedenti *Tribunales Provinciales de lo Contencioso-Administrativo*); a livello centrale, che la stessa venisse resa (non più da una unica ma) da più *Salas de lo Contencioso-Administrativo* del *Tribunal Supremo*.

261 Cfr. fra gli altri, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Evolución de la legislación contencioso-administrativa*, cit., pp. 229 ss..

Per tali ragioni, si è affermato che, fino all'adozione della presente legge, non esistesse in Spagna una giurisdizione amministrativa degna di questo nome²⁶² e, ancora, che solo con tale intervento normativo il sistema di giustizia amministrativa spagnola sia entrato nel pieno della modernità²⁶³: si pensi, del resto, che solo con tale intervento normativo si afferma espressamente, in Spagna, per la prima volta, il principio di legalità, sottomettendo anche l'attività amministrativa discrezionale alla legge²⁶⁴.

Quel che appare paradossale, d'altro canto, come viene rimarcato frequentemente in dottrina, è che tale modello così progressista e garantista si sia sviluppato proprio nel periodo franchista, sotto un regime di governo di impianto fortemente conservatore e notoriamente restrittivo: la spiegazione che viene offerta è però che ciò non deve sorprendere, posto che, nel corso della storia, anche il più dispotico dei governanti ha cercato l'approvazione del proprio popolo come fondamento e legittimazione del proprio potere²⁶⁵.

La Constitución española del 1978: i principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione

Sotto la vigenza della legge processuale del 1956 si sviluppa anche l'iter storico-giuridico che ha condotto all'adozione della *Constitución española* (d'ora in avanti CE) del 1978.

In particolare, la fine della dittatura franchista e l'instaurazione del regno monarchico di Juan Carlos I rappresentano, storicamente, gli eventi-presupposto rispetto all'adozione di tale testo costituzionale: emblema della *transición española* dallo stato dittatoriale a quello democratico.

Tale Carta costituzionale, profondamente moderna nella sua struttura e nei suoi contenuti²⁶⁶, costituisce la fonte suprema dell'ordinamento giuridico spagnolo,

262 Cfr. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Recursos de apelación y casación*, in *La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, in *Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997, p. 11, ove afferma che “*puede afirmarse sin ambages que hasta la publicación de esta Ley no existió en España una jurisdicción contencioso-administrativa digna de tal nombre*”.

263 Cfr. R. TRILLO TORRES in Atti del Convegno dal titolo “*I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna*”, cit., p. 57.

264 Cfr. artt. 1 e 2, *Ley de 27 diciembre de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.

265 Cfr., ancora, R. TRILLO TORRES in Atti del Convegno dal titolo “*I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna*”, cit., p. 58.

266 Cfr. fra i diversi commenti alla Carta costituzionale del 1978, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. PRADIERI (a cura di), *La costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982; F. GARRIDO FALLA,

delineando – per ciò che direttamente ci interessa – i principi cardine della giustizia amministrativa spagnola.

Percorrendo il testo costituzionale e seguendo la sua struttura nell'analisi di tali principi, si rileva anzitutto l'art. 24, comma 1, CE, che stabilisce che “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

In tal maniera, con immediata ed evidente analogia al comma 1 dell'art. 24 della Costituzione italiana, si riconosce la tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive vantate dal cittadino nei confronti della pubblica amministrazione²⁶⁷.

Da tale disposizione, inoltre, si comprende come nell'ordinamento spagnolo la distinzione fra diritti ed interessi non è che manchi del tutto: semplicemente – come si vedrà – essa assume un valore soltanto descrittivo, non fungendo da criterio di riparto delle sfere di cognizione fra giudice amministrativo e giudice civile.

Detto principio, poi – come si avrà occasione di osservare – con la sua forza trainante, impressa congiuntamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina, ha assolto un ruolo da primo protagonista nelle trasformazioni che il giudizio amministrativo spagnolo ha vissuto a partire dagli anni Ottanta.

Tale testo, inoltre, preserva e costituzionalizza gli esiti a cui si era giunti a seguito delle numerose e precedenti trasformazioni della giustizia amministrativa, di cui era in particolare “contenitore” la legge processuale del 1956.

In quest'ottica, dunque, vanno letti i principi costituzionali di seguito indicati e descritti.

Fra questi, si rileva l'art. 106, comma 1, CE, ove si afferma che “*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa,*

Comentarios a la Constitución, Madrid, 1980; G. LOMBARDI, *La nuova costituzione di Spagna*, Torino, 1979; G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Una costituzione democratica per la Spagna*, Milano, 1978; Ó. ALZAGA, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978. Per una comparazione fra testo costituzionale spagnolo e italiano, cfr. A. PIZZORUSSO, *Su alcune peculiarità della Costituzione spagnola del 1978. Osservazioni comparatistiche*, in *Giur. Costit.*, 1988, n. 1, pp. 26 ss..

²⁶⁷ Per un parallelismo fra il comma 1 dell'art. 24 della Costituzione spagnola con il comma 1 dell'art. 24 della Costituzione italiana, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, p. 59. Sull'art. 24 CE, cfr. altresì F. RUBIO LLORENTE, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Madrid, 1995, pp. 261 ss.; M. PULIDO QUECEDO, *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1996, pp. 640 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989.

así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”, garantendo il controllo giurisdizionale sull’attività regolamentare e propriamente amministrativa delle pubbliche amministrazioni.

A tale ultimo articolo si relazionano, ovviamente, quelle disposizioni che costituiscono il fondamento stesso del principio di legalità dell’azione amministrativa²⁶⁸, ovverosia: l’art. 9, commi 1 e 3, CE, ove si dice, rispettivamente, che *“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”* e, con un’affermazione di mero principio, che *“la Constitución garantiza el principio de legalidad”*; l’art. 103, comma 1, CE, che stabilisce che *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales [...] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

Continuando nell’analisi del testo costituzionale spagnolo, ci si imbatte nell’art. 107 CE, disposizione che, conformemente a quanto previsto dalle fonti primarie a partire dalla *Ley de 5 de abril de 1904*, assegna una funzione meramente consultiva al *Consejo de Estado*, definito *“supremo órgano consultivo del Gobierno”* e del tutto privo di poteri giurisdizionali. Questi ultimi poteri, come si è visto, sono invece attribuiti ad una serie di organi prettamente giurisdizionali e, segnatamente, a giudici comuni con la peculiarità di essere specializzati nella cognizione delle controversie amministrative: fra questi – indicando quelli aventi copertura costituzionale – i *Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autonomas*, previsti dall’art. 152 CE, e il *Tribunal Supremo*, contemplato dall’art. 123 CE, avente cognizione in ogni tipo di giudizio (compreso quello contenzioso-amministrativo) e posto al vertice dell’organizzazione giudiziaria spagnola con funzione di cassazione.

Anche l’art. 117 CE assume ai nostri fini centrale rilevanza.

Esso, infatti, al comma 1, afferma che *“la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*: tale disposizione pone fine, allora, anche a livello costituzionale, all’idea di una giustizia erogata dal potere esecutivo, definendo altresì le diverse

268 Sul principio di legalità nell’ordinamento giuridico spagnolo, cfr. J. ESTEVE PARDO, *La ley como garantía fundamental de los intereses generales. Administración garante y principio de legalidad*, in J. ESTEVE PARDO (a cura di), *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, 2015, pp. 97-108; cfr. anche E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1983, pp. 91-145.

garanzie d'indipendenza (inamovibilità e soggezione soltanto alla legge) della magistratura medesima.

A rafforzare il distacco del giudice dal potere esecutivo si aggiunge anche il comma 3 della stessa disposizione costituzionale, secondo cui “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*”. Dunque, si attribuisce esclusivamente ai giudici il compito di giudicare e far eseguire coattivamente le sentenze. Proprio a queste ultime, del resto, è dedicato anche l'art. 118 CE, che determina l'obbligatorietà di osservare le decisioni giurisdizionali e di collaborare nell'esecuzione delle stesse, recitando: “*es obligado cumplir las sentencias [...] de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”.

Lo stesso art. 117 CE, infine, al comma 5, stabilisce che “*el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales*”, fornendo base costituzionale al principio di unità giurisdizionale²⁶⁹ e al modello monistico di giurisdizione. Un principio, questo, di grandissima rilevanza ai fini comparatistici, per l'evidente differenziazione rispetto al dualismo giurisdizionale proprio dell'ordinamento giuridico italiano.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Le due “chiavi di lettura”: l'effettività della tutela giurisdizionale e la creazione di una giurisdizione monistica a sezioni specializzate

A partire dagli anni Ottanta, a seguito dell'adozione della Carta Costituzionale, la legge processuale del 1956 è andata incontro a massicci interventi pretori e normativi.

Tale legge, infatti, pur conforme sotto molti profili alla Costituzione del 1978, presentava inevitabilmente – come quasi sempre accade per le leggi anteriori ad una Carta costituzionale – taluni profili dalla dubbia conformità costituzionale, specie –

269 Il principio di unità di giurisdizione trova tuttavia delle deroghe, data la presenza, seppur eccezionale, di giurisdizioni speciali, fra cui spiccano quella costituzionale e quella militare. Diversamente, tale principio non osta a che vi siano, all'interno della giurisdizione unica, diversi *órdenes jurisdiccionales* (civile, penale, contenzioso-amministrativo, sociale), come previsto dalla *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Cfr. A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Proceso civile spagnolo* (voce), in *Enc.dir. Annali*, II, 1, 2008, pp. 648 ss..

ma non esclusivamente – in relazione all’effettività della tutela giurisdizionale tutelata dall’art. 24 CE.

Il sistema processuale del 1956, infatti – al di là degli enormi passi in avanti compiuti già descritti – configurava, ancora, un giudizio sul solo atto amministrativo, con una legittimazione a ricorrere ancora ristretta, con una tutela cautelare limitata alla sospensione dell’atto, con l’attribuzione della funzione esecutiva delle sentenze all’amministrazione medesima, e via dicendo.

Pertanto, con la finalità di rendere il processo amministrativo maggiormente conforme al testo costituzionale, sono intervenute, dapprima, le Corti ²⁷⁰ – dunque, il *Tribunal Supremo*, nella sua veste di giudice di cassazione avente funzione nomofilattica, e il *Tribunal Constitucional*, quale “giudice delle leggi” – in seguito, il legislatore, che ha modificato più volte tale assetto normativo ²⁷¹ fino all’adozione dell’attuale legge processuale, la *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (d’ora in avanti LJCA), che definisce la struttura giudiziaria amministrativa e detta i principi e le regole che governano l’attuale contenzioso-amministrativo spagnolo.

Quest’ultimo intervento normativo si sostituisce alla precedente legge del 1956, recependo le diverse conquiste pretorie, tese a rendere sempre più effettiva la tutela giurisdizionale: fra queste, l’estensione dell’alveo dei legittimati attivi al ricorso, la trasformazione del giudizio amministrativo da un processo sull’atto ad uno sull’intero rapporto controverso, il rafforzamento del sistema delle misure cautelari, l’attribuzione al giudice della funzione esecutiva delle sentenze, ovverosia, più generale, tutta una serie di elementi che tendevano, ancora, nella legge del 1956, a porre l’amministrazione su un piano di eccessiva superiorità rispetto al privato.

Oltre all’attenzione verso l’effettività della tutela giurisdizionale, la legge processuale del 1998, consolidando quel modello già fatto proprio dalla legge del 1956 e altresì conforme al dettato costituzionale, predispone un sistema puramente *judicial* di giustizia, di natura monistica, ma connotato da giudici specializzati nel

270 Per alcune considerazioni sull’evoluzione pretoria tesa a rendere conforme a Costituzione la legge del 1956, cfr. J. PEMÁN GAVÍN, *Osservazioni sul ricorso contenzioso amministrativo e la Costituzione del 1978*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici comparati*, Milano, 1985, pp. 999 ss..

271 Cfr. *Ley 38/1988, de 29 diciembre, de Demarcación y Planta Judicial*; *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio 1985, del Poder Judicial*; *Ley 34/1981, de 5 de octubre, por la que se dictan normas complementarias sobre legitimación en el recurso contencioso*.

contenzioso-amministrativo, dotati di una formazione e vocazione specificamente pubblicistica.

Tali giudici, articolati in più livelli territoriali e operanti monocraticamente (tramite singoli *Juzgados*) o collegialmente in apposite Sale (*Salas*) dedicate espressamente al *Contencioso-Administrativo*, sono:

- a livello provinciale, i giudici monocratici provinciali (*Juzgados Provinciales*);
- a livello di Comunità autonoma, i Tribunali superiori di giustizia (*Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autonomas*), operanti collegialmente in apposita/e Sala/e ²⁷² (la/le *Sala/s de lo Contencioso-Administrativo*).
- a livello centrale, entrambi con sede a Madrid, i giudici monocratici centrali (*Juzgados Centrales*) e l'*Audiencia Nacional*, operante, quest'ultima, collegialmente, tramite un'apposita *Sala de lo Contencioso-Administrativo*;
- a capo di tutta la struttura giudiziaria, il *Tribunal Supremo*, giudice di sola legittimità ²⁷³ con funzione nomofilattica e con sede a Madrid, al cui interno si radica la *Sala Tercera* ²⁷⁴, specificamente incaricata di conoscere il contenzioso-amministrativo.

272 Conformemente a quanto previsto dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985, in ciascun *Tribunal* sono presenti quattro Sale, corrispondenti ai quattro ordini che costituiscono la giurisdizione ordinaria: civile, penale, contenzioso-amministrativo e sociale (ovverosia del lavoro). Solo il *Tribunal Supremo* ha la peculiarità di incorporare una quinta Sala, quella militare, riconducibile come già visto ad una giurisdizione speciale.

273 Anche in Spagna si ritiene, infatti, che vi siano solo uno o due gradi di giudizio (di merito), non rientrandovi quello instaurato di fronte al *Tribunal Supremo*, organo che svolge un controllo di sola legittimità, conformemente alla Corte di Cassazione italiana.

274 Tale organo, all'apice della piramide giurisdizionale con funzione nomofilattica, trova, come già visto, un fondamento costituzionale nell'art. 123 Cost. Storicamente, esso nasce già con la Costituzione del 1812 per svolgere le sue funzioni in materia di giurisdizione civile e penale. Con il tempo, tuttavia, per soddisfare nuove ed avvertite esigenze di giustizia, si decide di ampliare le sue competenze giurisdizionali, con la creazione di nuove *Salas*, tanto che oggi si rinvengono, all'interno di tale tribunale, 5 Sale (civile, penale, contenzioso-amministrativo, sociale, militare). La *Sala Tercera*, in particolare, è quella specificamente incaricata del contenzioso-amministrativo e nasce nel 1904, aggiungendosi alle due originarie. Cfr. R. TRILLO TORRES in Atti del Convegno dal titolo "*I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna*", cit., p. 56, laddove descrive la genesi di tale organo giurisdizionale, evidenziando altresì come debba considerarsi "*una frattura di questo sistema il fatto che, arrivato il momento, il costituente non abbia deciso di incorporare – a tale Tribunale – anche una Sala di Garanzie Costituzionali [...] frattura causata da ragioni circostanziali derivate dal modo peculiare e positivo in cui si sviluppò la transizione politica spagnola dal regime di Franco al sistema costituzionale*".

Senza potersi soffermare sull'analitica descrizione del funzionamento della *Planta de la jurisdicción contencioso-administrativa* spagnola, la cui trattazione esorbiterebbe dall'oggetto e dalla finalità del presente elaborato, ci si limita ad indicare, di seguito, i soli caratteri e dati del processo amministrativo spagnolo che – agli occhi di un lettore italiano – non possono che destare interesse: fra questi, l'ampissimo oggetto della cognizione amministrativa²⁷⁵, l'assoluta preminenza del criterio materiale e la mancanza di una ripartizione delle sfere di cognizione fondata sulla titolarità di una situazione giuridica soggettiva²⁷⁶, l'elevato numero di conflitti di competenza²⁷⁷, la presenza di giudici dalla composizione monocratica per la

275 La LJCA determina, agli artt. 1-5, l'estensione e i limiti della giurisdizione amministrativa, delineando una sfera di cognizione particolarmente ampia. In particolare, da tale delimitazione dell'ambito di giurisdizione, che trova poi una sua più puntuale specificazione in quelle materie attribuite alla competenza dei giudici amministrativi spagnoli contenuta agli artt. 6-17 della LJCA, si deduce, senza scendere in eccessivi tecnicismi, che spetta alla cognizione dei giudici amministrativi l'impugnazione di atti che, diversamente, in Italia, verrebbero conosciuti dai giudici civili (ad esempio, con diverse competenze giurisdizionali attribuite ai giudici amministrativi spagnoli in materia di sanzioni amministrative), dai giudici del lavoro (si osservino, ad esempio, le competenze del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego, ove gli stessi possono sindacare anche gli atti di gestione), dalle commissioni tributarie (in riferimento alle competenze che i giudici amministrativi spagnoli hanno in materia di contenzioso tributario) e, persino, dalla Corte Costituzionale (si pensi, ad esempio, che il giudice amministrativo spagnolo conosce dell'impugnazione dei decreti legislativi, che superino i limiti fissati dalla legge delega).

276 L'art. 13 LJCA, infatti, pone regole di assoluta minuzia nella determinazione delle materie strumentali all'individuazione del giudice competente. Tale delimitazione dell'ambito di cognizione, peraltro, talvolta, non si limita all'individuazione dei settori di intervento, ma si allarga anche alla definizione delle tipologie specifiche di atti impugnati e dei valori della controversia. Diversamente, la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi assume valenza solo descrittiva, incapace di fungere da criterio di riparto delle sfere di cognizione. In questo senso, Cfr. R. TRILLO TORRES in Atti del Convegno dal titolo "*I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna*", cit., p. 65. Cfr. art. 8 LJCA, in relazione alla competenza degli *Juzgados Provinciales*; cfr. art. 10, con riguardo alla competenza dei *Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autonomas* (alle quali spetta una competenza assai vasta, in virtù della presenza di una clausola di residualità, in base alla quale spetta a tali Tribunali tutto ciò che non rientra nella cognizione degli altri giudici del contenzioso-amministrativo); cfr. artt. 9 e 11, per quanto concerne la competenza degli *Juzgados Centrales*; cfr. art. 12, per quanto attiene alla competenza del *Tribunal Supremo*.

277 Come già rilevato, il giudice amministrativo spagnolo non è un giudice speciale e autonomo rispetto a quello ordinario, radicandosi all'interno della stessa giurisdizione ordinaria.

Da ciò discende che non si pongono, fra i giudici medesimi, conflitti di giurisdizione, bensì di competenza (*Conflictos de competencias*).

Tali conflitti sono, a ben vedere, assai numerosi e ciò avviene – come visto – in un ordinamento che non basa la ripartizione della cognizione delle controversie sulla base della titolarità della situazione giuridica soggettiva, criterio previsto – come noto – nell'ordinamento giuridico italiano e talora criticato per la sua evanescenza e predisposizione a far sorgere questioni di riparto di giurisdizione. Ciò, a dimostrare che anche in un sistema come quello spagnolo che non detta un criterio generale, e ove diversamente il legislatore si è preoccupato di individuare scrupolosamente – talora in maniera quasi maniacale – le aree di competenza di ciascun giudice, non sempre facile è l'individuazione dell'organo giurisdizionale deputato a conoscere di una controversia.

Numerosi sono, infatti, i conflitti di competenza, sia fra le diverse Sale (ad esempio, fra quelle civili o quelle sociali con quelle del contenzioso-amministrativo), sia fra i giudici del contenzioso-

risoluzione delle controversie di primo grado²⁷⁸, la previsione di numerosi giudizi in “unica istanza” e la mancata garanzia del doppio grado di giudizio²⁷⁹, infine, l’estrema valorizzazione del principio di certezza del diritto, con un “precedente giurisprudenziale” che diviene talora vincolante, circostanza che, da una parte, induce ad una minore creatività pretoria limitando il singolo giudice anche nella possibilità di offrire maggiori livelli di tutela, dall’altra, diminuisce i rischi connessi all’eccessiva disomogeneità ed imprevedibilità degli esiti giudiziari²⁸⁰.

