

Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 26/11/2016

AUTORE: Flaminia Aperio Bella *

IL NUOVO PARERE PRECONTENZIOSO VINCOLANTE ANAC: LA TUTELA GIUSTIZIALE NEI CONFRONTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO**

Sommario: 1. Premessa. 2. Delimitazione dell'oggetto dell'analisi. 3. Funzione del parere precontenzioso alla luce del d.lgs. n. 50/2016. 4. Struttura del procedimento di emanazione del parere. 5. Procedimento e processo: metodologia dell'analisi. 6. Il contributo della teoria delle procedure e degli studi sulla decisione amministrativa. 7. Verifica della corrispondenza al modello e ricadute operative. 8. Segue. Il rapporto con il diritto UE. 9. Segue. Il rapporto con il contenzioso giurisdizionale.

1. Premessa.

L'art. 211 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) disciplina, nel capo dedicato ai "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale", i "Pareri di precontenzioso dell'ANAC".

La norma contempla due istituti: il primo comma, che ha dato spunto alla presente analisi, modifica e affina il parere precontenzioso non vincolante AVCP¹, divenuta poi

* Dottore di ricerca dell'Università degli studi Roma Tre, assegnista di ricerca dell'Università degli studi di Firenze.

** La pubblicazione del presente articolo è avvenuta nell'ambito della più ampia ricerca condotta per il progetto PRIN 2012 (2012SAM3KM) sulla codificazione dei procedimenti dell'Unione Europea (coord. Prof. Jacques Ziller).

¹ Su questa e sulle altre tipologie di pareri dell'AVCP cfr. M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, in *federalismi.it*, 13, 2013. Più in generale, sull'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, cfr. L. GIAMPAOLINO, L. PONZONE, *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da) *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, 697 ss.; L. GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Vol. XLI del *Trattato di diritto amministrativo*, G. SANTANIELLO (diretto da), Padova, 2010; C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

ANAC², già previsto dal Codice del 2006 (art. 6, comma 7, lett. n, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163³), prevedendo l'intervento dell'Autorità su istanza dalla stazione appaltante o di una o più delle altre parti, per risolvere "*questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*", attraverso un parere che obbliga chi abbia "*previamente acconsentito a quanto in esso stabilito*"; il secondo comma introduce *ex novo* l'istituto della raccomandazione, resa dall'ANAC "*nell'esercizio delle proprie funzioni*" e rivolta in via esclusiva alla stazione appaltante⁴.

A differenza del suo predecessore, il parere precontenzioso ANAC vincola le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito, dando luogo ad un atto impugnabile in sede giurisdizionale secondo il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a.⁵.

I nuovi caratteri di vincolatività e impugnabilità del parere *de quo* lo differenziano dagli altri atti consultivi dell'Autorità⁶ e pongono questioni inedite sulla disciplina applicabile. Appare significativo che il Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede consultiva sullo schema del Regolamento che disciplina l'emanazione del parere⁷, abbia sentito l'esigenza di specificare che l'istituto del precontenzioso "*non è un processo, né può essere un nuovo grado del giudizio surrettiziamente voluto*"⁸, affermando al contempo che l'ANAC svolge "*funzioni non lontane dalla giurisdizione*" ed evidenziato la problematica individuazione della disciplina appli-

² In forza dell'art. 19 della l. 11 agosto 2014, n. 114 (di conversione, con modificazioni, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90).

³ Ai sensi del quale "*Su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005, n. 266*", poi riprodotto, con significative modifiche, nell'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dedicato ai pareri precontenziosi dell'odierna ANAC.

⁴ Tra i commenti alla nuova normativa M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *Iamministrativista.it*, 2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale "precontenziosa" nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)*, in corso di pubblicazione.

⁵ Il legislatore primario ha introdotto un deterrente alla contestazione in sede giurisdizionale della decisione assunta dall'ANAC, disponendo che, in caso di rigetto del ricorso contro il parere vincolante, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai fini della condanna alle spese, ex art. 26 c.p.a. (art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50/2016).

⁶ Fermi gli strumenti di carattere più generale, come le determinazioni e gli orientamenti con cui l'Autorità esprime la propria posizione su questioni interpretative di ordine generale, le funzioni propriamente consultive sono enumerate nel recentissimo Regolamento del 20 luglio 2016 "*Regolamento per l'esercizio della funzione consultiva svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi della Legge 6 novembre 2012, n. 190 e dei relativi decreti attuativi e ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al di fuori dei casi di cui all'art. 211 del decreto stesso*", sostitutivo di quello del 14 gennaio 2015, recante "*Modalità operative per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e decreti attuativi e, in materia di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 3, comma 3 del "Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"*.

⁷ "*Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*", approvato il 5 ottobre 2016, in GU n. 245 del 19.10.2016. Il testo regolamentare rappresenta il prodotto del recepimento di alcune delle modifiche suggerite in sede consultiva. Ove opportuno, si darà conto anche della formulazione originaria sottoposta al Consiglio di Stato.

⁸ Cons. St., parere 14 settembre 2016, n. 1920. Si noti che l'istituto del parere precontenzioso era già stato sottoposto al vaglio consultivo del Consiglio di Stato nella forma di parere sullo schema del d.lgs. n. 50/2016. Proprio su impulso di tale ultimo parere è stata inserita, *inter alia*, l'espressa previsione dell'impugnabilità in sede giurisdizionale del parere vincolante (Cons. Stato, parere 1 aprile 2016, n. 822).

cabile al procedimento. Il nuovo istituto fornisce un'interessante occasione per riflettere sul ruolo che possono giocare le tutele giustiziali⁹ nell'attuale panorama ordinamentale.

2. Delimitazione dell'oggetto dell'analisi.

Nonostante gli straordinari traguardi raggiunti dalla giurisdizione amministrativa nel percorso che conduce alla pienezza e all'effettività della tutela contro l'illegittimo esercizio del potere pubblico, assistiamo all'introduzione di una serie di riforme che, per far fronte alle contingenze storiche e preservare la sempre più spesso invocata "scarsità" della risorsa giustizia, compromettono significativamente l'accessibilità (intesa tanto come facilità di accesso al mezzo che come intelligibilità del relativo esito) a tale strumento di garanzia¹⁰, arrivando persino a sovvertirne le regole di base¹¹. In un simile contesto è avvertita da più parti la necessità di volgere lo sguardo a forme di tutela non giurisdizionale e a riconsiderare le ragioni storiche, istituzionali e culturali che identificano nel processo giurisdizionale il solo luogo in cui è possibile ottenere giustizia¹².

⁹ Definisce amministrazione giustiziale l'"attività svolta da organi amministrativi tendenzialmente indipendenti, che imparzialmente sono dedicati a risolvere i conflitti tra cittadini ed amministrazione, usando procedure a carattere contenzioso in cui sono garantiti i diritti alla pubblicità ed al contraddittorio" identificandola con quella svolta dalle Autorità Amministrative Indipendenti M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, I, 546. Sulla nozione di amministrazione giustiziale in senso tradizionale V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 861 ss.; V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi* (1965), oggi in *Scritti giuridici, Le garanzie dell'ordinamento democratico*, II, Milano, 1981, 422 ss.; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1968, 975 ss. Tra gli studi più recenti M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino, 2012 e M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007.

¹⁰ Si intende richiamare, da un lato, all'inarrestabile incremento delle spese di giustizia (la cui legittimità è stata avallata da CGUE V, 6 ottobre 2015, in causa C-61/14), dall'altro, la generalizzazione, per determinate materie, dell'istituto della sentenza in forma semplificata. Per una ferma denuncia della compressione della tutela giurisdizionale realizzata dalle riferite misure cfr. M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *federalismi.it*, 18, 2014; Id. *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *lamministrativista.it*, 2016. Sullo specifico problema della semplificazione della motivazione della sentenza, A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, 2009.

¹¹ Il riferimento va, *in primis*, al "nuovo rito" introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016 (in forma di modifica dell'art. 120 c.p.a.), che, imponendo l'impugnazione immediata dei provvedimenti di ammissione dei concorrenti, a prescindere dalla relativa collocazione in graduatoria, mette in crisi il concetto di interesse ad agire, attribuendo "virtualmente concretezza e attualità a ciò che rappresenta una lesione ancora, nelle more del provvedimento conclusivo, solo indiziaria e potenziale" (su cui G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 15, 2016).

¹² Da ultimo A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, Napoli, 2015, 88. Dimostrano la pressante necessità di individuare forme di tutela al di fuori della giurisdizione i numerosi studi dedicati alla tematica. Per citarne alcuni A. MASSERA (a cura di) *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007; AA. VV. *Procedura, procedimento processo*, Padova, 2010 e in particolare, *ivi*, M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, 249 ss. e M. MONTEDURO, *La "manifesta fondatezza" della domanda*, 340 ss.; G. FALCON (a cura di) *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008; Id. (a cura di) *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*,

Nell'attuale contesto normativo è possibile individuare, in via di prima approssimazione, due strumenti di tutela non giurisdizionale, diversi e diversamente collocati.

Da un lato, e in via preliminare, uno strumento è rintracciabile nel momento genetico del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, quello in cui la controversia non è ancora sorta: il procedimento. L'idea che l'anticipazione in sede procedimentale delle garanzie tipiche della fase processuale consenta di deflazionare il contenzioso, anche aumentando il grado di condivisione della decisione, ha guidato l'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo¹³ e, più in generale, fonda la visione del procedimento come strumento di garanzia¹⁴.

Diversamente collocati nell'ipotetico asse che origina dalla posizione del precetto giuridico e procede per gradi alla relativa attuazione¹⁵ sono gli strumenti propriamente giustiziali, quelli, cioè, che intervengono a risolvere un conflitto già insorto. In tale momento si inseriscono i c.d. rimedi amministrativi, tradizionalmente identificati con i ricorsi amministrativi¹⁶ e

Padova, 2010; AA. VV. *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: riflessioni e proposte alla luce del contesto europeo*, Atti del Convegno Nazionale di Studi tenutosi a Trento il 10-11 ottobre 2014, Roma, 2014; G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit. Sullo specifico tema dei rimedi amministrativi giustiziali si veda anche M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino, 2012. Già all'indomani della entrata in vigore della l. n. 241/1990, la dottrina che si è interrogata sulla perdurante utilità di forme di tutela giustiziale ha fornito una risposta nettamente positiva (V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, cit.).

¹³ Una tale impostazione si riscontra in F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. Scien. Amm.*, XXV, 1968, I, 6, oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 3476; ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Le Ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, 1723, oggi in *Scritti giuridici*, cit., 4390; M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 1429; G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vizi formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, Rimini, 1987, 805, oggi in *Scritti scelti*, I, Napoli, 2010, 366.

¹⁴ Si veda, nella dottrina recente, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59. Sul punto appare necessario il richiamo a G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964 in cui l'A., istituzionalmente incaricato di scandagliare le regole procedimentali vigenti in diciotto ordinamenti extra-nazionali per trarre elementi utili a indirizzare la normazione interna, individuò già negli anni '60 tre diverse concezioni o "fasi" nell'approccio legislativo alla procedura amministrativa: "concezione economico-organizzativa" in cui la procedura viene percepita come fenomeno "accessorio" e "sporadico", determinato caso per caso, in relazione alle posizioni sostanziali su cui l'atto va ad incidere; c.d. "concezione giuridica", in cui la procedura assume rilevanza più generale, ma pur sempre legata ad esigenze di tutela del privato; c.d. "concezione costituzionale", in cui il legislatore si fa carico di una disciplina globale della "procedura", che diviene fenomeno autonomo, integralmente assimilato nonché privilegiato strumento per conseguire gli obiettivi posti a livello ordinamentale.

¹⁵ H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, in G. CERACI (a cura di), Milano, 1982.

¹⁶ Come noto, la fortuna dei ricorsi amministrativi ha conosciuto una parabola discendente, dovuta a ragioni storiche ben precise: nati come strumenti di "giustizia ritenuta" operanti in campi impermeabili alla giurisdizione (quindi come rimedi sostitutivi di quest'ultima) sono divenuti, con l'istituzione della giurisdizione amministrativa, procedimenti dalla funzione meramente sussidiaria, che condizionavano il ricorso al giudice. La "crisi" dei ricorsi amministrativi ha avuto il suo epilogo negli anni '70, con l'istituzione dei TAR: all'attribuzione all'ordine giurisdizionale amministrativo della capillarità che già la Costituzione gli riconosceva (art. 125 Cost.) ha fatto seguito l'eliminazione del ricorso amministrativo previo, ormai percepito come un vero e proprio ostacolo alla pienezza della tutela, quale condizione per adire il giudice. L'obbligatorietà del ricorso amministrativo ordinario come condizione per poter accedere alla tutela giurisdizionale, è stata significativamente superata proprio nel 1971 con

ormai involgenti anche nuove figure¹⁷. Si tratta di *species* del *genus* dei procedimenti di secondo grado, caratterizzati dal fatto di non inerire a una funzione di amministrazione attiva, bensì di essere volti a realizzare finalità di giustizia attraverso forme contenziose¹⁸.

Per valutare il ruolo che le tutele giurisdizionali possono concretamente giocare nel panorama contemporaneo, occorre tornare a riflettere su procedimento e processo, sui loro elementi comuni e sulle irriducibili differenze che li separano¹⁹.

Tornano di massima attualità le considerazioni di Mario Nigro²⁰, nel senso che la definizione dei rapporti fra procedimento e processo giurisdizionale amministrativo non è operazione isolata o isolabile da un più ampio contesto istituzionale, politico e culturale, costituendo un'attività ermeneutica ineludibilmente influenzata dall'ambiente in cui si manifesta il fenomeno oggetto di osservazione e dal tipo di "cultura" che sottende le concezioni politiche o amministrative.

l'istituzione dei TAR. Sulla compatibilità con gli artt. 24 e 113 Cost. delle disposizioni che prescrivevano il previo esperimento della via amministrativa cfr., *ex multis*, C. cost. 27 luglio 1962, n. 87; Id., 16 giugno 1964, n. 47; Id. 21 dicembre 1972, n. 186; Id. 27 febbraio 1972, n. 46. In dottrina A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, cit., 975 ss.; P. VIRGA, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1972; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giurisdizionale*, cit.; A. PAJNO, *Ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5244 ss..

¹⁷ Cfr. M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giurisdizionale*, cit., 546 e G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., *passim*.

¹⁸ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15°, 1989, II, 1206; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3°, III, 1993, 576. Il riesame giurisdizionale si distingue dal semplice riesame per ciò che (i) l'iniziativa spetta al soggetto che si assume leso, (ii) l'atto di iniziativa vincola il contenuto della decisione, che può, per l'effetto, legittimamente definirsi "decisione amministrativa" (– vedi *infra* –), (iii) il procedimento ha forma contenziosa.

¹⁹ Per un'esaltazione delle similitudini tra procedimento e processo cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, II, 1, 118, oggi in *Scritti Giuridici*, Milano, 2006, 1117 ss. in cui si valorizza l'essenza del procedimento come sviluppo procedurale, in senso progressivo ed oggettivo, di una determinata energia giuridica, rendendo possibile il recupero dell'effettiva consistenza dello stesso quale processo dialettico di definizione della regola del caso concreto e quindi, di conseguenza, l'esaltazione delle sue similitudini con la forma dell'esercizio della funzione giurisdizionale. L'autorevole A., nell'individuare il *proprium* del processo giurisdizionale nel suo essere preordinato al perseguimento dell'interesse dei destinatari (e non di quello dell'autore dell'atto, come è invece nel procedimento) conclude auspicando la diffusione delle forme processuali nel procedimento. Altra autorevole dottrina ha sostenuto la non assimilabilità tra procedimento e processo: cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3°, II, 1993, 104; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, III, Milano, 1995, 304 ove l'A. riscontra il difetto, nel procedimento amministrativo, di vari elementi tipici del processo: (i) la terzietà dell'organo decidente; (ii) il contraddittorio tra le parti; (iii) il principio della domanda; (iv) la formalizzazione della fase istruttoria; (v) l'effetto di cosa giudicata. Evidenzia le differenze tra procedimento e processo, di recente, L. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2014, 53 ss., (nonché già Id., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, *ivi*, 3, 2012, 850 ss.) in cui si enuclea (i) l'assenza nel primo dell'effetto di cosa giudicata (dato formale); (ii) quale caratteristica dei procedimenti la produzione di effetti nei confronti dell'autore e dei destinatari, a differenza dei processi che sono posti nel solo interesse dei secondi (elemento sostanziale), nonché (iii) l'oggetto della funzione: il procedimento amministrativo è diretto all'attuazione del precetto, il processo all'applicazione della sanzione. Per un'analisi critica dei criteri distintivi tra giurisdizione e amministrazione G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti. Giurisdizione e amministrazione*, Milano 2000.