Ed è così, dunque, che, con riferimento all’effettività della tutela giurisdizionale e all’instaurazione del sistema monistico a sezioni specializzate, può essere evidenziata la loro capacità di porsi quali chiavi di lettura di tutta la legge processuale del 1998, delineando – in via di anticipazione rispetto a quanto verrà ad emergere nel seguente paragrafo – un modello di giudice delle controversie amministrative dai caratteri (quasi) pienamente rispondenti a quello che sembra affermarsi in Europa, ove –

amministrativo medesimo. Essi vengono risolti, in particolare, dall’organo giurisdizionale immediatamente superiore rispetto a quelli interessati dal conflitto: dunque, decide il *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma*, per i conflitti fra giudici monocratici provinciali della medesima Comunità; l’*Audiencia Nacional*, per i conflitti fra giudici monocratici centrali; il *Tribunal Supremo*, in tutti gli altri casi. Cfr. F. LOPEZ RAMON, *Planta y competencia de la jurisdicción contenciosa despues la reforma del 1998*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e Spagna. Atti del Convegno di studi italo-spagnolo (Palermo, 19-20 marzo 2001)*, Torino, 2002, pp. 32 ss..

278 La presenza di giudici monocratici nella risoluzione, in prima istanza, di determinate controversie avviene tanto a livello provinciale quanto a livello centrale e risponde ad esigenze di celerità di giudizio: obiettivo, questo, che le riforme spagnole degli ultimi venti anni hanno tenuto in considerazione anche aumentando le competenze di tali organi monocratici. In relazione a detto incremento, cfr. *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre*.

279 Dalla circostanza che ciascun giudice del contenzioso-amministrativo spagnolo giudica talune liti in “unica istanza”, discende che “nell’ordine giurisdizionale contenzioso-amministrativo tutti gli organi giudiziali che lo compongono sono, in maggiore o minore grado, degli organi di prima istanza”. Così, R. TRILLO TORRES in Atti del Convegno dal titolo “*I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna*”, cit., p. 65. Competenza giurisdizionale in unico grado, quella di cui si parla l’Autore, che trova fondamento nel fatto che, in Spagna, conformemente a quanto affermato dalla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*, il doppio grado di giudizio deve essere assicurato solo in materia penale, non garantendosi alle parti un giudizio d’appello nella materia del contenzioso-amministrativo.

280 Nell’ambito dei giudizi instaurati tramite ricorso in cassazione, infatti, il *Tribunal Supremo* riveste una rilevantissima funzione nomofilattica, imprimendo la direzione della coerenza e della uniformità degli orientamenti giurisprudenziali.

Ci si riferisce in particolare all’art. 88 LJCA, ove si consente alle parti di ricorrere al *Tribunal Supremo* in presenza di una “*infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia*”, ovverosia relazionato alla violazione di disposizioni di legge (sostanziale o processuale) nonché della giurisprudenza medesima, ivi intesa, quest’ultima, come “*doctrina legal*” (in relazione alla quale si afferma che si crea giurisprudenza cui i giudici inferiori devono sottostare, e cioè si crea dottrina legale, ove vi siano almeno due decisioni del *Tribunal Supremo* su casi identici).

come si vedrà – tende a stemperarsi la differenza originariamente marcata fra sistemi dualistici e monistici di giurisdizione.

2.3. Il modello spagnolo e il modello europeo di giurisdizione amministrativa a confronto: continuità e discontinuità

Come è noto, i sistemi di giustizia amministrativa dei diversi Paesi europei si sono sviluppati, nel corso del XIX e XX secolo, in senso monistico o dualistico, a seconda che gli Stati abbiano deciso di devolvere la cognizione delle controversie di diritto pubblico, quelle cioè relative all'esercizio del potere autoritativo e unilaterale dell'amministrazione, rispettivamente, allo stesso giudice comune o ad un giudice speciale.

Eppure – come già osservato – la questione relativa all'attribuzione delle controversie di diritto amministrativo ad un giudice speciale o meno rappresenta già un punto di approdo, seguendo all'accoglimento dell'impostazione giudiziale e al definitivo abbandono dell'idea di affidare al potere esecutivo medesimo la risoluzione di tale contenzioso.

La ripartizione bifasica (1° fase – scelta fra impostazione amministrativa e giudiziale, 2° fase – scelta fra monismo e dualismo giurisdizionale) relativa allo sviluppo in Europa dei diversi sistemi di giustizia amministrativa, che appare certamente comoda sotto il profilo sistematico e descrittivo – tanto da averne fatto cenno al paragrafo 2.1. – merita tuttavia di essere meglio precisata: come emerge chiaramente dagli studi di coloro che si sono incentrati proprio sull'osservazione dello sviluppo dei sistemi di giustizia amministrativa, infatti, la scelta fra impostazione amministrativa e giudiziale non rappresenterebbe tanto una fase autonoma anteriore alla scelta fra monismo e dualismo giurisdizionale, ponendosi piuttosto quale fase originaria all'interno dell'evoluzione stessa dei sistemi dualistici di giurisdizione²⁸¹.

281 Cfr. P. TANDA, *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, 2017, Napoli; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 3, pp. 106-117; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007; della stessa Autrice, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, in G. FALCON (a cura di), *Diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione e diversità culturali*, cit., pp. 203 ss.; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 35 ss..

Questi ultimi, come noto, detti anche sistemi a *droit administratif*, trovano la loro genesi nel *contentieux administratif* della Francia *post-rivoluzionaria*, ponendosi, infatti, in una prima fase, sulla base di un'interpretazione estrema del principio della separazione dei poteri, come sistema di giustizia erogata dal potere esecutivo. Si affermava, allora, che “*juger l'administration c'est encore administrer*”, ritenendosi che l'amministrazione non potesse invece essere giudicata dai giudici comuni. La sottrazione di tale contenzioso al giudice dei rapporti inter-privatistici presupponeva, del resto, la concezione, presente fin dall'origine, del diritto amministrativo quale diritto speciale, caratterizzato da regole esorbitanti e derogatorie rispetto al diritto comune, ove speciali, del resto, erano anche i poteri delle amministrazioni e il rapporto amministrativo.

Al sistema di tutela delineato si ricollegava, inoltre – e ne dà testimonianza l'originaria configurazione del *recours pour excès de pouvoir* – una concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa, che veniva a configurarsi quale controllo di legalità dell'atto amministrativo, ove la tutela dell'interesse individuale era solo indiretta ed occasionale.

È diversamente in un secondo momento che si è giunti all'attuale idea di dualismo giurisdizionale, caratterizzato dalla presenza di un giudice speciale – appunto il giudice amministrativo – distinto da quello ordinario, ma come questi indipendente dall'esecutivo. Una lettura, quest'ultima, che rappresenta la naturale espressione del costituzionalismo moderno, con l'affermarsi della pari dignità fra tutti i poteri dello Stato, di una diversa e più moderata interpretazione del principio di separazione dei poteri, nonché, ancora, con la valorizzazione del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge.

Tale dualismo, peraltro, non ha riguardato solo il profilo strutturale della giurisdizione, ma si è esteso anche a quello funzionale, con la previsione di un rito processuale distinto da quello civile. Quel che si è venuto a configurare, in particolare, è un rito ove minori rispetto al processo civile sono i rimedi esperibili, i mezzi istruttori e i poteri cognitori e decisorii del giudice; ove, però, a fronte di tale strumentario più limitato, il giudice è stato in grado di entrare nei meandri della discrezionalità amministrativa, adottando e sviluppando tecniche di sindacato giurisdizionale sempre più raffinate. Come se – si è affermato – la maggiore

vicinanza all'amministrazione avesse consentito al giudice speciale di entrare maggiormente nelle sue scelte discrezionali, a differenza di quanto è avvenuto, invece – in via di anticipazione – nei sistemi monistici, ove il giudice comune ha manifestato un'evidente *deference* nei confronti del potere amministrativo²⁸².

A tale modello si contrappone quello monistico, detto anche “a giurisdizione unica”, di cui è prototipo il sistema britannico (con eccezione di quanto avviene in Scozia). Alla base della cognizione delle controversie di diritto amministrativo da parte di un unico giudice – ovverosia quello ordinario – vi era l'idea, nata nella giurisprudenza delle *Courts*, che non esistesse un diritto amministrativo come diritto speciale rispetto al diritto comune e che, ancora, la pubblica amministrazione operasse con gli stessi strumenti dei soggetti privati, non giustificandosi, per tali ragioni, la creazione di un giudice speciale. La cognizione di tali liti spettava, allora, al giudice ordinario, un giudice per sua natura meno vicino alle amministrazioni, indipendente dal potere esecutivo e in grado di garantire una maggiore imparzialità di giudizio. Quest'ultimo, peraltro, era naturalmente improntato ad una concezione soggettiva di giurisdizione, ove erano i diritti dell'individuo ad essere oggetto diretto della tutela giurisdizionale.

Tale impostazione originaria viene superata nell'evoluzione degli ordinamenti monistici, anch'essi inclini, oggi, a riconoscere la specialità dei poteri delle amministrazioni e del rapporto di diritto pubblico, alla scoperta della specialità del diritto amministrativo: con la conseguente acquisizione di notevoli caratteri, ancora, di specialità, o quantomeno di specializzazione, della giurisdizione amministrativa.

Al di là dei diversi sviluppi e delle singole esperienze maturate in ciascun Paese, del modo in cui organizzare la giustizia amministrativa si è discusso pressoché ovunque. E in merito ci si limita qui a segnalare che: da un lato, si critica ai sistemi dualistici la scarsa indipendenza dal potere esecutivo e la realizzazione di un sistema di giustizia troppo vicino all'interesse pubblico; dall'altro lato, diversamente, si contesta a quelli monistici la minore *expertise* del giudice, così come la sua timidezza di fronte al potere amministrativo discrezionale.

Schierarsi per la maggiore funzionalità dell'una o dell'altra impostazione appare oramai, tuttavia, privo di senso, in particolare per il sostanziale allontanamento dai

282 Cfr. fra gli altri, S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, n. 1, p. 47 ss..

modelli originari e teorici ²⁸³. Tanto che – come è stato autorevolmente affermato ²⁸⁴ – la questione assume oggi carattere del tutto retorico.

Ciò emerge considerando, ad esempio, con riferimento ai sistemi dualistici, come la critica relativa alla mancata indipendenza del giudice speciale non trovi oggi ragione di esistere, posto che la stessa si rivolgeva agli originari sistemi ove l'amministrazione diveniva "giudice", non certo a quelli attuali ove la giustizia è erogata da giudici speciali indipendenti dal potere esecutivo e il cui *status* giuridico tende a non essere dissimile da quello dei giudici comuni. Non solo. I sistemi dualistici, infatti, originariamente improntati ad un modello oggettivo di giurisdizione, sono andati nel tempo soggettivizzandosi, avvicinandosi ai sistemi monistici, in un processo ove le situazioni giuridiche soggettive non trovano più una tutela in via occasionale e indiretta, bensì divengono oggetto diretto del giudizio. Procedendo altresì, nel percorrere tale direzione, verso l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale, con la previsione delle stesse azioni, compresa quella cautelare, e degli stessi mezzi istruttori tipici del processo civile.

Si pensi, ancora, ora con riferimento ai sistemi monistici – sempre a dimostrazione dell'assunto in premessa – alla specializzazione del giudice avvenuta in ogni sistema monistico o, ancora, alla specializzazione dello stesso giudizio relativo alle liti fra amministrazioni e privati. In merito a tale specializzazione, infatti, si rileva la previsione di strumenti e istituti di tutela giudiziaria differenziati rispetto a quelli delle controversie inter-privatistiche, nonché l'utilizzo da parte del giudice di tecniche di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità prossime a quelle di un giudice speciale ²⁸⁵.

283 Per una più analitica disamina, si rinvia a N. LONGHI, *Riflessioni sull'influenza ridisegnatrice e omogeneizzante del diritto europeo sulle giurisdizioni amministrative nazionali*, in www.federalismi.it, 2014, pp. 1-30.

284 Si ascolti in merito l'intervento di S. CASSESE nel convegno dal titolo "Dalla giustizia amministrativa al Diritto processuale amministrativo", tenutosi a Roma, Palazzo Spada, in data 19 gennaio 2015, reperibile su [you tube](http://www.youtube.com).

285 Come afferma M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid-Rassegna*, 2006, n. 35, p. 6, infatti, "la considerazione dei principali sistemi giuridici mostra la progressiva affermazione di un distinto sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, anche nei sistemi di radicata tradizione monistica. Laddove, nei sistemi a carattere dualistico, le regole processuali e l'organizzazione del giudiziario amministrativo tendono ad armonizzare i due plessi giurisdizionali quanto a disciplina del processo, garanzie dei singoli e indipendenza dei giudici".

L'imbastardimento degli originari modelli – come già accennato in esordio di capitolo – si deve a diversi fattori: l'integrazione europea²⁸⁶; il ruolo del diritto comparato e la circolazione dei modelli²⁸⁷; la condivisione di comuni esigenze obiettive²⁸⁸.

Quel che sembra essersi realizzato è, dunque, un percorso di convergenza dei diversi Paesi europei verso una giurisdizione che manifesta specialità tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale. In tale modello europeo di giurisdizione, poi, la specialità si accompagna ad una tutela giurisdizionale che diviene piena ed effettiva, con un giudice dotato di adeguati poteri cognitori e decisorii, nonché capace di far uso di raffinati strumenti di sindacato sull'attività amministrativa discrezionale²⁸⁹. Con l'avvertimento che si tratta, tuttavia, di tendenze che non eliminano le specificità delle singole realtà nazionali.

Pertanto, delineato l'emergente modello europeo di giurisdizione amministrativa, si procederà cercando di sovrapporre a quest'ultimo quello spagnolo, al fine di rilevare il grado di coincidenza fra di essi.

I) Primariamente, si può riscontrare un punto di sovrapposizione nella specializzazione ed indipendenza del giudice amministrativo spagnolo.

La ricostruzione già proposta dell'evoluzione del contenzioso-amministrativo spagnolo mette in risalto, infatti, il percorso di progressiva specializzazione ed indipendenza dell'organo giudicante.

286 Imprescindibile sull'argomento è la lettura di G. FALCON, *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, cit.; cfr. altresì, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001. Tutto ciò, al di là della sussistenza del principio europeo di autonomia processuale degli Stati membri, in relazione al quale cfr. N. LONGHI, *Riflessioni sull'influenza ridisegnatrice e omogeneizzante del diritto europeo sulle giurisdizioni amministrative nazionali*, cit., 2014, pp. 1-30; M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, cit., pp. 1-32. Per un'esposizione più ampia, cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009.

287 Cfr. M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, cit., p. 5, ove si afferma che "per il tema della giustizia amministrativa il diritto comparato offre ancora utili indicazioni atteso che i sistemi dei diversi Stati mantengono notevoli peculiarità e che il loro sviluppo è il frutto di un'autonoma evoluzione, la cui conclusione convergente è rilevante proprio perché principalmente dovuta a fattori autoctoni".

288 Cfr. D. DE PRETIS, in Atti del Convegno dal titolo "I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna", cit., p. 74.

289 Cfr. D. DE PRETIS, in Atti del Convegno dal titolo "I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna", cit., p. 70.

Si ritiene tuttavia opportuno focalizzare meglio l'attenzione su entrambe le caratteristiche attribuite a tale giudice, primariamente osservando le fonti dalle quali derivano tali connotati.

La Costituzione – come si è osservato – nulla prevede in merito alla specializzazione del giudice amministrativo, limitandosi a stabilire l'unità della giurisdizione e, genericamente, l'indipendenza del potere giurisdizionale.

È invece dalla *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (d'ora in avanti LOPJ) che emerge con maggiore analiticità tanto il profilo della specializzazione, quanto quello dell'indipendenza del giudice amministrativo spagnolo.

Tale atto normativo, infatti, che descrive la *Planta judicial* spagnola, afferma, all'art. 3 LOPJ, che “*la jurisdicción es única*”, successivamente delineando, all'interno di tale giurisdizione – che noi definiremmo ordinaria – quattro *órdenes jurisdiccionales*: uno di essi è il *contencioso-administrativo*, di cui definisce l'oggetto all'art. 24 LOPJ. La specializzazione del giudice amministrativo discende, dunque, innanzitutto, dalle particolari liti delle quali lo stesso ha cognizione, diverse da quelle devolute alla giurisdizione degli altri ordini (civile, penale, sociale).

Non solo. La specializzazione di tale giudice deriva, infatti, anche dalla sua distinta formazione, ove è previsto un concorso di cd. secondo grado per poter giudicare le controversie amministrative, conformemente a quanto disciplinato dagli artt. 311-312 LOPJ.

Tale specializzazione, tuttavia – come si è osservato – pur fondando l'appartenenza dei giudici amministrativi ad un ordine distinto rispetto agli altri, non conduce loro al di fuori della giurisdizione ordinaria: tanto che gli stessi, pur specializzati, condividono con i giudici degli altri ordini sia lo *status* giuridico, derivante dalla comune sottoposizione alla LOPJ, sia la soggezione amministrativa al medesimo organo di autogoverno, il *Consejo General del Poder Judicial*.

Nel senso suindicato va dunque intesa la specializzazione, in un contesto ove emerge una differenza concettuale sostanziale – a cui il lettore italiano non è abituato – fra “giurisdizione” e “ordine giurisdizionale”.

Quanto al profilo dell'indipendenza del giudice (anche amministrativo), la LOPJ detta infine un'analitica disciplina agli artt. 12-15 LOPJ, ove all'affermazione del

principio generale si affianca la previsione di strumenti di garanzia che prevedono il coinvolgimento dello stesso *Consejo General del Poder Judicial*.

II) Secondariamente, un ulteriore profilo di continuità è ravvisabile – come già si è in parte potuto osservare e come ancora si avrà modo di vedere – nel percorso verso l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale che ha intrapreso il giudizio contenzioso-amministrativo spagnolo nel XX secolo, con l'ampliamento della legittimazione attiva al ricorso, con il superamento del giudizio sull'atto, con la previsione di un più ampio strumentario a disposizione del ricorrente per ottenere un'adeguata tutela delle proprie pretese, con la predisposizione di un sistema di misure cautelari, con la configurazione di un sistema maggiormente efficace per assicurare l'ottemperanza da parte dell'amministrazione delle sentenze del giudice amministrativo, e via dicendo.

Soffermandosi brevemente su tali sviluppi – ad eccezione di quello relativo all'ampliamento della legittimazione attiva, più analiticamente esaminato in seguito – ci si imbatte nella disciplina dettata dalla LJCA, relativa alle pretese esercitabili nel giudizio contenzioso-amministrativo.

Come emerge dagli artt. 25-30 LJCA, infatti, il *sistema de control judicial* spagnolo consente al cittadino di esperire azioni di diversa natura, impugnando atti amministrativi (espresi o taciti, formatosi, in questo ultimo caso, a seguito di *silencio negativo* o *silencio positivo*), regolamenti, decreti legislativi *ultra vires*, comportamenti materiali privi di copertura legale (*via de hecho*) e l'inerzia stessa non significativa dell'azione amministrativa.

In tal maniera, come emerge dagli artt. 31-33 LJCA, il ricorrente ha la possibilità di far valere di fronte al giudice amministrativo una pluralità di pretese, chiedendo allo stesso, in particolare, di: dichiarare un atto amministrativo o un regolamento non conformi all'ordinamento giuridico, con conseguente loro annullamento; stabilire tutte le misure necessarie per il ripristino della situazione giuridica lesa, fra cui la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni provocati dalla sua attività; condannare l'amministrazione rimasta inerte a provvedere adottando uno specifico atto amministrativo dovuto o condannare la stessa, qualora inadempiente, ad adempiere ad un'obbligazione già assunta; disporre la cessazione di un comportamento materiale dichiarato illegittimo. Ancora, al giudice amministrativo è

conferito il potere di disporre le misure cautelari più opportune, anche diverse dalla mera sospensione dell'atto impugnato, nonché di adottare ogni misura ritenuta idonea per assicurare l'esecuzione delle proprie sentenze.