²⁰ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 1429; Id. *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002.

Il presente contributo non ambisce evidentemente ad esaminare il variegato ventaglio di tutele non giurisdizionali offerte dall'ordinamento, ponendosi il più limitato obiettivo di analizzare, sulla scorta delle categorie elaborate dalla dottrina tradizionale, un singolo istituto²¹.

La scelta di analizzare il parere precontenzioso si giustifica per più ordini di considerazioni.

In primo luogo, sul piano metodologico, analizzare il parere precontenzioso come forma di tutela giustiziale consente di trarne specifiche ricadute sul piano della disciplina applicabile. Da una precisa collocazione dogmatica, come si avrà modo di illustrare *infra*, discendono infatti specifiche ricadute operative, idonee a dare risposta alle criticità poste dal nuovo istituto. Il percorso ricostruttivo prescelto appare pertanto più fecondo rispetto a quello, si badi, non meno meritevole, teso a verificare la riconducibilità o meno dell'istituto alla categoria degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie²². Gli ADR, infatti, cambiando forma e funzione a seconda del momento in cui intervengono²³, precludono la rico-

²¹ Secondo il metodo "concreto, pratico, casistico", la cui validità non sembra secondaria nel diritto amministrativo attuale (R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, suppl., 1, 2008, 61 ss.; M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 2, 2010, 347 ss.).

²² In generale, con l'espressione "risoluzione alternativa delle controversie" si fa riferimento a ogni attività di composizione dei conflitti non esercitata a livello giudiziario. In dottrina, per tutti, M. CAPPELLETTI, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 698 ss.; G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. e dir.*, 1997, 406; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 126, 9, 2003, 165 ss.; per una visione comparata V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007. Gli strumenti di ADR sono studiati con attenzione crescente anche nel campo del diritto amministrativo. Si vedano M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la Pubblica Amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, ivi, in particolare, M.P. CHITI, *Le forme di tutela non giurisdizionale. Panacea o utopia?*; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2014, 1; M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review*, in *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: riflessioni e proposte alla luce del contesto europeo*, Atti del convegno di Trento 10-11 ottobre 2014, Roma, 2014, 54. Le riflessioni della dottrina sul parere precontenzioso non vincolante si sono prevalentemente concentrate proprio sulla relativa qualificazione come ADR. Esclude tale natura L. GIAMPAOLINO, L. PONZONE, *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, cit. 718 e ss. 721; M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, cit. Sostiene la natura di ADR dello strumento R. DE NICTOLIS, *La definizione precontenziosa davanti all'Autorità di vigilanza*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., VI, 3749 ss.; M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: riflessioni e proposte alla luce del contesto europeo*, Atti del Convegno Nazionale di Studi cit., 22.

²³ Gli esempi di ADR nel corso del procedimento appaiono equiparabili, quanto agli effetti, agli accordi sostitutivi del procedimento per ciò che sostituiscono una volontà consensuale al provvedimento autoritativo [non a caso G. GRECO, *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO, *Forme alternative di risoluzione*, cit., 103 annovera gli accordi amministrativi ex artt. 11 e 15 l. n. 241/1990 tra le transazioni di diritto pubblico che consistono in un contratto ma costituiscono espressione dell'esercizio di un pubblico potere (sul punto già G. GRECO, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e Pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Milano, 20 marzo 1998, Milano, 1999, 157 ss.)]. Quando l'ADR interviene dopo il procedimento, ma prima del processo, diviene un vero e proprio strumento di "giudizio" che, similmente al processo giurisdizionale, dirime un contrasto già insorto. Quando si innesta in un processo già avviato, l'istituto si trasforma in una forma di "gestione manageriale" della causa, che autorizza il giudice a mettere in atto le soluzioni più idonee a favorire una definizione consensuale della controversia, al fine di evitare i tempi e i costi elevati del processo (E. SILVESTRI, *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2007, 282 ss.).

struzione di un modello unitario²⁴ e, per l'effetto, la possibilità di trarne coordinate ermeneutiche utili all'interpretazione del nuovo istituto.

Le ragioni dell'analisi riposano poi su considerazioni di sistema.

Come meglio si avrà modo di illustrare, ai sensi dell'art. 211, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 quando l'Autorità è investita congiuntamente dalla stazione appaltante e da un'impresa concorrente della risoluzione di una "questione"²⁵ emersa durante la procedura ad evidenza pubblica, è chiamata, quale soggetto terzo, a deciderla, emettendo un "parere" vincolante. In tale veste l'Autorità, in primo luogo, pone in essere un'attività squisitamente "giustiziale", diversa da quella c.d. di *adjudication*, che, pur svolgendosi in forme contenziose, non dirime un conflitto, ma è rivolta a verificare la riconducibilità dei singoli casi concreti alle ipotesi contemplate dal legislatore (si pensi, per rimanere nel campo delle Autorità Amministrative Indipendenti²⁶, all'attività dell'AGCM che, nel sanzionare le condotte anticoncorrenziali, valuta il comportamento degli operatori per sussumerlo, di volta in volta, nelle ipotesi di abuso di posizione dominante, intesa ecc.). Il parere vincolante reso dall'ANAC, peraltro, può coinvolgere controversie pubblicistiche sorte tra soggetti amministrati e Amministrazione, differenziandosi dai procedimenti giustiziali tra privati (si pensi all'attività svolta dal Co.Re.Com. per risolvere le controversie insorte tra operatori del settore delle comunicazioni e utenti²⁷). Si tratta, come è stato osservato, di un caso in cui si può affermare di essere al cospetto di situazioni di interesse legittimo²⁸.

Da ultimo, la riflessione è stata suggerita da valutazioni propriamente contingenti.

Il parere ANAC, per come riformulato nel 2016, sembra il prodotto del dibattito tra i fautori della tesi che il contenzioso innanzi all'Autorità avrebbe potuto tener luogo del sindacato del g.a., magari, come sostenuto da alcuni, realizzando un'ipotesi di decisione ricorribile

²⁴ M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, cit., 7; Id. *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2014, 1.

²⁵ Cfr. art. 211, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 e artt. 3 co. 3 e 4 co. 1 Regolamento ANAC "Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50" cit..

²⁶ Come noto, il dibattito sull'indipendenza dell'AVCP è stato superato dal Codice del 2006, che ha riconosciuto all'Autorità caratteristiche tipiche dell'indipendenza amministrativa (nelle forme della regolamentazione dei membri del Collegio, della relativa procedura di nomina, della durata degli incarichi e delle cause di incompatibilità). Sul punto, oltre alla dottrina citata nelle note precedenti, cfr. M. GIOVANNINI, *Art. 6, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, 127 ss. e A. BOTTO, *Il ruolo e le funzioni dell'AVCP nel mercato dei contratti pubblici*, in G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F. TUCCARI, F. VETRÒ (a cura di) *Il "meritevole di tutela": scenari istituzionali e nuove vie del diritto*, Napoli, 2012, 175 ss..

²⁷ Per esempi di attività giustiziale svolta dalle Autorità Amministrative Indipendenti cfr. M. SIMONCINI, *I ricorsi dinanzi alle Autorità Amministrative Indipendenti: garanzie di tutela*, in A. MASSERA (a cura di) *Le tutele procedurali*, cit., 291 ss. in cui si evidenzia che, di regola, il contenzioso innanzi alle Autorità si differenzia dai ricorsi amministrativi perché coinvolge la p.A. come arbitro e non come parte, mentre l'oggetto del contendere sono i rapporti tra soggetti privati non provvedimenti amministrativi. Si pensi al potere dell'AGCOM di intervenire nei conflitti tra ente erogatore del servizio di telecomunicazione e utenti (ex art. 1, comma 6, lett. a), n. 14 della l. n. 249/1997) o al potere della CONSOB di decidere sui ricorsi contro gli atti degli enti operanti sui mercati mobiliari (ex art. 84 del d.lgs. n. 259/2003, attuativo della direttiva 2001/22/CE).

²⁸ M. CLARICH, *I ricorsi innanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di) *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit. 130.

“per saltum” al Giudice di appello²⁹, e i suoi oppositori. Le già accennate precisazioni svolte dal Consiglio di Stato in sede consultiva dimostrano come l’istituto testimoni, anche nella sua genesi, l’esigenza di delimitare il confine tra procedimento e processo.

Nelle pagine che seguono si procederà dunque in primo luogo a delineare le caratteristiche del parere precontenzioso ANAC e della procedura che conduce alla relativa emanazione.

Nella seconda parte della trattazione si tenterà di ricavare indicazioni sulla natura dell’istituto in esame dai contributi della dottrina che ha approfondito la procedura come istituto di teoria generale e la decisione amministrativa. Da un punto di vista metodologico, la prospettiva privilegiata nella parte ricostruttiva dell’analisi sarà quella procedurale, in quanto parte della dottrina ha rintracciato proprio nelle maglie della procedura il punto distintivo tra procedimento e processo. Del resto, la giustizia del “giudizio” (nel senso di “decisione”, ovvero di valutazione della fattispecie concreta alla stregua della norma data) passa necessariamente attraverso la giustizia del procedimento nel quale e in forza del quale gli elementi della decisione vengono raccolti³⁰. Allo stesso tempo non si trascurerà la prospettiva funzionale, per completare la ricostruzione del modello anche sotto tale profilo. Assumendo la riferita angolazione, l’attenzione si concentrerà sugli studi relativi ai procedimenti che più somigliano ai processi anche sotto il profilo funzionale: i procedimenti giustiziali.

Tratteggiati gli elementi che distinguono una “giusta procedura”³¹ da un processo, si tenterà di verificare la corrispondenza dell’istituto in esame al modello proposto e trarne le debite conseguenze in ordine alla disciplina ad esso applicabile.

²⁹ La tesi è stata avanzata, con riferimento all’attività sanzionatoria delle Autorità Amministrative Indipendenti diverse dall’ANAC, da R. CARANTA, *Il giudice delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 183; G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 750 e ripresa con riferimento all’attività giustiziale della p.A. da M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche* cit. e M. CALABRÒ, *op. cit.*, 284.

³⁰ E’ ormai diffusa la consapevolezza che, soprattutto nell’amministrazione pubblica, la decisione non è un atto di volontà, ma un processo di volizione, sicché la garanzia della sua giustizia non è soddisfatta solo dal risultato, ma risiede nel procedimento che l’ha performata: cfr. R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 578; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997. In tema anche M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all’esercizio del potere: un’ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 283.

³¹ Sul principio del “giusto procedimento” basti il riferimento alla celeberrima pronuncia della Corte Costituzionale, 2 marzo 1962, n. 13, magistralmente annotata da V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, in *Giur. cost.*, 1962, 130, ove si affermò che “è principio generale dell’ordinamento giuridico...l’esigenza del giusto procedimento. Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo aver fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra di altri organi pubblici, e dopo aver messo i privati in condizione di esporre le proprie ragioni”. Come noto, la Corte Costituzionale ha tuttavia in più occasioni affermato “che il cosiddetto principio del giusto procedimento (in vista del quale i soggetti privati dovrebbero poter esporre le proprie ragioni, prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti) non può considerarsi costituzionalizzato” (cfr. Corte Cost., 20 marzo 1978, n. 23).

3. Funzione del parere precontenzioso ANAC alla luce del d.lgs. n. 50/2016.

Come accennato, l'attuale morfologia del parere precontenzioso rappresenta il prodotto di numerosi tentativi di riforma, tutti orientati nella direzione, legittimata dal diritto UE³², di attribuire all'Autorità poteri di risoluzione delle controversie³³.

La prima versione del Codice del 2006, come approvato in sede preliminare dal Consiglio dei Ministri, prevedeva che l'Autorità svolgesse, su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni. L'istituto, pur superando i dubbi di eccesso di delega sollevati dal Consiglio di Stato e delle altre Istituzioni coinvolte in via consultiva³⁴, ne risultò "stemperato" rispetto alle aspettative iniziali. L'art. 6 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, attribuiva all'Autorità non già una "*attività di composizione delle controversie*", ma il (mero) potere di esprimere un "*parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara*".

Nel nuovo Codice i profili del parere precontenzioso si sono notevolmente evoluti.

Occorre premettere che la (scarna) disciplina legislativa del parere precontenzioso è integrata dal "*Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*", che, superato – con osservazioni – il vaglio consultivo del Consiglio di Stato³⁵, è stato approvato lo scorso 5 ottobre³⁶.

Come anticipato, l'instaurazione del procedimento precontenzioso presuppone l'insorgenza di una "questione" (cfr. artt. 211 comma 1 d.lgs. n. 50/2016) "controversa" (cfr.

³² La riferita tendenza ad attribuire all'Autorità poteri di risoluzione delle controversie non sembra trovare ostacolo nel diritto UE che anzi, nelle cc.dd. direttive ricorsi ha previsto espressamente che gli "*organi da ricorso*" incaricati di garantire il rispetto del diritto sostanziale dei contratti pubblici possano avere natura non giurisdizionale (cfr. art. 2, par. 9 direttiva 2007/66/UE, sul "*miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*", ai sensi del quale "*Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso*"; per la previsione che i mezzi di ricorso contro le decisioni in materia di affidamento di contratti pubblici includano strumenti diversi dai ricorsi presentati presso tribunali nazionali cfr. già art. 2, par. 9, primo periodo, direttiva 89/665/CE). In dottrina, sul citato art. 2, par. 9 dir. 2007/66/UE cfr. M.P. CHITI, *Le misteriose "sanzioni alternative" nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale*, in G. GRECO (a cura di) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 165.

³³ Su cui cfr. M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, cit., 9, nonché L. GIAMPAOLINO, L. PONZONE, *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, cit. 718 e ss..

³⁴ Cfr. parere Cons. Stato, Sez. consultiva sugli atti normativi, n. 355 del 2006 e al parere della Conferenza unificata Stato-regioni-città del 9 febbraio 2006, su cui L. GIAMPAOLINO, *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* cit., 631.

³⁵ Cons. St., parere 14 settembre 2016, n. 1920.

³⁶ La disciplina regolamentare sostituisce il "*Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*" in GU, 12 settembre 2014, n. 212 (modificato dal Regolamento del 14 gennaio 2015 come integrato dal Comunicato del Presidente del 24 febbraio 2015 quanto al relativo ambito di applicazione) a sua volta frutto della sostituzione del "*Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie*", introdotto in GU 24 ottobre 2006, n. 248.

artt. 2 e 6, comma 1 Regolamento) sorta durante la procedura di gara, che il parere ha la funzione di risolvere.

Merita peraltro rilevare che in seno alle predette disposizioni convivono due istituti con funzione diversa, a seconda che l'istanza di parere sia formulata a meri fini interpretativi o che, all'opposto, il coinvolgimento dell'Autorità avvenga a valle dell'adozione di un provvedimento amministrativo potenzialmente impugnabile innanzi al g.a., riguardo al quale sia sorta una "questione" di cui le parti decidono, in prima battuta, di investire l'ANAC.

Nel primo caso, l'intervento dell'Autorità si traduce in uno strumento di indirizzo dell'azione amministrativa, che risolve in via preventiva, nelle more del procedimento, questioni interpretative sorte nel corso della procedura di gara. In tale ipotesi, il parere si colloca nel quadro della più ampia funzione di interpretazione normativa e di consulenza su questioni giuridiche generali e particolari attribuita all'Autorità, che è venuta sempre più sviluppandosi a fianco, e ad opportuna integrazione, dei poteri di vigilanza, di segnalazione e di sanzione nel settore della contrattualistica pubblica.

Quando, invece, il parere precontenzioso ha ad oggetto la legittimità di un provvedimento amministrativo già adottato³⁷, lo strumento si avvicina sensibilmente, sul piano funzionale, ad un "giudizio".

Il Regolamento disciplina un'ipotesi di parere non vincolante, distinguendo a seconda che l'ANAC si esprima su istanza singola o su istanza congiunta³⁸. In particolare, quando l'istanza è formulata in via congiunta *"dalla stazione appaltante e da una o più parti interes-*

³⁷ Cfr. l'eloquente riferimento ai *"vizi dell'atto contestato"* agli artt. 3, comma 4 e 4, comma 4 del Regolamento, che descrivono il contenuto delle istanze singola e congiunta di parere.

³⁸ Merita precisare che l'art. 211, comma 1 d.lgs. n. 50/2016 disciplina il parere emanato *"su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti"* e reca riferimento espresso al solo parere vincolante. Il Regolamento, invece, distingue tra il parere vincolante (reso su istanza congiunta o per adesione successiva) e quello reso su istanza singola della stazione appaltante o di una parte interessata, *"da intendersi non vincolante"* (art. 3 Regolamento). L'introduzione di una forma di parere non vincolante da parte della normativa secondaria non sembra porsi *contra legem*, potendo trovare appiglio nell'inciso *"Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito"* (art. 211, comma 1, cit.). La normativa primaria, nel ricondurre l'effetto vincolante al previo consenso *"delle parti"* e non della singola parte, legittimerebbe la disposizione regolamentare. Potrebbe risultare *praeter legem* la specificazione regolamentare che l'istanza congiunta, per sfociare in un parere vincolante, debba sempre comprendere l'iniziativa della stazione appaltante (oltre a quella di almeno una delle parti interessate). In tal senso depono il chiaro tenore del primo comma dell'art. 4 del Regolamento, che utilizza significativamente la locuzione *"e"* nel disporre che *"Quando l'istanza è presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate e le parti esprimono la volontà di attenersi a quanto sarà stabilito nel parere di precontenzioso, il parere stesso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito"*. La volontà del regolatore di collegare l'efficacia vincolante del parere alla presentazione di un'istanza congiunta che comprenda sempre la stazione appaltante sembra però non trovare riscontro al comma 3 dell'art. 3 del Regolamento. La disposizione, per la sua genericità, lascerebbe spazio a un parere vincolante reso su istanza congiunta di parti diverse dalla stazione appaltante, prevedendo che *"Qualora l'istante abbia manifestato la volontà di attenersi a quanto stabilito nel parere, le altre parti possono aderirvi, tramite comunicazione del proprio assenso all'Autorità, entro il termine di 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvenuta presentazione dell'istanza. In tal caso il parere reso ha efficacia vincolante per le parti che vi hanno aderito"*. Fermi i già manifestati dubbi di compatibilità con la normativa primaria della lettura restrittiva dell'ANAC, per garantire coerenza con l'intento manifestato dalla stessa Autorità e ribadito dal Consiglio di Stato che ne ha suggerito la riformulazione, tale ultima disposizione dovrebbe comunque essere interpretata nel senso che l'efficacia vincolante del parere può esplicarsi solo quando sia la stazione appaltante a proporre istanza singola cui successivamente aderisca almeno un interessato o, all'inverso, la stessa stazione appaltante aderisca *ex post* all'istanza di almeno un interessato.

sate”³⁹ (*ab origine* o per adesione successiva⁴⁰) in riferimento alle quali sia sorta una questione, il parere assumere efficacia vincolante “*per le parti che vi hanno acconsentito*” (art. 4, comma 1 del Regolamento) e beneficia di una “corsia preferenziale” di trattazione prioritaria (art. 5).

La normativa primaria prevede l’impugnabilità in via giurisdizionale del solo parere vincolante (cfr. art. 211, comma 1 cit.)⁴¹. Pur non potendosi escludere che il parere non vincolante sia suscettibile di produrre effetti riflessi sulla procedura, sembra senz’altro da condividere l’orientamento ormai consolidato⁴² che ne esclude l’impugnabilità in via diretta⁴³.

Quando l’istanza è congiunta e il parere ha ad oggetto la legittimità di un atto suscettibile di impugnazione innanzi al giudice amministrativo, il parere precontenzioso potrebbe assurgere a vero e proprio mezzo di giustizia (o giustiziale), per ciò che ordinato a risolvere una questione sorta tra l’amministrazione e il privato in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto. Come si avrà modo di evidenziare (*infra*, par. 6), la peculiarità dell’istituto sta però nel fatto che la decisione dell’Autorità non produrrebbe alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo sul provvedimento oggetto della “questione controversa”, ma (salva evidentemente la possibilità di impugnare la predetta decisione, con il rischio di subire la condanna alle spese ex art. 26 c.p.a.) farebbe soltanto sorgere, nel caso di accertamento di un vizio, un obbligo⁴⁴ della stazione appaltante di adeguarsi ai *dictat* dell’ANAC con l’esercizio di poteri di autotutela⁴⁵.

³⁹ Interpretava la locuzione “e” utilizzata dalla normativa previgente nel senso che l’istanza congiunta dovesse sempre comprendere la stazione appaltante R. DE NICTOLIS, *La definizione precontenziosa davanti all’Autorità di vigilanza*, cit., 3751.

⁴⁰ La facoltà per le parti diverse dall’istante singolo di vincolarsi “per adesione” a quanto stabilito nel parere è prevista dall’art. 3, comma 3 del Regolamento come modificato dal parere del Consiglio di Stato e dall’art. 4, comma 3.

⁴¹ Sostiene la legittimazione dei soggetti diversi dall’istante ad impugnare il parere non vincolante su richiesta singola R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit..

⁴² Per l’orientamento che affermava l’impugnabilità in via diretta dei pareri non vincolanti cfr., con riferimento alla (allora) Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici, TAR Lombardia, Brescia, 3 luglio 2003, n. 1039.

⁴³ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 5 maggio 2016, n. 5019. Il Tribunale, adito per l’annullamento di un parere precontenzioso dell’allora AVCP ex art. 6, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006 di riforma e rivalutazione di un precedente parere reso sulla medesima questione, ha dichiarato l’inammissibilità per difetto di interesse del gravame per ciò che “*detti pareri non hanno espresso alcun potere di eterodeterminazione della stazione appaltante in sede di individuazione delle imprese da ammettere o da escludere dalla procedura di affidamento, e, di conseguenza, non hanno avuto, né avrebbero potuto avere, alcuna parte nella formazione della graduatoria che ha condotto all’aggiudicazione dell’appalto*” (in termini già TAR Lazio, Roma, sez. I, 21 febbraio 2012, n. 1730 e TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 marzo 2014, n. 102; da ultimo TAR Lazio, Roma, sez. I, 15 settembre 2016, n. 9759). In un caso di impugnazione del parere in via di atto presupposto, l’eccezione di inammissibilità sollevata dall’ANAC è stata respinta per ciò che “*sebbene in linea di principio, i pareri dell’Autorità...non abbiano ex se un valore obbligatorio o vincolante, la loro incidenza sulla fattispecie va valutata pur sempre caso per caso, con riguardo alla loro capacità di integrare la motivazione del provvedimento finale*” (TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 settembre 2016, n. 9543). Ciò legittimerebbe, secondo il citato orientamento, l’impugnazione di pareri dell’Autorità che, pur non incidendo direttamente sulla procedura, “*hanno utilmente concorso – nel rapporto di leale collaborazione tra Amministrazioni – a determinare il convincimento dell’ufficio di avviare il procedimento di riesame della procedura stessa*” (TAR Lazio, n. 9543/2016, cit.).

⁴⁴ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice*, cit. in cui si afferma che nei confronti della stazione appaltante “*il vincolo implica, se l’ANAC ritiene che l’atto di gara sia illegittimo, un dovere di intervenire in autotutela; con la relativa procedura, che comporterà l’avviso a tutti i soggetti interessati e controinteressati, ivi compresi terzi che non sono vincolati dall’atto ANAC, con quel che ne consegue sul piano della sua impugnazione*”. Sul punto si veda

4. Struttura del procedimento di emanazione del parere.

Prima di approfondire la natura del parere precontenzioso, è opportuno descriverne brevemente la struttura procedimentale.

La normativa primaria fornisce poche indicazioni al riguardo, limitandosi a specificare che il parere deve essere reso “entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta” (art. 211, co. 1, d.lgs. n. 50/2016). Occorre pertanto fare riferimento al Regolamento.

Per dare luogo all’emanazione di un parere vincolante, il procedimento deve essere avviato, come visto, su istanza congiunta “della stazione appaltante e di una o più delle parti interessate” (o ricevere la successiva adesione delle stesse⁴⁶) e deve contenere la manifestazione della volontà delle parti di attenersi a quanto sarà stabilito dall’ANAC (art. 4 Regolamento).

Quanto ai contenuti dell’istanza, essa deve rispettare dei requisiti formali e sostanziali. Sotto il primo profilo, deve essere redatta seguendo il modulo predisposto dall’Autorità, trasmessa tramite pec e completa di eventuale memoria e documentazione⁴⁷. Sempre sotto il profilo formale, rappresenta condizione di ammissibilità dell’istanza stessa la sottoscrizione ad opera del soggetto legittimato ad esprimere all’esterno la volontà del soggetto richiedente (art. 6, lett. b, Regolamento).

Dal punto di vista sostanziale, l’istanza deve contenere una succinta indicazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione, identificare i vizi dell’atto contestato e illustrare i quesiti di diritto per i quali è richiesto il parere (artt. 3 e 4 Regolamento). La richiesta deve poi essere sorretta da un interesse concreto e attuale, come si evince dalle previsioni che non sono ammissibili le istanze “in assenza di una questione controversa insorta tra le parti interessate” (art. 6, lett. a), “manifestamente mancanti di un interesse concreto al conseguimento del parere” (art. 6, lett. c) e “volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici” (art. 6, lett. f).

anche M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, in corso di pubblicazione, che, da un lato, afferma “la necessaria (e problematica) mediazione dell’adeguamento doveroso imposto alla stazione appaltante, in caso di accoglimento della richiesta”, dall’altro, ritiene preferibile “che la decisione possa assumere, senz’altro, i connotati e i contenuti materiali di una sentenza di accoglimento (analoghi a quelli della decisione del ricorso amministrativo)”. Tale ultima ricostruzione, come meglio si dirà *infra*, non appare però praticabile a normativa invariata.

⁴⁵ Si tratterebbe di un’ipotesi di autotutela “doverosa” per la stazione appaltante che non voglia esporsi alla responsabilità di cui all’art. 21-*nonies*, comma 1 l. n. 241/1990. Il dibattito sulla configurabilità di un’autotutela “doverosa” (su cui cfr. S. D’ANCONA, *L’annullamento d’ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015) ha trovato nuova linfa a seguito delle incisive modifiche apportate alla l. n. 241/1990 dalla c.d. riforma Madia e appare ancora lontano dal dirsi sopito (v. F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell’art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *federalismi.it*, 20, 2015; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?* in *federalismi.it*, 16, 2016).

⁴⁶ Sulle parti istanti legittimate a dare luogo a un parere vincolante cfr. *supra* nota 37.

⁴⁷ La previsione che l’istanza fosse altresì corredata da una memoria era stata ritenuta superflua dal Consiglio di Stato ma non è stata espunta dal testo definitivo (cfr. Cons. Stato, parere n. 1290/2016, cit. “Considerato il contenuto analitico dell’istanza, la richiesta anche di una memoria appare un inutile doppione che appesantisce la procedura, tanto più ove si consideri che il parere va esitato entro 30 giorni dalla istanza”,).

Da quanto precede si desume che l'istanza congiunta di parere precontenzioso, similmente al ricorso amministrativo⁴⁸, deve provenire da un soggetto titolare di un interesse sostanziale protetto (legittimazione ad agire) ed essere assistita da un interesse concreto ed attuale.

Ai sensi del Regolamento, spetta alle parti istanti “*dare comunicazione della presentazione dell'istanza a tutti i soggetti interessati alla soluzione della questione controversa oggetto della medesima*” (art. 4, comma 2 Regolamento). La vera e propria comunicazione di avvio del procedimento precontenzioso, tuttavia, è subordinata al superamento di un vaglio preliminare di ammissibilità e procedibilità dell'istanza. Ai sensi dell'art. 9 del Regolamento, nel caso in cui l'accertamento preliminare operato dall'Ufficio (i.e. “*Ufficio precontenzioso e affari giuridici*”, rientrante tra le strutture e uffici della presidenza⁴⁹) sia negativo, il procedimento si conclude con l'archiviazione, comunicata agli interessati dallo stesso Ufficio. Solo in caso di superamento del riferito vaglio preliminare è prevista l'assegnazione al Consigliere relatore competente. In tal caso, spetta all'Ufficio comunicare alle parti l'avvio del procedimento, assegnando loro un termine non superiore a 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti “*ove mancanti*” (art. 7, comma 2 Regolamento). Alla luce della documentazione prodotta e delle informazioni acquisite, l'Ufficio può disporre l'audizione delle parti interessate, ove necessario (art. 7, comma 3 Regolamento). Completata l'istruttoria, compete sempre all'Ufficio presentare il parere al Consigliere relatore per la successiva approvazione da parte del Consiglio (art. 7, comma 4 Regolamento), che deve in ogni caso adottare il parere entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza. Il termine è soggetto alla sospensione feriale dei termini dal 1° al 31 agosto ed è sospeso quando sia necessario acquisire documentazione integrativa (art. 8 commi 2 e 3 Regolamento).

Il procedimento è pertanto esile, specialmente con riferimento al rispetto della garanzia del contraddittorio. Manca la previsione espressa di uno scambio di memorie e produzioni in replica a quelle prodotte *ex adverso*, nonché la facoltà di partecipare all'istruttoria. La versione definitiva del Regolamento ha reintrodotta una forma di contraddittorio orale. L'assenza di tale previsione nello schema sottoposto al Consiglio di Stato era aggravata dalla circostanza che il testo previgente consentiva l'audizione facoltativa delle parti⁵⁰. L'anomalia è stata opportunamente rilevata in sede consultiva⁵¹ e recepita dall'Autorità.

Quanto al contenuto del parere, l'art. 10 del Regolamento dispone che, quando la questione oggetto dell'istanza risulti di pacifica risoluzione, tenuto conto del quadro normati-

⁴⁸ G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa* in G. SANTANIELLO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2001, 2°, 542 “*Principi generali, comuni a tutti i ricorsi sono, da parte del ricorrente: a) la legittimazione ad agire, cioè la titolarità dell'interesse sostanziale protetto, inciso negativamente dall'attività amministrativa; b) l'interesse ad agire, cioè l'interesse a proporre impugnativa, che deve essere personale e attuale*”.

⁴⁹ Cfr. “*Atto di organizzazione delle aree e degli uffici dell'ANAC del 29 ottobre 2014, modificato il 28 aprile 2015, il 17 dicembre 2015 e da ultimo il 06 aprile 2016*”, reperibile sul sito dell'Autorità.

⁵⁰ Cfr. art. 6, comma 2 del Regolamento del 2014 “*2. L'Ufficio valuta, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, la necessità di procedere all'audizione delle parti interessate*”.

⁵¹ Il parere ha peraltro rilevato che “*La brevità del termine per concludere il procedimento non costituisce un impedimento assoluto [all'introduzione dell'audizione facoltativa, n.d.r.], sol che si abbia l'accortezza di prevedere modalità di convocazione rapide, ad esempio in forma telematica, e un contraddittorio orale semplificato e senza formalità*” (Cons. Stato, parere n. 1920/2016, cit.).

vo e giurisprudenziale di riferimento, esso può essere redatto in forma semplificata “*anche attraverso il richiamo a precedenti pareri già adottati*”. In tali casi, l’Ufficio, in deroga al procedimento ordinario, predispone direttamente una bozza di parere con una motivazione in forma semplificata, che, previa approvazione del Presidente, viene sottoposta all’approvazione del Consiglio.

5. Procedimento e processo: metodologia dell’analisi.

Come anticipato in premessa, l’istituto, quale espressione dell’interesse crescente verso forme di tutela giustiziali, impone di tornare a riflettere su procedimento e processo, sui loro elementi comuni e sulle loro irriducibili differenze.

Si tratta, come noto, di un tema classico, affrontato dalla dottrina in momenti storici e con finalità differenti.

Negli studi di teoria generale, le funzioni amministrativa e giurisdizionale sono state analizzate nella loro comune smatrice procedurale alla luce del principio di separazione dei poteri⁵², che, nei suoi sviluppi, pone in luce proprio la comune natura di forme di *legis executio* della funzione giudiziaria ed esecutiva. Come autorevolmente osservato⁵³, l’avvicinamento tra i due poteri, specularmente li allontana da quello legislativo, fissando un importante punto di contatto tra gli stessi nel loro rapporto con la legge e con il principio di legalità⁵⁴. Tale moto di approssimazione ha degli specifici riflessi sul piano procedurale e trova una efficace sintesi nelle parole di H. Kelsen “*Quanto più importanti diventano gl’interessi individuali sui quali incidono le leggi amministrative, quanto maggiore è il potere del parlamento nei confronti del monarca comprensibilmente interessato alla discrezionalità degli organi amministrativi a lui sottoposti, tanto più il procedimento amministrativo si conforma a quello giudiziario*”⁵⁵.

⁵² Sebbene l’articolazione tradizionale del principio di separazione, inteso come strumento di frazionamento del potere legale al fine di evitare la naturale degenerazione in autoritarismo e/o dispotismo connessa alla concentrazione in un’unica persona o in un unico apparato del potere stesso, sia dovuta a C.L. Montesquieu (*L’esprit des lois*, Paris, 1748) la dottrina individua significativamente nel pensiero di J. Locke, ed in particolare nella sua opera del 1690, *Two Treaties of Government*, (tr. it., *Due trattati sul governo*, Torino, 1948) il fondamento della moderna concezione della divisione dei poteri, nonostante le peculiarità del modello di separazione proposto dallo Studioso. In dottrina cfr. tra gli altri, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, voce in *N.ss. Dig. It.*, Torino, 1966, 472 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1985, 670 ss.; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 1 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale, Annuario Associazione Italiana Costituzionalisti 2004*, Padova, 2008, 10; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1965, 17 ss.; A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Dir. e quest. pub.*, 7, 2007, 201 ss..