Si deduce, allora, che l'oggetto del giudizio non è più l'atto amministrativo impugnato, bensì, generalmente, le pretese avanzate dal ricorrente, con un processo che ha perso il prevalente carattere di mera revisione dell'atto amministrativo, per trasformarsi, come viene affermato anche nel nostro ordinamento, in un giudizio sull'intero rapporto controverso ²⁹⁰.

III) Diversamente la coincidenza fra modello spagnolo e europeo appare meno netta sotto il profilo dell'intensità del sindacato sulla discrezionalità amministrativa.

In merito, si rileva infatti che, per lungo tempo, il sindacato sulla discrezionalità dell'amministrazione è stato ritenuto il *caballo de Troya* del sistema di giustizia amministrativa spagnolo ²⁹¹.

Per anni, infatti, quest'ultimo ha sofferto dell'incapacità di sindacare efficacemente il potere discrezionale dell'amministrazione: con pregiudizio del privato e del suo interesse individuale, a vantaggio dell'amministrazione e dell'interesse pubblico dalla stessa perseguito.

In particolare, in tema di atti discrezionali si è già sottolineato – nel ricostruire storicamente la giustizia amministrativa spagnola – come la legge del 1956 abbia abbattuto il muro di insindacabilità eretto dalla precedente legge del 1888 ed abbia sottoposto l'intera attività amministrativa al rispetto della legge. La stessa Costituzione del 1978, poi – come osservato – conferma ed amplia notevolmente tale assetto, statuendo che l'attività amministrativa debba essere sottoposta ad un sindacato ben più ampio, che non si limiti al rispetto della legge e dei fini che giustificano l'attribuzione del potere, ma che si allarghi ai principi generali dell'ordinamento giuridico. Eppure la giurisprudenza è apparsa per lungo tempo restia a svolgere un penetrante sindacato sulla discrezionalità amministrativa. Quest'ultimo, infatti, è rimasto per lungo tempo limitato al controllo dello

²⁹⁰ Lettura, questa, pienamente conforme all'art. 24 CE, nonché all'art. 106 CE, che, nel disciplinare l'oggetto del sindacato giurisdizionale, non indica il mero atto, bensì l'intero esercizio dell'attività amministrativa. Cfr. R. TRILLO TORRES in Atti del Convegno dal titolo "*I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna*", cit., p. 60; J.A. LÓPEZ PELLICER, *Objeto y partes en el proceso contencioso-administrativo*, in *Actualidad Administrativa*, 1998, n. 3, pp. 1007 ss..

²⁹¹ Così, M. SANCHÉZ MORÓN, *Derecho Administrativo - Parte General*, Madrid, 2005, p. 826.

“sviamento di potere”²⁹², che, notoriamente complesso sotto il profilo probatorio, non è stato invece accompagnato da quella elaborazione giurisprudenziale – che invece vi è stata in Italia – volta a rilevare il vizio della discrezionalità anche in ipotesi ulteriori, spie di un anomalo esercizio del potere o integranti violazioni di principi quali la proporzionalità e la ragionevolezza.

Anche sotto tale profilo, tuttavia, pare potersi rilevare un passo in avanti, posta l’attuale tendenza dei giudici amministrativi spagnoli di divenire “più coraggiosi”, verificando più frequentemente se l’amministrazione abbia agito, nell’ambito della sua discrezionalità, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza²⁹³: anche in tal caso potrebbe, dunque, ancora una volta, riscontrarsi la coincidenza con il modello europeo.

IV) Ultimo profilo da analizzare è, infine, quello riguardante la natura della giurisdizione amministrativa, in relazione al quale si rinvia al paragrafo 4: in merito si anticipa soltanto che la legge processuale del 1998, sulla base di una giurisprudenza da sempre volta ad interpretare estensivamente l’art. 24 CE e ad ampliare le maglie dell’accesso alla giustizia, pare aver impresso evidenti caratteri di oggettività al giudizio in esame, con discontinuità, dunque, rispetto all’emergente modello europeo sopra delineato.

3. Ricapitolando: il metodo per indagare la natura della giurisdizione

Come emerso dai capitoli precedenti, occorre non ridurre ad unità e tenere distinti i profili della natura e della finalità della giurisdizione.

La natura, infatti, esprime l’essenza di un giudizio, da cogliersi sulla base di numerosi caratteri che attengono all’organizzazione e alla struttura formale del processo.

La finalità, diversamente, viene individuata sulla base dell’interesse che dà origine al giudizio. Con due precisazioni: che la reintegrazione del diritto oggettivo pare, ad ogni modo, essere scopo sotteso ad ogni strumento di attivazione del processo, e dunque ad ogni giudizio, anche là dove la finalità prevalente sia

292 Cfr. fra gli altri C.G. JOSÉ RAMÓN, *La desviación de poder: modelo para rearmar*, in *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2018, n. 4, pp. 127 ss..

293 Cfr. M. SANCHÉZ MORÓN, *Derecho Administrativo - Parte General*, cit., pp. 96 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997, p. 134. Cfr. anche F. RIZZETTO, *Luci e ombre dei sistemi monisti e dualisti a confronto: il sindacato sul potere discrezionale in Italia e in Spagna*, cit., pp. 11 ss..

chiaramente individuata nella tutela di un interesse giuridicamente tutelato e riconosciuto dal diritto sostanziale; che l'indagine sostanzialistica tesa a qualificare l'interesse alla base dell'azione giurisdizionale non sia priva di utilità, assurgendo la finalità ad ulteriore carattere sintomatico della stessa natura del giudizio.

Sicché, dopo tali precisazioni – ricordando quanto già affermato nel capitolo I – si segnala che fra i caratteri suscettibili di imprimere soggettività od oggettività ad un giudizio vi sono: i) la (prevalente) finalità del processo – da cogliersi in base ad un'indagine di diritto sostanziale volta ad individuare l'interesse alla base dell'azione – ovvero se lo stesso persegua direttamente l'interesse sostanziale di colui che agisce in giudizio o l'interesse pubblico alla legalità violata; ii) la legittimazione a ricorrere, se soggettiva o oggettiva, a seconda che vi sia una mera previsione ordinamentale a legittimare l'azione; iii) l'avvio del processo, e cioè se esso derivi dalla volontà di attivazione di una parte – privata o pubblica che sia – o se, diversamente, discenda dall'impulso di un soggetto pubblico – perlopiù riconducibile all'amministrazione giudiziaria dello Stato – incaricato dall'ordinamento giuridico ad attivare obbligatoriamente, a fronte della violazione del diritto oggettivo, la macchina processuale; iv) la disponibilità o l'indisponibilità del giudizio già instaurato alle parti coinvolte; v) il regime delle prove, totalmente rimesso alle parti o influenzato da rilevanti poteri del giudice; vi) l'ambito di cognizione del giudice, perimetrato dalle parti o suscettibile di estensione da parte del giudicante.

Le singole realtà processuali – come a suo luogo osservato – difficilmente incarnano pienamente quegli astratti modelli processuali presi a vessillo della giurisdizione soggettiva ed oggettiva: i loro caratteri tendono, piuttosto, a convivere.

Eppure, anche affermare la mescolanza di tali caratteri – come già visto – non significa negare che esista una natura prevalente, che talora si manifesta in modo più evidente, talaltra in maniera più celata: quel che accade nella giustizia amministrativa italiana – con riferimento al secondo caso – quando il legislatore decida di configurare una legittimazione processuale oggettiva ed eccezionale.

Dovendosi d'altronde ricordare – sempre con riguardo ai giudizi in esame – che la legittimazione processuale, inclusa nei caratteri sintomatici suindicati, non sia di per sé rivelatrice della natura di un giudizio, non avendo perciò, quand'anche oggettiva

ed eccezionale, la forza di attrarre la giurisdizione nell'alveo dell'oggettività medesima.

Diversamente, prima di ricondurre ciascun giudizio nella sfera della soggettività o dell'oggettività, si pone come necessaria – come già più volte affermato – l'osservazione dell'intera struttura formale del processo.

È per tale ragione, dunque, che – nei paragrafi che seguono – al fine di individuare la natura del processo amministrativo spagnolo²⁹⁴, verrà osservato ciascuno dei caratteri sintomatici testé indicati.

4. La natura oggettiva del giudizio amministrativo spagnolo

Cercando di valutare se nell'ambito del giudizio amministrativo spagnolo prevalgano i caratteri della giurisdizione soggettiva o oggettiva, ci si imbatte senza ombra di dubbio di fronte ad una natura obiettiva piuttosto evidente.

Ciò, al di là del fatto che il testo costituzionale, sempre all'art. 24 CE, sembri aver costituzionalizzato un modello soggettivo di giurisdizione.

La LJCA del 1998, infatti, ha impresso fortissimi caratteri di oggettività al giudizio amministrativo.

Già nel preambolo di tale legge, si asserisce – sottolineando l'esistenza di una duplice finalità del giudizio – che la *misión* del processo è quella di “*controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración*”. Quel che si prevede, allora, è che siano ben due le finalità che coabitano nello stesso giudizio: il controllo dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa e la protezione di un interesse individuale giuridicamente tutelato dall'ordinamento giuridico.

294 Per un'analisi di diritto comparato volta dare risposta al quesito in esame con riferimento al giudizio amministrativo di altri Stati europei (Francia, Regno Unito, Germania, Belgio), cfr., fra gli altri, M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, cit.; E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, cit.; S. MIRATE, *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e soggettiva: uno sguardo comparato*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 3, pp. 121-135; B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 1, pp. 74 ss.; C. BROUELLE, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique de requérant?*, in *Colloquio sull'interesse legittimo – Atti del convegno in memoria di Umberto Pototsching (Milano, 19 aprile 2013)*, Napoli, 2014, pp. 23-34.

Proseguendo nell'analisi della legge del 1998, emergono con ancora più evidenza i caratteri della giurisdizione oggettiva, con conseguente forte obiettività del giudizio.

Si illustreranno, di seguito, tali caratteri, soffermandosi, dapprima, sulla legittimazione a ricorrere, oggetto di primaria attenzione nel presente lavoro, in seguito su tutti gli altri.

La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo spagnolo e la sua connotazione oggettiva

Come nel processo amministrativo italiano, anche nell'attuale giudizio amministrativo spagnolo è necessario, a pena di inammissibilità del ricorso, che la *parte recurrente* abbia la *legitimación activa* per chiedere tutela al giudice amministrativo.

Osservando, tuttavia, come la legittimazione a ricorrere sia stata intesa nel tempo, non ci si può non rendere conto di come essa si sia spogliata delle strettissime vesti che la ammantavano fino alla metà del XX secolo, per indossare, oggi, un abito ben più largo, di una misura così ampia da indurre gran parte della dottrina a riconnettervi, *ipso facto*, la natura oggettiva della giurisdizione.

Procediamo con ordine, ripercorrendo storicamente lo sviluppo di tale concetto giuridico nell'evolversi della giustizia amministrativa spagnola ²⁹⁵.

Partendo dalle leggi del 1845, si rileva la mancanza, ancora, di un riferimento espresso alla legittimazione a ricorrere. Vi erano invece delle disposizioni, come l'art. 33 del *Reglamento de los Consejos Provinciales* e l'art. 86 del *Reglamento del Consejo Real*, che consentivano al convenuto di opporre la "*falta de personalidad en el demandante*", che costituivano però – come riteneva in maniera unanime la dottrina dell'epoca ²⁹⁶ – eccezioni relative alla mancanza di rappresentazione legale del ricorrente, senza alcuna indiretta allusione alla legittimazione a ricorrere.

Un primo riferimento alla legittimazione attiva si rinviene invece nella *Ley Santamaria de Paredes* del 1888, il cui art. 1, comma 3, affermava che "*el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los*

²⁹⁵ Sulla legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo spagnolo, cfr. P. OCHOA GÓMEZ, *La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo*, in *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2007, tomo 2, pp. 2226 ss..

²⁹⁶ Cfr., fra gli altri, J. VELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1849, pp. 195 ss..

particulares contra las resoluciones administrativas [...] que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo”.

Tale disposizione riconosceva la legittimazione processuale a favore dei cittadini, ma anche delle amministrazioni, avverso tutti gli atti lesivi di un diritto “dal carattere amministrativo” riconosciuto da una legge, un regolamento o un atto amministrativo.

La prima osservazione attiene al riferimento ai “diritti”. Solo questi, infatti, trovavano tutela giurisdizionale nel contenzioso-amministrativo. Di converso, nessuna tutela giurisdizionale era garantita agli “interessi”, circostanza che conduceva ad escludere il sindacato giurisdizionale sugli atti discrezionali, detti anche *actos de pura administración*, in relazione ai quali erano previste solo forme di tutela amministrativa.

Non solo. La tutela garantita dal contenzioso-amministrativo era limitata, invero, ai soli diritti cd. amministrativi²⁹⁷, ovverosia quelli aventi fondamento in una legge, in un regolamento o in un atto amministrativo, contrapponendosi a quelli cd. civili, rinvenibili all’interno di un contratto.

Proprio tale specificazione ha condotto la dottrina ad affermare che la stessa legittimazione a ricorrere viene incisa dalla legge processuale del 1888 in maniera soltanto tangenziale: infatti, dal punto di vista teleologico, la disposizione succitata non avrebbe avuto come finalità quella di disciplinare realmente la legittimazione attiva, bensì quello di fissare un *criterio de separación competencial entre la jurisdicción administrativa y la civil*²⁹⁸.

È solo dalla seconda metà degli anni Cinquanta del XX secolo in poi – e cioè a partire dalla *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 1956 – che la legittimazione al ricorso trova espressa disciplina nella giustizia amministrativa spagnola.

Proprio l’art. 28 della legge processuale del 1956, infatti, recava il titolo “*legitimación*”, stabilendo: al comma 1, che “*estarán legitimados para demandar la*

297 Cfr. M. CUEVAS, *El “derecho de carácter administrativo” como fundamento del recurso contencioso*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1940, pp. 11-22. Dello stesso Autore, si veda, altresì, M. CUEVAS, *¿Qué es un derecho de carácter administrativo?*, in *Revista de Derecho Público*, 1934, pp. 19-27.

298 Cfr. A. GONZÁLEZ, *La materia contencioso-administrativa. Comentario a la legislación vigente*, Madrid, 1903, p. 129.

declaración de no ser conformes a Derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración los que tuvieren interés directo en ello"; al comma 2, che *“si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados”*.

Dalle disposizioni riportate emerge che alla diversa qualificazione della posizione vantata dal privato corrispondeva una diversa pretesa: all'“interesse diretto” la dichiarazione di illegittimità dell'atto amministrativo e il suo conseguente annullamento; al “diritto” il riconoscimento della sussistenza del diritto violato dall'atto e il suo pieno ripristino, anche tramite il risarcimento del danno.

Quanto alla pretesa annullatoria, la disposizione succitata prevedeva che la legittimazione processuale ad impugnare gli atti amministrativi – ora anche quelli discrezionali – spettasse a favore dei titolari di un *“interés directo”*.

Tale interesse aveva una valenza esclusivamente processuale ed appariva quale garanzia di serietà del ricorso. Si riteneva, in particolare, che sussistesse un interesse diretto laddove vi fosse un rapporto di prossimità fra il privato inciso dal potere amministrativo e l'atto amministrativo medesimo ²⁹⁹.

Tale sistema realizzava, allora, una *“jurisdicción contencioso-administrativa supuestamente individualista y burguesa”*, particolarmente ristretta nell'accesso alla giustizia ove si consideri che soltanto gli interessi strettamente individuali e prossimi al potere amministrativo trovavano tutela giurisdizionale: con esclusione, ad esempio, non solo dell'interesse alla mera legalità dell'azione amministrativa, ma anche degli interessi collettivi e degli interessi indiretti di cui fossero titolari soggetti diversi dal destinatario dell'atto. Interessi, tutti questi, che invece sarebbero stati considerati un titolo legittimante al ricorso se la parola “interesse” non fosse stata accompagnata da ulteriori specificazioni ³⁰⁰.

299 Cfr. A. NIETO, *La discutible supervivencia del interés directo*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1977, n. 12, pp. 39 ss.; J.P. GONZÁLEZ, *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1966.

300 Sull'interés directo, cfr. L.I. DE ORTEGA ÁLVAREZ, *La inmediatez del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1977, n. 82, pp. 211 ss.; S. ROYO VILLANOVA, *Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1957, n. 91, p. 11.

Ovvio è che l'estensione di tale rapporto di prossimità creava, tuttavia, opinabilità ed incertezza. I confini dell'interesse diretto sono stati, allora, tracciati dalla giurisprudenza, chiamata a perimetrare, nei casi concreti, l'accesso alla giustizia.

Aldilà delle singole decisioni, si rileva che già dai primi anni Sessanta si è sviluppata la tendenza pretoria ad allargare in maniera straordinariamente ampia tale rapporto di vicinanza con il potere amministrativo, estendendo sempre di più l'alveo dei legittimati ad accedere al giudice: tutto ciò, peraltro, con l'avallo della dottrina, che era solita criticare la ristretta formula legislativa adoperata dalla legge processuale del 1956, ritenuta un riflesso del contesto politico autoritario nel quale l'intervento normativo si era sviluppato³⁰¹.

Per ciò che concerne invece la pretesa ripristinatoria, la legge del 1956 richiamava espressamente la categoria dei "diritti", senza più distinguere fra carattere amministrativo o civile dei medesimi.

Sotto la vigenza di tale sistema processuale, tuttavia, interrogativi sussistevano sulla collocazione della *legitimación* all'interno del giudizio, ovverosia sulla sua configurazione quale presupposto processuale da accertarsi in fase anteriore al merito. Un dubbio, questo, che sorgeva dall'art. 62 della legge succitata, che, nel disciplinare i casi di inammissibilità del ricorso, non prevedeva l'ipotesi della mancanza di legittimazione attiva.

Solo con la Costituzione del 1978 si rileva il primo espresso riferimento, all'art. 24 CE, oltre che ai "*derechos*", agli "*intereses legítimos*", quali situazioni giuridiche di cui deve essere garantita una tutela giurisdizionale effettiva³⁰².

La dottrina spagnola, a seguito dell'adozione del testo costituzionale, si è per lungo tempo interrogata sul rapporto intercorrente fra interesse diretto e interesse legittimo.

L'interesse legittimo, infatti, pur non trovando un espresso riferimento nella legge processuale del 1956, era già noto nell'ordinamento giuridico spagnolo, quale

301 Cfr. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Madrid, 2010, p. 223, ove afferma che "*la doctrina jurisprudencial, ya desde los años sesenta del pasado siglo, había dado una interpretación extraordinariamente amplia y generosa al concepto de interés*".

302 Sulla legittimazione processuale all'indomani del testo costituzionale, cfr. M. LAFUENTE BENACHES, *La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativos después de la Constitución*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1984, pp. 482 ss.; R. MATEU-ROS CEREZO, *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación*, in *Revista de Administración Pública*, 1982, pp. 79 ss..

situazione giuridica soggettiva in grado di consentire al titolare la partecipazione al procedimento amministrativo.

La *Ley 17/58, de 17 de julio, de Procedimiento Administrativo*, che regolava il procedimento amministrativo spagnolo, infatti, all'art. 23, comma 1, lett. a), riconosceva valenza sostanziale all'interesse legittimo, affermando che “*se consideran interesados en el procedimiento administrativo [...] quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos*”.

Ovvio è che, allora, all'indomani della costituzionalizzazione della valenza processuale dell'interesse legittimo, ci si è interrogati sul rapporto fra “interesse diretto” e “interesse legittimo”.

La giurisprudenza costituzionale ha in merito più volte osservato che l'interesse legittimo avesse sostituito l'interesse diretto – che perdeva così la sua rilevanza – consentendo un accesso più ampio alla giustizia ³⁰³.

Tale constatazione nasceva dall'utilizzo del nuovo criterio di legittimazione basato sull'interesse legittimo da parte della giurisprudenza amministrativa, che – certamente influenzata dalla progressiva valorizzazione dell'art. 24 CE ad opera della giurisprudenza costituzionale – aveva iniziato ad aprire il contenzioso-amministrativo anche a soggetti “più lontani” dal potere amministrativo, garantendo così tutela anche agli interessi dei soggetti lesi dal provvedimento lesivo ma non direttamente destinatari del medesimo, oltre che agli interessi aventi dimensione super-individuale.