⁵³ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, Relazione al Seminario “*Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana*”, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, pubblicato in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013.

⁵⁴ Su cui per tutti valga il richiamo alle recenti considerazioni di G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014.

⁵⁵ H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit., 104 ss.

L'attribuzione di un'autonoma veste dogmatica al procedimento amministrativo è stata possibile anche attraverso ampi riferimenti al diritto processuale. Una volta teorizzato il procedimento amministrativo⁵⁶, si aprì la strada agli studi sul fenomeno procedurale complessivamente considerato⁵⁷ e sui caratteri della decisione amministrativa. Le riflessioni sulla procedura quale istituto di teoria generale miravano ad individuare il *proprium* della procedura giurisdizionale rispetto a "forme diminuite che processuali non sono"⁵⁸, similmente gli studi sulla decisione amministrativa furono alimentati, oltre che dagli spunti offerti dalla dottrina tedesca che aveva approfondito il tema⁵⁹, proprio dall'esigenza pratica di individuare i caratteri distintivi delle decisioni giurisdizionali con riferimento ad istituti di dubbia collocazione, come le pronunce delle commissioni tributarie o dei consigli comunali in materia elettorale⁶⁰.

Tali elaborazioni possono pertanto costituire una valida fonte da cui attingere per individuare i caratteri del procedimento e del processo.

Come anticipato, questa breve ricognizione sarà effettuata aderendo a un approccio tanto strutturale⁶¹ quanto funzionale⁶²⁻⁶³. Per il procedimento amministrativo, i due metodi si combinano alla perfezione⁶⁴: mentre il primo coglie gli elementi dell'insieme necessari per la

⁵⁶ Il riferimento va alla progressiva valorizzazione del procedimento amministrativo realizzata grazie agli studi di Cammeo, Miele, Forti e soprattutto con A.M. SANDULLI, *Il Procedimento amministrativo*, Milano, 1940. Anche al di fuori dei confini nazionali, la legislazione continentale e anglosassone andavano progressivamente convergendo nello sforzo di dare una disciplina legislativa all'esercizio dei poteri pubblici dell'amministrazione. Sulla legislazione continentale il riferimento va all'ordinamento spagnolo, primo a dotarsi di una procedura amministrativa nel lontano 1889, (su cui, per tutti, si rimanda a S. ROYO VILLANOVA, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, in *Rev. et estudios políticos*, 1945) e alla legge generale austriaca del 1925, creazione di Mannlicher e di Coreth, che riproduceva "quanto del codice di procedura civile era utilizzabile anche per i procedimenti amministrativi" (così H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 757 ss.). Con riferimento al diritto anglosassone, oltre al generale apporto principio di "rule of law", comunemente inteso come "governo della legge", ci si riferisce, in particolare, alla legislazione statunitense. Nel 1946 negli Stati Uniti veniva introdotto l'*Administrative Procedure Act* che, pur non disciplinando una procedura uniforme, imponeva l'impiego del processo e il rispetto delle forme del "due process of law", le cui caratteristiche essenziali, secondo l'elaborazione della giurisprudenza, erano proprio contestazione e contraddittorio. Sul punto cfr. la ricostruzione di A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da) *Diz. dir. pub.*, V, Milano, 2006, 4510.

⁵⁷ E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 757 ss.; *Id. Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 819 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964.

⁵⁸ E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit., 867.

⁵⁹ Il riferimento va al tema della cosa giudicata degli atti amministrativi, definito un "falso problema" in M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit. 502.

⁶⁰ M. NIGRO, *op. loc. cit.*,.

⁶¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Il Procedimento amministrativo*, cit., cui risale la prima ricostruzione dogmatica dell'istituto. La prospettiva strutturale fu abbracciata dall'A. per cogliere nel procedimento gli elementi dell'insieme necessari per la produzione di un effetto giuridicamente valido. Peraltro il Maestro valorizzò anche il profilo funzionale del procedimento affermando che "la sequenza procedimentale è necessitata dalle esigenze di acclaramento, valutazione e ponderazione dei vari dati di fatto e dei vari interessi e da quella del coordinamento dei punti di vista delle autorità" (A.M. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1022).

⁶² Ci si riferisce alla prospettiva inaugurata dalle riflessioni di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 118; ma anche alla successiva, *Id.*, voce *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 3, oggi reperibili in *Scritti giuridici*, Milano, 2006.

⁶³ Valorizza la distinzione dei due profili M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, III, Milano, 1993, II, 111.

⁶⁴ R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 579.

produzione di un effetto giuridicamente valido⁶⁵, il secondo cerca, attraverso di essi, di individuare gli interessi rilevanti all'esercizio del potere.

Sembra, tuttavia, che il grado di integrazione tra le due visioni si arricchisca di ulteriori significati per ciò che la seconda prospettiva, consentendo un'indagine della forma dinamica del potere amministrativo in termini di funzione⁶⁶, esalta l'essenza del procedimento come sviluppo procedurale, in senso progressivo ed oggettivo, di una determinata energia giuridica, rendendo possibile il recupero dell'effettiva consistenza dello stesso quale processo dialettico di definizione della regola del caso concreto⁶⁷ e, di conseguenza, l'esaltazione delle sue similitudini con la forma dell'esercizio della funzione giurisdizionale anche sotto il profilo strutturale. Abbracciando questa prospettiva, che potremmo definire oggettiva⁶⁸, procedimento e processo tendono ad avvicinarsi quali forme di esercizio del potere. Il profilo strutturale deve tuttavia essere integrato con la visuale "funzionale", intesa in senso assiologico come prospettiva ricostruttiva volta a far emergere la logica, la ragione dinamica, sottesa agli elementi giuridici analizzati. Tale prospettiva produce l'effetto inverso di circoscrivere il riferito moto di avvicinamento, ponendo in luce gli ostacoli frapposti alla assimilazione tra le due funzioni, viste le ontologiche diversità degli obiettivi da esse perseguiti: il procedimento è funzione tendenzialmente necessaria⁶⁹ attuativa del precetto, il processo è una fase eventuale (e patologica) di applicazione della sanzione⁷⁰. Entrambe le prospettive risultano valide e quindi si dimostrano ambedue utili ai presenti fini.

⁶⁵ Cfr. A.M. SANDULLI, *Il Procedimento amministrativo*, cit.

⁶⁶ Su cui cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 30; ID., *Dall'interesse pubblico all'interesse collettivo*, in *Nuova ant.*, CXXXII (1997), 578, n. 2202, 166; ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in *Le Ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, 1723, oggi tutte reperibili in *Scritti giuridici*, Milano, 2006.

⁶⁷ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., 1137 che, nel vaglio dei "casi di processo come modo di esplicazione della funzione amministrativa", individua, da un lato, il ricorso gerarchico, dall'altro il procedimento disciplinare per ciò che accomunati dalla attribuzione della facoltà di manifestare i propri interessi a soggetti diversi da quello decidente, specificando che "questi sono casi in cui il processo esprime una funzione intesa a dar vita ad un atto decisivo di una contesa". Per la valorizzazione del procedimento quale strumento di individuazione degli interessi attraverso l'analisi dei compiti istruttori del responsabile del procedimento, cfr. E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, 3. In tema cfr. anche A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit.

⁶⁸ Cfr. F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit. 6.

⁶⁹ Non tutti i procedimenti assolvono alla funzione di necessaria attuazione del precetto. Per tale ragione si usa descrivere i procedimenti organizzativi di controllo, sanzionatori ed esecutivi come procedimenti non necessari, la cui funzione ben potrebbe essere assolta dal potere legislativo (per i procedimenti regolatori) o giudiziario (per i procedimenti di controllo e sanzionatori), (cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. 804).

⁷⁰ Nella prospettiva della ripartizione per gradi del processo di produzione del diritto, il momento amministrativo potrebbe essere individuato come la prima fase di applicazione e concretizzazione dei precetti legislativi generali ed astratti all'interno del procedimento di "tutela giuridica degli interessi" (H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, in G. CERACI (a cura di), Milano, 1982).

6. Il contributo della teoria delle procedure e degli studi sulla decisione amministrativa.

Come già ricordato, all'indomani dell'attribuzione di un'autonoma veste dogmatica al procedimento amministrativo fiorirono le riflessioni sul fenomeno procedurale complessivamente considerato. La dottrina processualistica italiana, vista la diffusione dello schema processuale in ambito procedimentale, facendo tesoro dell'esperienza austriaca⁷¹, si sentì investita dello specifico compito⁷² di sistematizzare e ricondurre a unità le ipotesi in cui le forme del processo, o parti di esso, venivano impiegate per disciplinare attività diverse da quelle giurisdizionali⁷³. La riferita dottrina guardava con favore la svolta garantista che aveva portato a traslare, al di fuori dell'ambito giurisdizionale, forme processuali, viste come rimedi, magari preventivi e *extra ordinem*, contro gli eventuali abusi⁷⁴, ma al contempo ne evidenziava i rischi⁷⁵. L'apporto di quegli studiosi si concentrò, da un lato, nella delimitazione "verso il basso" del concetto di processo, dall'altro, nell'individuazione di principi processuali meritevoli di essere trasmessi al di fuori dell'ambito giurisdizionale.

Sotto il primo profilo, che specificamente interessa la presente analisi, l'indagine di Fazzalari propone un'innovativa nozione di processo, descritta attraverso l'elemento strutturale e non ancorata alla sola sussistenza di un conflitto di interessi⁷⁶.

I requisiti necessari affinché un procedimento di formazione di un provvedimento integri lo schema di un processo vengono individuati nella previsione normativa di poteri simmetrici in capo alle parti partecipanti "*in modo da attuare una effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le varie posizioni*",⁷⁷ consentendo loro di interloquire non episodicamente e di esercitare – e specularmente subire – una serie più o meno intensa di controlli, reazioni e scelte. In termini sintetici, nelle parole dell'A., c'è processo "*quando nell'iter di formazione di un atto c'è contraddittorio, cioè è consentito a più interessati di partecipare alla fase di ricognizione dei presupposti sul piede di reciproca e simmetrica parità, di svolgere attività di cui l'autore deve tener conto, i cui risultati cioè egli può disattendere ma non obliterare*". Diversamente, l'alterità dell'autore dell'atto rispetto agli interessi in contesa non viene individuata come requisito essenziale – purché il primo sia posto, nella fase preparatoria dell'atto, sullo

⁷¹ Cfr. H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, cit., 771.

⁷² E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 757 ss.; *Id. Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 819 ss.

⁷³ Per l'affermazione che l'indipendenza, il contraddittorio e le forme processuali "*non appartengono all'essenza della giurisdizione, perché si può avere giurisdizione che ne manchi e, viceversa, atti amministrativi circondati da eguali garanzie*" si veda già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Napoli, 1923, 294.

⁷⁴ E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit., 867.

⁷⁵ Individuati nell'intralcio alla speditezza dell'azione amministrativa e l'insufficienza del modello simil-processuale riprodotto nel procedimento a tutelare effettivamente il cittadino (E. FAZZALARI, *op. ult. cit.*, 868).

⁷⁶ Questa l'autorevole impostazione di F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5°, I, Roma, 1956, 17 ss..

⁷⁷ *Ibidem*, 869.

stesso piano del suo contraddittore –, rilevando piuttosto al solo fine di distinguere i processi contenziosi da quelli non contenziosi⁷⁸.

Come è noto, tali preliminari riflessioni consentirono all'A., in studi successivi, di determinare in modo più specifico gli elementi caratterizzanti il processo, individuati: (i) nella legittimazione ad essere parte per coloro nei cui confronti il provvedimento finale sia destinato, mediatamente o immediatamente a produrre effetti, (ii) nella formalità nella comunicazione dell'avvio del procedimento, (iii) nella pubblicità degli atti e delle udienze, (iv) nello scambio di memorie e produzioni, (v) nella garanzia che di ogni attività rimanga traccia, (vi) nella facoltà di ciascun contraddittore di allegare fatti, prove e partecipare all'istruttoria, (vii) nella facoltà di rappresentanza o assistenza, (viii) nell'obbligo di tener conto delle risultanze dell'istruttoria o di discostarsene motivatamente, (ix) nell'obbligo di motivazione, (x) nella lealtà e probità dei partecipanti⁷⁹.

La ricerca di Fazzalari, che pure giunge a circoscrivere notevolmente l'ambito di operatività della nozione di processo nel diritto amministrativo⁸⁰, ha il merito, da un lato, di aver ricostruito la nozione di processo sul piano strutturale e, dall'altro, di aver confermato la legittimità teorica dell'impiego del modulo processuale fuori del campo della giurisdizione, favorendo la circolazione dei principi di garanzia tipici del processo alla luce della sua intrinseca natura di forma "*in cui si attua, sul piano tecnico giuridico, anche il gioco della democrazia*"⁸¹. Lo stesso A., tuttavia, non manca di individuare nel processo giurisdizionale "*la più elevata forma di garanzia che l'ordinamento possa elargire*" per ciò che contraddistinta, oltre che dal-

⁷⁸ L'A., distanziandosi dall'insegnamento di Benvenuti (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit. 1135), che definiva processi i procedimenti "*quante volte partecipi alla formazione dell'atto un soggetto portatore di un interesse distinto da quello dell'autore dell'atto*", circoscrive notevolmente l'ambito di operatività della riferita nozione, come si dirà subito *infra*.

⁷⁹ E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 833.

⁸⁰ L'A. limita l'ambito di operatività della riferita nozione, in materia amministrativa, ai ricorsi amministrativi, ai procedimenti innanzi alle commissioni tributarie, ai procedimenti innanzi alla commissione elettorale mandamentale (oltre che, al di fuori di quell'ambito, alla giurisdizione volontaria e al procedimento disciplinare a carico di avvocati e procuratori innanzi al Consiglio dell'ordine) E. FAZZALARI, *Diffusione del processo*, cit..

⁸¹ Il processo, infatti, con la "*paritetica e dialettica partecipazione di più soggetti che lo contraddistingue*" sarebbe "*la forma in cui si attua, sul piano tecnico giuridico, anche il gioco della democrazia*", *Ibidem*, 875. Quanto all'individuazione dei principi comuni del processo meritevoli di circolazione, la ricerca viene portata avanti proprio per facilitare la diffusione capillare del modello processuale, linfa vitale in ogni settore dell'ordinamento. I principi suscettibili di essere applicati alla più gran parte dei processi e comunque ritenuti da Fazzalari meritevoli di una più completa elaborazione, afferivano: (i) la legittimazione ad essere parte per coloro nei cui confronti il provvedimento finale sia destinato, mediatamente o immediatamente a produrre effetti, (ii) la formalità nella comunicazione dell'avvio del procedimento, (iii) la pubblicità degli atti e delle udienze, (iv) la rappresentanza o difesa, (v) la possibilità, quali che siano i poteri inquisitori dell'autore dell'atto, di ordinare l'esibizione di prove in assenza di qualsivoglia presunzione a favore dell'organo pubblico, (vi) l'obbligo di tener conto delle risultanze dell'istruttoria o di discostarsene motivatamente, (vii) la lealtà e probità dei partecipanti. Come è noto tali preliminari riflessioni consentirono all'A., in riflessioni successive, ad individuare in modo più specifico gli elementi caratterizzanti il processo: (i) la legittimazione ad essere parte per coloro nei cui confronti il provvedimento finale sia destinato, mediatamente o immediatamente a produrre effetti, (ii) la formalità nella comunicazione dell'avvio del procedimento, (iii) la pubblicità degli atti e delle udienze, (iv) lo scambio di memorie e produzioni, (v) la garanzia che di ogni attività rimanga traccia, (vi) la facoltà di ciascun contraddittore di allegare fatti, prove e partecipare all'istruttoria (vii) la facoltà di rappresentanza o assistenza, (viii) l'obbligo di tener conto delle risultanze dell'istruttoria o di discostarsene motivatamente, (ix) l'obbligo di motivazione, (x) la lealtà e probità dei partecipanti (E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 833).

le forme processuali, dall'indipendenza ed estraneità dell'autore del provvedimento rispetto alla realtà sostanziale e l'irrevocabilità della pronuncia cui il processo mette capo.

Le indicazioni ritraibili dalle ricerche sulla procedura amministrativa sul punto di confine tra procedimento e processo e sui loro reciproci rapporti sarebbero insufficienti se non fossero raccordate con gli approdi raggiunti dagli Autori che indagarono, negli stessi anni, l'istituto della decisione amministrativa⁸².

Quando il contraddittorio procedimentale con i soggetti amministrati connotava una ristretta congerie di procedimenti, per descriverli la dottrina utilizzava la categoria dei procedimenti "contenziosi" e "quasi contenziosi"⁸³ a seconda che fossero o meno destinati a culminare in un provvedimento di tipo decisorio: solo i primi, infatti, davano luogo a una decisione, ordinata a fini di giustizia amministrativa⁸⁴. Si deve a Mario Nigro la definizione delle decisioni amministrative come provvedimenti che realizzano un accertamento amministrativo (espressivo di attività vincolata⁸⁵) attraverso forme contenziose⁸⁶. I due caratteri tipici della decisione amministrativa sarebbero pertanto l'inerenza a "*conflitti di interessi o di opinioni*" fra amministrazioni e cittadini (elemento funzionale) e la forma contenziosa attuata tramite il contraddittorio (elemento strutturale).

Nello specificare l'ultimo elemento e per garantire, sotto il profilo formale, l'autonomia della nozione rispetto agli altri procedimenti amministrativi pur connotati da una qualche forma di partecipazione degli interessati, Nigro individua un elemento propriamente funzionale⁸⁷: l'interesse perseguito. Le forme sono contenziose quando rivelano l'esistenza di un interesse ulteriore a quello al contenuto del provvedimento (interesse amministrativo in senso stretto), identificato nell'"*interesse alla giusta soluzione del conflitto*"⁸⁸. L'interesse giustiziale dell'amministrazione è specificamente rintracciato (i) nei procedimenti di controllo avviati su

⁸² M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; ID. *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 810 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 499 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 268 ss.. Più di recente v. A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 524 ss.

⁸³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15°, 1989, I, 648, categoria cui erano ricondotti i procedimenti disciplinari e in genere quelli relativi all'applicazione di sanzioni, i procedimenti espropriativi, taluni procedimenti di accertamento tributario e di formazione di tariffe amministrative, oltre che alcuni procedimenti di tipo concessorio (come quelli di concessione di beni del demanio marittimo e di autolinee).

⁸⁴ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto*, op. loc. cit..

⁸⁵ M. NIGRO, op. cit., 508. L'A. riconosce alle decisioni il carattere di vincolatezza, dipendente dalla loro natura di accertamenti. "*La funzione delle decisioni è di pervenire, in via contenziosa, all'accertamento di determinati fatti, condizioni e qualità previsti dalla legge in via astratta, e se tale accertamento integra la legge rendendo concreta la volontà astratta di essa, questa funzione integrativa – anche se in pratica consente un largo margine di oscillazioni nella valutazione della sussistenza di tali fatti, condizioni e qualità – è adempiuta con attività non discrezionale ma vincolata, in quanto per legge esiste un'unica soluzione conforme alla sua volontà, che è proprio quella la cui individuazione è attribuita agli organi contenziosi*" (M. NIGRO, op. loc. cit.; negli stessi termini A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, 531).

⁸⁶ Sono "*atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo...ad un conflitto di interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni fra gli amministrati o fra l'autorità ed uno o più amministrati, che essi atti si volgono a risolvere, cos' accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa*" (M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, 2°, Napoli, 1953, 37 ss.).

⁸⁷ La scelta appare significativa ai fini del metodo abbracciato nella ricerca: quello dell'integrazione delle prospettive strutturale e funzionale.

⁸⁸ M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit. 504.

istanza di parte su atti di primo grado (ii) nei procedimenti in cui l'atto di accertamento risolutivo della controversia abbia carattere autonomo e prodromico (c.d. decisione preliminare) (iii) quando la decisione sia rimessa ad un organo *ad hoc* diverso da quello cui è solitamente attribuito il potere di provvedere (iv) quando al contraddittorio è dato sfogo in modo particolarmente ampio. Tuttavia il perseguimento "esclusivo" di tale interesse si riscontra in "rari e interessantissimi casi" rappresentati dalle decisioni finali immediatamente soddisfattive⁸⁹.

Come noto, prospettiva diversa fu abbracciata da Benvenuti che, nella ricerca del fondamento dogmatico dell'autotutela⁹⁰, pur muovendo, come già Nigro⁹¹, dalla affermazione della natura "*materialmente giurisdizionale*" dell'attività diretta all'adozione della decisione amministrativa⁹², individuò un elemento differenziale di questa attività sostanziale (attuativa di precetti) rispetto a quella giurisdizionale, nel perseguimento dell'interesse "*parziale e soggettivo*" dell'amministrazione e non in quello obiettivo dell'ordinamento (tipico dell'attività giurisdizionale in quanto attuativa di sanzioni)⁹³. Fu proprio l'intento che orientava la ricerca di Benvenuti – ricostruire i confini di una categoria di respiro più ampio, come l'autotutela – a portarlo a prestare minore attenzione all'aspetto procedurale⁹⁴. Cionondimeno, nel descrive-

⁸⁹ L'A. collocava in tale categoria le decisioni dei ricorsi straordinari "*le quali si distaccano dalle altre decisioni di ricorsi amministrativi perché sono pure pronunce eliminatorie degli atti impugnati; e, forse, le pronunce della commissione di vigilanza per l'edilizia popolare ed economica si ricorso (quelle ex officio, se si riconoscesse loro il carattere di decisioni, vanno invece collocate tra le decisioni di cui sub a [elementi di atti composti contestuali]) o, per lo meno, quelle di esse che si limitano all'eliminazione degli atti impugnati*", M. NIGRO, *op. cit.*, 515. Diversamente le decisioni sui ricorsi amministrativi diversi dal ricorso straordinario, cui pure è riconosciuta natura di decisioni finali costitutive, oltre che di accertamento, si distinguono quelle su ricorso straordinario perché l'interesse giustiziale è soddisfatto pienamente solo con l'eliminazione di un precedente atto.

⁹⁰ Categoria in cui, come noto, l'A. ricomprendeva (oltre ad annullamenti, revoche, abrogazioni, ecc.) anche i ricorsi amministrativi, F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 537 ss., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, 1788.

⁹¹ M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, cit..

⁹² F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, cit., ove, si afferma che ciò che caratterizza le decisioni amministrative nell'accezione ampia abbracciata dall'A è la loro attitudine (o causa genetica) a soddisfare in caso di conflitto l'interesse del loro autore attraverso l'assicurazione dei risultati perseguiti dai suoi atti o garantiti dalle norme che lo riguardano; assicurazione ottenuta mediante una riaffermazione del diritto ossia mediante un controllo sulla sua applicabilità nel caso oggetto di attuale o potenziale contestazione.

⁹³ F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, cit.. Sul concetto di sanzione non può non richiamarsi F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus VI*, 1955, I, 223 ss., oggi in *Scritti giuridici*, cit., 1279 ss.; *Id.* *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in *AA.VV., Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. (Varenna 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, 33 ss.. 40, ove si afferma che "*l'attività giurisdizionale è attuazione, non applicazione, di sanzioni: è cioè la dichiarazione o accertamento di ciò che è giuridico nel caso concreto; è affermazione, contemporaneamente, di ciò che è non conforme al diritto*", e, pertanto, tutta l'attività giurisdizionale, nella predetta accezione sanzionatoria, è di tipo accertativo, mentre la sanzione amministrativa "*alla quale meglio si ataglia la figura della coercizione*", non implica l'accertamento della giuridicità del precetto bensì l'affermazione della violazione del medesimo; da tali considerazioni deriva che la sanzione giurisdizionale è "*attuazione primaria della norma che essa infatti dichiara*" mentre la sanzione amministrativa è "*attuazione secondaria del precetto che essa non dichiara ma afferma*", con le chiare conseguenze in termini di immutabilità della sentenza come accertamento giurisdizionale e di mutabilità e annullabilità della decisione amministrativa che irroga la sanzione.

⁹⁴ "*Ma la diversità del punto di vista adottato – quello appunto dell'autotutela – fa sì che le differenze prevalgano sulle somiglianze. Poiché si assume a nota caratterizzante la soluzione di conflitti anche potenziali, si pone come scopo dell'autotutela non solo l'assicurazione della giustizia, ma anche dell'efficienza dell'attività amministrativa primaria e si prescinde dalla natura contenziosa del procedimento, nella categoria sono fatti ricadere atti che non hanno nulla a che fare con le decisioni come sono state sopra configurate (annullamenti, revoche, abrogazioni, avocazioni, ordini di demolizione, decadenze, ecc.)*" M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 507.

re l'autotutela decisoria contenziosa, l'A. non esitò ad affermare che essa “*come la giurisdizione, si manifesti attraverso un processo, anziché, come avviene generalmente per la funzione materialmente amministrativa, attraverso un procedimento*”⁹⁵.

Ma fu Nigro a definire quella delle decisioni amministrative come categoria strutturale: non solo perché relativa ad atti di una particolare fase del procedimento amministrativo, “*ma soprattutto perché risultato di procedimenti o sub-procedimenti amministrativi contenziosi*”⁹⁶. Nella descrizione del relativo regime giuridico l'A. individua la struttura contenziosa e in contraddittorio del procedimento, senza tuttavia analizzare nel dettaglio tale elemento⁹⁷.

Proprio sulla base di una valutazione della forma contenziosa dei procedimenti Cannada Bartoli finì poi col negare la possibilità di “*uno schema tipico di decisione amministrativa*”, constatando la diversità delle figure di decisione amministrativa contemplate dall'ordinamento⁹⁸.

Nell'impostazione abbracciata dalla dottrina che più di recente ha studiato la decisione amministrativa, l'integrazione tra momento strutturale e funzionale torna ad assumere rilevanza preminente in quanto si afferma che la finalità di giustizia è già insita nell'azione amministrativa, mentre il compito dell'amministrazione che svolge una funzione propriamente giustiziale è di introdurre momenti particolari di garanzia a salvaguardia di tale interesse alla giustizia⁹⁹.

Quando l'attività dell'amministrazione è esclusivamente preordinata a risolvere conflitti con altri soggetti, non si risolve mai nell'amministrazione attiva ed esprime una funzione tipicamente giustiziale¹⁰⁰. Il descritto carattere viene ravvisato nelle sole decisioni sui ricorsi amministrativi¹⁰¹, ove si riscontra una controversia in senso proprio (scaturente da un conflitto attuale e qualificato) e la garanzia del contraddittorio¹⁰². Più in particolare, sotto il profilo

⁹⁵ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 1799. Ma proprio il fatto che, nella ricostruzione dell'A., l'autotutela contenziosa rappresenta pur sempre un caso in cui l'artefice dell'atto non mira solo a soddisfare l'interesse del destinatario del provvedimento “(come avviene nella giurisdizione, di cui è tipica l'alterità), bensì agisce anche nell'interesse dell'amministrazione e la decisione soddisfa altresì un tale interesse” spiega le deviazioni talora notevoli dalla disciplina giuridica di tali processi di autotutela di fronte a quella dei processi giudiziari, “con affievolimento nella protezione della posizione processuale del ricorrente (e quindi dei suoi diritti e poteri) che si manifesta soprattutto nella rudimentalità del contraddittorio”.

⁹⁶ M. NIGRO, *op. cit.*, 509.

⁹⁷ In particolare, i requisiti della decisione erano così individuati: (i) imparzialità dell'organo emanante, intesa come perseguimento dei soli interessi dell'organo stesso e non di soggetti ad esso estranei, (ii) forma scritta della decisione finale e necessità di una sua comunicazione, (iii) struttura contenziosa e in contraddittorio del procedimento, (iv) motivazione, intesa come estrinsecazione dei presupposti logici, tecnici e giuridici attraverso i quali la soluzione è raggiunta (M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, 516 ss.).

⁹⁸ E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, cit., 268.

⁹⁹ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, cit., 526, in cui si aggiunge che “non può esistere alcuna contraddizione reale fra attività amministrativa e attività di ricerca di una ‘giusta’ definizione di un conflitto tra l'amministrazione e il cittadino” richiamando, quale ampia dimostrazione dell'affermazione, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

¹⁰⁰ In tal senso anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000.

¹⁰¹ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, cit. 526.

¹⁰² I procedimenti da ricorso vengono coerentemente trattati in dottrina quale categoria autonoma di procedimenti amministrativi, mentre quella dei procedimenti contenziosi avrebbe perso la propria ragion d'essere con l'ampliamento dei procedimenti a partecipazione necessaria realizzato dalla l. n. 241/1990 (R. VILLATA, G. SALA, *Procedimento amministrativo*, cit., 586).

strutturale, l'attività propriamente giustiziale viene distinta da quella meramente contenziosa per la vigenza del principio dispositivo: mentre in entrambe è garantito il contraddittorio e il potere delle parti di introdurre fatti in assenza di un corrispondente potere dell'autorità decidente rispetto a fatti sui quali non ci sia stata la possibilità di contraddittorio, solo nell'attività giustiziale vige un sistema dispositivo che riserva al ricorrente ogni potere circa l'introduzione di fatti¹⁰³.

Il rilievo implica, secondo la ricostruzione in esame, che l'autorità decidente opera, in tali casi, con i moduli dell'amministrazione giustiziale, senza dover dar conto, come avviene nell'esercizio dell'amministrazione attiva, di scelte effettuate in relazione a interessi concorrenti e in vista della realizzazione del cosiddetto interesse primario, ma con il solo onere di *"dar conto delle soluzioni accolte in relazione alle questioni sollevate e in vista dell'interesse alla giusta realizzazione delle norme giuridiche e alla fissazione dei fatti secondo verità"*¹⁰⁴. In altri termini, rispetto al momento della scelta, prevale nettamente il momento del giudizio, che è attività vincolata anche quando pronuncia sull'opportunità. Nella prospettiva in esame, solo i ricorsi amministrativi vengono riconosciuti come mezzi di giustizia (o giustiziali), vale a dire strumenti ordinati a risolvere una controversia in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto.

In ultima analisi, i procedimenti giustiziali si caratterizzano, tanto sotto il profilo strutturale che sotto il profilo funzionale, per una stretta comunanza con il processo, ferme le peculiarità dei soggetti decidenti.

7. Verifica della corrispondenza al modello.

Le coordinate evincibili dalle pagine che precedono consentono di affermare che il "parere" precontenzioso ANAC reso su istanza congiunta, proposta a fini non interpretativi, rappresenti, nella sostanza¹⁰⁵, una decisione amministrativa assunta all'esito di un procedimento contenzioso di carattere giustiziale.

Tale qualificazione è suggerita, da un lato, dalla funzione assolta dall'istituto, dall'altro, dal procedimento che ne regola l'emanazione.

¹⁰³ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, cit., 528-529 in cui si precisa che nei ricorsi amministrativi l'autorità decidente non può mai introdurre fatti d'ufficio a pena di incorrere nell'illegittimità della decisione o comunque di porre in essere un'attività non più di decisione ma di amministrazione attiva.

¹⁰⁴ Così A. TRAVI, *op.cit.*, 531, riprendendo significativamente F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2°, Roma, 1947, 18. Per l'affermazione che nell'esercizio della propria funzione giustiziale la p.A. perseguirebbe tanto la tutela del cittadino quanto la soddisfazione dell'interesse pubblico, ponendosi però in una posizione non semplicemente imparziale ma neutrale rispetto agli interessi pubblici e privati oggetto di contenzioso cfr. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit., 30.

¹⁰⁵ Nonostante la normativa utilizzi esclusivamente la locuzione "parere" e tutti i riferimenti alla locuzione "decisione" siano stati espunti dal Regolamento su indicazione del Consiglio di Stato, allo scopo di "evitare qualsiasi commistione con le decisioni giurisdizionali", la ricostruzione proposta nel testo appare obbligata dalle caratteristiche dell'istituto. Con riferimento alle tecniche di identificazione e interpretazione del provvedimento amministrativo è stata del resto in più occasioni confermata la correttezza del metodo che, ai fini della qualificazione giuridica di un atto amministrativo, faccia riferimento "non all'aspetto nominalistico ma a quello sostanziale" (cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 628).

Sotto il primo profilo, il parere vincolante non interpretativo ha natura giustiziale in quanto mira a risolvere una “controversia” sorta tra le parti su un provvedimento amministrativo già emanato.

Come illustrato, la dottrina ha distinto i procedimenti giustiziali da quelli sfocianti in atti di amministrazione attiva, ma caratterizzati da una fase contenziosa, in quanto mentre in tali ultimi procedimenti i conflitti di interessi vengono risolti in una fase anteriore all’emanazione dell’atto amministrativo e in funzione (garantistica, sì, ma) non giustiziale, nei rimedi amministrativi giustiziali essi vengono risolti quando un atto amministrativo è stato già emanato e in funzione della sua caducazione o modifica a fini giustiziali¹⁰⁶. Il parere precontenzioso vincolante non interpretativo rientra in tale ultima categoria per ciò che può dirsi rivolto alla soluzione di una “questione” relativa a un provvedimento già emanato.