Al testo costituzionale segue, infine, la LJCA del 1998, che pone fine a tali dubbi interpretativi, eliminando del tutto il riferimento all'interesse diretto.

La LJCA, in particolare, con l'obiettivo di recepire, in un'unica disposizione, tutti i traguardi pretori in materia di legittimazione al ricorso, ha dato vita all'art. 19, *norma-espectáculo* che configura un accesso alla giustizia incredibilmente ampio: talora giustificato con la considerazione che, nel tempo, sono aumentati i settori di intervento dell'agire amministrativo e, con tale espansione, anche è incrementata la

303 Cfr. del Tribunal Constitucional, STC 195/1992, de 16 de noviembre; STC 62/1983, de 11 de julio; STC 60/1982, de 13 de octubre.

conflittualità e l'interesse dei soggetti dell'ordinamento a contestare l'attività amministrativa illegittima³⁰⁴.

In particolare, infatti, ai sensi del solo comma 1 dell'art. 19 LJCA – e dunque non considerando neppure le ulteriori ipotesi speciali di legittimazione previste dai successivi commi di tale disposizione, relative ad esempio alla materia sportiva o a quella dei contratti pubblici – sono legittimati a ricorrere: a) le persone fisiche e giuridiche titolari di un *derecho o interés legítimo* lesi dall'atto amministrativo o dal regolamento impugnato; b) gli enti (associazioni, corporazioni, ecc.) rappresentativi di *intereses legítimos colectivos*; c) l'amministrazione dello Stato, titolare di un *derecho o interés legítimo*, al fine di contestare gli atti delle Comunità Autonome e degli enti locali; d) le Comunità Autonome, per contestare gli atti lesivi della loro autonomia, adottati dallo Stato o dagli enti locali; e) gli enti locali, per contestare gli atti lesivi della loro autonomia, adottati dallo Stato o dalle Comunità autonome o, ancora, da altri enti locali; f) il *Ministerio Fiscal* – ovverosia quello che noi definiremmo come Pubblico Ministero – nei casi stabiliti dalla legge; g) gli enti di diritto pubblico dotati di personalità giuridica e strumentali rispetto alle amministrazioni pubbliche, al fine di impugnare gli atti lesivi della propria finalità istituzionale; h) qualsiasi cittadino spagnolo, nei casi di azioni popolari previste dalla legge; i) i sindacati, a tutela dei propri associati, avverso gli atti lesivi del diritto ad un pari trattamento fra uomini e donne.

Con riguardo al punto a), si può immediatamente osservare la sua conformità al testo costituzionale, con il riferimento al diritto soggettivo e all'interesse legittimo, oltre che la discontinuità terminologica rispetto alla legge del 1956, scomparendo del tutto il riferimento all'interesse diretto.

Se però il richiamo al diritto soggettivo non pone particolari problemi e spunti di comparazione, altrettanto non può affermarsi con riguardo all'interesse legittimo.

Quest'ultimo, già avente valenza sostanziale più tradizionale³⁰⁵, viene ad assumere con tale disposizione anche un'espressa valenza processuale, in continuità con l'art. 24 CE.

304 Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, I, Madrid, 2008, pp. 488 ss..

305 L'interesse legittimo non ha mai perso la sua valenza sostanziale. In questo senso, si segnala, infatti, che la legge che regola oggi il procedimento amministrativo spagnolo, la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, prevede, all'art.

Laddove, però, si cerchi, in dottrina così come in giurisprudenza, una nozione di tale interesse, ci si imbatte in una peculiare ambivalenza definitoria.

Non può non saltare all'occhio di un lettore italiano, infatti, abituato a distinguere fra interesse legittimo e interesse a ricorrere, nonché fra legittimazione a ricorrere e interesse a ricorrere, che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, i concetti indicati si fondono in un tutt'uno: l'interesse legittimo, cioè, se da una parte viene distinto dal diritto soggettivo e dall'interesse alla mera legalità dell'azione amministrativa in termini non dissimili da quanto avviene in Italia, dall'altra assume anche i caratteri di quello che nella dottrina italiana – ma che non esiste dal punto di vista terminologico in Spagna – è definito come interesse a ricorrere. Dell'interesse legittimo viene cioè offerta, accanto ad una definizione classica che lo vede differenziarsi tanto dal diritto soggettivo quanto dagli altri interessi – in merito alla quale abbondano i riferimenti alla dottrina italiana – una ulteriore, secondo cui l'interesse legittimo coincide con quell'interesse in virtù del quale, attraverso l'accoglimento del ricorso, si produce un beneficio per il ricorrente, con l'eliminazione di un'azione amministrativa concretamente attuata dall'amministrazione o con la realizzazione di un'attività che l'amministrazione sia obbligata a svolgere³⁰⁶. Un interesse, ancora – e anche qui non possono non venire alla mente i caratteri dell'interesse al ricorso previsti nella giustizia amministrativa italiana – che sia personale, concreto ed attuale.

Tale lettura vede allora l'interesse legittimo sdoppiarsi, in un sistema ove la legittimazione al ricorso ingloba anche l'interesse al ricorso.

Al di là, ora, dell'inquadramento dogmatico, e procedendo invece con il pragmatismo tipico della dottrina spagnola, si rileva che tale interesse viene

4, comma 1, lett. a), che “*se consideran interesados en el procedimiento administrativo [...] quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos*”.

306 In dottrina, cfr. fra gli altri, M.L. BENÍTEZ, *Concepto y funcionalidad de la noción de “interesado” en el ámbito del derecho administrativo español*, in E. CARBONELL PORRAS, R. CABRERA MACHADO (a cura di), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Navarra, 2014, pp. 187-205. Tale Autore ricostruisce la nozione di interesse legittimo, affermando sì che si tratti di un “*derecho subjetivo de naturaleza reaccional*”, ma che lo stesso assume i suoi veri caratteri solo “*a partir de la actuación administrativa que lo lesiona o se inmiscuye en el círculo vital del administrado. Antes de ese momento [...] lo que hay es una situación generica de libertad que es la que resulta perturbada por la actuación administrativa*”. Tale lettura, che non può non apparire in dissonanza – perlomeno agli occhi di un lettore italiano - con la valenza sostanziale dell'interesse legittimo riconosciuta dalle leggi che regolano il procedimento amministrativo spagnolo, mette ad ogni modo in risalto l'ambivalenza definitoria dell'interesse legittimo. Sull'interesse legittimo in Spagna, illuminante è la lettura di L. MEDINA ALCOZ, *Legittimazione a ricorrere e situazioni soggettive negli ordinamenti europei*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., pp. 47-56.

riscontrato con non troppe difficoltà dalla giurisprudenza amministrativa, che, come già visto, da sempre, è incline ad ampliare, nei casi dubbi, l'estensione della legittimazione³⁰⁷.

Proseguendo nell'analisi dei successivi punti della disposizione, si osserva la configurazione di una legittimazione a ricorrere a maglie davvero larghe: e tutto ciò – seppur consciamente invertendo il rapporto causa/effetto fra legittimazione a ricorrere e natura della giurisdizione – in piena corrispondenza a quanto si è verificato nel resto d'Europa, ove l'accesso alla giustizia accresce non solo nei sistemi di giurisdizione evidentemente oggettivi, ma anche in quelli notoriamente soggettivi.

Limitandoci ad una sintetica analisi della disposizione di legge, si può osservare che tale legittimazione, che è di stampo oggettivo, riveste, in certi casi, anche carattere di eccezionalità, apparendo disancorata dalla titolarità di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo (come avviene, a titolo esemplificativo, per la legittimazione del *Ministerio Fiscal* o per le azioni popolari di cui al comma h)).

Non solo. La legittimazione processuale viene ad assumere, qui, forme smisurate. Essa, infatti, non è monopolio di una parte privata che fa valere un proprio interesse individuale, trovando ospitalità molteplici ipotesi ove l'ordinamento legittima una parte pubblica – come lo Stato e tutte le autonomie territoriali nei casi c),d),e) relativamente ai *litigios interadministrativos*, il *Ministerio Fiscal* ai sensi del comma f) ed altri enti dalla natura pubblicistica, taluni dei quali portatori di interessi collettivi³⁰⁸, come indicato al comma g)) – ad attivare il giudizio.

Sembrerebbe, addirittura, una disposizione così ampia da rappresentare una *norma-resumen*, ovverosia di chiusura di un sistema. Eppure così non è: non solo perché la stessa rimanda ad altre disposizioni di legge (quel che avviene, ancora una volta, nei casi di legittimazione del *Ministerio Fiscal* o nei casi di azione popolare), ma anche perché – come meglio si vedrà analizzando la legittimazione processuale

307 Tutto ciò reca con sé due conseguenze immediate: l'aumento dei numeri di giudizi, con incremento dei tempi medi di risoluzione e ingenti carichi di lavoro per la magistratura; il ridotto numero di pronunce di inammissibilità per mancanza di legittimazione adottate dai giudici del contenzioso-amministrativo, anche in virtù del limitato numero delle stesse eccezioni di inammissibilità per difetto di legittimazione processuale sollevate dai resistenti, ritenute da questi sostanzialmente inutili.

308 Sulla tutela degli interessi collettivi, cfr. E. CARBONELL PORRAS, *Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa*, in E. CARBONELL PORRAS, R. CABRERA MACHADO (a cura di), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Navarra, 2014, pp. 33-99.

della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* – sussistono ipotesi di legittimazione non contenute all'interno della LJCA.

Ancora, relativamente alla legittimazione processuale prevista dalla LJCA, non si può non rilevare come si sia invece rafforzata e consolidata l'idea della legittimazione come condizione del ricorso la cui mancanza conduce alla sua inammissibilità, posto che l'art. 51, in completa discontinuità con l'art. 62 della legge processuale del 1956, afferma che “*el Juzgado o Sala, tras el examen del expediente administrativo, declarará no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto [...] la falta de legitimación del recurrente*”.

Gli ulteriori caratteri sintomatici della prevalente oggettività del processo amministrativo spagnolo

Oltre alla legittimazione a ricorrere, un altro carattere che merita di essere osservato – probabilmente il più rilevante nell'ottica dell'obiettività del giudizio – è la presenza di penetranti poteri d'ufficio del giudice, in grado di intervenire in modo così forte da mettere in crisi il principio dispositivo, sia ove inteso in senso sostanziale (con deroga al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato), sia ove inteso in quello processuale (soprascedendo al principio “*iuxta alligata ac probata*”).

Esaminiamo, uno ad uno, tali poteri:

- il primo è quello disciplinato dagli artt. 33, comma 2 e 65, comma 2, LJCA, che prevedono il cd. *planteamiento de las tesis*, in deroga al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Quest'ultimo principio, infatti, è previsto dal comma 1 dell'art. 33, ove si afferma che “*los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición*”. Eppure, il comma 2 della stessa disposizione – come già rilevato – deroga a tale principio, disponendo che “*si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo*

definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo". Quel che viene previsto è, allora, che il giudice, qualora si accorga, prima di giungere a sentenza, che sussistono motivi di impugnazione che le parti non hanno sollevato ma che siano rilevanti per la decisione finale, possa introdurli d'ufficio rappresentandoli alle parti, con le quali verrà instaurato un eventuale contraddittorio scritto (posta la facoltà delle stesse di presentare osservazioni entro 10 giorni). Un potere, questo, testualmente e parallelamente ripreso dall'art. 65, comma 2, in deroga al principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato previsto invece dall'art. 65, comma 1.

- un secondo potere d'ufficio esercitabile dal giudice amministrativo spagnolo è quello di intervenire nell'impugnazione di regolamenti, estendendo l'oggetto del giudizio, qualora lo ritenga necessario per giungere a sentenza, anche a disposizioni non direttamente impugnate dal ricorrente. L'art. 33, comma 3, LJCA, infatti, recita testualmente: "*esto mismo – e il riferimento è al planteamiento de las tesis di cui al comma precedente – se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos*".
- infine, si segnala un altro potere del giudice, direttamente incidente sul regime probatorio e sul principio dispositivo in senso processuale. In particolare, infatti, i primi due commi dell'art. 61 LJCA stabiliscono il cd. *principio de investigación de oficio*, prevedendo, rispettivamente che "*el Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto*" e che "*finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria*". Emerge, pertanto, un quadro probatorio che non è in

mano totalmente alle parti, potendo il giudice ordinare, in fase istruttoria, che vengano prodotte tutte le prove necessarie e pertinenti per giudicare, oppure, ancora, che possa decidere di estendere l'efficacia di perizie effettuate in altri giudizi nell'ottica di contenere costi.

Un ultimo carattere che si vuole osservare è infine quello della disponibilità del giudizio, disciplinato dall'art. 74 LJCA. Tale disposizione, infatti, al di là di quanto espresso al comma 1, ove stabilisce che "*el recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia*", prevede un limite importante al *poder de desistimiento*. Il comma 4 della stessa disposizione, infatti, secondo cui "*cuando apreciar daño para el interés público, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda*", consente al giudice di valutare la presenza di un "danno all'interesse pubblico", potendo, qualora effettivamente sussista, decidere di giungere all'esito del giudizio.

Emerge, allora, da quanto rilevato, il carattere oggettivo del giudizio amministrativo spagnolo³⁰⁹, con una legittimazione al ricorso particolarmente ampia, con un accesso alla giustizia di stampo oggettivo e svincolato perlopiù dalla titolarità di un diritto o di un interesse, con la possibilità di adire il giudice amministrativo da parte di soggetti pubblici che agiscono (perlopiù) a presidio dei loro interessi istituzionali dalla natura squisitamente pubblicistica, ancora, con la deroga al principio dispositivo sia in senso sostanziale che in senso processuale, infine, con i limiti relativi alla disponibilità del processo già instaurato alle parti.

309 A ben vedere, sembra emergere un ulteriore carattere a sostegno dell'oggettività della giurisdizione nel processo amministrativo spagnolo, che pure non è stato preso in considerazione in via generale nella presente ricerca: e, cioè, la cd. giurisdizione condizionata. Nel processo amministrativo spagnolo, infatti, la *vía administrativa* diviene presupposto stesso del ricorso giurisdizionale. Come stabilisce l'art. 25, comma 1, LJCA, infatti, "*el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa*": in tal maniera, si riconosce la possibilità di adire il giudice solo per impugnare provvedimenti (espressi o taciti) o regolamenti che – in Italia si direbbe – sono definitivi, perché su di essi si è già pronunciata l'amministrazione in sede di tutela amministrativa. Ovvio è che anche un filtro di questo tipo ha la finalità di tutelare non tanto l'interesse individuale del ricorrente, al quale è impedito l'accesso diretto alla giustizia, quanto di valorizzare l'interesse pubblico ad una migliore giustizia, ovvero ad una più profonda cognizione della controversia da parte del giudice, che avrà a disposizione più elementi per decidere adeguatamente sul merito della lite. Cfr. J.L. IBARRA SÁNCHEZ, *La vía administrativa como requisito necesario para acceder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, in *Actualidad Administrativa*, 2012, tomo 2, pp. 1361 ss..

5. La legittimazione processuale delle *autoridades administrativas independientes*: il potere di iniziativa processuale della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* a tutela della *unidad de mercado*

5.1. La *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*: un “*super regulador*” dalla natura indipendente

Indagando, ora, sulla sussistenza di speciali poteri processuali a favore delle *autoridades administrativas independientes* spagnole ci si imbatte nella legittimazione a ricorrere prevista dalla *Ley 20/2013, de 9 de diciembre*, a favore della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (d’ora in avanti CNMC), a tutela *de la unidad de mercado*.

Tuttavia, prima di procedere all’analisi di tale potere speciale di accesso alla giustizia, appare doveroso descrivere sinteticamente il ruolo rivestito da tale Autorità, costituita dalla *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, legge a cui si riferiscono i riferimenti normativi di seguito indicati.

Dal punto della sua natura, tale Autorità rientra a pieno titolo – rappresentandone anzi l’emblema – fra le *autoridades administrativas independientes* dell’ordinamento giuridico spagnolo: spiccata è, infatti, la sua indipendenza dal Governo, sia dal punto di vista organizzativo che da quello funzionale, nonché dagli operatori economici, con sola soggezione della Autorità alla propria legge istitutiva³¹⁰.

In merito, sono ridondanti le affermazioni contenute in tale legge. In particolare: l’art. 2, comma 1, riconosce la sua “*plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado*”, diversamente essendo sottoposta “*al control parlamentario y judicial*”; l’art. 3 regola espressamente la “*independencia funcional y relación con las entidades públicas y privadas*”, stabilisce la sua autonomia di azione rispetto a “*cualquier interés empresarial o comercial*”, così come il divieto di “*solicitar o aceptar instrucciones*” da parte del potere politico o da quello economico.

310 Sull’indipendenza della CNMC, cfr. L.A. POMED SÁNCHEZ, *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, administración independiente*, in M. CARLÓN RUIZ (a cura di), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Madrid, 2014, pp. 189-258.

Diversi sono infatti gli “elementi sintomatici” – facendo propria l’espressione utilizzata da Fabio Merusi³¹¹ nella sua monografia dedicata alle autorità indipendenti – di tale natura: il fatto che sia dotata di *personalidad jurídica* (art. 2, comma 1); la tecnicità dei suoi membri, scelti fra persone di *reconocido prestigio e competencia profesional* nei settori d’attività della Commissione (art. 15, comma 1); la collegialità, posta la presenza di un Consiglio costituito da 10 membri, fra cui rientra lo stesso Presidente della Commissione (art. 14); la durata della carica, fissa (6 anni), diversa da quella del mandato parlamentare (che è di 4 anni), senza *posibilidad de reelección* (art. 15, comma 2); la presenza di un rigido sistema di incompatibilità (art. 22); la regolare e periodica collaborazione fra la Commissione e le altre autorità di vigilanza e regolazione, sia operanti a livello euro-unitario sia attive all’interno degli Stati membri (art. 4, comma 2); e via dicendo.

Dal punto di vista funzionale, invece, come si può osservare leggendo il solo *incipit* dell’art. 5, il compito di tale Autorità è quello di salvaguardare la struttura concorrenziale di tutti i mercati, oltre che di promuovere condizioni di effettiva concorrenza in alcuni particolari settori, nell’interesse dei consumatori e delle imprese. E tutto ciò avviene sia mediante il ruolo di garante della concorrenza³¹², sia attraverso la sua spiccata veste regolatoria³¹³.

Nel 2013, infatti, il Parlamento spagnolo ha deciso di condurre una “*reforma de la arquitectura institucional de los reguladores*”³¹⁴, adottando la sopra e più volte richiamata *Ley 3/2013* per unificare in un’unica Autorità tutti i compiti assolti, precedentemente, dal garante della concorrenza e dai molteplici organismi di regolazione. Soggetti sorti, questi ultimi, perlopiù, negli anni Novanta, per adeguare l’ordinamento giuridico spagnolo alle spinte di liberalizzazione dell’ordinamento europeo, con il superamento dei monopoli pubblici e l’apertura dei mercati tradizionalmente riservati allo Stato.

311 Così, F. MERUSI, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011, p. 73.

312 In relazione a tale ruolo, cfr. J.C. LAGUNA DE PAZ, *La Comisión Nacional de Mercados y Competencia como autoridad de defensa de la competencia*, in M. CARLÓN RUIZ, *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Madrid, 2014, pp. 267-296.

313 Per alcuni approfondimenti relativi alla funzione regolatoria di tale Autorità, si rinvia all’opera collettanea indicata nella nota precedente, contenente molteplici saggi relativi all’attività regolatoria della CNMC nei diversi settori di attività.

314 Tale formula si rinviene dalla sezione “Qué es la CNMC?” del sito istituzionale dell’Autorità. Cfr. www.cnmc.es.

Detta unificazione, in particolare, si è condotta con la finalità di realizzare una semplificazione istituzionale degli apparati indipendenti incaricati di tutelare la concorrenza e regolare i mercati, all'insegna di una riduzione dei costi e delle spese, nonché, ancora, con lo scopo di valorizzare maggiormente le esigenze connesse alla certezza del diritto, cercando di evitare inutili sovrapposizioni di competenze e decisioni contraddittorie, nella stessa materia, fra le diverse Autorità.