Il tema degli effetti della decisione precontenziosa impone una precisazione. Come anticipato, si deve ritenere che il parere precontenzioso possa assumere solo un contenuto dichiarativo, richiedendo l’intermediazione dell’esercizio del potere amministrativo (nelle forme della c.d. autotutela doverosa¹⁰⁷) per soddisfare l’interesse sostanziale in contesa. Ciò spinge ad escludere che la decisione, come pure autorevolmente sostenuto, possa assumere tutti “*i connotati e i contenuti materiali di una sentenza di accoglimento*”¹⁰⁸. Così, per portare l’esempio classico del contenzioso di tipo impugnatorio, non sembra configurabile di un parere con effetti caducatori. La soluzione sembra imposta dalla circostanza che i poteri dell’Autorità non sono cambiati a livello normativo, né è dato rinvenire un potere dell’ANAC di adeguare autoritativamente le situazioni da esse reputate *contra legem*. La ricostruzione trova poi conferma nella riformulazione dell’art. 13 del Regolamento, dedicato all’*“Adeguamento al parere”*, operata dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Mentre il testo originario conteneva una forma di coercizione indiretta, imponendo agli istanti di comunicare all’Autorità gli

¹⁰⁶ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 15°, 1989, II, 1204.

¹⁰⁷ Cfr. S. D’ANCONA, *L’annullamento d’ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit.

¹⁰⁸ Per tale ricostruzione M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, in corso di pubblicazione. La tesi non sembra percorribile visti gli orientamenti affermatasi sul parere precontenzioso ante-riforma, secondo cui le statuizioni ivi contenute non hanno carattere imperativo in ragione del fatto che l’Autorità “*da un lato...non è stata dotata del potere di modificare autoritativamente le situazioni da esse reputate contra legem, mentre, dall’altro, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dal cit. art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006, attengono, per quanto qui interessa, esclusivamente alla violazione degli obblighi di collaborazione posti in capo alle stazioni appaltanti, agli operatori economici nonché alle persone fisiche che siano in possesso di “documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare [...]”* (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21 febbraio 2012, n. 1730). La conclusione sembra preferibile anche alla luce degli approdi raggiunti dalla dottrina in tema di poteri impliciti. La configurabilità di simili poteri, peraltro sostenuta con molta cautela in dottrina, sembra essere riferita all’esercizio del potere normativo, “*altro però sono i provvedimenti che direttamente pongono limiti o prescrizioni incidenti su situazioni soggettive garantite dalla Costituzione o impongono prestazioni. In questo caso non è più sufficiente la predeterminazione della finalità, occorre anche la tipizzazione in quel determinato potere*”, si aggiunge infatti che “*occorre quindi che quello specifico potere (non la mera finalità da perseguire) sia indicato dalla legge, indicazione che non può che riguardare sia l’oggetto che gli effetti, cioè le conseguenze giuridiche del provvedimento*” (G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in Relazione al Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 su “Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti”, in Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Milano, 2008, già in giustamm.it, 2007, 29).

atti adottati al fine di adeguarsi al parere¹⁰⁹, con applicazione, in caso di contravvenzione, delle sanzioni di cui all'art. 213, comma 13, del d.lgs. 50/2016¹¹⁰, l'attuale formulazione dell'art. 13 si limita opportunamente a sanzionare la reticenza degli operatori nella trasmissione di informazioni e documenti richiesti, a prescindere dalla manifestazione, da parte degli stessi, della volontà di attenersi al parere.

D'altro canto la necessaria intermediazione di un provvedimento satisfattivo da parte della stazione appaltante non esclude la natura di "decisione finale" dell'istituto in esame. Sebbene ad un primo sguardo il parere precontenzioso sembrerebbe riconducibile alla categoria delle decisioni preliminari, caratterizzate dal fatto di non essere fuse con l'atto satisfattivo, pur essendone asservite, e pur facendo sorgere, o perfezionare, immediatamente a vantaggio dell'amministrazione o dei soggetti coinvolti nel procedimento delle situazioni giuridiche (potere e dovere dell'autorità successiva di emanare l'atto satisfattivo e di emanarlo con quel contenuto; diritto soggettivo o interesse protetto dell'amministrato ad ottenere quell'atto, ecc.) che vincolano *ab aeterno* (cioè con rilevanza esterna) il comportamento dell'organo attivo, condizionando con ciò la produzione dell'effetto finale¹¹¹, sembra tuttavia preferibile ricondurre il parere precontenzioso alla categoria delle decisioni finali, di cui l'intermediazione dell'attività satisfattiva da parte della stazione appaltante rappresenta un mero atto esecutivo¹¹².

Sotto il profilo strutturale, il procedimento che conduce all'emanazione del parere non raggiunge la completezza del contraddittorio processuale. In disparte le peculiarità del soggetto decidente, la procedura *de qua* non corrisponde allo stilema processuale, difettando della pubblicità degli atti e delle udienze, della garanzia che di ogni attività rimanga traccia,

¹⁰⁹ L'originaria formulazione della disposizione gravava gli istanti dell'onere di comunicare all'Autorità i soli atti adottati al fine di adeguarsi al parere stesso, con la precisazione che "*nel caso di mancata comunicazione si applica l'art. 213, co. 13, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e gli atti sono trasmessi all'Ufficio competente all'applicazione delle sanzioni*".

¹¹⁰ Secondo tale disposizione "*L'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00. Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500,00 e il limite massimo di euro 50.000,00. Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza*".

¹¹¹ Per tale definizione M. NIGRO, *op. cit.*, 513, che include in tale categoria gli atti con cui si chiude il procedimento di accertamento delle imposte, atti di accertamento degli uffici finanziari e le pronunce delle commissioni tributarie, la cui natura giuridica era particolarmente controversa.

¹¹² La ricostruzione appare avvalorata dalla circostanza che M. NIGRO, *ivi*, 515 riconduceva i ricorsi amministrativi e le pronunce dei collegi arbitrali di natura amministrativa alla categoria *de qua*.

Con specifico riferimento ai pareri vincolanti qui definiti "interpretativi", il modello sembrerebbe coincidere con quello delle decisioni assunte all'esito dei c.d. ricorsi amministrativi non impugnatori, figura dalla controversa natura, autorevolmente ricondotta al *genus* dei ricorsi amministrativi (A.M. SANDULLI, *Manuale*, 1220, con riferimento ai "*non molti casi in cui un ricorso amministrativo ha la funzione di risolvere – nell'ambito del sistema della pubblica amministrazione – una controversia, non riguardante atti amministrativi, insorta tra l'Amministrazione e un soggetto estraneo o addirittura tra più soggetti estranei all'Amministrazione*".).

della facoltà di rappresentanza o assistenza e dell'applicazione dei principi di lealtà e probità dei partecipanti¹¹³.

L'assenza di siffatte garanzie esclude che la procedura che conduce all'emanazione del parere possa qualificarsi come processo, confermando la natura di decisione amministrativa del provvedimento finale.

Dalla qualifica dell'istituto come decisione amministrativa discende una serie di conseguenze puntuali in termini di regime giuridico.

In primis, quella per cui, in presenza di lacune nella disciplina occorre applicare in via analogica le disposizioni della l. n. 241/1990 e non del c.p.a., pur imponendosi alcuni adattamenti in ragione della peculiare natura giustiziale dell'istituto¹¹⁴.

Quanto precede comporta, innanzi tutto, che il parere debba essere attentamente motivato. Tale obbligo, oltre che dai principi generali dell'ordinamento amministrativo tradotti nell'art. 3 l. n. 241/1990¹¹⁵, si ricava dal raffronto tra la formulazione dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 come sottoposto al parere del Consiglio di Stato e quella definitivamente approvata. Il testo sottoposto al vaglio consultivo prevedeva che il parere obbligava "*le parti ad attenersi a quanto in esso stabilito*" a condizione che fosse "*adeguatamente motivato*". Il Consiglio di Stato ha rilevato l'inopportunità di far dipendere la vincolatività della decisione da un giudizio di valore sulla sussistenza di un'adeguata motivazione, suggerendo l'eliminazione del riferimento¹¹⁶. Il recepimento di tale modifica e la previsione incondizionata del carattere vincolante del parere (su istanza congiunta della stazione appaltante ed almeno una delle parti interessate), impongono di ritenere, alla luce dei già richiamati principi generali, la vigenza di un onere motivazionale specifico in capo all'Autorità decidente. A ben vedere, la ricostruzione è avvalorata dalla previsione recata dal Regolamento 2016, che, similmente al suo predecessore, prevede la possibilità che il parere sia redatto in forma semplificata. La circostanza che la motivazione possa essere "semplificata" a condizioni specifiche, implica evidentemente

¹¹³ E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 833.

¹¹⁴ Sul punto è pertanto da condividere la precisazione che "*con riguardo alle lacune della disciplina, la ratio dell'istituto induce ad escludere forme tipiche del processo*" (cfr. Cons. St., parere 1920/2016).

¹¹⁵ In dottrina, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento, Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2010, 300 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo, Enc. dir., Agg.*, Milano, 2001, 775 ss.; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, DP, 3, 2013, 837 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo* (a cura di) M. RENNA, F. SAIITA, Milano, 2012, 521 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di) S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 769 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di) S. Cassese, 2006, 3741 ss., nonché, sia pur antecedente l'entrata in vigore della l. n. 241/1990, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987. Per ulteriori riferimenti si rinvia alla dottrina citata in F. APERIO BELLA, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 203 e ss.

¹¹⁶ Cfr. Cons. Stato, parere 1 aprile 2016, n. 822 "*Sul piano della certezza del diritto è da valutare inoltre se sia opportuno far dipendere la vincolatività di tale decisione da un giudizio di valore come la sussistenza di un'adeguata motivazione. E' evidente, infatti, l'anomalia di una vincolatività a "geometria variabile", dipendente dallo spessore motivazionale. Occorre pertanto eliminare le parole " , purché adeguatamente motivato, "*".

che dove esse non ricorrano dovrà essere completa ed idonea a dare conto dell'iter logico seguito dall'Autorità rispetto alle risultanze dell'istruttoria.

Il necessario riferimento alle norme procedurali suggerisce un effetto ulteriore: il contenuto del "*parere in forma semplificata*", avrebbe dovuto corrispondere in via analogica al provvedimento in forma semplificata ex art. 2, comma 1 della l. n. 241/1990 e non all'art. 74 c.p.a.: la motivazione avrebbe dovuto pertanto consistere "*in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*" (non anche nel riferimento "*ad un precedente conforme*") e la decisione in forma semplificata avrebbe dovuto essere assunta solo a fronte di istanze manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate (non anche a fronte di istanze manifestamente fondate). I riferiti accorgimenti interpretativi sono parzialmente smentiti dal testo definitivo del Regolamento. L'art. 10, comma 4, infatti, prevede espressamente che il parere in forma semplificata possa contenere il richiamo a "*precedenti pareri già adottati*". Sembra nondimeno necessario circoscrivere il più possibile il ricorso allo strumento del parere in forma semplificata che, come rilevato dagli interpreti e confermato dal parere Consiglio di Stato, aumenta il rischio di impugnativa.

Quanto agli "adattamenti" necessari¹¹⁷, l'imparzialità del soggetto decidente deve essere garantita con il massimo rigore¹¹⁸, quanto meno attraverso un pedissequo rispetto della disciplina del conflitto di interessi di cui all'art. 6-*bis* l. n. 241/1990. Anche nel silenzio della legge, il Collegio decidente deve ritenersi legittimamente formato in *quorum* integrale¹¹⁹. La decisione deve estrinsecare i presupposti logici, tecnici, giuridici attraverso i quali è assunta, allo scopo di consentire la verifica dell'adeguata valutazione degli interessi coinvolti.

Si deve inoltre ritenere che la decisione non possa basarsi su elementi diversi e ulteriori rispetto a quelli allegati dalle parti. La già evidenziata vigenza del sistema dispositivo nell'attività giustiziale riserva, infatti, al ricorrente ogni potere circa l'introduzione di fatti¹²⁰. Tale elemento dovrebbe fugare ogni dubbio sulla paventata commistione tra l'attività di pre-contenzioso di cui al primo comma dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 e il potere di raccomandazione disciplinato al secondo comma¹²¹. La separazione tra la funzione "giustiziale" assolta dall'ANAC e le ulteriori competenze dell'Autorità sembra avvalorata dal regolamento che, al comma 2 dell'art. 6, prevede che le istanze inammissibili, se riguardano, comunque, questioni giuridiche ritenute rilevanti, "*sono trattate ai fini dell'adozione di una [diversa, n.d.r.] pronuncia dell'Autorità anche a carattere generale*" (art. 6, comma 2 Regolamento).

Il parere precontenzioso ANAC è poi da ritenere "irretrattabile" nel senso di essere insuscettibile di revoca o annullamento d'ufficio. Secondo l'impostazione dottrina più accreditata, un carattere della decisione amministrativa è proprio la relativa "irretrattabilità", dovuta

¹¹⁷ Appare in linea con la prospettiva abbracciata nel testo il riferimento, da parte del Consiglio di Stato, alle garanzie di cui alla l. n. 241/90 quale "standard minimo" cui fare riferimento (cfr. Cons. St., parere 1920/2016).

¹¹⁸ Per l'individuazione del regime giuridico tipico delle decisioni amministrative cfr. M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 517 ss.

¹¹⁹ M. NIGRO, *ivi*.

¹²⁰ A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, cit., 528-529.

¹²¹ Su cui cfr. M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, cit.. Nell'ambito del procedimento *de quo* l'Autorità non potrebbe pertanto adottare *sua sponte* raccomandazioni ad agire in autotutela né disporrebbe del potere sanzionatorio di cui al citato art. 211, comma 2.

alla circostanza che l'organo contenzioso è distinto dall'organo attivo e la relativa potestà di esaurisce con la formulazione dell'accertamento¹²². L'assunto renderebbe opportuna, *de iure condendo*, l'eliminazione dell'art. 11 del Regolamento, dedicato al riesame¹²³, benché l'attuale dettato regolamentare, imponendo che il riesame sia attivato su iniziativa delle parti interessate e la ricorrenza di precise condizioni (che siano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto, che non sia stato proposto ricorso giurisdizionale né avverso il parere di precontenzioso né avverso il provvedimento che lo recepisce e che siano scaduti i termini per ricorrere al g.a.), garantisce comunque una peculiare stabilità del parere non inconciliabile con la relativa natura di decisione amministrativa¹²⁴.

8. Segue. Il rapporto con il diritto UE.

Esclusa la natura "processuale" dell'attività svolta dall'ANAC ai sensi delle categorie elaborate dalla dottrina nazionale, resta da verificare se l'Autorità, nel rendere parere precontenzioso vincolante, sia legittimata a disporre rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia in qualità di "organo giurisdizionale", ex art. 267 TFUE¹²⁵.

Il quesito, che potrebbe apparire una contraddizione in termini, è legittimato degli orientamenti espressi dai Giudici di Lussemburgo in tale ambito. La Corte di Giustizia, attraverso un'opera ermeneutica per certi versi assimilabile a quella portata avanti dalla Corte Costituzionale nella ricostruzione della nozione di "giudizio" pendente "dinanzi ad una autori-

¹²² M. NIGRO, *ivi*, 519 in cui si legge che, una volta adempiuto lo specifico compito assegnatogli, "gli organi contenziosi non hanno più alcun potere rispetto al rapporto di cui si tratta, e nemmeno quindi il potere di revoca dell'accertamento". Per A.M. SANDULLI, *Manuale*, 1244, la natura di "pronunce in via di giustizia" delle decisioni che chiudono i procedimenti di giustizia le sottrae all'esercizio di poteri di autotutela. Esclude la revocabilità e annullabilità d'ufficio delle decisioni emesse a seguito di ricorso amministrativo A. PAJNO, *Ricorsi amministrativi*, cit. 5251.

¹²³ A norma del quale "Il riesame, relativamente ad una questione controversa già definita con parere di precontenzioso ai sensi dell'art. 3 o ai sensi dell'art. 4, o per la quale sia stata disposta l'archiviazione, è ammesso al ricorrere di entrambe le seguenti condizioni: a) sono dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto. b) non è stato proposto ricorso giurisdizionale né avverso il parere di precontenzioso né avverso il provvedimento che lo recepisce e sono scaduti i termini per proporre ricorso giurisdizionale. Al riesame si applicano le disposizioni del presente Regolamento per quanto compatibili". Lo stesso Consiglio di Stato, in sede consultiva, nel prospettare varie ipotesi di modifica della disposizione *de qua*, ha ritenuto, in ultima analisi, preferibile la relativa eliminazione.