Concentrandoci sull'attività di tale Autorità, che è operativa dal 7 ottobre 2013, si può rilevare, in particolare, che:

- in relazione alla funzione di garante della concorrenza, essa eredita le funzioni della precedente *Comisión Nacional de Competencia* (CNC), Autorità che era sorta nel 2007, con la *Ley de Defensa de la Competencia 15/2007*, dalla fusione fra due precedenti organismi: il *Tribunal de Defensa de la Competencia* (creato nel 1963 e rafforzato nelle sue funzioni dalla *Ley de Competencia* del 1989) e il *Servicio de Defensa de la Competencia*;
- in relazione alla funzione di regolazione dei mercati, la stessa assume in sé le funzioni assolute da molteplici organismi indipendenti sorti negli anni Novanta, fra cui quelle: della *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (CMT), sorta nel 1996; della *Comisión Nacional de Energía* (CNE), nata nel 1998 dalle ceneri della precedente *Comisión Nacional del Sistema Eléctrico* (CNSE), a sua volta costituita nel 1995; del *Comité de Regulación Ferroviaria* (CRF), comitato che, nato nel 2003, ha cambiato del 2013 la propria denominazione in *Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria* (CRFA), dopo aver assunto, cioè, anche le funzioni di regolazione del trasporto aeroportuale, che spettavano fino a quel momento, a loro volta, alla *Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria* (CREA), sorta nel 2011 ma mai divenuta operativa; del *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales* (CEMA), nato nel 2010; della *Comisión Nacional del Sector Postal* (CNSP), nata nel 2007.

Tale accorpamento di funzioni si riflette, naturalmente, anche sull'organizzazione della Commissione ³¹⁵.

315 Tale Commissione opera in due Sale: una che si occupa di proteggere la concorrenza (*Sala de Competencia*) e una che svolge le funzioni di regolazione nei mercati sottoposti alla sua attività (*Sala de Supervisión Regulatoria*) (art. 18). In taluni casi circostanziati, ove è necessario assumere decisioni

Analizzando i singoli compiti attribuiti a tale Autorità, si nota – come avviene parallelamente in Italia – il tradizionale superamento della tripartizione dei poteri.

Tale Autorità esercita, infatti, primariamente, le tipiche competenze *antitrust*, con il compito di sorvegliare sull'applicazione della disciplina europea e spagnola in materia di *defensa de la competencia*, vigilando e sanzionando gli operatori economici la cui azione integri *prácticas anticompetitivas*, incarnate dalle *conductas restrictivas* – e cioè le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante –, le *concentrationes* e l'erogazione di *ayudas publicas* (art. 5, comma 1).

Secondariamente, detta Autorità esercita funzioni di regolazione in ottica di promozione della concorrenza in alcuni settori specifici, in particolare: *comunicaciones electrónicas* (art. 6); *gas natural e electricidad* (art. 7); *postal* (art. 8); *comunicación audiovisual* (art. 9); *aeroportuario* (art. 10); *ferroviario* (art. 11). E negli stessi settori svolge, peraltro, anche una funzione di risoluzione di conflitti fra operatori economici (art. 12).

La promozione della concorrenza avviene, invero, tramite ulteriori strumenti di cui dispone l'Autorità, come il potere di emettere pareri, su richiesta degli organi politici e dal carattere non vincolante, prima che vengano adottate disposizioni che interessino la salvaguardia del mercato concorrenziale o un settore di intervento dell'Autorità (art. 5, comma 2).

Un ultimo potere assai peculiare dell'Autorità – cui verrà dedicato il prossimo paragrafo – è, infine, lo speciale potere di legittimazione processuale attribuito ad essa a difesa della *unidad de mercado*, di cui si trova già un riferimento all'art. 5, comma 4, della legge in commento, ma che viene disciplinato più analiticamente dalla *Ley 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de la unidad de mercado*.

Quel che si nota è, dunque – e ciò non può non risaltare all'occhio di uno studioso di diritto amministrativo italiano – l'incredibile concentrazione di funzioni, che attribuisce un'estrema centralità in materia economica a tale Autorità.

più delicate per il futuro di un mercato, poi, l'Autorità assume le proprie decisioni in composizione plenaria, composta da tutti i membri del Consiglio e presieduta dal Presidente (art. 17). Oltre alle Sale, poi, esistono 4 direzioni, aventi compiti di istruzione anteriori alle decisioni assunte dall'Autorità: si tratta, in particolare, delle *direcciones de instrucción*, operanti, rispettivamente, in materia di "Competencia" (e cioè in via generale in materia di Concorrenza), "Energía", "Telecomunicaciones e Sector Audiovisual" e, infine, "Transportes e Sector Postal" (art. 25).

Non che la scelta di accentrare nelle mani di un unico soggetto la regolazione e la tutela della concorrenza sia un *unicum* a livello europeo: a tal fine si segnala, infatti, l'Office of Communications (OFCOM), Autorità operante nel Regno Unito che dispone tanto di poteri *antitrust*, quanto di regolazione.

Quel che invece costituisce profilo di estremo interesse per rappresentare un caso isolato in Europa è che, in tale Autorità, alla concentrazione in un unico soggetto delle vesti anzidette si accompagna anche una smisurata area d'intervento regolatorio: mentre infatti l'Autorità britannica riassume in sé competenze regolamentari e *antitrust* limitatamente al settore delle comunicazioni elettroniche, la CNMC abbraccia ben sei diversi settori d'intervento, proponendosi quale “*super regulador*” incaricato di tutelare la concorrenza in ogni sua fase, sia con un'attività di promozione *ex ante*, che con una di protezione *ex post*.

Tale direzione intrapresa dall'ordinamento spagnolo appare inoltre assai divergente – come sopra rilevato – anche da quella italiana, nel cui ordinamento, come è noto, proliferano invece Autorità di regolazione, distinte dall'Autorità *antitrust*, alla ricerca costante di nuovi poteri e funzioni: basti pensare alla genesi dell'ANAC, nascente dalle “ceneri” della CIVIT e soprattutto dell'AVCP, o, ancora, al crescere di funzioni della *ex* AEEG, oggi appunto denominata ARERA a seguito dell'estensione della sua area di intervento.

L'assoluta divergenza nella diversa configurazione del “governo della concorrenza e della regolazione” fra Spagna e Italia non può che suscitare estremo interesse, considerando specialmente il substrato affine fra tali Stati dal punto di vista economico, sociale e politico.

Resta soltanto da valutare se tale modello stia funzionando e se possa costituire un sistema virtuoso da tenere in considerazione in un'ottica di *legal transplant*.

In merito, allora, occorre rilevare che, con tale assetto, da una parte – come già descritto nell'esaminare le dichiarate finalità della riforma del 2013 – si valorizza la semplificazione istituzionale e la certezza del diritto, dall'altra, però – e ciò deve condurre ad un atteggiamento di maggiore prudenza e oggettività nella valutazione di tale modello – si rischia di pregiudicare l'efficace tutela della concorrenza stessa, con

il pericolo di creare un'Autorità incapace di far concretamente fronte a funzioni tanto numerose e complesse³¹⁶.

D'altra parte, sotto altro profilo, la configurazione di un'entità dotata di poteri così ampi, "mostruosi" e quasi incontenibili, induce anche riflettere sul temibile ruolo che una simile Autorità potrebbe rivestire nell'ordinamento e nella geometria istituzionale di uno Stato.

5.2. Disciplina normativa del potere di ricorso della *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* a tutela della *unidad de mercado*

Come già rilevato nel paragrafo precedente, la *Ley 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de la unidad de mercado* (d'ora in avanti LGUM) ha attribuito un potere speciale ed esclusivo di legittimazione processuale alla CNMC a difesa della *unidad de mercado*³¹⁷.

Ciò emerge, testualmente, dall'art. 27 LGUM, intitolato "*legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*", il cui comma 1 recita: "*la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*".

316 L.M. BERETTA, *Il caso spagnolo della CNMC: il nuovo "super regulador"*, in *www.lab.it.net*, 2017. L'Autrice afferma, infatti, analizzando i dati relativi ai procedimenti *antitrust*, che "*si è avuto sicuramente un cambiamento visibile nel numero e nell'importo delle sanzioni inflitte dalla stessa CNMC; a dimostrazione di ciò, mentre nell'anno 2013 la CNC aveva irrogato sanzioni per un importo complessivo di 160.000.000 euro circa, nel 2016 la CNMC si è aggirata appena attorno ai 6.000.000 euro. Sembra dunque chiaro che [...] la tutela della concorrenza in Spagna sia notevolmente diminuita*".

317 Fra i diversi contributi, cfr. M. SANCHÉZ MORÓN, *Nuevas garantías de derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, 2014, n. 194, pp. 275-316; C. PADRÓS REIG, J.M. MACÍAS CASTAÑO, *Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado*, in *Revista de Administración Pública*, 2014, n. 194, pp. 113-151; J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El contencioso de la unidad de mercado*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2013, n. 87, pp. 51-93. In relazione all'ambito soggettivo di tale ricorso, cfr. A. B. CASARES MARCOS, *Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado*, in F. LÓPEZ RAMÓN (a cura di), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016)*, Madrid, 2016, pp. 395-405.

Tale disposizione riconosce il potere di accesso alla giustizia alla CNMC, che, con ricorso giurisdizionale, può attivare la macchina processuale e rivolgersi al giudice del contenzioso-amministrativo, in particolare impugnando qualsiasi atto amministrativo puntuale o generale, atto normativo, o più in generale qualsiasi comportamento (fra cui il silenzio non significativo) tenuto dalle amministrazioni pubbliche, che l'Autorità ritenga contrastante con il principio di *unidad de mercado*. Dovendosi poi applicare, per tutto ciò che attiene al rito processuale, la disciplina contenuta agli artt. 127-bis, 127-ter, 127-quater, LJCA, disposizioni che hanno trovato ospitalità nel testo processuale del 1998 all'indomani dell'adozione della *Ley 20/2013*, che sono contenute nel titolo dedicato al "*procedimiento para la garantía de la unidad de mercado*" e che danno forma ad un particolare rito speciale connotato dall'abbreviazione dei tempi processuali.

In riferimento all'interesse pubblico perseguito e tutelato da tale disposizione, ovvero la *unidad de mercado*, occorre esaminare brevemente il testo costituzionale spagnolo e la *Ley 20/2013*.

Il principio di *unidad de mercado* non è un principio espressamente previsto dal testo costituzionale spagnolo. Eppure la dottrina e il *Tribunal Constitucional* lo hanno ricavato in via interpretativa da una serie di disposizioni³¹⁸:

- l'art. 2 CE, che stabilisce la *indisoluble unidad de la Nación española*;
- l'art. 38 CE, che riconosce la libertà di iniziativa economica e la sua protezione da parte dei pubblici poteri, affermando che: "*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*";
- l'art. 139, comma 1, CE, che stabilisce il principio di *igualdad* in riferimento all'esercizio dell'attività economica;

318 Sull'analisi del principio di *unidad de mercado* nel testo costituzionale spagnolo, cfr. F. J. LEÓN SANZ, *La garantía de la unidad de mercado*, in *Revista de Economía*, 2013, n. 871, pp. 35-37; T. DE LA QUADRASALCEDO JANINI, *Mercado nacional único y Constitución*, in *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2008, p. 8; A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Valladolid, 1988, p. 205.

Per una analitica esposizione della giurisprudenza costituzionale in materia, cfr. J. TORNOS MAS, *La ley 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia*, in *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, 2014, n. 19, pp. 144-177.

- l'art. 139, comma 2, CE, ove si afferma che “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”: disposizione, questa, che vieta ai pubblici poteri di adottare misure che ostacolano direttamente o indirettamente la libertà di circolazione o di stabilimento degli operatori economici, nonché la libera circolazione di beni in tutto il territorio spagnolo;
- gli artt. 148 e 149 CE, che attribuiscono autonomia politica e amministrativa alle Comunità autonome e allo Stato, disciplinando le rispettive competenze normative e amministrative in materia di politica economica, in particolare attribuendo allo Stato tutte quelle necessarie per realizzare uno *espacio económico único*, ove si applicano gli stessi principi fondamentali: in merito, il riferimento è alla competenza esclusiva statale in materia di “*regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*” prevista dal punto 1 dell'art. 149, comma 1, CE.

Da tali principi deriva che le misure normative e amministrative adottate dallo Stato e dalle Comunità autonome debbano rispettare la libertà di iniziativa economica, senza ostacolare ingiustificatamente l'accesso al mercato o l'esercizio dell'attività degli operatori economici, nonché la libera circolazione dei beni nello spazio territoriale spagnolo. Questo è, di fatto, il nucleo centrale della *unidad de mercado*.

Eppure tale principio ha faticato a trovare effettiva attuazione, tanto che lo Stato ha adottato la *Ley 20/2013*, avente – come emerge dal preambolo e dall'art. 1, comma 1, di tale legge – l'espressa finalità di rendere effettivo tale principio: contro, in particolare – come il preambolo spiega – la profonda *fragmentación* che caratterizza il mercato spagnolo, ove si rilevano ostacoli posti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, con pregiudizio di un'effettiva concorrenza, degli investimenti, del livello di produttività, competitività e crescita economica del Paese, ancora, di un adeguato grado di occupazione e benessere dei cittadini.

Detta frammentazione, infatti, come si deduce dalla nozione di *unidad de mercado* contenuta all'art. 1, comma 2, della legge succitata, discende da misure che incidono negativamente sulla "*libre circulación y establecimiento de los operadores económicos*", sulla "*libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español*", nonché sulla "*igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica*". Ciò detto, meglio si comprende come la *unidad de mercado* venga ad assumere la forma di un principio risultante dal rispetto di ulteriori sottoprinциpi: i) la libera circolazione e stabilimento degli operatori economici; ii) la libera circolazione dei beni e servizi sull'intero territorio nazionale spagnolo; iii) l'uguaglianza nelle condizioni di esercizio delle attività economiche.

Se poi si indagano la cause di tale unitarietà mancata, emerge, prima fra tutte, l'ampia autonomia politica riconosciuta alle Comunità autonome, alle quali spetta – in forza della competenza in materia di "*ferias interiores*", ovverosia di mercati locali, prevista dall'art. 148, comma 1, punto 12, CE – la regolazione della libertà d'impresa nel proprio ambito territoriale di riferimento: circostanza da cui sono derivate, troppo spesso, misure anti-concorrenziali e discriminatorie nei confronti delle imprese aventi la loro sede al di fuori del territorio della Comunità o che si rivelino tali per attribuire direttamente vantaggi competitivi agli operatori economici aventi invece la sede proprio in quella Comunità autonoma ³¹⁹.

La riforma statale succitata si propone dunque di ricompattare il mercato spagnolo, in particolare determinando alcuni principi che devono essere rispettati dalle amministrazioni pubbliche nell'adozione degli atti amministrativi o normativi aventi rilevanza economica.

Fra essi: il divieto di adottare misure discriminatorie nei confronti degli operatori economici in ragione del luogo di stabilimento; l'obbligo, qualora intendano porre limiti all'accesso al mercato o all'esercizio di un'attività economica, di motivare, sia in relazione alla "necessità", dovendo sussistere ragioni imperative di interesse pubblico che giustifichino la misura da adottare, sia alla "proporzionalità", non

319 Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona, 2012, pp. 193-194, ove spiega il presupposto ordinamentale da cui nasce, di fatto, il rischio di frammentazione e il pregiudizio dell'unità di mercato spagnola: "*cada Comunidad Autónoma ha establecido reglas que condicionan las libertades económicas y [...] en cada una de ellas las industrias y los comercios necesitan cumplimentar requisitos particulares para establecerse y desarrollar su actividad*".

potendosi adottare altri strumenti meno invasivi della libertà economica. Chiaro è il parallelismo con quanto previsto dalla direttiva *Bolkenstein* 2006/123/UE (e dalla *Ley* 17/2009 di recepimento di tale direttiva) a livello euro-unitario.

Con la precisazione che ciò che la riforma intende realizzare è l'unità di tale mercato, non l'uniformità, sì che l'autonomia politica delle Comunità autonome non vada annientata, ma soltanto controbilanciata le esigenze di unitarietà: si dovrà ammettere, così, la diversità di regimi giuridici relativi all'attività economica fra le diverse Comunità, pur nel rispetto di quei principi statali succitati che la legge sopra menzionata determina.

Quel che emerge, in definitiva, è che l'unità di mercato rappresenta un interesse pubblico prima di tutto nazionale, ove i riflessi sul mercato unico europeo, pur sussistenti – posto che un migliore funzionamento del mercato unico spagnolo ha senz'altro un effetto positivo sullo sviluppo del mercato interno dell'Unione europea – sono soltanto indiretti ³²⁰.

Continuando nell'analisi dell'art. 27 LGUM, il comma 2 disciplina in maniera più analitica l'impulso relativo al potere di legittimazione processuale della CNMC. Tale iniziativa, infatti, può essere espressione di un potere esercitato d'ufficio dall'Autorità o conseguire allo stimolo di un operatore economico interessato a che l'Autorità agisca processualmente: come emerge dalla disposizione testé citata, infatti, “*la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá actuar de oficio o a petición de los operadores económicos, que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo*”.

Dal successivo comma 3, inoltre, che afferma che “*presentada una petición, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...] valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición de recurso contencioso-administrativo, informando al operador de su decisión*”, emerge il carattere non vincolante dell'iniziativa eventualmente esercitata dagli operatori economici, dovendo la CNMC soltanto valutare, nel breve termine di 5 giorni, se esperire il ricorso contenzioso-amministrativo, potendo dunque decidere in senso positivo o negativo, pur sempre informando di tale decisione l'operatore medesimo.

320 Per un approfondimento, cfr. J. FUENTETAJA PASTOR, *Unidad de mercado y derecho europeo*, in J. GUILLÉN CARAMES, M. CUERDO MIR, *Estudios sobre la ley de garantía de la unidad de mercado*, Pamplona, 2017, pp. 1-66.

In caso negativo, poi, l'operatore potrà sempre decidere di attivare lui stesso il giudizio, pur procedendosi, in tale evenienza, sulla base di un ordinario ricorso contenzioso-amministrativo e con l'ordinario rito processuale: ciò si ricava in via induttiva dal comma 5, ove si fa riferimento al potere di "*interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud* – invero non accolta – *a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*".

Procediamo ora con l'analisi di ulteriori disposizioni, contenute nella LJCA e finalizzate a dettare le regole processuali relative al rito che prende avvio a seguito dell'esperimento del ricorso contenzioso-amministrativo ad opera della CNMC.

La prima disposizione rilevante è quella relativa alla competenza dell'organo giurisdizionale: l'art. 11, comma 1, lett. h), LJCA, infatti, attribuisce all'*Audiencia Nacional* la cognizione, in unica istanza, di tale ricorso, indipendentemente dall'area territoriale di competenza dell'amministrazione che ha adottato l'atto o ha tenuto la condotta oggetto di impugnazione, nonché dalla natura dell'atto impugnato. La norma summenzionata asserisce, infatti che "*la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia [...] de los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado*".

Il rito conseguente all'esperimento di tale ricorso si caratterizza, poi, per specialità e contingentamento dei tempi processuali.

L'art. 127-*bis*, in particolare, oltre a ri-affermare al comma 1 la legittimazione processuale della CNMC, parallelamente a quanto già espresso dalla LGUM, stabilisce, al comma 2, il termine di impugnazione di due mesi decorrenti: nel caso che l'Autorità agisca d'ufficio, da un *dies a quo* determinato in base alle regole dell'art. 46 LJCA (qualora si tratti dell'impugnazione di un atto è il giorno successivo alla sua pubblicazione); nel caso di iniziativa da parte degli operatori economici, dalla presentazione dell'istanza.

A tale ricorso potrà essere accompagnata la richiesta di sospensione dell'atto impugnato o di altre misure cautelari, come specificamente disposto dall'art. 127-*quater*³²¹.

L'art. 127-*ter* disciplina, infine, il rito processuale. In merito, si segnalano i commi 9 e 10, che stabiliscono rispettivamente il *carácter preferente* di tale disciplina rispetto a quella relativa al rito ordinario, ovvero la sua specialità, nonché l'applicazione in via sussidiaria della normativa applicabile al rito ordinario per quanto non espressamente previsto³²².

In riferimento a tale rito speciale³²³, ci si limita a segnalare: il contingentamento dei termini rispetto al rito ordinario; l'interessante potere di intervenire in giudizio *ad adiuvandum* da parte degli operatori economici che abbiano un interesse diretto all'annullamento della disposizione impugnata dalla CNMC, potendo in tal caso anche far emergere doglianze proprie e distinte rispetto a quelle già sollevate dall'Autorità, come previsto dal comma 7 di tale articolo³²⁴.

321 L'art. 127-*quater* LJCA, infatti, dispone: al comma 1, che “*la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá solicitar en su escrito de interposición la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, así como cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia*”; al comma 2, che “*solicitada la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, la misma se producirá de forma automática, una vez admitido el recurso y sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquiera naturaleza que pudieran derivarse. La Administración cuya actuación se haya recurrido podrá solicitar el levantamiento de la suspensión en el plazo de tres meses desde su adopción, siempre que acredite que de su mantenimiento pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el tribunal ponderará en forma circunstanciada. Formulada la solicitud se dará traslado de la misma a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que, en el plazo de diez días, alegue lo procedente en orden al mantenimiento o el levantamiento de la suspensión en orden a los intereses en conflicto. Evacuado el anterior trámite, el tribunal resolverá lo que estime procedente mediante auto en los cinco días siguientes*”.

322 I commi 9 e 10 dell'art. 127-*ter* LJCA dispongono, infatti, rispettivamente, che “*la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente*” e che “*el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, en lo no dispuesto en este Capítulo – ovvero il capitolo VI della LJCA – se regirá por las normas generales de la presente Ley*”.

323 La LJCA delinea infatti un rito generale per i giudizi di prima o unica istanza (art. 43-77 LJCA), un rito abbreviato per specifiche materie (art. 78 LJCA) (pubblico impiego, immigrazione, asilo politico, doping nello sport, nonché tutte le liti di valore inferiore a 30.000 euro), diversi riti per i giudizi di impugnazione (art. 79-102 *bis* LJCA), nonché numerosi riti speciali (artt. 114-127 *quinques* LJCA) dall'impronta particolarmente garantistica e fra i quali spiccano quello per la protezione dei diritti fondamentali della persona o quello relativo alla tutela dell'unità di mercato.

324 Il comma 7 di tale disposizione afferma, infatti, che “*durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención, como parte recurrente, cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente. La solicitud del operador se resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de cinco días. Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas o las que el propio interviniente formule, si*

La disposizione succitata, al comma 6, disciplina anche l'esito dell'*iter* processuale, stabilendo che l'*Audiencia Nacional* possa adottare una sentenza di accoglimento o di rigetto, a seconda che l'atto o l'attività violino la *unidad de mercado*. Si tratta, anche in questo caso, di un giudizio non solo impugnatorio, potendo la stessa Corte condannare la pubblica amministrazione a tenere un determinato comportamento correttivo o, ancora, a risarcire il danno ³²⁵.

5.3. Un confronto con il potere di legittimazione processuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Esaminando ora tale forma di legittimazione processuale al fine di confrontarla con quella prevista in Italia a favore della AGCM, ci si imbatte in due rilevanti differenze: la prima è strutturale, dato che non si rileva qui una fase procedimentale obbligatoria anteriore al giudizio vero e proprio; la seconda è invece finalistica, posto che l'interesse pubblico perseguito attraverso il ricorso non è direttamente la concorrenza, che, diversamente, viene protetta soltanto indirettamente, attraverso un giudizio che mira a salvaguardare, in via immediata, la tutela dell'unità di mercato ³²⁶.

Entrambi i profili succitati meritano tuttavia di essere meglio approfonditi.

In relazione al profilo strutturale della fattispecie esaminata, si è già sottolineato come l'art. 27 LGUM non preveda espressamente una fase procedimentale obbligatoria.

tuviere oportunidad procesal para ello. El interviniente podrá utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales para su interés, aunque las consienta la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o las demás partes personadas”.

³²⁵ Il comma 6 della disposizione in esame stabilisce, infatti, nella sua prima parte, che “*conclusas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días. La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder [...] la sentencia que estime el recurso implicará la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado*”.

³²⁶ Tale tipo di azione trova invero un precedente nell'art. 12 della *Ley 15/2007* (disposizione abrogata dalla stessa *Ley 20/2013*), ove si attribuiva una speciale legittimazione processuale a favore della *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC), Autorità posta a presidio della concorrenza che ha preceduto la CNMC. L'art. 12, comma 3, di tale legge, infatti, recitava: “*la Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar (ante la jurisdicción competente) actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley*” de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”. Non si rileva, anche qui, una fase procedimentale obbligatoria anteriore al giudizio. Diversamente, quel che si può riscontrare in tale fattispecie è il perseguimento in via immediata dell'interesse pubblico alla concorrenza, con una maggiore vicinanza di tale legittimazione processuale con quella attualmente prevista dall'ordinamento italiano a favore della AGCM.

Tuttavia, osservando il *modus operandi* dell’Autorità, si può notare come, di regola, la CNMC, ancora prima di adire (d’ufficio o su istanza degli operatori economici interessati) la via giurisdizionale, sia solita diffidare, su stimolo dei privati, l’amministrazione che ha adottato la misura lesiva dell’unità di mercato.

Tale potere di diffida è riconosciuto dall’art. 26 LGUM, che prevede che gli operatori economici che si considerano lesi, nei propri diritti o interessi legittimi, da disposizioni regolamentari, da atti amministrativi, dall’inerzia, o, ancora, da comportamenti di fatto delle amministrazioni, ritenuti incompatibili con la libertà di stabilimento o di circolazione, possano richiedere alla CNMC di verificare l’effettiva lesione di tali libertà, potendo tale Autorità, in caso positivo, diffidare l’amministrazione ad agire per conformarsi a quei sotto-principi che consustanziano l’unità di mercato: pena, l’esperimento del ricorso giurisdizionale.

Come recita il comma 1 della disposizione in esame, infatti, “*el operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación [...] podrá dirigir su reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado*”; quest’ultima, come emerge dai commi 5 e 7, “*revisará la reclamación para comprobar que se trata de una actuación que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o circulación*”, potendo in caso positivo diffidare l’amministrazione a sopprimere le restrizioni suindicate³²⁷.

L’utilizzo di tale potere è, però – come già rilevato – soltanto eventuale, non costituendo un presupposto obbligatorio e necessario per esperire il ricorso giurisdizionale. Nello stesso tempo, detta diffida si inserisce all’esito di un modulo procedimentale che prende avvio, esclusivamente, su impulso degli operatori economici, non potendo l’Autorità decidere di avviare di propria iniziativa l’*iter* di cui all’art. 26 LGUM.

Tutto ciò diverge da quanto previsto, in Italia, nel caso della legittimazione ad agire della AGCM, ove – come già si è osservato nel capitolo II – la natura

327 Tale potere di diffida non emerge dal dettato normativo, bensì dall’osservazione delle conclusioni contenute nelle *informes* adottate dalla CNMC a seguito delle *reclamaciones administrativas* ex art. 26 LGUM degli operatori economici. Cfr. <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/unidad-de-mercado/reclamaciones-administrativas>.

obbligatoria della preventiva fase procedimentale garantisce che vi sia sempre, prima di instaurare la fase processuale, l'adozione di un parere-diffida, che opera come "messa in mora" nei confronti dell'amministrazione che ha adottato l'atto lesivo della concorrenza, alla quale si richiede di conformarsi al parere adottato, offrendole l'opportunità di impedire l'instaurazione del giudizio.

Un filtro procedimentale obbligatorio e preventivo al processo, quello italiano, che non ha tuttavia ostacolato – come già a suo luogo osservato – lo sviluppo di un considerevole contenzioso in materia, specie per l'alto numero di procedimenti a tutela della concorrenza avviati dall'Autorità e la tendenza delle amministrazioni a non conformarsi – e ciò avviene in più della metà dei casi – a quanto da essa richiesto.

Si potrebbe pensare che, in Spagna, la mancanza dell'obbligatorietà di una simile fase procedimentale conduca a dei livelli di litigiosità a tutela della *unidad de mercado* ancora maggiori rispetto a quelli propri del contenzioso a tutela della concorrenza instaurato dalla AGCM.

Eppure così non è.

Le vertenze giurisdizionali derivanti dalla legittimazione processuale della CNMC, infatti, che pure poche non sono – come meglio si vedrà – presentano numeri inferiori rispetto a quelli relativi alla speciale legittimazione processuale della AGCM.

Ciò, in quanto inferiori sono anche i procedimenti avviati dalla CNMC rispetto alla AGCM – dato oggettivo in relazione alla quale non sembra troppo assurdo ipotizzare che possa derivare (anche) dall'eccessiva concentrazione di compiti in capo alla stessa Autorità spagnola – oltre che per la maggiore tendenza delle amministrazioni a conformarsi alle *informes* di diffida che l'Autorità, su impulso degli operatori economici, frequentemente adotta.

La seconda differenza è invece finalistica.

La *unidad de mercado* presenta, infatti, a differenza della concorrenza, una rilevanza primariamente nazionale, che certamente incide sul mercato europeo, ma solo indirettamente.

Così come indiretto è, ancora, il legame fra unità di mercato e concorrenza.

La relazione fra detti interessi appare, infatti, di strumentalità reciproca³²⁸, posto che, se da una parte la salvaguardia della struttura concorrenziale del mercato (in tal caso tramite interventi normativi o amministrativi) ne impedisce la frammentazione, dall'altra è il perseguimento (tramite il giudizio) dell'unità di mercato che garantisce la soppressione delle misure territorialmente disomogenee e anti-competitive.

Pertanto, si può affermare sì che l'art. 21-*bis* della l. n. 287/90 trovi un solo corrispondente, in Europa, nell'ordinamento spagnolo, ma anch'esso senz'altro appare, sotto taluni profili, divergente: se per un lato infatti si valorizza la comune attribuzione di uno speciale potere processuale alle autorità *antitrust* dei due paesi, dall'altro occorre prendere atto delle differenze strutturali e finalistiche delle due fattispecie testé delineate.

Senza troppo soffermarsi, peraltro, sulla stessa diversità nel ruolo complessivamente assolto dalle due Autorità, che conduce la CNMC ad esercitare tale ricorso anche in settori ove, in Italia, la legittimazione processuale spetta ad Autorità di regolazione distinte dall'AGCM: si pensi alla materia del servizio *taxi*, ove viene riconosciuta l'iniziativa processuale, in Italia, all'ART; così come accade nel settore dei contratti pubblici, ove la più recente legislazione ha attribuito una simile prerogativa all'ANAC, Autorità di regolazione operante nel mercato dei contratti pubblici.

5.4. Un bilancio sull'utilizzo di tale strumento: alcuni numeri

Dal dicembre 2013, momento in cui è stato attribuito tale potere di iniziativa processuale alla CNMC, ad oggi, si registrano ben 40 casi in cui l'Autorità ha fatto utilizzo di tale strumento.

Nel dettaglio: mai nel 2014; 13 volte nel 2015; 11 volte nel 2016; 14 volte nel 2017; 2 volte, fino ad oggi, nel 2018³²⁹. Numeri, questi, che tendono a manifestare il superamento di una iniziale timidezza dell'Autorità, oggi oramai costante nel suo ruolo di promotore processuale del giudizio a tutela dell'unità di mercato.

328 Tale rapporto evoca le considerazioni compiute in dottrina sulla concorrenza in senso soggettivo quale finalità della regolazione pro-concorrenziale (e asimmetrica). Cfr., fra tutti, M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, cit., pp. 507-528. Della stessa Autrice, cfr. altresì, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit..

329 Cfr. la pagina dedicata all'art. 27 LGUM nel sito www.cnmc.es. Cfr. altresì, <https://blog.cnmc.es/2017/03/23/la-cnmc-y-la-unidad-de-mercado-unas-cifras-de-record/>.

Le fattispecie che hanno condotto la CNMC a fare utilizzo di tale strumento sono naturalmente eterogenee³³⁰.

L'Autorità ha infatti impugnato misure che ha ritenuto anti-competitive e contrastanti con l'unità di mercato in numerosissimi settori. Dal più risalente al più vicino nel tempo, il ricorso ha avuto ad oggetto disposizioni che hanno inciso su servizi di prevenzione della sicurezza sul lavoro, sull'esercizio dell'attività da parte di centri commerciali in orari straordinari, sui servizi di telecomunicazione, sull'attività di trasporti merce, sui servizi sanitari della medicina del lavoro, sui criteri per la localizzazione di sale gioco e più tardi di stazioni di rifornimento di carburante, sui servizi di insegnamento universitario, sulle attività di formazione di pubblici dipendenti, e via dicendo.

L'iniziativa processuale dell'Autorità si riscontra, inoltre, in materia di servizio *taxi* e in quella dei contratti pubblici. In relazione a tali settori si ricorda – come già si è sottolineato – la divergente impostazione rispetto a quella italiana, ove la legittimazione processuale non è riconosciuta all'autorità *antitrust*, bensì a specifiche autorità di regolazione.

Di tali iniziative processuali, poi, una cospicua parte ha preso avvio a seguito della fase procedimentale facoltativa ex art. 26 LGUM e successiva istanza degli operatori economici all'impugnazione ex art. 27 LGUM. Assai inferiori sono invece i casi ove l'Autorità è intervenuta d'ufficio³³¹.

In relazione al contenzioso sorto da tale legittimazione processuale, infine, l'*Audiencia Nacional* ha quasi sempre rigettato il ricorso della CNMC, rilevandosi – come si rinviene dai canali di informazione della stessa Autorità³³² – pochissimi casi in cui la Corte ha accolto il ricorso. Si descriverà – nel paragrafo che segue – quello che, cronologicamente, ha rappresentato il primo caso di accoglimento del ricorso.

330 Per una panoramica, cfr. ancora la casistica relativa all'art. 27 LGUM riportata nel sito dell'Autorità.

331 Cfr. le pagine dedicate agli artt. 26 e 27 LGUM nel sito www.cnmc.es. Cfr. ancora, <https://blog.cnmc.es/2017/03/23/la-cnmc-y-la-unidad-de-mercado-unas-cifras-de-record/>.

332 Cfr. <https://blog.cnmc.es/2018/02/27/la-audiencia-nacional-da-la-razon-la-cnmc-en-su-recurso-sobre-ayudas-autonomicas-para-formacion-laboral-en-castilla-la-mancha/>. Per la decisione cui si fa riferimento, cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de enero de 2018 (recurso 163/2016). Si segnala un ulteriore e ancora più recente caso di accoglimento del ricorso della CNMC da parte della Audiencia Nacional, in particolare in materia di *servicios técnicos de arquitectura e ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico*. Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2018 (recurso 16/2017).

5.5. Il contenzioso a tutela della *unidad de mercado*: il primo caso di accoglimento di ricorso da parte della *Audiencia Nacional*

Il caso che si intende di seguito analizzare rappresenta la prima fattispecie in cui l'*Audiencia Nacional* – appunto con “*sentencia pionera*” – ha accolto il ricorso della CNMC.

Vicenda d’interesse ed utile, questa, inoltre, nella misura in cui permette di osservare, concretamente, lo schema statisticamente più frequente del *modus operandi* dell’Autorità, con l’utilizzo dell’iniziativa processuale solo a seguito dell’avvio del procedimento ex art. 26 LGUM e conseguente istanza di impugnazione degli operatori economici ex art. 27 LGUM.

Nella vicenda in esame, risalente nei suoi inizi a Novembre del 2015, la Comunità autonoma di Castilla-La Mancha adotta un “*orden*” attraverso cui: a) approva l’adozione di un futuro atto di “*convocatoria*” per la concessione di sussidi pubblici a favore di società di formazione, per l’offerta di corsi di qualificazione professionale ai lavoratori di detta Comunità; b) prevede i criteri di valutazione per la scelta del migliore richiedente, da inserire all’interno di detta “*convocatoria*”.

La problematica sorge per il fatto che, fra tali criteri di valutazione, vi fosse l’attribuzione di un punteggio più elevato per quelle imprese che avevano ottenuto un certificato di accreditamento di qualità emesso dalla Comunità autonoma stessa di Castilla-La Mancha, assegnando diversamente punteggi inferiori alle imprese in possesso di certificati di accreditamento di qualità emessi da altre Comunità o da organismi europei o internazionali (EFQM, ISO o altri equivalenti).

Fin da subito, un operatore economico interessato, ritenendo tali criteri discriminatori ed incompatibili con l’unità di mercato, avvia il procedimento ex art. 26 LGUM, da cui discende la successiva adozione di una *informe* da parte della CNMC, nella quale l’Autorità rileva la contrarietà del criterio di valutazione anzidetto con il principio di non discriminazione ex art. 18 LGUM, concretandosi in una misura anti-competitiva e discriminatoria verso le imprese aventi sede al di fuori della Comunità autonoma, più difficilmente in possesso di quel tipo di certificazione di qualità; con tale atto, inoltre, l’Autorità diffida la Comunità di Castilla-La Mancha, affermando che “*en el caso de que la autoridad autonómica reclamada no suprimiera el sistema o criterio de valoración arriba indicado, esta Comisión*

vendría legitimada para impugnarlo, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado”.

Ciò detto, la Comunità autonoma decide in ogni modo di inserire tale criterio di valutazione all'interno dell'atto di “*convocatoria de ayudas*”, utilizzandolo successivamente per la scelta del richiedente.

Tutto ciò conduce l'operatore economico che già aveva avviato la procedura ex art. 26 LGUM a sollecitare all'impugnazione la CNMC.

Quest'ultima decide dunque di impugnare gli atti della procedura competitiva, ritenendo che tale criterio di valutazione ledesse il principio di non discriminazione di cui all'art. 18 LGUM.

Infatti, come si asserisce all'interno del ricorso, “*la exigencia de certificación autonómica de calidad como criterio valorativo distintivo podría considerarse también una discriminación del artículo 18.2.a) LGUM basada indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador puesto que resultará más fácil a los operadores sitos en Castilla-La Mancha la adhesión al sistema de calidad de dicha comunidad*”: si afferma, cioè, che il “maggiore peso” attribuito alla certificazione di qualità della Comunità autonoma rispetto alle altre potrebbe costituire una discriminazione ai sensi dell'articolo 18.2.a), LGUM, che si basa indirettamente sul luogo di residenza o di stabilimento dell'operatore, posto che sarà più facile, per le imprese site in Castilla-La Mancha, aderire al sistema di qualità di detta Comunità.

Di tale avviso è anche l'*Audiencia Nacional*, che accoglie il ricorso della CNMC, riscontrando la discriminazione territoriale lamentata e annullando le disposizioni impugnate. In particolare, la stessa asserisce che “*pues bien, la conclusión [...] es que, en efecto, existe una clara discriminación que perjudica a las entidades que poseen un sistema de calidad diferente al de Castilla La Mancha [...] no hay razón objetiva alguna, al margen de la meramente territorial, que justifique la diferencia de trato, la cual incide modo directo en las actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación*”.

6. La legittimazione processuale delle *autoridades administrativas independientes* come mera conferma del carattere oggettivo della giurisdizione

Se l'attribuzione di speciali poteri processuali alle autorità amministrative indipendenti ha suscitato, in Italia, un fervente dibattito sulla diversa natura della giurisdizione medesima, non altrettanto è avvenuto in Spagna.

Ciò, in quanto la giurisdizione contenzioso-amministrativa spagnola gode già di più forti caratteri di obiettività.

Eppure la speciale legittimazione processuale prevista a favore della CNMC sembra imprimere al processo (che da essa prende forma) caratteri ancora più oggettivi: non è un caso che persino coloro che riconoscono la natura soggettiva del processo amministrativo spagnolo, infatti, tendano a ricondurre tale giudizio alla sfera dell'obiettività³³³.