¹²⁴ L'irretrattabilità della decisione su ricorso straordinario e su ricorso gerarchico, del resto, è stata ricollegata proprio alla circostanza che "l'autorità decidente non può esercitare poteri d'ufficio perché può provvedere solo in presenza di un ricorso" A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, cit. 531.

¹²⁵ Già art. 234 TCE e art. 177 TCEE. Si noti che il già citato art. 2, par. 9 della direttiva 2007/66/UE specifica che ogni violazione commessa dagli "organi da ricorso" competenti a garantire il rispetto delle regole sostanziali sull'affidamento dei contratti pubblici deve essere oggetto "di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 [oggi 267, n.d.r.] del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso". Tale ultimo organo indipendente, la cui composizione deve rispettare i rigorosi parametri stabiliti a livello sovranazionale, è chiamato ad assumere le proprie decisioni "previa procedura in contraddittorio" (cfr. art. 2, par. 9). La previsione, che sembrerebbe riservare alle procedure giurisdizionali la revisione delle decisioni assunte dall'"organo di ricorso" (per tale lettura cfr. M.P. CHITI, *Le misteriose "sanzioni alternative" nella direttiva ricorsi appalti ed i limiti dell'ingerenza dell'Unione europea nel diritto processuale*, cit., 165), è apparsa, non a torto, tautologica alla luce dell'orientamento estensivo abbracciato dalla Corte nel riconoscimento della natura "giurisdizionale ai sensi dell'art. 234" degli stessi "organi da ricorso" (G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit. 22).

tà giurisdizionale” ex art. 23 l. n. 87/1953, ha invero delineato, nell’esercizio della propria funzione di interprete dei Trattati (e degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione), un concetto autonomo di “*giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale*”, attraverso il vaglio di ammissibilità dei rinvii pregiudiziali operati ex art. 267 TFUE.

La nozione di “*organo giurisdizionale*” legittimato al rinvio pregiudiziale è ben più elastica di quella comunemente accolta in abito nazionale. Emblematico, per l’esperienza italiana, l’orientamento che ha ammesso il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato nell’esercizio delle proprie funzioni consultive in sede di ricorso straordinario¹²⁶ in un momento in cui la “*sostanziale giurisdizionalizzazione*”¹²⁷ del mezzo era ancora lontana dal suo compimento. La Corte di Giustizia ha in più occasioni affermato che “*tale nozione può riferirsi a organi che non sono organi giurisdizionali ai sensi del diritto nazionale e non fanno parte del sistema giudiziario di uno Stato membro*”, attribuendo un’importanza determinante “*non alla qualificazione giuridica dell’organo, ma piuttosto alle sue effettive caratteristiche*”¹²⁸. La dottrina non ha mancato di rilevare che il diritto UE consente di ricostruire una nozione di “*giudizio*” che prescinde dalla natura propriamente giurisdizionale o amministrativa dell’organo¹²⁹, includendo ogni attività di decisione della lite operata attraverso l’applicazione di regole giuridiche e nel rispetto del contraddittorio¹³⁰. Del resto la nozione in esame, come le altre nozioni elaborate in ambito UE, deve essere osservata tenendo a mente la funzione e gli obiettivi perseguiti dal legislatore sovranazionale: è noto che l’Unione persegue la libera circolazione nell’ambito del mercato unico anche, e soprattutto, tramite una preliminare opera di unifor-

¹²⁶ CGCE, 16 ottobre 1997, in cause da C-69/96 a C-79/96, *Garofalo*, punti 21 e ss.

¹²⁷ Per l’affermazione che il ricorso straordinario sarebbe “*estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale*” cfr. Cons. St., ad. plen. 6 maggio 2013, n. 9; per l’affermazione che si tratti un rimedio “*sostanzialmente assimilabile ad un “giudizio”, quantomeno ai fini dell’applicazione dell’art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell’art. 23 della legge n. 87 del 1953*” C. cost., 26 marzo 2014, n. 73. Per l’affermazione che il Consiglio di Stato, in sede di emanazione del parere “*esercita una funzione giurisdizionale ed è quindi un organo di giurisdizione ai sensi dell’art. 177 del Trattato istitutivo dell’Unione Europea*” cfr. Cons. St., sez. II, 16 settembre 2015, n. 2609, di remissione alla CGUE della questione di compatibilità eurounitaria dell’art. dell’art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e dell’art. 48 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, per la parte in cui permettono ad una sola delle parti del giudizio straordinario in unico grado dinanzi al Consiglio di Stato di ottenerne la trasposizione in primo grado dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, senza il consenso od il concorso del ricorrente o di qualunque altra parte dello stesso giudizio.

¹²⁸ Illuminanti sul punto le conclusioni dell’Avvocato Generale Niilo Jääskinen del 7 luglio 2015 in C-203/2014, *ConSORCI Sanitari del Maresme*, in cui si legge proprio che “*Occorre sottolineare, a tale riguardo, che il fatto che un organo nazionale non sia considerato come un organo giurisdizionale in senso proprio in virtù del diritto nazionale non è di per sé determinante, in quanto il concetto di «organo giurisdizionale» ai sensi dell’articolo 267 TFUE costituisce una nozione autonoma del diritto dell’Unione. La Corte ha infatti dichiarato che tale nozione può altresì riferirsi a organi che non sono organi giurisdizionali ai sensi del diritto nazionale e non fanno parte del sistema giudiziario di uno Stato membro. La Corte attribuisce dunque un’importanza determinante non alla qualificazione giuridica dell’organo, ma piuttosto alle sue effettive caratteristiche, il che porta a una valutazione delle caratteristiche strutturali e funzionali dell’organo del rinvio*”.

¹²⁹ A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, cit. 90 e già M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *Urb e app.*, 1998, 444.

¹³⁰ B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di) *L’amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 204; M.P. CHITI *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI (a cura di) *Diritto amministrativo europeo*, 4°, Milano, 2013, 494.

mazione del linguaggio giuridico, attraverso “definizioni” necessarie per evitare che la “babele delle lingue” possa, in sede di attuazione da parte dei singoli Stati membri, pregiudicare l’efficacia del diritto sovranazionale. Dal momento che fondamentale opera di unificazione semantica avviene anche attraverso lo strumento privilegiato nel rinvio pregiudiziale interpretativo di cui all’art. 267 TFUE, si spiega, in ultima analisi, l’orientamento estensivo abbracciato dalla Corte sugli organi legittimati ad azionare tale fondamentale strumento¹³¹. La risposta al quesito posto va, pertanto, ricercata nell’ampio ventaglio casistico offerto dalla giurisprudenza¹³².

In uno storico *leading case* del 1966¹³³ la Corte affermò la ricevibilità della domanda d’interpretazione ex art. 177 dell’allora Trattato CEE proposta da un organo arbitrale olandese (lo *Scheidsgerecht*) competente a decidere ricorsi sulle decisioni di un ente previdenziale ma non incardinato nell’ordinamento giudiziario nazionale. La decisione fu motivata sulla circostanza che l’ente era: (i) costituito in base alla legge¹³⁴, (ii) permanente¹³⁵, (iii) soggetto a norme di procedura in contraddittorio analoghe a quelle che disciplinano il funzionamento dei tribunali di diritto comune¹³⁶, (iv) obbligatorio¹³⁷, (v) operante attraverso la applicazione di norme giuridiche. Merita rilevare che la legittimazione dello *Scheidsgerecht* è affermata nonostante lo stesso fosse composto da membri nominati dal Ministro competente e sulla base di un regolamento di procedura stabilito dallo stesso organo ministeriale.

Questi criteri sono poi rimasti sostanzialmente fermi nella giurisprudenza, anche se non sono mancate oscillazioni specie per quanto attiene al requisito dell’indipendenza, successivamente specificato¹³⁸, e del contraddittorio tra le parti, ciò che si spiega alla luce dei

¹³¹ E’ interessante rilevare che la composizione della nozione di “giudice” a livello UE è possibile proprio attraverso l’analisi delle pronunce che hanno vagliato l’ammissibilità del rinvio pregiudiziale da parte di un “organo giurisdizionale”, mentre non si rivela altrettanto utile la giurisprudenza sull’art. 47 Carta di Nizza, “*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*”, che riguarda direttamente la giurisdizione¹³¹. Tale circostanza spiega perché l’approccio della Corte è rivolto ad enucleare alcuni indici “rivelatori” della natura di “organo giurisdizionale” del soggetto rimettente, più che all’individuazione di una vera e propria nozione euro-unitaria di giudizio. Su tale approccio, in dottrina, cfr. T. D’ALESSIO, N. PECCHIOLO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica fuzzy della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 699; N. BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di « giudice nazionale »: è giunto il momento della Corte Costituzionale?* (nota a Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. VI, sentenza 4 febbraio 1999, in causa C-103/97), *ivi*, 2000, 155 ss.

¹³² G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 16-56.

¹³³ CGCE, 30 giugno 1966, in C-61/65, *Vaassen-Goebbels*.

¹³⁴ Trovava, cioè, il proprio fondamento in una specifica norma giuridica.

¹³⁵ E’ considerato permanente un organo che, benché composto da membri la cui carica sia a termine, non costituisca un organismo istituito ad hoc ai fini di una singola controversia.

¹³⁶ Sul carattere non assoluto del criterio del contraddittorio cfr. CGUE, in C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 31; *Id.* in C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, punto 37.

¹³⁷ Sull’attuale consistenza di tale requisito si dirà *amplius infra*.

¹³⁸ Il requisito dell’indipendenza è stato successivamente specificato nella sua consistenza di “terziarietà” rispetto all’autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso e nei suoi due connotati interno ed esterno. La nozione, sotto il profilo esterno, presuppone che l’organo sia tutelato da pressioni o da interventi esogeni idonei a mettere a repentaglio l’indipendenza di giudizio dei suoi membri per quanto riguarda le controversie loro sottoposte. Il secondo aspetto, avente carattere interno, si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l’equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi concernenti l’oggetto di quest’ultima (*ex multis* CGUE, in C-506/04, *Wilson*, punti 51 e 52 e i precedenti *ivi* citati).

rilievi già svolti sull'autonomia delle nozioni elaborate a livello UE e della circostanza che l'elasticità che caratterizza l'approccio della Corte di Giustizia è giustificata dalla prospettiva di incoraggiare l'uso della procedura di rinvio al fine di tutelare l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione.

Più di recente è stata esclusa l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale operato dalla Commissione per la lotta alle discriminazioni (*Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, di seguito KZD)¹³⁹ alla luce della sua natura amministrativa. La Corte ha desunto il riferito carattere amministrativo dell'organo dalla circostanza che la KZD (i) è legittimata ad agire anche d'ufficio, con ampi poteri di indagine (ii) può ordinare l'intervento nel procedimento di persone diverse da quelle individuate dalla parte ricorrente, (iii) emette decisioni impugnabili innanzi al giudice amministrativo peraltro a loro volta appellabili innanzi ad un giudice di secondo grado, (iv) ha la facoltà di revocare la propria decisione, a condizione di ottenere l'accordo della parte cui essa è favorevole.

Il carattere *sub* (iii) e (iv) ricorrerebbero, a Regolamento invariato, anche nel caso dell'istituto in esame. Il primo elemento è in particolare valorizzato in considerazione del fatto che la presenza di mezzi di ricorso giurisdizionale contro la decisione consentono (*recte* obbligano, per l'organo di ultima istanza) il sollevamento della questione pregiudiziale in quella sede, garantendo l'efficacia complessiva del sistema. Va tuttavia rilevato che l'esistenza di un successivo controllo giurisdizionale non è stata ritenuta dirimente, in molte altre occasioni, come con riferimento al Consiglio Nazionale Forense nell'esercizio delle sue competenze disciplinari¹⁴⁰ (e neppure rispetto al rinvio operato da altri organi di autogoverno di ordini professionali¹⁴¹) o con riferimento alle già esaminate funzioni svolte dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario¹⁴². Il nodo della "retrattabilità" delle decisioni osterebbe nondimeno alla configurabilità dell'ANAC "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Un'indicazione più decisa nel senso di escludere che l'ANAC sia soggetto legittimato a sollevare questioni pregiudiziali può essere rintracciata da una recente pronuncia con cui la Corte ha dichiarato ammissibile il rinvio operato dal *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*¹⁴³. La controversia riguardava un "organo da ricorso"¹⁴⁴ spagnolo, di pacifica natura

¹³⁹ CGUE, 31 gennaio 2013, in C-394/11, *Valeri Hariev Belov*.

¹⁴⁰ CGCE, 30 novembre 1995, in C-55/94 priva però di una specifica motivazione in merito alla ricevibilità del rinvio.

¹⁴¹ CGCE, 9 agosto 1994, in C-447/93, *Nicolas Dreessen*, resa su rinvio del *Conseil d'appel d'expression française de l'ordre des architectes* belga per una questione di iscrizione all'albo nonostante la pronuncia dell'organo remittente (resa su reclamo della decisione assunta in prime cure dal *Conseil national de l'ordre*) fosse impugnabile innanzi alla *Cour de cassation*.

¹⁴² CGCE, 16 ottobre 1997, in cause da C-69/96 a C-79/96, *Garofalo*, punti 21 e ss.

¹⁴³ CGUE, 6 ottobre 2015, in C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, in cui la Corte ha chiarito che il fondamento legale dell'organo di rinvio, il suo carattere permanente, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e la sua indipendenza e terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione contestata, consentono di ritenere ammissibile il rinvio pregiudiziale.

¹⁴⁴ Il riferimento va al più volte citato art. 2 della direttiva 2007/66/UE ai sensi del quale le procedure da ricorso devono attribuire agli organi anche non giurisdizionali (i.e. gli "organi da ricorso") poteri che consentono di (a) prendere con la massima sollecitudine provvedimenti cautelari, (b) annullare o far annullare decisioni illegittime, (c) accordare il risarcimento dei danni ai soggetti lesi. E' appena il caso di precisare che la già rilevata limita-

amministrativa, cui è possibile rivolgersi prima dell'introduzione di un contenzioso giurisdizionale in materia di affidamento di contratti pubblici¹⁴⁵.

La questione della legittimazione del *Tribunal Català*, deferita alla Grand Chambre per la sua complessità, è stata approfondita dall'Avvocato Generale Niilo Jääskinen nelle sue conclusioni¹⁴⁶ con specifico riferimento al requisito della obbligatorietà.

Detto requisito, secondo gli approdi della giurisprudenza più recente, dipende non tanto dal fatto che l'istanza sia l'unico mezzo di ricorso disponibile (essendo ammissibile la facoltatività del rimedio rispetto a quello giurisdizionale)¹⁴⁷, quanto piuttosto dalla "vincolatezza" delle decisioni assunte. Tale ultimo elemento si ricava, a sua volta, dalla circostanza che il vincolo abbia un fondamento nella legge e non nell'accordo delle parti¹⁴⁸, sicché la scelta dell'istante di adire l'organo non giurisdizionale "*vincola l'amministrazione, che non la può modificare*"¹⁴⁹.

In altri termini, il fatto che la decisione dell'organo del rinvio abbia effetto vincolante è effettivamente un criterio necessario affinché tale organo possa essere considerato come un "*organo giurisdizionale di uno degli Stati membri*" ai sensi dell'articolo 267 TFUE, ma non è di per sé sufficiente a definire la giurisdizione di tale organo "obbligatoria" ai fini del rinvio pregiudiziale. A tale riguardo, è altresì essenziale che l'organo in questione sia un organo

tezza della potestà decisoria dell'Autorità esclude che, nell'emissione di pareri vincolanti, possa essere qualificata "*organo da ricorso*". Per completezza, si aggiunge che la natura del nuovo parere precontenzioso nemmeno sembra riconducibile a una "*modalità diversa dal sistema da ricorso*" introdotta dal considerando 122 della direttiva 2014/24/UE. La disposizione, rilevando l'esigenza che i cittadini, i soggetti interessati e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso secondo le forme previste dalle direttive processuali, auspica l'introduzione normativa della "*possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente*". La disposizione non sembra specificamente recepita nel citato d.lgs. n. 50/2016, essendo, sebbene alcuni Autori l'abbiano ritenuta riconducibile all'istituto della raccomandazione, introdotto all'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 (sul punto cfr. M. LIPARI, *Il precontenzioso*, cit.).

¹⁴⁵ Per completezza merita rilevare che, sebbene nella generalità dei casi la proposizione del ricorso preliminare al *Tribunal* è facoltativo, riguardo ai settori speciali sulle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali il ricorso speciale è condizione necessaria per rivolgersi agli organi giurisdizionali. Tuttavia, nella specie, è che la controversia non riguardava il campo dei settori speciali.

¹⁴⁶ Cfr. Conclusioni Niilo Jääskinen del 7 luglio 2015 in C-203/2014, cit..