Si rilevano, del resto, anche in questo caso, quelle stesse caratteristiche del rito ordinario che hanno condotto a scorgere obiettività nel processo amministrativo spagnolo: la legittimazione processuale oggettiva ed eccezionale; la disponibilità del giudizio alle parti; gli spiccati poteri probatori del giudice; il potere del giudicante di andare oltre i limiti fissati dalla domanda, e via dicendo.

Quel che tuttavia emerge con maggiore intensità è, in tale fattispecie, la finalità perseguita tramite lo strumento processuale *de quo*: ovverosia, la tutela e la garanzia della *unidad de mercado*, da difendere, tuttavia – si badi bene – non in via generale, mediante un generico riferimento alla protezione della libertà d'impresa, bensì sulla (sola) base del rispetto di quei principi contemplati dalla *Ley 20/2013*.

Come è stato affermato, infatti, “*el recurso procede no por vulneración de derechos o intereses conexos con la libertad de empresa, sino con relación a actuaciones que se consideren contrarias en los términos previstos en la Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación*”³³⁴.

Viene dunque a configurarsi, anche in questo caso, un giudizio non organizzato per dare protezione alla tutela di interessi giuridicamente tutelati del ricorrente, bensì

333 Cfr. M.M. FERNANDO PABLO, *El contencioso-administrativo de la Unidad de Mercado: ¿Objetivización de la Jurisdicción contenciosa?*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, n. 23, pp. 83-105, in particolare ove afferma che “*la ya citada Ley de garantía de la Unidad de Mercado, introduce un contencioso que altera, sustancialmente, nuestro modelo histórico y da lugar a lo que puede llamarse, con alguna propiedad, contencioso objetivo, en la medida en que sus características se aproximan más a este último, y sobre todo porque su nalidad parece ser, más la depuración del derecho positivo ilegal (por contradicción con la propia ley de unidad de mercado) que la estricta tutela de posiciones subjetivas*” (p. 89).

334 Cfr., ancora, M.M. FERNANDO PABLO, *El contencioso-administrativo de la Unidad de Mercado: ¿Objetivización de la Jurisdicción contenciosa?*, cit., p. 104.

di natura oggettiva, strutturato per ripristinare il rispetto della legalità violata dalle Comunità autonome, che, talvolta, con le loro misure, tendono a pregiudicare l'unità di mercato.

La legittimazione processuale delle *autoridades administrativas independientes* rappresenterebbe, pertanto, in Spagna, una mera conferma del carattere oggettivo, o piuttosto ancora più oggettivo, della giurisdizione amministrativa.

7. Dal sistema spagnolo a quello italiano: riflessioni conclusive

Al termine dell'analisi viene da spostare lo sguardo dal sistema spagnolo di giustizia amministrativa a quello italiano, al fine di cogliere le affinità e quanto di diverso contraddistingua i due ordinamenti.

Come osservato si è assistito alla progressiva evoluzione del contenzioso-amministrativo spagnolo verso la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale.

La Costituzione spagnola e le leggi processuali del XX secolo – che come visto hanno gradualmente condotto il giudice a non pronunciarsi soltanto sull'annullamento dell'atto, a sindacare l'intero rapporto amministrativo, a concedere la tutela cautelare, a farsi garante dell'esecuzione delle proprie sentenze – forniscono evidenza di tale evoluzione.

Tale direzione intrapresa dall'ordinamento spagnolo pare allora non molto dissimile da quella che si è percorsa anche nel nostro ordinamento, ove l'effettività della tutela giurisdizionale si è via via fatta strada fino a divenire, con il codice del processo amministrativo, la chiave di lettura di tutto il testo normativo anzidetto.

Un ulteriore elemento che lo sviluppo della giustizia amministrativa spagnola ha messo in evidenza è quello che attiene al profilo strutturale della giurisdizione amministrativa, ove poco a poco si è giunti all'indipendenza e alla specializzazione del giudice amministrativo, incardinato all'interno di un sistema monistico di giurisdizione.

Il modello italiano, sotto tale profilo, diverge da quello spagnolo, presentandosi, a partire dalla legge Crispi del 1889, quale sistema dualistico, ove il giudice amministrativo rappresenta un giudice indipendente dall'esecutivo – al di là dei dubbi che possano sorgere a causa della nomina governativa di 1/4 dei giudici del Consiglio di Stato – e (non tanto o non solo specializzato, ma anche) speciale,

sottratto alle norme sull'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12) e sottoposto al proprio organo di autogoverno incarnato dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa.

Altre divergenze emergono nel modo in cui i due ordinamenti danno forma ai principi che si pongono alla base del giudizio amministrativo: si pensi, come osservato, alla maggiore valorizzazione accordata dal sistema spagnolo alla certezza del diritto, ove la "dottrina legale" finisce per divenire parametro del giudizio di legittimità svolto dal *Tribunal Supremo*; al contrario, si ponga l'attenzione al minore garantismo che si rinviene nel contenzioso-amministrativo spagnolo, laddove il principio del doppio grado di giudizio è assicurato da tale ordinamento solo in materia penale.

Ancora, si è potuto rilevare che non esiste una perfetta sovrapponibilità quanto ad intensità del sindacato sull'attività amministrativa discrezionale, ove è indubbio che il maggiore dogmatismo sull'interesse legittimo proprio dei sistemi dualistici abbia condotto anche ad una maggiore profondità di controllo.

Con riferimento invece alla natura della giurisdizione del giudizio amministrativo spagnolo, oggetto di privilegiata attenzione del presente lavoro di ricerca, è emersa una netta oggettività del processo, che si differenzia evidentemente da quello italiano, ove la Costituzione e il Codice del processo amministrativo connotano diversamente il giudizio di un'impronta marcatamente soggettiva.

Si è potuto osservare, infatti, che il processo amministrativo spagnolo si caratterizza per una legittimazione al ricorso straordinariamente ampia, ove l'accesso alla giustizia è fondato sulla legge ed è svincolato perlopiù dalla titolarità di un diritto o di un interesse.

Oltre alla legittimazione processuale, poi, anche gli altri caratteri sintomatici della natura della giurisdizione sembrano confermare la forte essenza giurisdizional-oggettiva del processo amministrativo spagnolo: rilevandosi, in particolare, modalità di attivazione della macchina processuale dal carattere officioso (dalle ipotesi di "amministrazione ricorrente" fino ad addirittura i casi in cui l'ordinamento incarica una parte pubblica appartenente all'amministrazione giudiziaria dello Stato ad adire il giudice amministrativo per far valere il rispetto della legge), chiare deroghe al

principio dispositivo, sia in senso sostanziale, che in senso processuale, oltre che limiti alla disponibilità del processo già instaurato alle parti.

Elementi, tutti questi, che trascinano la giurisdizione verso l'obiettività, imprimendo, quale suo contenuto primario, la protezione della legalità dell'azione amministrativa.

Lo studio di diritto comparato ivi assolto non ha tuttavia consentito solo di osservare soluzioni convergenti o divergenti in relazione a problemi comuni.

Sono emerse, infatti, da tale analisi, problematiche del tutto nuove, talora collegate solo indirettamente al processo, come quella relativa alla frammentazione del mercato spagnolo che pregiudica la *unidad de mercado*.

Un problema, questo, che non esiste nel nostro ordinamento, ove la frammentazione non sorge in un contesto ove la concorrenza è ritenuto un "bene unitario".

La disciplina dell'accesso al mercato e delle condizioni di esercizio dell'attività economica sono infatti riconducibili alla sola "tutela della concorrenza": materia che rientra, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., nella competenza legislativa esclusiva statale e della quale la Corte Costituzionale ha, peraltro, da sempre, offerto, pur con un approccio casistico, un'interpretazione piuttosto estensiva³³⁵.

Proprio l'esigenza di giungere all'unità di mercato giustifica l'attribuzione, da parte del legislatore spagnolo, del potere di legittimazione processuale alla CNMC, un super-regolatore che riassume in sé le funzioni *antitrust* e di regolazione dei mercati e che diviene, dotato di tale strumento processuale, persino il garante dell'unitarietà del mercato spagnolo.

Tutto ciò, attraverso uno speciale giudizio ove la legalità dell'agire amministrativo, già preponderante fulcro nell'ordinario contenzioso amministrativo, emerge con caratteri ancora più netti.

335 Sia consentito il rinvio a L. BELVISO, *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia*, cit.. Sull'approccio casistico tipico della Corte relativamente alla "tutela della concorrenza", cfr. M. BELLOCCI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza nel titolo V della parte II della Costituzione*, in www.astridonline.it, 2014. Sulla progressiva estensione della materia, cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione – Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, n. 3, pp. 503-560; V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Le Regioni*, 2007, n. 1, p. 21.

Una direzione, questa, che talvolta sembra aver intrapreso anche l'ordinamento italiano, specie – come già visto nei capitoli precedenti – ove il legislatore abbia deciso di attribuire una speciale legittimazione processuale di stampo oggettivo a favore di alcune autorità amministrative indipendenti: pur ritenendosi – come già a suo luogo osservato – che a tale oggettivizzazione della legittimazione non corrisponda una oggettivizzazione anche del giudizio, che mantiene invece salda la sua connotazione soggettiva.

Alla luce di quanto esposto diviene chiara l'apparente analogia tra i due sistemi, non troppo vicini, ma neppure così lontani, non troppo simili, ma neppure così divergenti. Gemelli diversi, dunque? Sicuramente sì...ma non troppo...

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Al termine della ricerca si intendono osservare i risultati di quanto emerso alla luce di quel metodo d'analisi che ha costituito il tratto caratterizzante di tutto il lavoro.

Con riferimento all'ordinamento giuridico nazionale, l'indagine ha rivelato, come punto di partenza, che il processo amministrativo italiano è stato concepito per lungo tempo, all'indomani della legge Crispi, come un giudizio attento, nella sua struttura, ad assicurare il rispetto del diritto oggettivo, ancor prima che gli interessi dei singoli.

Successivamente, lo studio condotto ha reso manifesto che tale giudizio ha nel tempo perso tale connotazione oggettiva per assumere la configurazione di un "processo di parti" chiaramente improntato ad una prevalente soggettività, per la presenza di principi e regole, dettate dalla Costituzione e dal Codice del processo amministrativo, che individuano, come principale fulcro del giudizio, la tutela del ricorrente.

Si è infatti potuto osservare come, ordinariamente, nell'attuale giudizio amministrativo: la legittimazione al ricorso non trovi fondamento nella legge, ma sia accertata dal giudice attraverso un'indagine di diritto sostanziale volta a riscontrare l'effettiva titolarità di una situazione giuridica soggettiva; il processo venga avviato per volontà (e non per obbligo) della parte ricorrente, non invece da un soggetto pubblico appartenente all'amministrazione giudiziaria dello Stato; il processo sia sempre rinunciabile dalle parti; il quadro probatorio sia rimesso – al di là dell'eventuale intervento del giudice attraverso il cd. metodo acquisitivo – all'attività delle parti; l'ambito di cognizione sia definito dalle parti e non sia suscettibile di estensione da parte del giudicante.

Detto ciò, si è poi riscontrata l'incombente tendenza di neo-oggettivizzazione del processo amministrativo, in cui trovano sempre più applicazione regole che modificano l'ordinario atteggiarsi della legittimazione processuale o che incidono su taluni degli altri caratteri ritenuti sintomatici nell'individuazione della natura di un giudizio.

Di tali regole, sono state prese ad osservazione quelle che trasformano la fisionomia dell'accesso alla giustizia, e ancora più in particolare le previsioni

normative che attribuiscono poteri di legittimazione processuale a favore di talune autorità amministrative indipendenti e, segnatamente, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) e all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

L'analisi relativa a tali prerogative di iniziativa processuale ha evidenziato, tramite un'indagine ricostruttiva volta anche a rilevare le continuità e le discontinuità fra di esse, la peculiarità di detti poteri, di cui è stata rilevata l'oggettività, la specialità, la straordinarietà, l'eventuale eccezionalità, l'attitudine a proteggere interessi pubblici rilevanti nel contesto dell'Unione europea ed avvicinare lo stesso processo amministrativo al contenzioso europeo (come noto, prettamente rimediale e caratterizzato non di rado da un conflitto fra parti esclusivamente pubbliche), nonché, ancora, la loro insita debolezza.

Soffermandosi proprio sulla debolezza di detti strumenti, essa è emersa non solo sotto il profilo applicativo e strutturale (per la frequente configurazione di tali giudizi come *extrema ratio*, conseguendo ad una previa fase procedimentale), ma anche e soprattutto in relazione all'interesse pubblico perseguito, celandosi, sottesa all'attribuzione di tali poteri, una logica compensativa (laddove tale attribuzione sia sorta per via di poteri anteriormente scarsi o inesistenti) o compromissoria-restitutoria (qualora detta prerogativa sia discesa dall'abrogazione di poteri invece ritenuti esorbitanti).

Tale indagine si è successivamente incentrata, specificamente, sulla *questio iuris* del presente lavoro di ricerca, verificando se il giudizio amministrativo muti, in siffatte ipotesi, in senso oggettivo.

La risposta non è che potuta essere negativa: al di là che venga a mutare l'accesso alla giustizia, infatti, non cambiano altre regole formali di stretta procedura rispetto all'ordinario regime processuale dettato dal Codice del processo amministrativo.

In tal maniera si è perciò giunti ad affermare la soggettività di tali giudizi, senza imbarcarsi, come ha fatto la giurisprudenza amministrativa, in intricati percorsi ermeneutici che forzano le categorie tradizionali del diritto amministrativo (come quella degli "interessi diffusi" e del "bene della vita"), per individuare, "costi quel che costi", un interesse differenziato e qualificato alla base del giudizio, con risultati incerti e fluttuanti.

Non che un esito nel senso dell'oggettività, tanto della legittimazione quanto della giurisdizione, sia comunque da ritenersi contrario a Costituzione e perciò quanto più da evitare.

Le norme costituzionali, infatti, devono essere intese come norme di garanzia, che fissano un minimo di tutela, senza precludere un di più: dovendosi così ritenere che la legittimazione soggettiva e la giurisdizione soggettiva – sempre che si voglia accettare l'idea che anche quest'ultima sia stata costituzionalizzata – siano ascritte ad una sfera di costituzionalità necessaria, ma non ad una di costituzionalità esclusiva. Ben potendo trovare spazio, perciò, nel nostro ordinamento, legittimazioni di stampo oggettivo e giudizi di diritto oggettivo.

Quanto allo studio relativo all'ordinamento giuridico spagnolo, esso ha rivelato, all'opposto, la presenza di una giurisdizione oggettiva particolarmente accentuata.

Si è potuto osservare, infatti, che la legge che regola il processo amministrativo spagnolo, sulla scorta di una giurisprudenza particolarmente predisposta ad ampliare le maglie dell'accesso alla giustizia, configura una legittimazione processuale dalle forme smisurate, atteggiandosi come legittimazione oggettiva e, in certi casi, persino eccezionale.

Oltre alla legittimazione processuale, poi, anche gli altri caratteri sintomatici della natura della giurisdizione sembrano confermare la forte essenza giurisdizional-oggettiva del processo amministrativo spagnolo: rilevandosi, in particolare, modalità di attivazione della macchina processuale dal carattere officioso (dalle ipotesi di "amministrazione ricorrente" fino ad addirittura i casi in cui l'ordinamento incarica una parte pubblica appartenente all'amministrazione giudiziaria dello Stato ad adire il giudice amministrativo per far valere il rispetto della legge), chiare deroghe al principio dispositivo, sia in senso sostanziale, che in senso processuale, oltre che limiti alla disponibilità del processo già instaurato alle parti.

Tale essenza non muta laddove ad agire sia la CNMC, un super-regolatore dalla natura amministrativa ed indipendente che riassume in sé le funzioni *antitrust* e di regolazione dei mercati.

Tale Autorità è infatti incaricata dall'ordinamento ad adire il giudice amministrativo per proteggere la *unidad de mercado* contro la frammentazione del mercato spagnolo, dando vita ad un giudizio in cui l'esigenza di assicurare la

reintegrazione del diritto oggettivo, già fulcro nell'ordinario contenzioso amministrativo, risalta con caratteri ancora più netti.

Tanto da potersi affermare che la legittimazione processuale delle *autoridades administrativas independientes* rappresenta, in Spagna, una mera conferma del carattere oggettivo, o piuttosto ancora più oggettivo, della giurisdizione amministrativa.

In sostanza, a due ordinamenti distinti, quello italiano e quello spagnolo, corrispondono due essenze giurisdizionali molto lontane fra loro.

Ma v'è qualcosa, in ultimo, che di tale ordinamento pare doversi interiorizzare ed è la maturata consapevolezza, tanto a livello istituzionale quanto nella dottrina giuridica, che al giudizio amministrativo siano sottese esigenze di tutela che non possono essere ricondotte alla sola protezione soggettiva del ricorrente. Con la conseguente necessità di configurare un processo che valorizzi, per come strutturato, le oggettive ragioni di interesse pubblico. E, ancora, con l'ulteriore presa d'atto che anche l'accesso alla giustizia debba essere flessibile per muoversi in senso pluri-direzionale.

Riflessioni, queste, che non pare potersi cogliere con altrettanta unanime convinzione nel nostro ordinamento, ove l'intrapreso percorso verso la soggettività e l'effettività della tutela giurisdizionale rischia di far perdere la consapevolezza del forte legame che invece unisce – da sempre, per natura, e in qualsiasi luogo ordinamentale – il processo amministrativo all'interesse pubblico.

Appare dunque necessario non disconoscere, sibbene corroborare, e perciò valorizzare, la piena dignità ordinamentale tanto dei poteri obiettivi di iniziativa processuale, quanto delle regole che permeano di oggettività il giudizio.

Direzione, questa, che permetterebbe di coniugare ancora più efficacemente, sempre attuando le previsioni costituzionali, la protezione dei diritti ed interessi del singolo con il pubblico fine, sì che, all'effettività della tutela giurisdizionale soggettiva del ricorrente, si affianchino, con una marcia a pari passo, le oggettive ragioni imposte dall'interesse pubblico.

BIBLIOGRAFIA

A

ABBAMONTE G., *La prova nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. rep. it.*, 1985

ABELLA J., *Tratado de Derecho administrativo español*, III, 1888, Madrid

ABELLA J., *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1889

ALLORIO E., *Bisogno di tutela giurisdizionale?*, in *Jus*, 1954

ALLORIO E., *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957

ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957

ALONSO GUTIÉRREZ A., *Precedentes del constitucionalismo español. La Constitución de 1812*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1978

ALZAGA Ó., *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978

AMICONI C., *L'autonomia universitaria tra delegificazione, controllo ministeriale e sindacato giurisdizionale*, in *www.giustamm.it*, 1998

ANDRIOLI V., *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana. Discorso inaugurale dell'anno accademico 1954/1955*, Pisa, 1954

ANGIULI A., *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, n. 4

APERIO BELLA F., *Il nuovo parere precontenzioso vincolante ANAC: la tutela giustiziale nei confronti della pubblica amministrazione tra procedimento e processo*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 4

ATTARDI A., *Interesse ad agire (voce)*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993

ATTARDI A., *Legittimazione ad agire (voce)*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993

B

BARTOLINI A., *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in www.giustamm.it, 2009

BASSAN F. (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, Torino, 2015

BASTARRECHE Y.J., *Evolución y actualidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, in *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2003, n. 16

BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, n. 1

BELLOCCI M., *La giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza nel titolo V della parte II della Costituzione*, in www.astridonline.it, 2014

BELVISO L., *Il trasporto locale non di linea fra tradizione e innovazione tecnologica. Anche la Corte Costituzionale si pronuncia (Nota a: Corte Cost., 15 dicembre 2016, n. 265)*, in *Riv. Regol. Merc.*, 2017, n. 1

BENÍTEZ M.L., *Concepto y funcionalidad de la noción de “interesado” en el ámbito del derecho administrativo español*, in CARBONELL PORRAS E., CABRERA MACHADO R. (a cura di), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Navarra, 2014

BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953

BENVENUTI F., *Processo amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, 1987

BERETTA L.M., *Il caso spagnolo della CNMC: il nuovo “super regulador”*, in www.lab.it.net, 2017

BERTONAZZI L.S., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005

BROYELLE C., *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique de requérant?*, in *Colloquio sull'interesse legittimo – Atti del convegno in memoria di Umberto Pototsching (Milano, 19 aprile 2013)*, Napoli, 2014

BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001

C

CABRERA M.I., *Algunas consideraciones en torno al Consejo de Estado en la Constitución de 1812*, in *Revista de Estudios Políticos*, 1996, n. 93

CACCIAVILLANI C., *La giurisdizione amministrativa*, in SASSANI B., VILLATA R., *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012

CAIANIELLO V., *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 1980, n. 1

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943

CALONGE VELÁZQUEZ A., *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Valladolid, 1988

CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1910

CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991

CARBONELL PORRAS E., *Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa*, in CARBONELL PORRAS E., CABRERA MACHADO R. (a cura di), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Navarra, 2014

CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1966

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Milano, 1936

CARNELUTTI F., *Titolarietà del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952

CARULLO A., *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in www.giustamm.it, 2010

CASARES MARCOS A.B., *Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado*, in LÓPEZ RAMÓN F. (a cura di), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación*

Española de Profesores de Derecho Administrativo (Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016), Madrid, 2016

CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956

CASSESE S., *Lo studio comparato del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995

CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003

CASSETTI L., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e le vie dell'accesso al giudizio di costituzionalità sulle leggi in via incidentale*, in www.federalismi.it, 2018

CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991

CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in ALLORIO E., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Torino, 1980

CERULLI IRELLI V., *Diritto amministrativo* (voce), in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 2

CHIEPPA R., *Il nuovo processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012

CHIOVENDA G., *Identificazione delle azioni. Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium (1930)*, in PROTO PISANI A. (a cura di), *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933

CHITI M.P., *Diritto amministrativo comparato* (voce), in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

CHITI M.P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in

Astrid-Rassegna, 2006, n. 35

CHITI M.P., *Modifiche al Codice dei Contratti pubblici: un “correttivo scorretto”?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, n. 4

CICU A., *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914

CIFARELLI R., *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità indipendenti? Spunti di riflessione intorno all’art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in www.amministrazioneincammino.it, 2012

CINTIOLI F., *L’azione popolare nel contenzioso elettorale amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2

CINTIOLI F., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in www.giustamm.it, 2010

CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 2012

CLARICH M., *Giustizia amministrativa* (voce), in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

CLARICH M., *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in *Il Sole 24Ore*, 2009

CLARICH M., *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in www.justice.luiss.it, 2013

CLARICH M., *L’autorità garante della concorrenza e del mercato come “giudice a quo” nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 2018

COLMEIRO M., *Derecho administrativo español*, Madrid, 1870

COMOGLIO P., *Note a prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017

CONSOLO C., *Domanda giudiziale* (voce – diritto processuale civile), in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991

CORRADINO M., DAMIANO STICCHI S., *Il processo amministrativo*, Torino,

2014

COSCULLUELA MONTANER L., *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 2016

COSTA S., *Domanda giudiziale* (voce – diritto processuale civile), in *Novissimo Dig. it.*, VI, Torino, 1960

CRESPI M., *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992

CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012

CUEVAS M., *¿Qué es un derecho de carácter administrativo?*, in *Revista de Derecho Público*, 1934

CUEVAS M., *El “derecho de carácter administrativo” como fundamento del recurso contencioso*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1940

D

D’ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992

D’ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1934

DE LA QUADRASALCEDO JANINI T., *Mercado nacional único y Constitución*, in *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2008

DE LA SIERRA S., *Una metodología para el derecho comparado europeo*, Madrid, 2004

DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2015

DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, n. 5

DE NICTOLIS R., *I poteri dell’ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017

DE ORTEGA ÁLVAREZ L.I., *La inmediatividad del interés directo en la*

legitimación contencioso-administrativa, in *Revista de Administración Pública*, 1977, n. 82

DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, in FALCON G. (a cura di), *Diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005

DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007

DE VERGOTTINI G. (a cura di), *Una costituzione democratica per la Spagna*, Milano, 1978

DONDI A., GUTIÉRREZ BERLINCHES A., *Processo civile spagnolo* (voce), in *Enc. dir. Annali*, II, 1, 2008

E

ESTEVE PARDO J., *La ley como garantía fundamental de los intereses generales. Administración garante y principio de legalidad*, in ESTEVE PARDO J. (a cura di), *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, 2015

F

FABRI A., *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Napoli, 2011

FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005

FANTINI S., *L'inefficacia del contratto*, in SASSANI B., VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012

FERNÁNDEZ SARASOLA I., *La Constitución de Bayona (1808)*, Madrid, 2007

FERNÁNDEZ SARASOLA I., *La forma de gobierno en la constitución de Bayona*, in *Historia Constitucional (revista electrónica)*, 2008, n. 9

FERNÁNDEZ TORRES J.R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)*, Madrid, 1998

FERNANDO PABLO M.M., *El contencioso-administrativo de la Unidad de Mercado: ¿Objetivización de la Jurisdicción contenciosa?*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, n. 23

FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 3

FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012

FOLLIERI E., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, n. 4

FOLLIERI E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016

FRACCHIA F., *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it, 2010

FRANCARIO F., SANDULLI M.A. (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli, 2017

FRENI E., *Le privatizzazioni*, in CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bologna, 2012

FUENTETAJA PASTOR J., *Unidad de mercado y derecho europeo*, in GUILLÉN CARAMES J., CUERDO MIR M., *Estudios sobre la ley de garantía de la unidad de mercado*, Pamplona, 2017

G

GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009

GALLO C.E., *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994

GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1951, n. 6

GARCÍA DE ENTERRÍA E., PRADIERI A. (a cura di), *La costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1983

GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1989

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1998

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010

GARRIDO FALLA F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980

GARRIDO FALLA F., *Tratado de derecho administrativo – La justicia administrativa*, Madrid, 2001

GASTALDO V., *La class action amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in www.federalismi.it, 2016

GIACCHETTI S., *L'oggetto del giudizio amministrativo come giudizio di parti*, in *Studi del Consiglio di Stato*, III, 1981

GIANI L.G., *La fase istruttoria*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2018

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963

GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'Agcm nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in

www.giustamm.it, 2012, n. 2

GOISIS F., *Il potere di iniziativa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, n. 2

GOISIS F., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 2

GOISIS F., *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, comma 2, d.lgs. n. 50/2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in *PA persona e amministrazione*, 2017, n. 1

GONZÁLEZ A., *La materia contencioso-administrativa. Comentario a la legislación vigente*, Madrid, 1903

GONZÁLEZ J.P., *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1966

GONZÁLEZ PÉREZ J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989

GONZÁLEZ PÉREZ J., *Evolución de la legislación contencioso-administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1999, n. 150

GONZÁLEZ PÉREZ J., *Comentarios la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, I, Madrid, 2008

GRASSO E., *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968

GRASSO P.G., *La regola della corrispondenza fra chiesto e pronunciato e la nullità da ultra ed extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1985

GRASSO P.G., *Pubblico ministero (voce – diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991

GRECO G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008

GRECO G., *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010

GUAITA A., *Ejecución de sentencias en el proceso administrativo español*, in *Revista de Administración Pública*, 1951, n. 9

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957

GUSTAPANE A., *Brevi note sui regolamenti di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990

H

HEIMLER A., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e i decreti del Governo Monti*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, n. 2

I

IBARRA SÁNCHEZ J.L., *La vía administrativa como requisito necesario para acceder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo*, in *Actualidad Administrativa*, 2012, tomo 2

INZITARI B., PICCININI V., *La responsabilità civile*, Torino, 2009

J

JOSÉ RAMÓN C.G., *La desviación de poder: modelo para rearmar*, in *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2018, n. 4

L

LAFUENTE BENACHES M., *La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativos después de la Constitución*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1984

LAGUNA DE PAZ J.C., *La Comisión Nacional de Mercados y Competencia como autoridad de defensa de la competencia*, in CARLÓN RUIZ M., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Madrid, 2014

LANFRANCHI L., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972

LANFRANCHI L., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003

LEÓN SANZ F.J., *La garantía de la unidad de mercado*, in *Revista de Economía*, 2013, n. 871

LIBERTINI M., *I nuovi poteri dell’Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, in www.federalismi.it, 2011

LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione – Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell’ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, n. 3

LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo. Problemi del processo civile*, Napoli, 1962

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile – Principi* (edizione curata da COLESANTI V., MERLIN E., RICCI E.), Milano, 2007

LIPARI M., *L’annullamento dell’aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in www.giustamm.it, 2010

LIPARI M., *Il precontenzioso*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

LIPARI M., *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016

LIPARI M., *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell’ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017

LOMBARDI G., *La nuova costituzione di Spagna*, Torino, 1979

LONGHI N., *Riflessioni sull’influenza ridisegnatrice e omogeneizzante del diritto europeo sulle giurisdizioni amministrative nazionali*, in www.federalismi.it, 2014

LONGO F., *Giurisdizione e governance*, in PERULLI G. (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Torino, 2018

LÓPEZ PELLICER J.A., *Objeto y partes en el proceso contencioso-administrativo*, in *Actualidad Administrativa*, 1998, n. 3

LOPEZ RAMON F., *Planta y competencia de la jurisdicción contenciosa despues la*

reforma del 1998, in RAIMONDI S., URSI R. (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e Spagna. Atti del Convegno di studi italo-spagnolo (Palermo, 19-20 marzo 2001)*, Torino, 2002

LOPILATO V., *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, n. 4

LUGO A., *Azione popolare (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959

LUGO A., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2012

LUISO F.P., *Diritto processuale civile – Principi generali*, Milano, 2017

LUPOLI L., *Il dibattimento nel processo penale*, Roma, 2014

M

MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile – Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2018

MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile – I procedimenti speciali. L'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, Torino, 2018

MANGANARO F., *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *www.giustamm.it*, 2010

MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, n. 1

MARTÍN REBOLLO L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de Septiembre de 1888*, Madrid, 1975

MARTIRÉ E., *La Constitución de Bayona entre España y America*, Madrid, 2000

MASTROBERTI F., *Costituzioni e costituzionalismo fra Francia e Regno di Napoli (1796-1815)*, Bari, 2014

MATEU-ROS CERESO R., *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación*, in *Revista de Administración Pública*, 1982

MATTARELLA B.G., *I ricorsi dell’Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, n. 3

MEDINA ALCOZ L., *Legittimazione a ricorrere e situazioni soggettive negli ordinamenti europei*, in *Colloquio sull’interesse legittimo – Atti del convegno in memoria di Umberto Pototsching (Milano, 19 aprile 2013)*, 2014, Napoli

MENDIZABAL ALLENDE R., *Pasado, presente y futuro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, in *Jornadas sobre el proceso contencioso administrativo (2-3 de diciembre de 1993)*, Santiago de Compostela, 1994

MERUSI F., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011

MIGLIORINI L., *Parti* (voce – diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, Roma, 1994

MIGNEMI G., *Applicabilità del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato nel procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1997

MILANI G.A., *Rinunciabilità agli atti del giudizio*, in DONATI D. (diretto da), *Studi di diritto pubblico*, XII, Padova, 1937

MIRATE S., *Unità e pluralità delle giurisdizioni fra tutela oggettiva e soggettiva: uno sguardo comparato*, in *Questione Giustizia*, 2015, n. 3

MONTANARI M., *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, n. 2

MONTELEONE G., *Limiti alla prova d’ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in VASSALLI F. (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1985

MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento comunitario*, Milano, 2001

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Pubblico ministero* (voce – diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988

MUÑOZ MACHADO S., *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona, 2012

N

NAPOLITANO G., *The transformations of comparative administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017

NAVAS CASTILLO F., *El control de la actividad administrativa en la Constitución de Cádiz de 1812*, in *Revista de Derecho Político*, 2012, n. 83

NIETO A., *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, in *Revista de Administración Pública*, 1966, n. 50

NIETO A., *La discutible supervivencia del interés directo*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1977, n. 12

NIGRO M., *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1976

NIGRO M., *Domanda* (voce – diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989

NIGRO M., *Giustizia amministrativa* (edizione a cura di CARDI E., NIGRO A.), Bologna, 2002

O

OCHOA GÓMEZ P., *La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo*, in *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2007, tomo 2

ONIDA V., *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Le Regioni*, 2007, n. 1

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005

ORTIZ DE ZÚÑIGA M., *Elementos de Derecho administrativo*, III, Granada, 1843

P

PADRÓS REIG C., MACÍAS CASTAÑO J.M., *Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado*, in *Revista de Administración Pública*, 2014, n. 194

- PALADIN L., *Azione popolare (voce)*, in *Novissimo Dig. It.*, II, Torino, 1968
- PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003
- PARISIO V., *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *www.federalismi.it*, 2018
- PATRONI GRIFFI F., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2010
- PEMÁN GAVÍN J., *Osservazioni sul ricorso contenzioso amministrativo e la Costituzione del 1978*, in PIZZORUSSO A., VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici comparati*, Milano, 1985
- PERFETTI L.R., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004
- PERFETTI L.R., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, n. 1
- PERFETTI L.R., *Prova (voce - processo amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2009
- PICOZZA E., *Il processo amministrativo*, Milano, 2009
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962
- PISCITELLI L., *Artt. 21-24*, in AFFERNI V., *Concorrenza e Mercato - Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, Padova, 1994
- PIZZORUSSO A., *Su alcune peculiarità della Costituzione spagnola del 1978. Osservazioni comparatistiche*, in *Giur. Costit.*, 1988, n. 1
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000
- POLITI R., *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/90. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'Autorità antitrust, tra il Minosse*

di Dante ed il Giudice di De André, in *www.federalismi.it*, 2012

POMED SÁNCHEZ L.A., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, administración independiente*, in CARLÓN RUIZ M. (a cura di), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Madrid, 2014

POSTERARO N., *La nuova legittimazione ad agire dell'ANAC (e la soppressione della raccomandazione vincolante all'esercizio dell'autotutela)*, in SANDULLI M.A., LIPARI M., CARDARELLI F., Milano, 2017

PRIORE R., *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno (procedimento di)*, in *Enc. giur.*, VIII, Milano, 2007

PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO E., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Torino, 1973

PROTO PISANI A., *Per una riforma dei giudizi di separazione e di divorzio e dei processi minorili*, in *Foro it.*, V, 2012

PULIDO QUECEDO M., *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1996

R

RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998

RAMAJOLI M., *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. Econ.*, 2012, n. 3

RAMAJOLI M., *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. Regol. Merc.*, 2015, n. 1

RAMAJOLI M., *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017

RAMAJOLI M., *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, n. 2

RECCHIA G. (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1996

RICCI E.F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974

RIZZETTO F., *Luci e ombre dei sistemi monisti e dualisti a confronto: il sindacato sul potere discrezionale in Italia e in Spagna*, in *www.federalismi.it*, 2014

RODRÍGUEZ GARCÍA A., *Recursos de apelación y casación*, in *La reforma de la Jurisdicción contencioso administrativa*, in *Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1997

ROMANO A., *Il giudice amministrativo di fronte alla tutela degli interessi cd. diffusi*, in *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività - Atti del XXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 22-24 settembre 1977)*, Milano, 1978

ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, n. 4

ROMEO A., *Contestare le liberalizzazioni: profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, n. 1

ROSADO PACHECO S., *La jurisdicción contencioso-administrativa en España*, in ROSADO PACHECO S. (a cura di), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Madrid, 2007

ROYO VILLANOVA S., *Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, in *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1957, n. 91

ROYO VILLANOVA S., *Principales innovaciones de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 22 de diciembre de 1956*, in *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, II, 1959

RUBIO LLORENTE F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Madrid, 1995

S

SAITTA F., *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *Riv. giur. edil.*, 2008

SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904

SANCHÉZ MORÓN M., *Derecho Administrativo - Parte General*, Madrid, 2005

SANCHÉZ MORÓN M., *Nuevas garantías de derecho administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, 2014, n. 194

SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963

SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, in www.federalismi.it, 2012

SANDULLI M.A., *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in FRANCIOSI F., SANDULLI M.A. (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Napoli, 2017

SANTAMARÍA PASTOR J.A., *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, 1973

SANTAMARÍA PASTOR J.A., *La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Madrid, 2010

SANTAMARÍA PASTOR J.A., *El contencioso de la unidad de mercado*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2013, n. 87

SASSANI B., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983

SASSANI B. (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017*, n. 3, Pisa, 2017

SATTA F., *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in www.ApertaContrada.it, 2012

SATTA S., *Domanda giudiziale* (voce – diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964

SCAPARONE M., *Procedura penale*, I, Torino, 2017

SCHMIDT-ABMANN E., DE LUCIA L., ROMANO M.C., *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.* 2016, n. 3

SCOCA F.G., *Premessa*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017

SCOCA F.G., *L'evoluzione del sistema*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017

SERRANO GUIRADO E., *La justicia administrativa*, in *Revista de Administración Pública*, 1951, n. 6

SILVELA F.A., *Estudios prácticos de Administración*, Madrid, 1839

SILVESTRI M., *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2015

SIMONETTI H., *L'art. 21-bis della legge 287/90 ed il potere di impugnazione dell'AGCM: è ancora il secolo della "giustizia nell'amministrazione"?*, in Giustamm.it, 2014, n. 2

SORICELLI G., *Considerazioni sulla class action amministrativa nell'amministrazione di risultato*, in www.giustamm.it, 2011

SPAMPINATO B., *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004

STICCHI DAMIANI E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, n. 1

T

TANDA P., *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, 2017, Napoli

TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009

TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012

TOMÁS Y VALIENTE F., *Génesis de la Constitución de 1812 - De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1995

TOMEI R., *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974

TOMMASEO F., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, n. 1

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018

TORASO V., *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.*, 2013

TORNOS MAS J., *La ley 20/2013, de 9 diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 2014, n. 19

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018

TRILLO TORRES R., in *Atti del Convegno dal titolo "I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna" (Bibione, 21 ottobre 2006)*, Venezia, 2007

TRIMARCHI F. BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 3

U

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale – Principi generali*, Milano, 2007

URBANO G., *I nuovi poteri processuali delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010

V

VACCARELLA V., *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989

VALENTINI S., *Istruttoria e processo dispositivo: note a margine di una vecchia questione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008

VELÁEZ DEL POZO J., *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso- administrativas*, Madrid, 1849

VELLANI M., *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1965

VERDE G., *Diritto processuale civile – Parte generale*, Bologna, 2015

VERNILE S., *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancante e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, n. 4

VILLATA R., *Interesse ad agire* (voce - diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989

VILLATA R., *Legittimazione processuale* (voce - diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990

VILLATA R., *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, n. 2

Z

ZAGREBELSKY G., *Lineamenti di diritto costituzionale*, Milano, 2014

ZANOBINI G., *Il diritto politico*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, II, III, 1935

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, in C. VOCINO (a cura di), Milano, 1964

ZINGALES U.G., *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010

GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza straniera

Tribunal Constitucional, STC 195/1992, de 16 de noviembre

Tribunal Constitucional, STC 62/1983, de 11 de julio

Tribunal Constitucional, STC 60/1982, de 13 de octubre

Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2018 (recurso 16/2017)

Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de enero de 2018 (recurso 163/2016)

Giurisprudenza costituzionale

Corte Cost., sent. 15 luglio 2016, n. 179

Corte Cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85

Corte Cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 20

Corte Cost., sent. 20 luglio 2012, n. 200

Giurisprudenza amministrativa

Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4

Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 6

Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2294

Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323

Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171

Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246

Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2011, n. 5986

Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107

TAR Lazio, Roma, sez. III, 6 maggio 2016, n. 5335

TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 27 maggio 2015, n. 7546

TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 aprile 2015, n. 4943

TAR Lazio, Roma, sez. II, 1 settembre 2014, n. 9264

TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451

TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 15 marzo 2013, n. 2720

TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 luglio 2016, n. 1356

TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 giugno 2015, n. 737

TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521

TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373

TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 7 aprile 2015, n. 947

TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 3 marzo 2014, n. 676