¹⁴⁷ La Corte ha considerato come organo giurisdizionale ex art. 267 TFUE l'autorità designata per statuire in secondo grado sulle decisioni del registro dei marchi, che divideva tale competenza con un tribunale ordinario, e la cui consultazione dipendeva dal ricorrente, che poteva scegliere dinanzi a quale tribunale proporre il suo ricorso in ragione dell'effetto vincolante delle decisioni (CGUE, in C-259/04, Emanuel). Parimenti la Corte ha definito «obbligatoria» la giurisdizione del *Tribunal Arbitral Tributário* (Portogallo) che si presentava come un mezzo cui il ricorrente poteva facoltativamente rivolgersi per risolvere una controversia fiscale (CGUE, in C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punto 29).

¹⁴⁸ Secondo la giurisprudenza, pertanto, mentre un collegio arbitrale convenzionale non costituisce una giurisdizione ex art. 267 TFUE, per contro, la Corte ha ammesso la ricevibilità delle questioni pregiudiziali presentate da un collegio arbitrale avente un fondamento legale, le cui decisioni erano vincolanti per le parti e la cui competenza non dipendeva dall'accordo delle suddette (CGUE, in C-109/88, *Handelsog Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark*, punti da 7 a 9; Id., in C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, punti 28 e 29 e Id. ord. in C-555/13, *Merck Canada*, punti 18 e 19).

¹⁴⁹ Cfr. Conclusioni Niilo Jääskinen, in C-203/2014, cit., pt. 35.

previsto dalla legge e che la relativa competenza non necessiti dell'accordo delle parti¹⁵⁰, ben potendo trovare fondamento nella scelta del solo ricorrente.

La legittimazione dell'ANAC ex art. 267 TFUE è pertanto da escludere in ragione del carattere consensuale del rimedio. Appaiono particolarmente eloquenti sul punto, le disposizioni del Regolamento che precisano che l'istanza di parere precontenzioso debba essere corredata da una espressa "*manifestazione di volontà*" delle parti di attenersi a quanto stabilito nel parere (cfr. art. 3 comma 3 e art. 4 comma 1). La precisazione, ritenuta superflua dal Consiglio di Stato¹⁵¹, ha l'effetto di escludere recisamente il carattere "obbligatorio" dell'organo.

9. Segue. Il rapporto con il contenzioso giurisdizionale.

La classificazione proposta nei paragrafi precedenti non risolve un ulteriore nodo applicativo evidenziato dai primi commentatori: quello del rapporto tra istanza congiunta di parere precontenzioso avente ad oggetto la legittimità di un atto suscettibile di impugnazione innanzi al giudice amministrativo e contenzioso giurisdizionale. L'incertezza operativa è generata dall'assenza di un termine per rivolgersi all'Autorità e dalla sovrapposibilità tra il termine di trenta giorni assegnato a quest'ultima per pronunciarsi sull'istanza e quello per impugnare in via giurisdizionale l'atto in contestazione. Tale criticità ha spinto alcuni autori a sconsigliare di rivolgersi all'Autorità nel caso in esame, per scongiurare il rischio di veder spirare, nelle more dell'emanazione del parere, il termine decadenziale di impugnazione dell'atto¹⁵². Un simile approccio svilirebbe la portata del rimedio proprio nei casi in cui è destinato a sfociare in una decisione propriamente giustiziale.

Sembra possibile prospettare una ricostruzione che, stemperando gli effetti dell'inoppugnabilità sopravvenuta, salvaguardi l'utilità del rimedio giustiziale anche nel caso in esame, grazie a un'attenta delimitazione dell'oggetto dell'eventuale giudizio di legittimità del parere instaurato innanzi al g.a..

Un esempio concreto della lettura proposta nel testo può derivare dall'analisi della Delibera del Presidente ANAC n. 617 del 8 giugno 2016, primo (e, a quanto consta, unico) parere reso in applicazione dell'art. 211 d.lgs. n. 50/2016 (antecedente, si noti, all'entrata in vigore del nuovo Regolamento).

¹⁵⁰ Cfr. Conclusioni cit., pt. 45.

¹⁵¹ Il Consiglio di Stato, in sede di parere, ha auspicato l'eliminazione della subordinazione dell'efficacia vincolante del parere al previo consenso delle parti in quanto, una volta sancita l'impugnabilità del parere "*non sembra più necessario subordinare l'efficacia vincolante al previo consenso delle parti. Nell'ordinamento, quando è previsto il ricorso (facoltativo) ad Autorità indipendenti, l'efficacia vincolante della decisione non è subordinata al previo consenso delle parti (si pensi al ricorso al difensore civico o alla commissione per l'accesso), ma tale soluzione – come si ricorderà tra breve – non è perseguibile de iure condito*" (cfr. Cons. St., parere n. 1920/2016).

¹⁵² Con riferimento al problema dei termini sono state prospettate due soluzioni: l'abbreviazione del termine di trenta giorni assegnato all'Autorità per decidere sull'istanza di parere o, in alternativa, "*riportare il termine del ricorso giurisdizionale da 30 a 60 giorni e, se del caso, trasformare la fase davanti all'ANAC in una condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale (legata a termini brevissimi per non ritardare la definizione della lite)*" (così R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 5, 2016).

Veniva in contestazione il provvedimento con cui la stazione appaltante aveva attivato il soccorso istruttorio “a pagamento”, irrogando la relativa sanzione, per un caso di omessa produzione della dichiarazione predisposta dalla stazione appaltante per l'autocertificazione del possesso dei requisiti relativi alla progettazione: l'impresa partecipante riteneva che la sanzione non fosse dovuta, stante il carattere non essenziale della dichiarazione, mentre la stazione appaltante, confermando la legittimità del proprio operato, sosteneva il carattere essenziale dell'irregolarità. L'ANAC, con decisione non gravata innanzi al TAR, ha ritenuto legittimo l'esperimento dei poteri di soccorso e dovuta la relativa sanzione.

Quid iuris se l'impresa sanzionata (decorsi i termini per impugnare la sanzione) avesse impugnato il parere e il TAR ne avesse disposto l'annullamento? Si deve ritenere che l'annullamento della decisione dell'ANAC da parte del TAR, sempre che non si riconosca lo slittamento dei termini di impugnazione della misura sanzionatoria o comunque l'estensione degli effetti caducatori prodotti dalla sentenza alla misura stessa, conterrebbe comunque l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento sanzionatorio, imponendo, per l'effetto, alla stazione appaltante di annullarlo in via di autotutela¹⁵³.

Il previo esperimento del rimedio giustiziale avrebbe preservato il diritto di difesa degli istanti anche qualora l'ANAC avesse concluso per l'illegittimità del provvedimento sottoposto al suo vaglio. In tal caso la stazione appaltante avrebbe avuto infatti la facoltà di impugnare il parere in sede giurisdizionale (fermo il rischio di vedersi condannare alle spese ex art. 26 c.p.a.).

Riconoscere un simile effetto “indiretto” alla pronuncia giurisdizionale sul provvedimento tempestivamente contestato innanzi all'Autorità¹⁵⁴ consente di sopperire ai vuoti di tutela cagionati dalla eventuale sopravvenuta inoppugnabilità del provvedimento stesso¹⁵⁵.

Resta da esaminare il caso in cui all'accertamento compiuto dall'ANAC richieda un atto esecutivo che però non sopraggiunga o quello in cui l'atto esecutivo violi l'accertamento contenuto nel parere. In tale ultimo caso, è da condividere l'opinione di chi ritiene che le parti interessate potrebbero impugnare in sede giurisdizionale i provvedimenti contrastanti con la pronuncia dell'ANAC per violazione di legge (mediata da quella del citato art. 211)¹⁵⁶. Nel

¹⁵³ Sull'insorgenza di un vincolo ad intervenire in via di autotutela in capo alla stazione appaltante richiedente i cui atti siano dichiarati illegittimi dal parere cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

¹⁵⁴ Il percorso logico proposto, per vero un poco artificioso, appare obbligato dal riconoscimento di una mera efficacia dichiarativa al parere dell'Autorità. Aderendo alla diversa tesi che riconosce che al parere di precontenzioso una pluralità di effetti, è condivisibile l'affermazione che, nel caso di conferma da parte dell'ANAC della legittimità del provvedimento contestato, il parere potrebbe assorbire totalmente (con l'effetto tipico della conferma propria, adottata all'esito di istruttoria rinnovata e sorretta da adeguata nuova motivazione) il provvedimento contestato (per tale tesi M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, cit., par. 29), senza che la parte interessata ad accertare l'illegittimità della determinazione dell'ANAC e del presupposto provvedimento, sia tenuta ad impugnare il provvedimento originario della stazione appaltante.

¹⁵⁵ Diverso sarebbe il caso in cui il parere vincolante sia impugnato in sede giurisdizionale per soli vizi formali o procedurali. In tale ipotesi è escluso che la caducazione in via giurisdizionale della decisione dell'Autorità possa riflettersi sugli atti oggetto del parere. Nell'ipotesi in esame, del tutto residuale stante la difficile configurabilità di un interesse alla caducazione del parere per soli vizi procedurali, la scelta del ricorrente di non contestare il merito della decisione esclude che lo stesso possa lamentare lesioni dalla sopravvenuta inoppugnabilità dei provvedimenti oggetto del parere.

¹⁵⁶ M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, cit.

primo caso, si deve ritenere che l'omissione della stazione appaltante contravvenga ad uno specifico obbligo di procedere (e di provvedere) all'esercizio dei poteri di secondo grado, con conseguente legittimazione di chi vi abbia interesse a reagire in sede giurisdizionale all'inerzia. Tale opzione interpretativa non lascia sfornita di tutela la pretesa al pieno e corretto adempimento dell'atto decisorio, pur non risultando pienamente soddisfacente¹⁵⁷. Allo stato non sembra però percorribile la via del giudizio di ottemperanza, sebbene la dottrina più recente riconosca che l'art. 112 c.p.a. stia ormai superando il collegamento tra effettività della tutela e funzione giurisdizionale, aprendo la strada ad un'equiparazione, ai fini della proponibilità del giudizio di ottemperanza, tra potestà decisoria e funzione giurisdizionale¹⁵⁸. Il carattere volontaristico che guida l'istanza di parere precontenzioso dovrebbe in ogni caso limitare il rischio di comportamenti elusivi o ostruzionistici.

L'effettività del rimedio appare nondimeno affievolita nei casi in cui vengano in rilievo provvedimenti destinati a produrre effetti nei confronti di più soggetti (i.e. quando si configurino dei possibili controinteressati). In tal caso, la complessità della casistica prospettabile è aggravata dalla "geometria flessibile" dell'efficacia vincolante del parere, in forza della quale non tutte le parti potrebbero essere vincolate alla decisione ANAC.

La chiave di lettura proposta garantirebbe l'utilità dell'istanza di parere precontenzioso vincolante di tipo giustiziale quanto meno nei casi in cui la controversia coinvolga la stazione appaltante e un solo soggetto partecipante e quando tutte le parti coinvolte prestino il loro consenso alla devoluzione preliminare all'ANAC della questione insorta.

Le riflessioni svolte sembrano, per un verso, confermare l'attualità di uno studio che, combinando gli elementi strutturali e funzionali che caratterizzano il processo rispetto al procedimento, consenta di elaborare, in ultima analisi, un paradigma cui ricondurre le procedure esistenti per verificarne la natura. Come evidenziato, una simile operazione potrebbe essere apprezzata alla luce della moltiplicazione di rimedi non giurisdizionali, anche giustiziali, di complessa collocazione dogmatica e delle problematiche operative che essi pongono. Per altro verso, le pagine che precedono dimostrano che l'apparente compiutezza della sistemazione proposta non offre un sicuro riparo quando si misura con i concetti giuridici ricostruiti in altri campi del diritto e per altre finalità. Ne è prova l'autonoma nozione di "*giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale*" ex art. 267 TFUE elaborata dalla Corte di Giustizia nell'ambito della propria attività di garante dell'interpretazione uniforme dei trattati, ma l'analisi potrebbe essere arricchita, con esiti ancora diversi, attraverso l'approfondimento della nozione di "*giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale*", la pendenza del quale legittima il sollevamento di questioni di legittimità costituzionale ex art. 23 l. n. 87/1953.

¹⁵⁷ La soluzione prospettata nel testo espone infatti l'interessato a una lunga sequenza di procedure: l'istanza ANAC, il giudizio in due gradi sul silenzio e/o il giudizio ordinario in due gradi, cui si aggiunge l'eventuale giudizio di ottemperanza, anch'esso in due possibili gradi.

¹⁵⁸ G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, 2013, 346 ss. e spec. 359.

La ricostruzione si rivelerebbe poi densa di ulteriori implicazioni laddove consentisse di individuare una procedura non giurisdizionale perfettamente corrispondente allo stilema processuale: una simile procedura dovrebbe essere soggetta al doppio grado di giudizio? La soluzione di tale complesso quesito richiederebbe di verificare la rinvenibilità del principio del doppio grado di giudizio nel contesto costituzionale interno¹⁵⁹ ed europeo¹⁶⁰ e di riflettere sulle conseguenze sistematiche di un ipotetico ricorso in unico grado innanzi al Consiglio di Stato.

Tutto ciò sembra giustificare un'analisi di ampio respiro delle nozioni di procedimento e processo, cui, con questo saggio, si è tentato di impostare un primo e preliminare contributo.

¹⁵⁹ Cfr. C. cost. 1 febbraio 1982, n. 8. Sull'applicazione del principio in ambito amministrativo C. cost. 31 marzo 1988, n. 395, secondo cui l'art. 125 Cost. implica l'impossibilità di attribuire al TAR competenze giurisdizionali in unico grado con conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, e, dunque, una garanzia del doppio grado solo in senso ascendente, mentre non può comportare l'inverso, "perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado". In termini, più di recente, C. cost., ord. 4 luglio 2002, n. 316. In dottrina, per tutti, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1198, che, nel descrivere la legge istitutiva dei TAR (n. 1034/1971), affermava che il legislatore, rendendo così universale il doppio grado di giurisdizione sulle pronunce del TAR, aveva "però optato, nell'applicare l'a. 125 Cost., per una soluzione estrema che la Costituzione non imponeva (e che forse l'art. 103 non consentiva)". Lo stesso A. ricorda, del resto, come la concreta attuazione della suddetta legge sia avvenuta con estremo ritardo in alcune Regioni d'Italia ove, sino alla fine degli anni '80 è sopravvissuta la giurisdizione in unico grado del Consiglio di Stato (così, in particolare, in Sicilia fino al 1975 e nelle Province autonome di Trento e Bolzano, ove, rispettivamente, i Tribunali amministrativi sono stati istituiti nel 1987 e nel 1989).

¹⁶⁰ Parte della dottrina ha escluso la sussistenza di un diritto al riesame nell'ordinamento europeo (UE e CEDU), sia in generale, sia con riferimento al processo penale, cfr. M. D'AMICO, *Art. 47*, in R. BIFULCO, M. CARTABRIA, A. CELOTTO (a cura di) *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2001, Bologna, 328. Sul punto CEDU, 27 marzo 1998, *K.D.B. v. Netherlands*. Fornisce interessanti spunti sui caratteri del giudizio di riesame in ambito europeo C. cost., 30 luglio 1997, n. 288. Con specifico riferimento al diritto convenzionale, in cui la tematica è stata specificamente affrontata, la soluzione deve essere attentamente calibrata alla luce degli artt. 6 (Diritto a un equo processo) e 13 CEDU (Diritto a un ricorso effettivo) e delle finalità perseguite dalla Corte istituzionalmente chiamata ad interpretarne il disposto. E' noto che, accanto al diritto a un equo processo, il dettato convenzionale prevede infatti anche quello ad un ricorso effettivo e che, almeno a partire dalla fine degli anni '80, la Corte EDU ha riconosciuto autonomia ai due diritti fondamentali, negando che le richiamate disposizioni possano considerarsi l'una (art. 6) la mera specificazione dell'altra (art. 13). In particolare la Corte (CEDU, 26 ottobre 2000, *Kudla v. Poland*) ha evidenziato che spetta in primo luogo e soprattutto agli Stati offrire idonei strumenti di tutela contro le violazioni dei diritti e delle libertà convenzionali, mentre l'assenza di un'autorità nazionale innanzi alla quale poter lamentare utilmente la violazione delle norme sostanziali costringerebbe ad ammettere l'accesso diretto alla Corte di Strasburgo, in violazione delle norme convenzionali (cfr. art. 35). Diverso – ma non meno rilevante – profilo, che meriterà autonomo approfondimento e verifica alla luce delle coordinate ermeneutiche tratte dalla dottrina esaminata nelle pagine che precedono, riguarda la natura della "national authority" deputata a garantire un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU.