

Diritto e processo amministrativo

Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto e processo amministrativo

Rivista trimestrale

Anno XIII – n. 2/2019

GIOVANNI IUDICA

I VIZI "RADICALI" NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO ED IL LORO TRATTAMENTO PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. Premessa e piano espositivo del lavoro. – 2. Disamina di istituti giuridici del Diritto amministrativo connessi con i vizi radicali. A) Nullità del provvedimento. B) Interesse legittimo strumentale. – 3. Previsione legislativa di vizi radicali. – 4. Bandi e vizi radicali: A) mancata pubblicazione del bando di concorso; B) indeterminatezza del bando di gara; C) Modifiche al bando di gara; D) bando di concorso con requisiti eccessivamente restrittivi. – 5. Violazione delle regole in tema di anonimato nei concorsi pubblici. – 6. Nomina della commissione (di gara o di concorso) prima della scadenza del termine di presentazione delle domande dei candidati. – 7. Violazione di regole attinenti la maggioranza negli organi collegiali. – 8. Ipotesi di conflitto di interessi e di incompatibilità. – 9. Vizi radicali e poteri amministrativi non esercitati. – 10. Vizi radicali e ordine di trattazione dei motivi. – 11. Vizi radicali e risarcimento del danno. – 12. Rilievi conclusivi.

1. – Il presente lavoro prende spunto dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015¹.

Per il giudice amministrativo possono essere proposte nel processo domande o motivi che «evidenziano in astratto una radicale illegittimità del provvedimento (o dei provvedimenti) impugnato (i)», e che «esprimono una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione

¹ Cons. Stato, Ad. pl., 27 aprile 2015 n. 5, su cui v. le note di D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urbanistica ed appalti*, 2015, 1186 ss.; L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 831 ss.; E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. It.*, 2015, 2192 ss. L. PERFETTI- G. TROPEA, "Heart of Darkness": *L'Adunanza Plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016, 219.

pubblica che il codice ha imposto al giudice amministrativo di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata».

Il giudice altresì ritiene che alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo si possono configurare vizi radicali allorché il potere amministrativo non è stato esercitato *ex art. 34, comma 2° c.p.a.*, il che si può verificare quando sussiste: 1) mancanza di proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile; 2) mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge (in relazione alla disciplina prevista dagli artt. 16 e 17 della l. n. 241 del 1990); 3) provvedimento reso da autorità diversa da quella indicata come competente.

Ciò detto occorre verificare se tale tipologia di vizi abbiano un fondamento nel sistema a diritto amministrativo, ciò tenuto conto che vi sono alcune fattispecie giurisprudenziali che già anteriormente alla Plenaria configuravano vizi radicali o "gravi". Dalla disamina di queste fattispecie si vuole accertare se si tratta di vizi propri del provvedimento o patologie di carattere procedimentale e se presentino una comune disciplina sul piano processuale².

² In qualche fattispecie, il giudice ordinario si è dovuto occupare di vizi radicali o "gravi", v. Tribunale di Palermo, Sez. V civ., specializzata in materia d'impresa 3 ottobre 2017 n. 5108. Nella fattispecie, era sorta una controversia in tema di appalto per opera pubblica per la nullità del contratto di cessione di ramo d'azienda tra una aggiudicataria ed altra società classificata. Si deduceva da parte attrice una ipotesi di nullità per cessione di contratto pubblico previsto dall'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006 e che sarebbe stata illegittima pure la delibera del Comune che consentì il subentro della cessionaria nella titolarità del contratto d'appalto in forza dell'art. 116 d.lgs. cit.

Il giudice ha accolto la domanda dichiarando nullo il contratto di cessione del ramo di azienda, la delibera dell'amministrazione che disponeva il subentro e tutti gli atti conseguenziali. Si tratta quindi di un vizio che inficia radicalmente la procedura e che appartiene alla giurisdizione ordinaria in quanto, sempre secondo il giudice, la delibera di subentro è atto paritetico, non autoritativo, da cui derivano solo diritti soggettivi. Su queste fattispecie si innesta una questione delicata che ci si limita ad accennare: alla luce dell'art. 112 comma 2°, lett. c) c.p.a. il giudizio di ottemperanza rispetto alle sentenze del giudice ordinario può essere esperito solo dopo il passaggio in giudicato.

Bisognerà infine valutare se i vizi considerati dalla Plenaria come radicali in relazione ai poteri amministrativi non esercitati, sono effettivamente tali.

2. – Per il vero, finora in dottrina non si è considerata l'ipotesi di vizi radicali del procedimento, delineandosi invece la distinzione tra vizi formali e sostanziali, in relazione alla disciplina dell'art. 21-octies l. n. 241 del 1990³: i primi, com'è noto, sono quelli che rendono il-

Correttamente nella dottrina processualciviltistica è stato ritenuto che la dichiaratoria di nullità del provvedimento amministrativo fa cadere il presupposto giuridico delle attività compiute dalla p.a. e quindi degli effetti che devono essere rimossi. Di conseguenza, non sarebbe precluso il ricorso all'esecuzione forzata prevista dal libro III del c.p.c. Per questi rilievi I. ZINGALES, *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, Dike-Roma, 2014, 107 ss.

La soluzione è condivisibile *a fortiori* per i vizi radicali, in quanto in questi come vedremo c'è una esigenza di ripristino della legalità violata che non può attendere il passaggio in giudicato della sentenza.

³ Su questa norma, v. senza pretesa di completezza: D.U. GALETTA, *L'art. 21 octies, della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: una interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Foro amm. TAR*, 2005 (suppl. al n. 6/05), 91 ss.; A. PUBUSA, *Il giudizio: «officina per la riparazione» degli atti amministrativi? Note sull'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241 del 1990* (nota a *TAR Sardegna*, Sez. II, 27 maggio 2005, n. 1272), in *Foro amm.*, 2005, 1750 ss.; D. CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33 ss.; L. FERRARA, *I riflessi della tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 591 ss.; G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 589; A. POLICE, *Annullabilità ed annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2007, 49 ss.; G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990*, in *AA.VV., Studi sul procedimento*, Bologna, 2007, 147 ss.; A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, 177 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità» considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; E.M. MARENGHI, *Procedimenti e processualprocedimento*, Padova, 2009, 23 ss.; F. TIGANO, *Recenti profili evolutivi dell'attività amministrativa*, Torino, 2008, 112 ss.; F. SAITTA, G. TROPEA, *L'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza (in margine a Corte Cost., ord. 20.3.2009 n. 81)*, nel sito telematico *Giustizia amministrativa Rivista di diritto pubblico*, n. 2-2010; R. DI PACE, *L'annullamento tra tradi-*

legittimo il procedimento, ma non producono l'annullabilità del provvedimento, i secondi invece riescono a causarlo, incidendo sul contenuto della decisione finale⁴.

Rispetto a questa ormai consolidata distinzione, in dottrina, sia pure in modo sporadico, si sono considerati delle ipotesi di vizi "gravi"⁵ in relazione a determinati istituti:

A) Sono stati considerati come causa di nullità del provvedimento quei vizi «che sono in contrasto così aperto ed evidente con l'ordinamento giuridico e la posizione dei valori ad esso retrostanti accolti dalla generalità dei consociati o comunque con i principi costituzionali, da rendere insopportabile ipotizzare che l'atto amministrativo possa esplicare una qualche efficacia giuridica»⁶.

zione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273 ss.; E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 505 ss. F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, 159 ss.; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 190 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015, Per alcuni rilievi sull'art. 21-octies in relazione alla pregiudiziale amministrativa, G. IUDICA, *Profili della pregiudizialità amministrativa*, Roma, 2008, 76 ss.; sull'art. 21-octies in relazione alla partecipazione post-decisionale, v. ID., *Comunicazione del provvedimento amministrativo e funzione procedimentale*, Milano, 2012, 112 ss.; sull'art. 21 octies in relazione al conflitto d'interessi ID, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 57 ss.; sui rapporti tra art. 21 octies e la categoria del processualprocedimento, v. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 171 ss.

⁴ Da ultimo su questa distinzione, v. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., 39 ss.

⁵ In passato la presenza di vizi maggiormente gravi del provvedimento sono stati visti rispetto all'"autovincolo" della p.a., v. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 328. L'A. richiama l'ipotesi dell'illegittimità dei criteri di massima in concorsi pubblici che comporta il travolgimento di tutte le operazioni concorsuali successive, investendo il risultato finale.

⁶ Si tratta della tesi di M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 277. Sui vizi particolarmente gravi che possono portare alla nullità del provvedimento nell'ordinamento tedesco, v. D. U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 82 ss. Più di recente V. CE-

Si tratta di vizi particolarmente gravi, che pur potendo essere inquadriati nelle figure sintomatiche di eccesso di potere, possono ricadere nella fattispecie della nullità, proprio per la mobilità dei confini della materia dell'invalidità del provvedimento amministrativo: ad es. concessione rilasciata verbalmente oppure atto amministrativo adottato dal funzionario coinvolto personalmente nella questione⁷.

La violazione grave non viene vista solo rispetto al provvedimento finale, ma nell'ambito della c.d. operazione amministrativa, in cui possono confluire più procedimenti, quali ad es. la conferenza dei servizi. Se i vari interessi pubblici non sono stati considerati, il provvedimento sarebbe nullo in relazione all'interesse pubblico concreto e assume il carattere dell'illiceità: si tratta però dell'illiceità della causa che si pone in modo concettualmente diverso rispetto all'illecito aquilano di cui all'art. 2043 c.c.⁸.

Questa tesi non sembra accolta da autorevole dottrina: si ritiene infatti che l'interesse pubblico è elemento estraneo alla struttura dell'atto, per cui, quando venga perseguito un diverso interesse da quello prefigurato dalla norma si ascrive alla categoria dell'illegittimità dell'atto per sviamento dell'interesse pubblico⁹.

Oggi una nullità riferibile al contrasto con valori fondamentali di sistema (violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c.)¹⁰ non sembra ammissibile in riferimento alla formulazione dell'art. 21-septies l. n. 241 del 1990, che presenta ipotesi di nullità avente carattere resi-

RULLI IRELLI, *Invalidità e inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Diritto pubblico*, 2015, 209. L'A. ritiene che la formulazione ellittica dell'art. 21 septies possa configurare una nullità del provvedimento amministrativo in relazione alla lesione di valori primari dell'ordinamento, quale l'ordine pubblico economico.

⁷ M. D'ORSOGNA, 277, nota 183.

⁸ *Op. ult. cit.*, 274.

⁹ R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO-SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, I, 787 ss.

¹⁰ Nullità che potrebbe avere invero un parallelo con le nullità funzionali del diritto privato, cioè nullità che compromettono interessi generali, quali l'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost.

duale¹¹, essendo riconducibile l'ipotesi di nullità virtuale al vizio di violazione di legge e quindi all'annullabilità¹².

D'altra parte, l'art. 21-septies non effettua alcun rinvio (come invece l'art. 11, comma 2° l. n. 241 del 1990) a principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili. Di conseguenza, non vi è apertura alcuna a norme di diritto privato, essendo la disciplina della nullità "speciale", cioè propria del diritto amministrativo¹³. Un eventuale rinvio alle disposizioni in tema di nullità previste dal codice civile dovrebbe comportare l'applicazione dell'intero regime della nullità quale l'imprescrittibilità, che è preclusa nel diritto amministrativo¹⁴.

B) Altra ipotesi in cui possono venire in gioco vizi gravi o radicali è quello del c.d. interesse (legittimo) strumentale¹⁵, interesse che può essere fatto valere, oltre che rispetto alle tradizionali categorie di

¹¹ Per F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 34; la codificazione in tema di nullità ad opera dell'art. 21 septies l. n. 241 del 1990 comporta un sistema di nullità testuale, in cui i provvedimenti possono essere considerati nulli solo nei casi previsti dalla legge.

¹² V. in questa direzione R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1115.

¹³ Autorevolmente si è sostenuto che non esiste per il provvedimento amministrativo una norma di rinvio esterno quale l'art. 39 c.p.a. V.G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir amm.*, 3, 2014, 518. In generale, sulla "specialità" del diritto amministrativo, v. S. LICCIARDELLO, *La formazione del sistema di diritto amministrativo*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 28 ss.

¹⁴ Tranne nell'ipotesi di nullità per violazione del giudicato che prevede la prescrizione ordinaria decennale (combinato disposto dell'art. 31, comma 4°, terza parte c.p.a., e art. 114, 4° comma, lett. b). V. sul punto S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 397.

¹⁵ Con riferimento alla categoria dell'interesse strumentale a ricorrere, v. senza pretesa di completezza, G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2010, 658 ss.; F. G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Corriere giur.*, 2012, 105 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *I limiti della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo*, in questa rivista, 2-3-2013, 905 ss.; C. LAMBERTI, commento a Corte di Giustizia Ue, Grande Sezione, 5 aprile 2016 causa C-689/14, in *Urbanistica ed appalti n.* 10/2016, 1080 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 160 ss.; M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017, 927 ss.

vizi (vizi formali e procedimentali), rispetto a vizi di particolare gravità (radicali): ad es. impugnazione di una procedura di gara in relazione ad un vizio di composizione della Commissione che comporta la rinnovazione della gara stessa¹⁶.

In dottrina si è ritenuto che il c.d. interesse strumentale non assicura il risultato, che si presenta solo come possibile¹⁷: se il cittadino ad es. deduce un vizio di composizione della commissione potrà ottenere solo la ripetizione della gara.

Diverso sarebbe il c.d. interesse legittimo finale, in cui il cittadino fa valere la fondatezza della sua pretesa rispetto alla spettanza del provvedimento (alla vittoria della gara o del concorso ecc. ecc.).

La questione, che dovrà essere affrontata nel prosieguo del presente lavoro è se rispetto alle gravi violazioni si possa configurare una situazione giuridica autonoma e quale configurazione essa possa avere.

Sulla distinzione tra interessi legittimi strumentali e finali si deve registrare che vi sono due fondamentali impostazioni.

In forza della prima¹⁸, la configurazione strumentale dell'interesse legittimo seppure può conservare qualche utilità (rifacimento della gara), non si profila come figura autonoma, ma come forma di tutela dell'interesse legittimo finale.

In sostanza, se il cittadino deduce una violazione (grave) conseguendo mediante l'annullamento dell'atto finale il riesercizio del potere (quale ad es. la rinnovazione della gara) ottiene il "restringimento" della controversia sul tema della spettanza del bene della vita. Non potendosi dedurre in giudizio l'intero conflitto sostanziale (c.d. rapporto amministrativo) non si tratta di autonoma situazione soggettiva, ma di una forma di tutela (strumentale appunto) del c.d. interesse legittimo finale¹⁹.

Secondo altra concezione, sostenuta da Illustre dottrina²⁰ si con-

¹⁶ V. sul punto, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., 499.

¹⁷ *Op. ult. cit.*, 487.

¹⁸ *Op. ult. cit.*, 506.

¹⁹ *Op. ult. cit.*, 507.

²⁰ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit. 415.

sidera preferibile la tesi dell'interesse legittimo come interesse strumentale per due fondamentali profili.

Sotto un primo, in quanto si ritiene che le facoltà procedurali sono espressione di una situazione giuridica soggettiva autonoma, sia pure ad esito favorevole non garantito²¹; in sostanza si tratta di facoltà autonome rispetto al bene della vita.

Sotto un secondo, se l'interesse legittimo viene identificato con il provvedimento favorevole non è possibile identificarlo con il bene della vita, perché quest'ultimo non coincide con il provvedimento *tout court*, ma con i suoi effetti. Secondo le conclusioni di quest'impostazione, facendo riferimento al provvedimento, l'interesse legittimo è sempre strumentale.

3. – Allo stato non esiste nell'ordinamento italiano una definizione generale di vizio radicale, bensì singole previsioni legislative che prevedono la possibilità di vizi di una certa gravità, annettendo ad essi determinate conseguenze.

Ad esempio, l'art. 121 c.p.a., impone al giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva la dichiarazione di inefficacia del contratto in caso di violazioni *gravi* della procedura di gara, mentre nel caso di violazioni meno gravi (art. 122 c.p.a.) questa dichiarazione è solo una eventualità, in relazione ad una serie di parametri (interessi delle parti, possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, ecc. ecc.)²² che il giudice deve valutare.

²¹ Sul punto recentemente la concezione di Scoca dell'interesse legittimo come posizione a soddisfazione non garantita è criticata da M. MAZZAMUTO, *L'interesse legittimo: profili di teoria generale (a proposito di una recente monografia di Franco Gaetano Scoca)*, in questa rivista, 4, 2017, 1654. Per l'A. il risultato è solo quello che l'ordinamento garantisce in un certo momento (ad es. provvedimento annullato per vizio di incompetenza).

²² Su questa disposizione, v. Corte cass. civ., SS.UU., 22 marzo 2017 n. 7295, in *Giur. it.*, 2017, 4, 79 ss. La Suprema Corte ha respinto il ricorso per eccesso di potere per violazione dei limiti esterni della giurisdizione, in relazione alla decisione del Consiglio di Stato di dichiarare l'inefficacia di un contratto stipulato a seguito di una procedura di gara. Ha in particolare ritenuto che la disposizione dell'art. 122 c.p.a. non riserva all'amministrazione il provvedimento di declaratoria di inefficacia del contratto, non verificandosi l'ipotesi di invasione giurisdizionale delle attribu-

Altresì, l'art. 77 comma 11 del d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che «In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione».

In tale disposizione si prevede, oltre la possibilità di ulteriori vizi, l'illegittima composizione della commissione che impone il rinnovo del procedimento con la nomina di una nuova commissione.

4. – A) Un vizio radicale dei procedimenti concorsuali può essere considerato l'omissione della pubblicazione del bando di concorso.

Di recente in giurisprudenza si considerano delle ipotesi in cui l'amministrazione pubblica il bando di concorso esclusivamente nel proprio sito *web* anziché nella G. U., allorché il regolamento dell'ente locale preveda questa forma di pubblicità²³.

zioni dell'amministrazione. Il profilo interessante di questa decisione è che le Sezioni Unite non escludono la dichiarazione di inefficacia del contratto in presenza di un vizio che comporti la rinnovazione della gara, perché secondo la Corte sarebbe una interpretazione irragionevole ritenere che nel caso di obbligo di rinnovazione sia rimesso esclusivamente all'amministrazione decidere se mantenere in vita il contratto o meno, *op. cit.*, 791. In dottrina sui poteri d'ufficio del giudice in relazione agli artt. 121 e 122 c.p.a. v. G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del giudice e giurisdizione amministrativa*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, cit., 9 ss.

²³ V. Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2010 n. 871, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con commento di M. MAGRI, *L'obbligo di pubblicazione nei bandi di concorso nella Gazzetta Ufficiale*, commento a Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2010 n. 871, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2010, 1259 ss.; TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 22 febbraio 2013 n. 145, in *www.Lexitalia.it* n. 2/2013; C.G.A.R.S. 12 dicembre 2013 n. 934, in *www.Lexitalia.it*, n. 12/2013, su cui ci si permette di richiamare il nostro commento, *Note in tema di omessa pubblicazione di bando di concorso nella Gazzetta Ufficiale*, in *Norma-Quotidiano d'informazione giuridica*, 12 marzo 2014. Quest'ultima decisione ha ritenuto che il regolamento comunale che prevedeva la pubblicazione del bando nel sito internet, non fosse illegittimo, non essendovi alcun obbligo d'impugnarlo, in quanto il regolamento, prevedendo la pubblicità *on line* realizza una ulteriore forma di pubblicità, in conformità alla disposizione dell'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001 e non mira a sostituire le sue previsioni a quelle del d.P.R. n. 487 del 1994. Per le amministrazioni centrali

Secondo il giudice amministrativo²⁴, l'obbligo di pubblicazione dei bandi per concorso a pubblico impiego nella G.U.R.I. previsto dall'art. 4 del d.P.R. n. 487 del 1994 costituisce regola generale, attuativa dell'art. 51, 1° comma e dell'art. 97 comma 3° Cost. Tale regola ha finalità di consentire la massima conoscibilità della indizione di un concorso pubblico a tutti i cittadini indipendentemente dalla loro residenza nel territorio dello Stato e non è stata incisa dall'art. 35, comma 3° lett. a) del d.lgs. n. 165 del 2001 che ha stabilito il criterio della pubblicità adeguata per ogni amministrazione, in aggiunta e non in sostituzione della regola di carattere generale²⁵.

Altresì, la mancata pubblicazione nella G.U.R.I. comporta la legittimazione alla sua impugnazione da parte di chi abbia interesse a parteciparvi, senza bisogno di presentare domanda di partecipazione la cui mancanza è proprio dipesa dalla mancata pubblicazione del bando in violazione della normativa vigente.

In senso stretto il giudice non qualifica tale illegittimità come vizio radicale, purtuttavia la circostanza che non sia stato rispettato un adempimento procedimentale²⁶ previsto dalla legge come obbligato-

invece il giudice amministrativo ha ritenuto che alla luce dell'art. 32, comma 1°, della l. n. 69 del 2009, la pubblicazione nel sito informatico sostituisce a tutti gli effetti la pubblicazione cartacea in Gazzetta Ufficiale. V. TAR Toscana, Sez. I, 21 marzo 2013 n. 445 (sent. breve), in *www.giustizia-amministrativa.it*. La decisione in questione peraltro non affronta il problema dell'inciso contenuto nel comma 7° dell'art. 32. Più di recente v. Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2016 n. 227, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ V. l'ultima decisione richiamata nella nota precedente.

²⁵ Per tutta la vicenda normativa di questa fattispecie, v. G. IUDICA, *Spunti problematici in tema di omessa pubblicazione del bando di concorso nella gazzetta ufficiale*, in questa rivista, 3, 2014, 739 ss.

²⁶ La pubblicazione potrebbe aver rilievo come atto quando il cittadino la voglia contestare ritenendola illegittima (perché ad es. diffonde notizie lesive della sua reputazione). Sulla pubblicazione degli atti amministrativi, v., senza pretesa di completezza, U. FRAGOLA, *Gli atti amministrativi non negoziali*, Milano, 1942, 323 ss.; M.S. GIANNINI, *Sulla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di ammortamento dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1949, II, 137; ID., *Albo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1013 ss.; G. FERRARI, *Questioni vecchie e nuove in tema di pubblicazione di atti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 479 ss.; V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1992, 347 ss.; ID., *Comunicazione (diritto ammini-*

rio, comporta il vizio dell'intero procedimento in quanto viene compromesso il principio di pubblicità adeguata richiesto dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990.

In senso proprio infatti il rapporto procedimentale tra amministrazione e cittadino non si instaura, perché quest'ultimo non è posto in condizione di presentare domanda di partecipazione e può quindi impugnare la graduatoria finale in difetto di essa.

Secondo il giudice amministrativo²⁷ nel caso di omessa pubblicazione del bando nella G.U.R.I. si configura il travolgimento automatico degli atti consequenziali della procedura concorsuale. Ciò determina delle conseguenze sul piano del contraddittorio: non riguardando l'illegittimità singoli atti, ma l'intero procedimento, non si pone una questione di inammissibilità del ricorso per la mancata notifica ad almeno un controinteressato, dovendo il giudice solo ordinare l'integrazione del contraddittorio.

Ci sembra altresì che nel caso di omissione di pubblicazione obbligatoria, il ricorrente potrebbe richiedere non semplicemente l'annullamento degli atti della procedura concorsuale, ma, previa declaratoria dell'illegittima pubblicazione, proporre un'azione di adempimento²⁸ affinché il giudice ordini, entro un termine perentorio, la

strativo), in *Nss D.I.*, Torino, 1959, 850 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, ristampa, 1964, 250 ss.; A. MELONCELLI, *Pubblicazione (dir. pubblico)*, in *Enc. dir.* XXXVII, Milano, 1988, 927 ss.; S. COGLIANI, *La pubblicazione degli atti amministrativi*, in *Il Consiglio di Stato*, II, 1989, 1327 ss.; D. CORLETTI, *Pubblicità degli atti amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Milano, 2000, 278 ss.; M. MAGRI, *L'obbligo di pubblicazione nei bandi di concorso nella Gazzetta Ufficiale*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2010 n. 871, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2010, 1259 ss.; V. E. CARLONI, *L'obbligo di pubblicazione*, sub art. 26, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 1197; G. PANASSIDI, *L'albo on line per gli atti degli enti locali*, in *www.Lexitalia.it*, n. 2/2011; ID, *La pubblicità on line per finalità di pubblicità legale degli atti amministrativi, dei bandi di gara e dei bilanci*, in *www.Lexitalia.it.*, n. 1/2012; G. IUDICA, *Comunicazione del provvedimento amministrativo e funzione procedimentale*, Milano 2012, 163 ss.; A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari 2013, 75 ss.

²⁷ V. C.G.A.R.S. 12 dicembre 2013 n. 934, in *Lexitalia.it*, cit.

²⁸ Sull'azione di adempimento, v. senza pretesa di completezza E. FOLLIERI, *L'a-*

pubblicazione del bando in Gazzetta Ufficiale. Ciò alla luce dell'art. 34, comma 2°, lett. c), del c.p.a., per cui il giudice, nei limiti della domanda attorea, può adottare le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

In tali misure, che si profilano come atipiche, potrebbe rientrare un ordine di pubblicazione, stante l'omissione procedimentale della p.a. che non adotta la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ritenuta obbligatoria dal giudice²⁹.

B) In ordine all'indeterminatezza del bando di concorso il giudice amministrativo³⁰ ha considerato che è illegittimo il bando di gara per

zione di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo, in *giustamm.it.*, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino 2012, F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Dike, 2013, 396 ss.

²⁹ Per questa soluzione ci si riporta a G. IUDICA, *Spunti problematici in tema di omessa pubblicazione del bando di concorso*, cit., 746 ss. In tema di ordine di pubblicazione, v. TAR Basilicata, Sez. I, 21 settembre 2011 n. 478, in *www.Lexitalia.it*, 9/2011. Il giudice amministrativo, in applicazione degli artt. 1 e 3 del d.lgs. n. 198 del 2009, ha ordinato ad una Regione di porre in essere gli adempimenti necessari per la pubblicazione nel sito web della Regione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, utilizzando all'uopo le risorse strumentali, finanziarie e umane assegnate in via ordinaria e senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica. L'art. 19 comma 1° del d.lgs. n. 33 del 2013 in tema di bandi di concorso prevede che, fermo restando gli altri obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni pubblicano i bandi di concorso per il reclutamento di personale presso l'amministrazione. La pubblicazione, essendo obbligatoria, deve essere effettuata nel sito istituzionale dell'amministrazione in relazione allo stesso art. 8 del d.lgs. n. 33 del 2013. Ciò comporta che in linea di massima la pubblicazione dei bandi di concorso deve avvenire via internet, ma l'espressa salvezza di altri obblighi di pubblicità legale può comportare la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale se una norma specifica così richiede, come nel caso del regolamento dei concorsi per le pubbliche amministrazioni.

Altresì, in forza dell'art. 43 del d.lgs. n. 33 del 2013, il Responsabile per la trasparenza svolge una attività di controllo sugli obblighi di pubblicazione, segnalando all'organo di indirizzo politico, all'OIV e all'Anac e, nei casi più gravi all'ufficio di disciplina i casi di mancato o ritardo inadempimento degli obblighi di pubblicazione.

La norma prevede sanzioni sul piano soggettivo ma nulla in tema di illegittimità del procedimento per omessa pubblicazione del bando.

³⁰ Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2009 n. 638, in *www.Lexitalia.it.*, 2/2009 V. TAR Marche, Sez. I, 25 gennaio 2013 n. 83, in *www.Lexitalia.it*, 2/2013; TAR Pu-

l'affidamento di un appalto di forniture³¹ nel caso in cui sia omessa, da parte della p.a., la indicazione dei costi, previsti a carico dei potenziali partecipanti, per interfacciare la piattaforma oggetto dell'evidenza pubblica con i software applicativi già utilizzati dalla stazione appaltante. In tal caso, infatti, la richiesta di offerta della stazione appaltante è indeterminata, con la conseguente impossibilità, per i concorrenti di formulare offerte economiche valide e congrue rispetto all'importo posto a base d'asta.

Alla stregua di tali criteri il giudice ritiene illegittima l'intera procedura di gara³².

C) In relazione alle modifiche del bando di gara, per il giudice amministrativo³³ sono illegittime le operazioni di una gara di appalto ove il bando originariamente pubblicato sia stato successivamente corretto ovvero modificato dalla p.a. a seguito di una discrasia contenuta in *lex specialis*, emersa nel corso della procedura di gara e la correzione di tale discrasia sia idonea a decidere l'attribuzione dei punteggi ai concorrenti.

Per il giudice, pur essendo apprezzabile salvaguardare l'attività amministrativa già svolta, la modifica dell'errore materiale *potenzialmente decisivo* nell'attribuzione dei punteggi non può essere effettuata dopo la consegna delle offerte, essendo necessaria la ripubblicazione del bando.

In questo caso il vizio radicale consiste nella modifica dell'errore materiale che concretizza una fattispecie di "pericolo presunto": in sostanza la modifica è potenzialmente decisiva nell'attribuzione dei punteggi.

Per meglio comprendere, il bando nella prima versione prevedeva 60 punti per l'offerta economica e quaranta per l'offerta tecnica, men-

glia, Bari, Sez. II, 17 maggio 2013 n. 780, in *www.Lexitalia.it*, 5/2013; Id. Sez. I, 9 ottobre 2014 n. 1167, in *www.Lexitalia.it*, 10/2014.

³¹ V. TAR Veneto, Sez. I, 15 gennaio 2016 n. 8, in *www.Lexitalia.it*, 8. Nella specie si trattava della fornitura ed installazione di un sistema informatico di gestione integrato per l'attività ambulatoriale per le cartelle cliniche presso un Asl.

³² Il giudice ha respinto la domanda di inefficacia del contratto e risarcimento del danno in quanto la gara è andata deserta e il danno si profila come insussistente.

³³ V. TAR Marche, Sez. I, 25 gennaio 2013 n. 83, cit.

tre nella versione successivamente corretta prevedeva, all'opposto, 60 punti per l'offerta tecnica e 40 per l'offerta economica. Nel caso in esame il giudice ritiene che la ditta ricorrente si sarebbe presumibilmente aggiudicata la gara nel caso in cui la suddivisione tra offerta tecnica ed economica fosse quella prevista dal bando: infatti la ricorrente ha ottenuto punti 57 per l'offerta tecnica e 40 per l'offerta economica contro 60 e 37, 29 della ditta controinteressata.

La *ratio* della decisione³⁴ è la prevenzione della parzialità: cioè prevenire (possibili e probabili) effetti parziali del provvedimento finale, costituiti in questo caso dalla probabilità dell'aggiudicazione alla controinteressata.

Bisogna considerare però che tale finalità preventiva, affermata sul piano sostanziale, non viene affatto attuata sotto il profilo della tutela: ciò in quanto il giudice afferma il principio per cui – in contrasto con quanto eccepito dalla ditta controinteressata – non è autonomamente impugnabile la determina dirigenziale che procede alla correzione del bando. Ciò in forza dei noti principi giurisprudenziali³⁵, per cui l'onere dell'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica – ad eccezione dell'esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara – sorge solo in conseguenza dell'emana-zione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Bisogna considerare l'art. 204, 1° comma del d.lgs. n. 50 del 2016, che aggiunge il comma 2-*bis* all'art. 120 c.p.a., prevedendo l'immediata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla procedura di affidamento e dell'ammissione di altro partecipante, con la pre-

³⁴ *Op. ult. cit.*

³⁵ V. fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2014 n. 3203, Cons. Stato Sez. III, 14 maggio 2015 n. 2413, Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2015 n. 3611, in *www.Lexitalia.it*. Da ultimo v. Cons. Stato, App., 14 febbraio 2018 n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui la norma non può essere estesa a provvedimenti diversi rispetto alle ammissioni e alle esclusioni, potendo il bando di gara essere impugnato per clausole immediatamente escludenti e non quindi ad es. nella fattispecie decisa dalla Plenaria, per la previsione di un certo criterio di aggiudicazione. V. sul punto, S. TRANQUILLI, *Il rito "superspeciale" tra i sollevati dubbi di compatibilità euro-unitaria e i nodi sciolti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018*, in *Foro amm.*, 2018, fasc. 3, 345 ss.

clusione, in caso di omessa impugnazione, di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento. La disposizione altresì prevede l'inammissibilità dell'impugnazione sia della proposta di aggiudicazione, ove disposta, sia di altri atti endoprocedimentali privi di lesività immediata.

Se in questi atti venga a rientrare la determina dirigenziale di correzione del bando il vizio (radicale) derivante dall'illegittima modifica del bando potrà essere fatto valere solo nei confronti del provvedimento di aggiudicazione³⁶, in conformità peraltro ad una interpretazione restrittiva degli atti impugnabili nell'art. 204 sostenuto dalla prevalente giurisprudenza e di recente dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018, secondo cui alla luce di questa norma sono impugnabili solo i provvedimenti di esclusione e di ammissione e non altri atti.

Se però l'obiettivo preso di mira è la prevenzione della parzialità, ponendo tale determina in pericolo *la par condicio* dei concorrenti, dovrebbe essere autonomamente impugnabile.

D'altra parte, l'art. 204 non pone una elencazione tassativa di atti endoprocedimentali privi di lesività immediata, che dovrà essere considerata in relazione agli obiettivi della procedura di gara (quali quelli di evitare potenziali rischi di parzialità).

Se comunque prevale la tesi dell'assenza di immediata lesività, quest'ultima si riporta al provvedimento di aggiudicazione, facendo valere il ricorrente un interesse strumentale alla ripetizione dell'intera gara.

D) Rispetto all'ipotesi del bando con requisiti eccessivamente restrittivi, si pensi ad un concorso di funzionario avvocato per soli titoli presso un ente locale in cui tra gli altri requisiti (ad es. attività di avvocato di almeno due anni nell'ultimo quinquennio), si richiede l'avere compiuto due anni nell'ultimo quinquennio di esperienza di

³⁶ Su questa disposizione, v. B. BRUNO, sub art. 204, in F. GARELLA e M. MARIANI (a cura di) *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti* n. 5/2016, 503 ss.; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti* 8-9/2016, 889 ss.; G. IUDICA, *Note in tema di incompatibilità amministrativa e annullamento della procedura di gara*, in *www.Lexitalia.it*, 9/2016.

attività di servizio negli enti locali nella posizione corrispondente a cui si riferisce il posto messo a concorso.

È chiaro che il giudice dovrà accertare se tale requisito sia eccessivamente restrittivo in relazione a principi di ragionevolezza e proporzionalità³⁷: nel caso in specie, se sia conforme a tali principi che il profilo professionale dell'avvocato debba essere necessariamente acquisito nell'ambito di un ente locale³⁸.

Se i requisiti sono eccessivamente restrittivi si configura un vizio radicale consistente nella lesione del *favor participationis*.

Sotto il profilo sostanziale, le ipotesi di omessa pubblicazione del bando (ipotesi A) e del bando *ad personam* (ipotesi D)³⁹ vulnerano il *favor participationis*.

L'ipotesi dell'inderminatezza del bando (ipotesi B) viola il principio di trasparenza.

Le modifiche del bando di gara (ipotesi C) costituisce invece una fattispecie di pericolo, potendo ledere in modo probabilistico la par condicio dei partecipanti.

³⁷ In qualche fattispecie, il giudice ha dovuto accertare se il bando preveda requisiti eccessivamente restrittivi rispetto ad una legge regionale. Si è ritenuto che alle amministrazioni pubbliche è riconosciuto il potere di richiedere ai partecipanti delle procedure concorsuali requisiti più rigorosi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché però tali prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e adeguatezza e siano giustificate da esigenze proprie del peculiare posto messo a concorso. V. Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2012 n. 1622, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ad es. rispetto ad un bando di gara il giudice ha ritenuto eccessivamente restrittiva la clausola che in tema di affidamento del servizio di gestione parcheggi a pagamento del Comune richiede, quale requisito di capacità tecnica, la gestione di parcheggi a pagamento in un numero di Comuni inferiori a tre, con popolazione non inferiore a 30.000 residenti, nel triennio precedente. V. TAR Liguria, Sez. II, 10 giugno 2016 n. 606, in *www.Lexitalia.it*, 6/2016.

³⁸ Ciò tenendo conto che potrebbe trattarsi di una equiparazione meramente formale in quanto l'attività svolta all'interno dell'ente potrebbe non consistere in mansioni in senso stretto di avvocato (difensive).

³⁹ Nella pratica, questi bandi si chiamano bandi "sartoriali": si può pensare ad un bando di concorso universitario che non riguarda il settore disciplinare in generale, ma quel settore in relazione a particolari discipline (per esempio nel settore diritto amministrativo il diritto dell'ambiente o il diritto degli enti locali) in cui è più versato il candidato che si intende favorire, richiedendosi pubblicazioni in quel particolare settore.

Sotto il profilo dell'effetto conformativo, non sembra che nelle ipotesi A) e C) si abbia un interesse strumentale alla *ripetizione* della gara o del concorso, nel senso che la gara o il concorso possano avere le caratteristiche della procedura annullata.

Se il bando di gara è eccessivamente indeterminato, ne dovrà essere adottato uno nuovo ed in sostanza verrà bandita una nuova gara. Così pure se il bando di concorso è eccessivamente restrittivo, dovrà essere bandito un nuovo concorso con requisiti che consentano la massima partecipazione dei concorrenti.

L'ipotesi C) sembra fondare invece un interesse strumentale alla *rinnovazione* della gara: il bando era stato modificato illegittimamente (con una determina), con la ripubblicazione del bando con le modifiche successive viene ripetuta una gara che fundamentalmente ha le caratteristiche proprie di quella annullata⁴⁰.

5. – Ulteriore ipotesi di vizio radicale si profila nelle procedure concorsuali quando la Commissione ponga in essere una violazione non irrilevante della regola dell'anonimato delle prove scritte in sede di correzione⁴¹.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato il seguente principio di diritto: «Nelle prove scritte dei pubblici concorsi o delle pubbliche selezioni di stampo comparativo una violazione non irrilevante della regola dell'anonimato da parte della Commissione de-

⁴⁰ Sulle differenze, tra rinnovare la gara e bandirne una nuova v. in modo estremamente chiaro, E. STICCHI DAMIANI, *I limiti della tutela dell'interesse strumentale nel processo amministrativo*, cit., 921.

⁴¹ V. in questa direzione, Cons. Stato, App. 20 novembre 2013 n. 26, 27 e 28 in *www.Lexitalia.it*, 11/2013. Non sembra invece configurarsi un vizio radicale quando la violazione delle regole di anonimato viene posta in essere da un candidato: in tal caso viene annullato l'elaborato quando si accerti un elemento intenzionale, che va desunto in via indiretta e presuntiva, dalla natura in sé dell'elemento riconoscibile e dalla possibilità oggettiva di comportare la riferibilità dell'elaborato stesso ad un determinato soggetto. V. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014 n. 202, in *www.Lexitalia.it* 1/2014; TAR Sardegna, Sez. I, 15 febbraio 2016 n. 129, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Palermo, Sez. III, 24 maggio 2016 n. 1259, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 12 novembre 2015 n. 5137, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Toscana, Sez. I, 13 febbraio 2017 n. 230, in *www.Lexitalia.it*, n. 2/2017.

termina de iure la radicale invalidità della graduatoria finale, senza necessità di accertare in concreto l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione».

Secondo il giudice amministrativo⁴² «[...] mutuando l'antica terminologia penalistica, può affermarsi che la violazione dell'anonimato da parte della Commissione nei pubblici concorsi comporta una illegittimità da pericolo c.d. astratto... e cioè un vizio derivante dalla violazione della presupposta norma di azione immediatamente sanzionata dall'ordinamento in via presuntiva, senza necessità di accertare l'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione».

Trattandosi di una fattispecie di pericolo, non viene in considerazione l'art. 21-*octies*, comma 2° l. n. 241 del 1990. Violando la regola dell'anonimato non si osserva una regola di comportamento che produce in sé e per sé una illegittimità, indipendentemente dalla violazione (concreta) del principio di imparzialità.

Il giudice amministrativo riconosce quindi un interesse strumentale alla ripetizione della procedura.

Se ad es. viene annullata la graduatoria finale della selezione di ammissione del corso di laurea a numero chiuso di medicina e chirurgia in cui si sono svolti dei test con violazione delle regole di anonimato⁴³, si esercita un interesse alla ripetizione della procedura. Se in sede di esecuzione della decisione vengono assegnati diversi test di ammissione, il candidato potenzialmente può avere una possibilità di superamento delle prove⁴⁴.

⁴² V. la già richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria ed altresì, nella medesima direzione, Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2013 n. 3747, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Secondo questa decisione, la violazione delle norme in tema di anonimato comporta un'illegittimità da pericolo astratto e presunto. Se la condotta posta in essere è diversa da quella tipizzata già si configura una illegittimità che però prescinde dall'effettiva violazione dell'imparzialità.

⁴³ V. fattispecie Adunanza Plenaria Cons. di Stato n. 26 del 2013.

⁴⁴ Secondo autorevole dottrina, l'interesse strumentale si configura come «interesse legittimo *extra ordinem*, che non attiene all'ammissione ad un procedimento o alla sua attivazione o conclusione afferendo la stessa non all'acquisizione diretta di un bene della vita ma alla rinnovazione di un procedimento d'ufficio, dall'attivazione, di norma, facoltativa, da cui potrebbe derivare l'ottenimento del bene perseguito». Per tutti, v. E. STICCHI DAMIANI, *I limiti della tutela dell'interesse strumentale*, cit. 9. Alla stregua di questa definizione, si configura un interesse stru-

Invece, secondo un differente indirizzo giurisprudenziale⁴⁵, la violazione della regola dell'anonimato in un procedimento amministrativo relativo ad un concorso è irrilevante quando la prova concorsuale consista nella soluzione di quesiti a risposta multipla, non riconoscendosi all'amministrazione margini di discrezionalità valutativa, se non sia fornita prova del fatto che l'osservanza della regola procedimentale dell'anonimato avrebbe determinato un diverso esito procedimentale.

Invero, la conclusione dell'Adunanza Plenaria suscita notevoli perplessità in relazione a principi di sistema: a nostro sommo avviso il fatto che la violazione delle regole dell'anonimato costituisca una fattispecie di pericolo di "parzialità", non necessariamente comporta l'annullamento del provvedimento finale.

Come in passato è stato chiarito da autorevole dottrina, è vero che il giudice deve accertare lo svolgimento dell'attività procedimentale, per valutare la parzialità dell'amministrazione, ma questa dovrà essere fundamentalmente considerata alla luce degli effetti del provvedimento, per vedere se propriamente questi abbiano violato il principio di eguaglianza. Soltanto quando il provvedimento abbia prodotto effetti diseguali sarà annullabile dal giudice⁴⁶, in quanto «[n]el procedimento sono disposte regole che mirano ad assicurare che l'imparzialità vi sia, ma l'imparzialità è poi riaffermata dal giudice quando sia commessa parzialità-diseguaglianza»⁴⁷.

In atto, dalla formulazione dell'art. 21-*octies* sembra desumersi che l'annullamento può essere pronunciato quando il ricorrente ha la possibilità di ottenere un provvedimento di segno diverso, che realizza un differente assetto d'interessi.

mentale quando vi è la possibilità di conseguire un bene della vita in relazione ad una attività amministrativa conseguente all'esecuzione di una sentenza di annullamento di un provvedimento, ad es., intervenuto in sede concorsuale.

⁴⁵ V. C.G.A.R.S. 24 febbraio 2010 n. 168, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴⁶ V. S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, 113 ss. In precedenza su questa linea di pensiero v. S. SABBATARO, *Giurisprudenza in tema di «disparità di trattamento» e spunti ricostruttivi della nozione*, in *Foro Amm.*, 1964, 8 ss., secondo cui la disparità di trattamento non è un vizio, ma un risultato del provvedimento.

⁴⁷ *Op. cit.*, 119.

Una condivisibile recente impostazione⁴⁸, ritiene che la disposizione in questione attui l'art. 113, comma 3, Cost., secondo cui «La legge determina quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa».

La norma dell'art. 21 *octies* attua la norma costituzionale⁴⁹ quando non pone una necessaria relazione tra illegittimità del provvedimento e l'annullamento dello stesso. Il legislatore ha previsto una deroga alla caducazione del provvedimento (di regola, con efficacia retroattiva) a seguito dell'accertamento dell'illegittimità.

Questa disposizione sembra individuare l'interesse a ricorrere nel processo amministrativo: tale interesse sussiste soltanto quando mediante l'annullamento del provvedimento il cittadino possa conseguire la rinnovazione del procedimento per la realizzazione di una utilità sostanziale. Non ha interesse a ricorrere chi fa valere solo la contrarietà a legge dell'azione amministrativa (ad es. la violazione delle regole di anonimato) che non porta ad un provvedimento di segno diverso⁵⁰.

In questa direzione, sembra che l'art. 21-*octies* non pone l'accento sul procedimento e quindi in sé e per sé sulla violazione delle regole procedurali, ma sul (possibile, eventuale) contenuto della decisione, configurandosi una decisa scelta verso un processo che ha per oggetto il provvedimento o quantomeno il suo possibile contenuto⁵¹.

Alla stregua di questi criteri, sembra di dover ritenere che, se vi è una violazione di regole di anonimato quando vi sia una prova pre-selettiva con quesiti a risposta multipla che non presentino margini di valutazione, sembra condivisibile quella giurisprudenza⁵² che ritiene non annullabile la graduatoria finale.

⁴⁸ R. DI PACE, *op. ult. cit.*, 1366.

⁴⁹ *Op. ult. cit.*

⁵⁰ Su questa visione dell'art. 21 *octies* come interesse a ricorrere, v. G. IUDICA, *Profili della pregiudizialità amministrativa*, cit., 78.

⁵¹ *Contra*, sia pure sotto diverso angolo visuale Cons. Stato, Ap. 23 marzo 2011 n. 3, per cui l'introduzione di una pluralità di azioni nel processo amministrativo comporta il passaggio da un giudizio sull'atto a quello sul rapporto. Purtroppo, ci sembra che nel giudizio di annullamento se l'attenzione è sul (possibile) contenuto dell'atto questo passaggio non si è realizzato.

⁵² V. C.G.A.R.S. 24 febbraio 2010 n. 168, cit.

Tale conclusione ci sembra essere ancor più avvalorata dalla formulazione dell'art. 1, comma 1° della l. n. 241 del 1990 a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 15 del 2005 che ha inserito il principio di imparzialità tra i parametri guida della pubblica amministrazione.

Secondo una interpretazione "minimale" il principio in questione, letto isolatamente ed inserito in una norma di legge ordinaria, avrebbe scarso significato, perché meramente riproduttivo di un principio costituzionale che dovrebbe essere applicato indipendentemente dal richiamo del testo legislativo. Una lettura più significativa invece è la sua connessione con il principio di efficacia dell'azione amministrativa, nel senso che questi principi devono essere adeguatamente bilanciati nelle fattispecie concrete⁵³.

La circostanza che le regole fissate per i concorsi pubblici prescrivano l'anonimato (v. art. 11 e 14 del d.P.R. n. 487 del 1994), non comporta che la loro violazione porti necessariamente all'annullamento della procedura. La violazione di queste regole può far considerare che il procedimento sia illegittimo, ma l'annullamento è consentito, in conformità al principio di efficacia dell'azione amministrativa, quando i suoi effetti non sono idonei a realizzare l'interesse pubblico specifico del procedimento, cioè l'obiettivo avuto di mira dall'amministrazione.

Inoltre, il giudice amministrativo⁵⁴ in linea di principio afferma che queste regole della procedura concorsuale comportano, come già rilevato, un'illegittimità da pericolo astratto e presunto⁵⁵.

Il giudice però pone qualche *self restraint* in sede di effetto conformativo rispetto a sentenze che annullano la procedura di gara per violazione di regole in tema di anonimato.

In riferimento all'impugnazione dell'esclusione da prove scritte per violazione di regole dell'anonimato (concorso di dirigenti scola-

⁵³ V. sul punto G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit., 70.

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2013 n. 3747, cit.

⁵⁵ Per il giudice è sufficiente che ad es. le sigle dei componenti della Commissione siano apposte in maniera diversa da busta a busta perché sia leso il principio di anonimato.

stici)⁵⁶, il giudice ha ritenuto che l'attuazione del giudicato «deve avvenire in modo da preservare, in rispetto del principio di economicità, la validità degli atti della procedura che non sono stati inficiati dall'illegittimità qui riscontrata. In questa prospettiva, non è necessario che venga ripetuto lo svolgimento delle prove scritte, in quanto lo stesso è avvenuto, per le ragioni indicate, nel rispetto delle relative norme».

Sulla scorta di questi principi, il Ministero dell'istruzione dovrà affidare ad una commissione di dirigenti, estranei alla vicenda concorsuale, il compito di sostituzione delle buste. Il Ministero provvederà a nominare una nuova commissione composta da soggetti aventi i prescritti requisiti di legge, con il compito di procedere ad una nuova valutazione degli elaborati di tutti i candidati che hanno partecipato alla prova scritta.

A ben vedere il giudice, pur ritenendo che la violazione delle regole dell'anonimato comporta una fattispecie di pericolo presunto, non fa pervenire tale principio alle necessarie conseguenze. In sostanza, configurare la violazione delle regole in tema di anonimato come fattispecie di pericolo implica configurare un vizio radicale, che determina la necessità della ripetizione integrale della procedura, incluse le prove scritte. In realtà, dalla disciplina impressa dal giudice in relazione all'effetto conformativo, sembra che la violazione delle regole dell'anonimato renda illegittima solo una fase procedimentale, quella concernente l'apertura delle buste.

Inoltre disporre il rinnovo della valutazione delle prove scritte comporta che l'amministrazione deve in sostanza controllare se la violazione delle regole dell'anonimato abbia comportato una disparità di trattamento. Non si tratta quindi della violazione dell'imparzialità in astratto, ma in concreto. In sostanza, accertato da parte dell'amministrazione che le prove sono state correttamente valutate, i provvedimenti di esclusione verranno riadottati.

Ci sembra che una violazione di regole di anonimato che non porti alla possibilità di un provvedimento di esito diverso, non ne-

⁵⁶ L'amministrazione avrebbe utilizzato buste contenenti il cartoncino dei dati anagrafici non idonee a garantire il rispetto di tale principio.

cessariamente debba essere sanzionata con l'annullamento del procedimento e conseguente ripetizione del concorso.

In presenza di una violazione di tal genere in relazione a prove preselettive con quiz a risposta multipla, se si ritiene che ponga in pericolo l'imparzialità e contestualmente comprometta l'immagine della p.a. il ripristino della legalità violata potrebbe consistere in sanzioni disciplinari o pecuniarie rispetto ai componenti della commissione senza necessità di ripetere il concorso. In sostanza, l'annullamento giurisdizionale non sarebbe l'unico rimedio esperibile, tenuto conto che l'art. 21-*octies* tende verso una amministrazione di risultato, considerando l'efficacia dell'azione amministrativa⁵⁷.

Rispetto quindi alla violazione delle regole di anonimato essa può configurarsi come vizio radicale, ma potrà portare all'annullamento del provvedimento quando vi sia una valutazione discrezionale da compiere e non in presenza di quiz a risposta multipla. In quest'ultima ipotesi, il ripristino della legalità violata potrebbe realizzarsi con sanzioni che colpiscano la commissione, in quanto qui il pregiudizio si affigge non in relazione al trattamento diseguale dell'amministrazione, ma rispetto alla sua immagine ed alla menomata fiducia dei cittadini sul suo operato⁵⁸.

⁵⁷ Sulla questione del ripristino della legalità violata mediante sanzioni che colpiscano i dipendenti della pubblica amministrazione e non l'atto in sé e per sé v. G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit., 51 ss. In talune ipotesi la sanzione disciplinare è prevista dalla legislazione speciale: ad es. l'art. 42 comma 3° del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che il personale della stazione appaltante che versa nelle ipotesi di conflitto d'interessi di cui al comma 2° nel caso di mancata astensione assume una responsabilità disciplinare.

⁵⁸ Qualche indicazione in questo senso proveniva da fattispecie in cui il mancato rispetto di certi adempimenti non portava all'annullamento dell'atto: si pensi all'art. 211, comma 2° del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui l'Anac, ove ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara, invita la stazione appaltante, mediante atto di raccomandazione, ad agire in autotutela e rimuovere gli effetti degli atti illegittimi.

In caso di inosservanza sono previste sanzioni pecuniarie, incidendo la sanzione sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti. In sostanza, nel caso in specie viene posto l'accento sui profili soggettivi del potere, cioè sulla possibilità che la sanzione colpisca i soggetti più che l'atto. Questa disposizione, com'è noto è stata abolita dal primo correttivo del codice degli appalti (d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56).

Rispetto a questo vizio radicale, un ulteriore questione è costituita dal rispetto del principio del contraddittorio.

La giurisprudenza sembra assumere una posizione piuttosto formalistica in relazione all'esigenza di intimazione dei controinteressati rispetto all'impugnazione di un provvedimento di esclusione dalle prove orali quando si deduca il vizio di violazione delle regole dell'anonimato.

Il giudice amministrativo⁵⁹ si riporta a quella consolidata giurisprudenza secondo cui quando si impugni un provvedimento di esclusione non vi sono controinteressati perché ancora non sussiste una graduatoria definitiva⁶⁰.

In effetti, ciò può essere condivisibile quando l'impugnazione viene proposta avverso l'esclusione in relazione soltanto alla posizione del candidato: si contesta ad es. l'esclusione per la violazione della regola dell'anonimato da parte del candidato che avrebbe apposto dei segni sull'elaborato tali da rendere idonea la sua identificazione. In tal caso in assenza della pubblicazione della graduatoria definitiva non vi sono controinteressati.

Se invece, la violazione della regola dell'anonimato è imputabile all'amministrazione, ci sembra che siano individuabili dei controinteressati i quali sono coloro che hanno superato la prova scritta.

Come già considerato, l'effetto conformativo individuato dal giudice⁶¹ consisterà nella rivalutazione delle prove scritte. Ciò implica che potrà essere riformulato l'elenco degli ammessi alle prove orali all'esito delle risultanze di essa valutazione. Coloro quindi che nella procedura originaria erano stati ammessi sono controinteressati, in quanto in tutta evidenza hanno un interesse qualificato al mantenimento del giudizio di ammissione alle prove orali.

Alla luce di questi rilievi, quindi, il vizio radicale si differenzia dal vizio di legittimità "ordinario": quest'ultimo vizia il procedimento ma non nella sua portata integrale, quello vizia il procedimento alla ra-

⁵⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2013 n. 3747, cit.

⁶⁰ V. fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2009 n. 348; Id 15 dicembre 2009 n. 7945; C.G.A.R.S. 25 maggio 2009 n. 477; Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2011 n. 6206, consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ V. la decisione in nota 40.

dice e come tale implica un contraddittorio più ampio. In tal caso il criterio dell'atto per l'individuazione del controinteressato non soccorre, perché è un vizio che non si riporta all'atto in senso stretto (ad es. difetto di motivazione del provvedimento di esclusione), ma al procedimento nel suo complesso e coinvolge tutti quei soggetti che hanno interesse al mantenimento non dell'atto, ma della procedura originaria. Ciò in effetti avviene perché anche se l'impugnazione si affigge sull'atto (provvedimento di esclusione) la pronuncia caducatoria investe il procedimento nella sua interezza.

6. – Un vizio radicale può profilarsi, sempre nei concorsi pubblici, quando la nomina della Commissione sia avvenuta prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Si configura un vizio radicale in quanto in tal caso il ricorrente può avere un interesse strumentale alla ripetizione dell'intera procedura (gara o concorso) mediante l'annullamento della stessa.

In giurisprudenza è ben noto il principio per cui la nomina della commissione deve essere successiva alla scadenza delle domande di partecipazione: sia pure che il principio sia stato affermato espressamente solo per le gare pubbliche – nell'art. 84 comma 10 del d.lgs. n. 163 del 2006 ora ripreso dall'art. 77 comma 7° del d.lgs. n. 50 del 2016⁶² –, si ritiene estensibile a tutte le tipologie di concorso pubblico, per garantire imparzialità e trasparenza⁶³.

⁶² Sembra non agevole individuarlo alla luce di altre norme: ad es., l'art. 11, 1° comma, del d.P.R. n. 487 del 1994, per cui dopo la nomina della Commissione, il primo atto di essa, antecedente alla valutazione dei candidati è la visione dell'elenco dei partecipanti rispetto ai quali i commissari devono sottoscrivere la dichiarazione ai sensi degli artt. 51 e 52 c.p.c. Da questa disposizione si desume che quando la Commissione si sia insediata, le domande devono essere state presentate, essendo ormai spirati i relativi termini. Purtuttavia, la norma non stabilisce esplicitamente la posteriorità della nomina della Commissione rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle domande.

Qualche altra disposizione sembra muoversi in contrasto con la posteriorità della nomina della Commissione rispetto alla scadenza delle domande. Si può pensare all'art. 16, comma 3°, lett. f) l. 30 dicembre 2010 n. 240, che prevede la durata biennale della Commissione per l'abilitazione, con evidente elusione del principio, ponendosi in evidente contrasto con l'art. 97 Cost. Rispetto all'ipotesi dell'Asn si potrebbe obiettare che non si tratta di una procedura comparativa, ma di un esame

Sussiste peraltro un orientamento contrario della giurisprudenza⁶⁴, secondo cui nella materia dei concorsi pubblici non esiste una norma generale che imponga la nomina della Commissione soltanto dopo il termine di scadenza delle domande di partecipazione alla stessa.

La circostanza che vi sia una disposizione specificamente dettata per i contratti pubblici, non significa che vi possa essere una estensione analogica in altri settori. In difetto di una specifica previsione, trova applicazione il principio di imparzialità e di trasparenza dell'a-

idoneativo, il che porterebbe a concludere che il criterio della necessaria posteriorità della nomina rispetto alle domande non dovrebbe applicarsi. L'obiezione è superabile, in quanto l'art. 24, comma 6° l. n. 240 del 2010 prevede che, nell'ambito delle risorse disponibili per la programmazione, la procedura di chiamata può essere utilizzata per le chiamate in ruolo dei professori di prima e seconda fascia e ricercatori a tempo indeterminato in servizio nell'università stessa, che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica di cui all'art. 16. In sostanza, la disposizione in parola prevede un concorso interno per gli abilitati del medesimo Dipartimento: si trattava di una norma transitoria, in quanto valevole fino al 31 dicembre 2016. Tale procedura però è stata prorogata dall'allegato all'art. 1 l. 27 febbraio 2017 n. 19 che al comma 3 bis fissa fino al 31 dicembre 2018 le procedure di chiamata di cui all'art. 24 comma 6° l. n. 240 del 2010. In sostanza, con tale proroga ha trasformato l'Asn in una procedura concorsuale, in quanto se, per ipotesi, vi è un solo abilitato in un certo settore, questi beneficia di una procedura di chiamata per la fascia cui è stato dichiarato idoneo, in cui prevedibilmente sarà vincitore, non concorrendo con gli abilitati "esterni" al Dipartimento. Di conseguenza, all'Asn devono essere applicati i principi propri dei concorsi, tra cui la necessaria posteriorità della nomina rispetto alla scadenza delle domande.

⁶³ V. ad es. TAR Lazio, Sez. II, 13 febbraio 2008 n.1268; TAR Umbria 28 ottobre 2011 n. 338; Cons. Stato, Ap. 7 maggio 2013 n. 13; TAR Toscana, Sez. II, 24 giugno 2016 n. 1060, in *www.giustizia-amministrativa.it*. V. altresì Parere Anac 10 aprile 2013 n. 47. In giurisprudenza si è affermato che il principio deve essere applicato nei concorsi universitari, ritenendosi che quando la commissione è nominata dopo la presentazione delle domande viene compromesso il principio di imparzialità. Si è in particolare ritenuto che «La regola della necessaria posteriorità della nomina dei componenti della commissione giudicatrice rispetto alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura selettiva è, invero immanente nell'ordinamento e risponde ad esigenze di buona amministrazione e imparzialità dell'attività della p.a. Si ribadisce, la posticipazione della nomina dovrebbe garantire parità di condizioni tra i concorrenti, evitando condizionamenti e collusioni di sorta» v. TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 7 agosto 2015 n. 323.

⁶⁴ V. Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2016 n. 3039; TAR Lazio, Sez. I bis, 17 marzo 2017 n. 3631, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

zione amministrativa, sancito dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990. La violazione però di tale principio deve avvenire in concreto e non in astratto, dovendosi fornire degli elementi che facciano ritenere che nella specie il principio sia stato violato.

In sostanza sarebbe necessario dimostrare, da parte del ricorrente, che i soggetti vincitori della procedura abbiano proposto la loro domanda di partecipazione dopo l'avvenuta nomina della Commissione ed altresì l'esistenza di elementi di collegamento tra i candidati vincitori e i membri della Commissione, tali da indurre a ritenere che la loro partecipazione sia dipesa proprio dalla presenza dei commissari il cui nominativo era conosciuto prima della scadenza del termine di presentazione delle domande.

Quest'ultimo orientamento giurisprudenziale non convince appieno: ciò in quanto se si ritiene che il principio della necessaria posteriorità della nomina della Commissione sia esclusivo della materia degli appalti, si dovrebbe concludere che opera solo per quel settore e non per i concorsi pubblici in genere, ritenendosi inapplicabile il ricorso all'analogia⁶⁵.

Il giudice, invece ritiene che in assenza di una norma specifica per i concorsi pubblici, si applica un principio generale, cioè il principio di imparzialità richiamato dall'art 1 l. n. 241 del 1990: ma questo non può essere applicato nello stesso modo in cui viene considerato nella materia degli appalti pubblici.

In questi ultimi, la finalità della norma è quella di prevenire la parzialità: «la posticipazione della nomina dovrebbe evitare situazioni in cui le offerte siano influenzate dalle preferenze, anche solo presunte o supposte, dei commissari, o da loro suggerimenti e che vi possano essere tentativi di collusione o anche soli di contatti con imprese "amiche"»⁶⁶.

Si tratta quindi di una fattispecie di pericolo presunto indipen-

⁶⁵ Sul problema dell'analogia in diritto amministrativo, v. M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva: alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica e pratica nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 173 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sul problema dell'analogia in diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 11 ss.

⁶⁶ V. TAR Toscana, Sez. II, 24 giugno 2016 n. 1060, cit.

dente dalla data in cui l'offerta è stata presentata o da effettivi collegamenti tra imprese partecipanti e commissari.

Nei concorsi pubblici la giurisprudenza richiama l'imparzialità fondata sull'art. 1, ma è una parzialità effettiva, data non dalla nomina della commissione prima della scadenza della presentazione delle domande, ma da indizi che possono comportare una (effettiva) disparità di trattamento: data di presentazione della domanda antecedente al decreto di nomina e collusione tra commissari e candidati. In sostanza, deve trattarsi di una illegittimità che sia idonea, con concreti elementi, ad influenzare la formazione della graduatoria, producendo una (concreta) disparità di trattamento.

In effetti, non si vede il motivo di questa differenziazione, in quanto anche nei concorsi pubblici deve essere rispettata la *par condicio* dei concorrenti. Non può il principio di imparzialità essere letto in modo diverso in rapporto a differenti settori.

Se oggi, a seguito della normativa anticorruzione introdotta dalla l. n. 190 del 2012, si afferma la necessità di prevenire la parzialità, per evitare che il cittadino possa ritenere, o minimamente sospettare che non siano stati rispettati i principi di imparzialità e di integrità nell'esercizio della funzione⁶⁷, questo obiettivo deve essere realizzato in tutti i campi del diritto amministrativo, non solo nei settori maggiormente "strategici" come gli appalti pubblici⁶⁸.

Ad una differente visione dell'imparzialità (imparzialità in astratto o in concreto) consegue una diversa tipologia di tutela giurisdizionale. Configurando infatti una imparzialità in astratto, una volta che il giudice accerti l'antioriorità della nomina rispetto alla scadenza della presentazione delle domande, annulla la graduatoria assorbendo tutte le altre censure e aderendo alla tesi della caducazione automatica degli atti consequenziali⁶⁹.

⁶⁷ Rispetto a questi profili, G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi nel diritto amministrativo*, cit., 7.

⁶⁸ Sull'eccessiva "settorializzazione" del diritto amministrativo, v. S. LICCIARDELLO, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo*, in *Diritto e società*, 2, 2016, 284. Nel caso prospettato avremmo dei principi che a seconda dei settori (generale o speciale) ricevono una diversa interpretazione.

⁶⁹ V. ad es. TAR Lazio, Sez. II, 13 febbraio 2008 n. 1268, cit. Autorevole dottrina, in passato ha ritenuto che non può riconoscersi l'esistenza di un obbligo della

Se invece l'imparzialità viene vista in concreto, il ricorrente deve dimostrare, perché sia accolto il motivo concernente l'antiorità del decreto di nomina rispetto alla scadenza delle domande, che i vincitori abbiano effettivamente presentato domanda dopo la nomina della commissione o che vi siano state effettive collusioni tra commissari e candidati. L'onere della prova quindi ha una diversa configurazione, riguardando elementi fattuali.

p.a. di annullare d'ufficio tutti gli atti consequenziali strettamente connessi con quello annullato in sede giurisdizionale, v. sul punto P. VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 698. Esprime perplessità sulla propagazione degli effetti dell'annullamento dall'atto antecedente all'atto successivo F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria*, Torino, 2000, 108 ss. Successivamente sull'effetto caducante automatico, v. E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2003, 635 ss. L'A. in particolare sottolinea che l'istituto in questione è di creazione esclusivamente giurisprudenziale e si pone in contrasto con alcuni principi fondamentali del sistema di giustizia amministrativa, quali l'*inoppugnabilità degli atti amministrativi* e il *contraddittorio* (corsiivi dell'A., *op. cit.*, 639). V. sui rapporti tra interesse a ricorrere ed inoppugnabilità dell'atto sopravvenuto, v. B. SPAMPINATO, *L'interesse al ricorso nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 213 ss., in generale sempre sull'interesse a ricorrere, L. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

Le perplessità sono state sollevate da F. SAITTA, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente* (nota ad App. 31 luglio 2012 n. 31), in *Foro Amm. Cds*, 2012, 3165 ss., con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. L'A. ritiene che argomento fondamentale che si oppone alla tesi della caducazione automatica è il rispetto del principio del contraddittorio. Per esempio, non si può affermare la caducazione automatica del provvedimento di aggiudicazione rispetto all'annullamento giurisdizionale del provvedimento di esclusione dalla gara, in quanto nel caso del provvedimento di aggiudicazione, l'aggiudicatario è un controinteressato successivo che non è stato in tutta evidenza intimato nel ricorso avverso l'atto d'esclusione. La giurisprudenza in materia mantiene ferma la tradizionale distinzione tra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante. Nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto consequenziale anche quando quest'ultimo non è stato impugnato, mentre nel secondo, l'atto consequenziale è affetto da illegittimità derivata, ma resta efficace ove non ritualmente impugnato. V. Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2012 n. 585, in *Foro amm. Cds*, fasc. 2, 2012. Sulla tematica della caducazione automatica degli atti amministrativi in relazione alla pregiudizialità, v. G. IUDICA, *Profili della pregiudizialità amministrativa*, cit., 242 ss.

In questo secondo caso il giudice non considera la garanzia procedimentale *tout court*, ma l'esistenza di elementi che possano avere un peso rilevante sul provvedimento finale. In sostanza, riprende quota il criterio stabilito dall'art. 21-*octies*: l'inosservanza di una garanzia procedimentale non ha alcun rilievo se non riesce ad influire sul contenuto dell'atto. Per realizzare tale effetto, occorrono elementi fattuali che possano rendere rilevante l'omissione della garanzia procedimentale, diversamente questa è priva di rilievo per pronunciare l'annullamento del provvedimento finale.

In sostanza il giudice non considera di per sé solo l'omissione della garanzia procedimentale, ma piuttosto l'atto finale e quindi fa prevalere la logica del processo di impugnazione.

A questo punto però si deve compiere una doverosa precisazione: indubbiamente ci convince la tesi che la nomina della Commissione anteriore alla scadenza di presentazione delle domande lede di per sé il principio di imparzialità, perché introduce il pericolo di collusioni tra commissari e candidati.

Purtuttavia riteniamo che, se tale vizio viene dedotto nel momento dell'impugnazione della graduatoria, ivi non può più essere dedotta la lesione dell'imparzialità in astratto, ma in concreto, dovendo la lesione dell'imparzialità riportarsi agli effetti del provvedimento e quindi essere dimostrata con elementi fattuali.

Nemmeno sarebbe sufficiente la circostanza che i vincitori abbiano presentato la domanda dopo la nomina della commissione, ma sarebbe necessaria la concreta dimostrazione di una disparità di trattamento.

Se in effetti la finalità è di prevenire la parzialità, ciò deve avere un riscontro necessario nell'ambito della giustizia amministrativa, cioè sono necessari dei rimedi giurisdizionali adeguati alla prevenzione della parzialità.

In questa direzione, si dovrebbe ammettere l'autonoma impugnazione del decreto di nomina della commissione quando essa è stata nominata prima della scadenza del termine di presentazione delle domande. Tale impugnazione anzi sarebbe doverosa ove il ricorrente volesse sostenere l'esistenza di una fattispecie di pericolo presunto, cioè il pericolo della parzialità.

In una materia diversa, ma comunque inerente al principio di im-

parzialità apparente o potenziale, una isolata giurisprudenza amministrativa di 1° grado ha ritenuto, in relazione ad un membro di commissione incompatibile, che il vizio di incompatibilità deve essere fatto valere con l'impugnazione autonoma del decreto di nomina. Opinando diversamente, secondo il giudice vi sarebbe una «inammissibile commistione tra profili di legittimità e di merito, il che indurrebbe a valutare ex post il detto atto di nomina sulla base del negativo esito concorsuale»⁷⁰.

È indubbio peraltro che a ciò si potrebbe obiettare che, in tal modo, viene a configurarsi una giurisdizione di tipo oggettivo, in cui il cittadino fa valere un interesse astratto alla legalità, non un interesse individuale.

La questione invero sarebbe mal posta se si tornasse alla visione del giudizio amministrativo come giudizio che non tutela solo l'interesse del privato, ma l'organizzazione in senso oggettivo, con una (risalente) concezione dell'interesse legittimo inteso come interesse occasionalmente protetto⁷¹.

Se si considera la tesi, magistralmente sostenuta da Vittorio Ottaviano⁷², per cui il potere non è autoreferenziale, ma è esercitato per

⁷⁰ Sull'impugnabilità del decreto di nomina in tema di incompatibilità amministrativa, v. in passato, G. PERICU, *Illegittimità di atto di nomina e invalidità derivata: riflessi processuali*, (nota a Cons. Stato, Sez. V, 17 novembre 1970 n. 947), in *Riv. dir. proc.*, 1972, 348 ss.; G. IUDICA, *Le misure di integrità nell'affidamento dei servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 5, 2015, 1601 ss.; ID, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 110; ID, *Note in tema di incompatibilità amministrativa e annullamento della procedura di gara* (nota a TAR Lazio, Sez. III bis, 16 maggio 2006 n. 5063), in *www.Lexitalia.it*. Di diverso avviso rispetto all'autonomia impugnabilità del decreto di nomina v. TAR Abruzzo-Pescara, Sez. I, 19 febbraio 2015 n. 316, in *www.Lexitalia.it* n. 2/2015, in quanto secondo il giudice nessuna utilità può ricevere il ricorrente dall'autonoma impugnabilità dell'atto di nomina della Commissione; v. in tale direzione TAR Lazio-Roma, Sez. III bis, 16 maggio 2016 n. 5063, con nota di G. IUDICA, *Note in tema di incompatibilità amministrativa*, cit.; Tar Calabria Sez. I 17 gennaio 2018 n. 169, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. III, 3 luglio 2018 n. 4054, in *www.Lexitalia.it*, 7/2018.

⁷¹ V. G. PERICU, cit., 359.

⁷² V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti giuridici*, I, Milano 1992, 65 ss.

il servizio reso al cittadino, quest'ultimo deve potere impugnare i provvedimenti concernenti l'organizzazione che possono essere ritenuti lesivi.

Più recentemente è stato sostenuto che⁷³ l'art. 97 Cost. non può essere letto isolatamente, ma in connessione con l'art. 98, comma 1°, Cost., («i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione»), superando una concezione soggettivistica dell'interesse pubblico (come interesse dell'amministrazione). L'amministrazione si radica nello stesso corpo sociale, nell'interesse del quale, in via esclusiva è chiamata ad agire, dovendo l'interesse pubblico essere identificato con quello dei cittadini. L'organizzazione è strumentale ai diritti dei cittadini che hanno diritto ad una organizzazione amministrativa imparziale, diritto espressamente riconosciuto dall'art. 41, comma 1° della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷⁴ (Carta dei diritti ora trasfusa nel Trattato di Lisbona del 2007).

⁷³ S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica*, cit., 177 ss.; G. IUDICA, *Comunicazione del provvedimento*, cit., 157. Più recentemente sulla nozione di amministrazione come servente al pieno godimento dei diritti della persona, in relazione all'art. 98 Cost., v. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016, 39 ss.

⁷⁴ Diritto che si concretizza, secondo tale norma (art. 41, comma 2) nel diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli arrechi pregiudizio; nel diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda; nel rispetto dei legittimi interessi alla riservatezza e del segreto professionale; nell'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Sul principio di buona amministrazione in ambito europeo, v. A. ZITO, *Il diritto ad una buona amministrazione nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 425; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, *ivi*, 2005, 819; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 238 ss.; G. DELLA CANANEA-FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 101 ss.; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., 601 ss.; M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della carta fondamentale e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 537 ss. Il principio di buona amministrazione affermato nella Carta di Nizza è divenuto giuridicamente vincolante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'art. 6 TUE stabilisce espressamente che

Se sussiste tale diritto, vi è conseguenzialmente un interesse ad impugnare quei provvedimenti (quali il decreto di nomina di una Commissione di concorso), che provocano la sua lesione in quanto essendo la nomina della Commissione anteriore alla presentazione delle domande vulnera l'imparzialità.

L'angolatura della questione potrebbe essere diversa dalla logica dei diritti: la previsione di fattispecie di pericolo potrebbe configurare un diverso interesse legittimo, inteso non come interesse al corretto esercizio del potere⁷⁵, ma un interesse a che l'amministrazione non crei situazioni di pericolo rispetto all'imparzialità, un interesse legittimo meramente "potenziale"⁷⁶, che consente una tutela "antici-

«L'Unione riconosce i diritti, le libertà, e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La versione del testo è stata rivista nel Trattato di Lisbona, facendo riferimento non solo all'individuo, bensì alla persona, con la conseguenza che legittimati attivi possono essere sia persone fisiche sia persone giuridiche. Per questi rilievi, D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., 616. Un cenno su questa norma in relazione al sindacato giurisdizionale sull'organizzazione amministrativa, in G. IUDICA, *L'unificazione attraverso l'organizzazione*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, Studi a 150 anni dall'unificazione italiana, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, Firenze University press, 2016, 119.

⁷⁵ Secondo la nota definizione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardì e A. Nigro, Bologna, 2002, 103.

⁷⁶ In relazione a nuove configurazioni dell'interesse legittimo, sembra rilevante il *considerando* 122 della direttiva sui contratti pubblici n. 24 del 2014 per cui i cittadini, i soggetti interessati ed altre persone che non hanno accesso alle procedure di ricorso, hanno comunque un interesse legittimo, in qualità di contribuenti, ad un corretto svolgimento delle procedure di appalto, dovendo avere la possibilità di segnalare le violazioni della direttiva all'autorità o alla struttura competente. Questa disposizione configura un interesse legittimo diverso da quello configurato nell'ordinamento italiano, un interesse al controllo sul potere, senza avere un interesse qualificato in una certa procedura di appalto. Richiama il *considerando* 122, C. E. GALLO, *La lesione dell'affidamento dell'attività della pubblica amministrazione* (nota a Corte cass., SS.UU., 4 settembre 2015 n. 17586), in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, 573. L'A. configura tale situazione come interesse al corretto esercizio del potere. Sembra peraltro situazione diversa dalla situazione da noi conosciuta che è interesse al corretto esercizio del potere ma quando vi sia una situazione qualificata. Piuttosto critico su questo *considerando* G. GRECO, *Il contenzioso degli appalti pubblici tra*

pata" rispetto al pericolo della parzialità. Nonostante però la diversa qualificazione della situazione soggettiva, il risultato sarebbe lo stesso⁷⁷.

Per il vero la recente legislazione speciale si muove in senso (netamente) contrario all'autonoma impugnabilità del decreto di nomina.

Ad es. in tema di appalti pubblici, bisogna ricordare che lo schema di decreto delegato del codice degli appalti aveva incluso negli atti immediatamente impugnabili il decreto di nomina per vizio di composizione della Commissione. La Commissione speciale del Consiglio di Stato⁷⁸ aveva ritenuto sul punto che vi fosse un eccesso di delega, tenuto conto della natura speciale del rito e della finalità normativa di individuare preventivamente i soggetti ammessi alla gara in una fase anteriore all'esame delle offerte e dell'aggiudicazione⁷⁹.

Di conseguenza, il decreto di nomina sembra rientrare negli atti

deflazione e complicazione, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 979, nota 17, secondo cui su queste segnalazioni non vi è obbligo alcuno di provvedere, essendovi una mera denuncia del *quavis de populo*. Sulla possibilità di nuove configurazioni dell'interesse legittimo v. l'interessante ord. di rimessione Cons. Stato, Sez. III, 28 settembre 2017 n. 5138, in *www.giustizia-amministrativa.it* secondo cui emergono autonomi interessi sostanziali già prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, con particolare riferimento alla composizione della commissione.

⁷⁷ Rispetto alla questione della giurisdizione oggettiva, v. M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, cit., 979 ss., secondo cui le norme degli artt. 24, 103 e 113 Cost. non escluderebbero di per sé la possibilità di una giurisdizione oggettiva. La questione è di fondo perché se si considera che l'interesse pubblico non è un fatto dell'amministrazione, ma si risolve nel soddisfare, per volontà dell'ordinamento, interessi dei cittadini, la giurisdizione oggettiva sarebbe esclusa (v. per questi profili S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, cit., 543). Rispetto alla fattispecie di cui ci stiamo occupando, se la prevenzione della corruzione è vista come interesse esclusivo dell'amministrazione, iniziative giudiziarie del cittadino che tendano al ripristino della legalità violata perché si configurano anteriormente al provvedimento che lo lede direttamente sembrano inquadarsi nella giurisdizione oggettiva. Se invece tale prevenzione è un diritto in capo al cittadino (diritto all'imparzialità) la questione si pone in termini diversi perché il cittadino deve avere tutti gli strumenti (giurisdizionali) in funzione di prevenzione della corruzione.

⁷⁸ V. Parere 11 aprile 2016 n. 855. Critica rispetto alla scelta di escludere l'autonoma impugnabilità del decreto di nomina della Commissione di gara è M.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, 172, nota 22.

⁷⁹ Sul punto v. F. GARELLA, M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, 459.

«endoprocedimentali privi di immediata lesività», richiamati dall'art. 204 del d.lgs. n. 77 del 2016. In sostanza, la lesione deriva dal provvedimento di esclusione o di ammissione di altri partecipanti, non da altri atti: in questa direzione si muove oggi, come già considerato, la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018 che interpreta restrittivamente la disposizione, riguardando l'impugnazione solo ed esclusivamente le esclusioni e le ammissioni dei partecipanti alla gara.

L'art. 204 prevede l'immediata impugnazione di un provvedimento di esclusione: la questione è se in sede di ricorso avverso questo provvedimento si dovrebbe far valere l'impugnazione avverso il decreto di nomina della Commissione di gara ove anteriore alla presentazione delle offerte⁸⁰.

Ora, dalla formulazione letterale della disposizione potrebbe darsi risposta negativa: la preclusione, in caso di omessa impugnazione del provvedimento di esclusione, riguarda l'impugnazione degli atti successivi all'esclusione, non di quelli anteriori. Purtuttavia, se ci si muove nella direzione di prevenire la parzialità e nello stesso tempo di salvaguardare l'efficacia dell'azione amministrativa (art. 1 della l. n. 241 del 1990), si dovrebbe considerare la soluzione di concentrare il contraddittorio su alcune questioni, quali la legittimità del decreto di nomina in sede di impugnazione dell'esclusione o dell'ammissione. In sostanza ponendo una preclusione a sollevare tale questione nel mo-

⁸⁰ Bisogna altresì considerare l'art. 29, 1° comma del d.lgs. n. 77 del 2016 secondo cui per consentire il ricorso ai sensi dell'art. 120 del c.p.a. entro i successivi due giorni dalla loro adozione, sono pubblicati il provvedimento che determina l'esclusione dalla gara e le ammissioni. È altresì pubblicata la composizione della commissione esaminatrice. Critico su questa norma, A. DI CAGNO, *Il nuovo art 120 comma 2-bis, c.p.a. un'azione senza interesse o un interesse senza azione?* in questa rivista, 4, 2017, 2138, secondo cui la norma in questione non consente di conoscere le ragioni dell'esclusione o dell'ammissione alla gara. Di recente è stata posta dall'ord. TAR Piemonte, Sez. I, 17 gennaio 2018 n. 88, in *www.Lexitalia.it*, 1/2018, la questione della compatibilità con la normativa comunitaria dell'art. 120 comma 2° bis. Secondo il remittente questa disposizione renderebbe l'accesso alla giustizia amministrativa piuttosto gravoso, in quanto l'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 vieta di rendere noti gli atti di gara prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Ciò comporta che gli operatori dovrebbero proporre ricorsi "al buio" ovvero presentare ricorsi per l'accesso ai documenti amministrativi strumentali alla proposizione del ricorso *ex art. 120 comma 2 bis*.

mento di impugnazione della graduatoria si verrebbe ad evitare, tendenzialmente, la ripetizione della gara.

Qualche "aporìa" a queste conclusioni potrebbe derivare dall'art. 77 comma 11 del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui «In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione»⁸¹.

Da questa disposizione si potrebbe obiettare che l'impugnazione dell'aggiudicazione potrebbe essere compiuta (anche) in relazione a vizi attinenti alla composizione della Commissione.

Peraltro si ritiene che in sede di impugnazione dell'atto finale se deve realizzarsi una finalità sia di prevenzione della parzialità, sia dell'efficienza, il ricorrente dovrebbe dimostrare che da tale illegittima composizione (conflitto d'interessi, incompatibilità, assenza di soggetti tecnici)⁸², sia derivata una non corretta valutazione delle opera-

⁸¹ Sulle differenti interpretazioni giurisprudenziali di questa disposizione, si rinvia a G. IUDICA, *Note in tema di incompatibilità amministrativa ed annullamento della procedura di gara* cit.

⁸² Il giudice amministrativo ha peraltro affermato come «nelle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'esperienza nello specifico settore dei componenti della commissione è richiesta solo e soltanto per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica e non anche per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta economica, frutto di un mero calcolo non opinabile, al punto che la necessità di costituire una commissione di gara sussiste solo nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma non anche ove il criterio prescelto sia quello del prezzo più basso». V. in questa direzione, TAR Lazio-Roma, Sez. II, 24 novembre 2016 n. 11754, in *www.Lexitalia.it*. In sostanza, il giudice non riconoscendo la sussistenza in tal caso di un vizio radicale, ma di un vizio formale, richiede la c.d. prova di resistenza, cioè il ricorrente dovrebbe dare la prova del motivo per cui con una commissione di diversa composizione sarebbe stato possibile l'attribuzione di una differenza di punteggio per le offerte tecniche. Riconosce il giudice la sussistenza in capo al ricorrente di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, che si fonda però su un vizio formale che non può comportare la riedizione della procedura se non con la dimostrazione della possibilità di un diverso esito della gara. Su questa sentenza v. i rilievi di M.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, cit., 171, nota 22. V. altresì Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre

zioni di gara, quindi una parzialità effettiva. In sede di impugnazione dell'esclusione può limitarsi a sollevare un pericolo di parzialità, in quanto ancora le operazioni non sono concluse.

Per i concorsi pubblici non vi è una norma espressa che vieti l'impugnazione autonoma del decreto di nomina e per le considerazioni esposte non potrebbe ritenersi precluso.

Se comunque viene impugnato il provvedimento di esclusione, la finalità di prevenire la parzialità e contestualmente di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa fa pervenire alla conclusione che il decreto di nomina debba essere impugnato in sede di ricorso avverso il provvedimento di esclusione⁸³. In questa direzione, l'interpretazione della Plenaria sembrerebbe eccessivamente formalistica, dovendosi tener conto della finalità di efficienza della disposizione.

7. – Restando nell'ambito degli organi collegiali un vizio radicale sembra profilarsi quando sono state seguite regole di maggioranza illegittime.

Fattispecie emblematica sembra la vicenda dell'abilitazione scientifica nazionale: è stato oggetto di censura giurisdizionale l'art. 8, comma 5° del d.P.R. n. 222 del 2011, secondo cui «*la commissione delibera a maggioranza dei quattro quinti dei componenti*». Il giudice amministrativo (sent. Cons. Stato, Sez. VI, n. 470 del 2016) ha annullato l'art. 8, comma 5° del d.P.R. 14.9.2011 n. 222, in quanto questa disposizione non trova alcuna copertura nei criteri fissati dalla

2017 n. 5830, in *www.Lexitalia.it.*, 12/2017, secondo cui è legittima la composizione della commissione giudicatrice in relazione al requisito dell'esperienza nello specifico settore dei componenti della commissione in relazione all'oggetto del contratto. Non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto di gara, potendosi le professionalità dei vari componenti integrare in modo reciproco.

⁸³ L'illegittimità del decreto di nomina per mancata applicazione del principio di posteriorità in qualche fattispecie giurisprudenziale è stata dedotta in sede di impugnazione del provvedimento di esclusione, v. TAR Lazio, Sez. I *bis*, 17 marzo 2017 n. 3631. La questione peraltro è che non sussiste una barriera preclusiva, nel senso che si potrebbe far valere questo vizio in sede di impugnazione della graduatoria finale, senza che siasi maturata preclusione alcuna.

potestà regolamentare governativa dall'art. 16, comma 3°, della l. 30.12.2010 n. 240.

Di conseguenza, a seguito di esso *dictum* giudiziale⁸⁴, è illegittimo il giudizio di inidoneità per il mancato raggiungimento del *quorum* dei quattro quinti della commissione esaminatrice, dovendosi ritenere sufficiente per il conseguimento dell'idoneità – in forza dei criteri generali applicabili a tutti gli organi collegiali – il criterio della maggioranza semplice del voto dei componenti.

Altresì, in base alla predetta sentenza, la norma regolamentare in oggetto è incompatibile con l'art. 16, comma 3° lett. a) n. 240 del 2010, secondo cui l'attribuzione dell'abilitazione deve essere basata «da un motivato giudizio fondato sulla valutazione analitica dei titoli e delle pubblicazioni scientifiche». In sostanza, la norma primaria non prevedeva alcuna maggioranza qualificata, per cui la norma regolamentare non poteva avere alcuna *ratio* giustificatrice di sorta.

In questo caso si tratta di un vizio radicale che comporta l'illegittimità del giudizio di idoneità.

L'effetto conformativo del giudicato di annullamento sarebbe, per così dire *pari a zero*, in quanto, accertato da parte del giudice che la maggioranza semplice siasi raggiunta, l'annullamento del giudizio di non idoneità comporta l'attribuzione dell'abilitazione, senza necessità alcuna della nomina di una nuova commissione. Infatti il giudice amministrativo ha sostenuto che questo deriva direttamente dall'effetto caducatorio sostitutivo sull'art. 8 comma 5° del citato d.P.R.⁸⁵.

La questione della radicalità del vizio investe peraltro non il solo giudizio di inidoneità, ma la procedura abilitativa nel suo complesso. In sostanza, il giudice annulla il giudizio di non idoneità, ma il fatto che la Commissione abbia esercitato il proprio potere valutativo con una maggioranza contraria a legge dovrebbe comportare l'illegittimità dell'intera procedura.

Il che comporta la questione se il giudicato possa essere esteso ai

⁸⁴ V. Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 2016 n. 470, che conferma TAR Lazio, Sez. III *bis*, 20 novembre 2015 n. 13121, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁵ V. ad es. TAR Lazio, Sez. III, 12 settembre 2016 n. 9666, in www.Lexitalia.it, n. 11/2016; Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2017 n. 4595, in www.Lexitalia.it, 10/2017.

cointeressati⁸⁶, cioè a tutti coloro che abbiano ottenuto la maggioranza semplice.

È noto che il cointeressato, cioè colui che «possa vantare una situazione giuridica soggettiva avente a proprio contenuto l'interesse (analogo a quello del ricorrente) all'accoglimento del ricorso»⁸⁷, non è parte necessaria del processo amministrativo, non essendo destinatario di un ordine di integrazione del contraddittorio, per cui l'unico mezzo di tutela sarebbe l'estensione del giudicato⁸⁸.

Nel caso in esame peraltro sembra che le tradizionali categorie del processo di impugnazione non soccorrono, perché la posizione di cointeresse non si configura rispetto all'annullamento del provvedimento di non idoneità di chi abbia proposto ricorso, ma rispetto al-

⁸⁶ Sui cointeressati e sulla questione del litisconsorzio attivo nel processo amministrativo v. P. DEL PRETE, *Studi sul litisconsorzio nel processo amministrativo*, in *Annali della Fac. Giur. dell'Univ. Bari*, 1942, 81; A. ALBINI, *Il processo amministrativo con pluralità di parti*, in *Studi parmensi*, IV, Milano, 1954, 143; R. ALESSI, *Osservazioni intorno ai limiti soggettivi di efficacia del giudicato amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1954, 51; F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. Del dir.*, IX, Milano, 1961, 738 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1962, I, 171; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano 1971, 197; G. BRIGNOLA, *Cointeressati e controinteressati nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1683; F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/1985, 5; F. BASSI, *Litisconsorzio necessario e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/1987, 171; E. STICCHI DAMIANI, *Il cointeressato nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 3, 372 ss.; ID, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 127 ss.; L. COSSU, *Litisconsorzio (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 1; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995, 201.

⁸⁷ È la definizione di E. STICCHI DAMIANI, *Il cointeressato nel processo amministrativo*, cit., 372 ss.; ID, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, cit., 127 ss.

⁸⁸ Contro tale estensione si è orientata autorevole dottrina, la quale aveva ritenuto che il cointeressato pretermesso non può proporre ricorso per l'esecuzione del giudicato, perché l'accoglimento del ricorso elimina dal mondo giuridico l'atto lesivo, ma non accerta la situazione soggettiva, sicché egli non è munito di alcuna legittimazione. In questa direzione, V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 1994, 834 ss. Sul profilo dei cointeressati nel giudizio risarcitorio, v. G. IUDICA, *Spunti problematici in tema di poteri del giudice del risarcimento da lesione di interessi legittimi*, in *I Tar*, Parte II, 2003, 18 ss., ID, *Profili della pregiudizialità*, cit., 168 ss.

l'applicazione della norma che scaturisce dall'annullamento del regolamento Asn, cioè la sufficienza della maggioranza semplice.

Il cointeressato, cioè colui che ha raggiunto (o ritiene di avere raggiunto) la maggioranza semplice, ha una posizione qualificata all'estensione del giudicato di annullamento che riguarda però l'interesse a che venga applicata anche nei suoi confronti la regola della maggioranza semplice.

In sostanza, in capo al cointeressato vi è una pretesa qualificata a conseguire l'annullamento in autotutela del giudizio di non idoneità sulla scorta del conseguimento della maggioranza semplice⁸⁹.

Bisogna peraltro registrare che la giurisprudenza non ha ritenuto possibile tale estensione⁹⁰.

Ciò sulla scorta del rilievo che in assenza dell'impugnazione del giudizio di non idoneità non si può beneficiare in via retroattiva dell'annullamento giurisdizionale del regolamento, trattandosi di rapporti esauriti⁹¹.

Questa giurisprudenza perviene a questa conclusione perché utilizza le categorie del processo di impugnazione, come se l'oggetto del giudizio fosse il *provvedimento di non idoneità*, mentre esso verte sull'applicazione di una *norma* (quella che scaturisce dall'annullamento del regolamento). In sostanza, annullato il regolamento Asn nella parte in cui prevedeva la maggioranza qualificata, il giudice si trova solo ad accertare se la maggioranza semplice sia stata raggiunta o meno. L'oggetto del processo è diverso rispetto al tradizionale giudizio di impugnazione, proprio in relazione al vizio radicale, che investe il procedimento nel suo complesso e non il singolo atto⁹².

⁸⁹ La tecnica di tutela può essere, indifferentemente, un giudizio per l'ottemperanza al giudicato oppure l'impugnazione del silenzio inadempimento previa diffida.

⁹⁰ V. TAR Lazio, Sez. III bis, 7 luglio 2016 n. 10278, Cons. Stato, Sez. VI, 22 giugno 2017 n. 3755, Id 27 luglio 2017 n. 3756, in www.giustizia-amministrativa.it;

⁹¹ Sulla questione dell'annullamento *erga omnes* dei regolamenti, si rinvia a M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, Napoli 2011, ed ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁹² Peraltro che il vizio del *quorum* deliberativo non possa essere esteso ai cointeressati è affermato nettamente da Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2017 n. 4595 cit., per cui l'annullamento con efficacia retroattiva del regolamento Asn riguarda i

Più di recente, il giudice amministrativo ha cambiato diametralmente orientamento: ha interpretato (finalmente correttamente) la sent. del Cons. di Stato Sez. VI n. 470 del 2016, ritenendo che l'annullamento giurisdizionale del Regolamento Asn ha efficacia *erga omnes*, non riguardando solo i candidati che hanno impugnato tempestivamente il giudizio di non idoneità, ma anche quelli che, avendo conseguito la maggioranza semplice, non avevano proposto tempestiva impugnativa⁹³.

8. – I vizi radicali possono riguardare la composizione della commissione di concorso o di gara in relazione a ipotesi di componenti in situazione di conflitto di interessi⁹⁴ e di incompatibilità⁹⁵.

rapporti non ancora esauriti cioè i giudizi abilitativi in corso. Tale affermazione peraltro sembra contraddittoria, in quanto in tal modo non vi è estensione *erga omnes*, ma una applicazione solo a coloro che hanno proposto impugnazione (tempestiva).

⁹³ V. Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2017, n. 5287, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Un certo stupore deriva dal fatto che a distanza di poco tempo la medesima sezione cambi così totalmente orientamento, in una questione di tale delicatezza per l'aspettativa di carriera dei candidati. In sostanza secondo quest'ultima pronuncia, una volta che il giudice accerti il raggiungimento della maggioranza semplice, l'amministrazione in sede di autotutela non ha alcuna discrezionalità, dovendo annullare il giudizio di non idoneità, mentre nelle precedenti sentenze l'autotutela sarebbe discrezionale rispetto a coloro che non hanno impugnato tempestivamente il giudizio di non idoneità, proponendo invece ricorso per l'estensione del giudicato. In particolare, nella decisione si annulla parzialmente una nota della Direzione generale del Dipartimento per la formazione superiore e per la ricerca del Ministero dell'istruzione che interpretava la sent. del Cons. Stato, Sez. VI, n. 470 del 2016 nel senso che l'annullamento della norma regolamentare sulla maggioranza qualificata non poteva applicarsi a quei candidati non idonei che non avessero proposto tempestivamente impugnato. In tal caso non sussiste per il Collegio una autotutela "selettiva", ma vincolata.

A seguito della decisione del Cons. Stato n. 5287 del 2017 il Miur ha avviato la procedura per l'esecuzione del giudicato per i candidati abilitati con maggioranza semplice nelle tornate 2012-2013 con nota 13 luglio 2018 n. 9190.

⁹⁴ Sul conflitto d'interessi, in termini generali, v. A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Torino, 2002; S. CASSESE, *Conflitti d'interesse: il fiume di Eracleo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 235 ss.; S.F. RAMOS, J.M. PÉREZ MONGUIÓ, *La imparzialità en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Aranzadi, 2012; B. AUBY, E. BREEN, T. PERROUD, *Corruption and conflicts of interest: a comparative law ap-*

Bisogna infatti considerare che già risalente giurisprudenza considera l'obbligo di astensione come *regola generale e inderogabile di ordine pubblico*, applicabile anche al di fuori di espresse previsioni legislative, finalizzato ad assicurare la «serenità della scelta amministrativa discrezionale»⁹⁶.

Il conflitto d'interessi nel procedimento è disciplinato dall'art. 6-bis l. n. 241 del 1990⁹⁷, introdotto dalla l. n. 190 del 2012, secondo cui «Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoproce-

proach, in *EEP*, 2014; sui rapporti tra conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni, v. M. CATRICALÀ, *La disciplina del conflitto d'interessi nell'esercizio delle professioni*, in *Dir. amm.*, 2011, 381 ss.; M. SPASIANO, *Conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni*, in *Nuove autonomie*, 2013, 45 ss., M.C. D'ARIENZO, *Obblighi di astensione e di segnalazione nel procedimento amministrativo e pienezza di tutela*, in *www.federalismi.it*. Sul conflitto d'interessi in relazione alla legge 20 luglio 2004, n. 215, v. C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto d'interessi*, Milano, 2013; S. VILLAMENA, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e provvedimento amministrativo*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del Convegno Salerno, 14-15 novembre 2014, a cura di Sergio Perongini, Torino, 2017.

⁹⁵ Per il regime di incompatibilità dei dipendenti pubblici, anteriormente alla legge n. 190/2012, v. B. GAGLIARDI, *La giurisdizione in materia di pubblico impiego e il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici*, in *Foro amm. Cds*, 2004, 2562; V. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 1097 ss.; 965; M. D'APONTE, *Lo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. nelle p.a.*, 2011, 965 ss. Per le incompatibilità successive alla legge n. 190/2012, v. B. PONTI, *Le modifiche all'art. 53 del testo uniso sul lavoro alle dipendenze della p.a., (art. 1, commi 39-40 e 42-43)*, in *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, 167 ss.; F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, 191 ss.; V. TENORE, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, 2014, 121 ss.; G. CAMILLERI, *Attività extraistituzionali autorizzabili per i pubblici dipendenti*, in *www.Lexitalia.it*, n. 12/2014, G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., 113 ss.

⁹⁶ V. Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2003 n. 2826, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹⁷ Su questa disposizione v., G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in *La legge anticorruzione*, cit., 167 ss.; S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2013, 671 ss.

dimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto d'interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».

Secondo il giudice amministrativo⁹⁸, tale disposizione riguarda non solo chi è chiamato a svolgere compiti di natura gestionale, ma è applicabile anche alle commissioni giudicatrici dei concorsi pubblici che devono garantire nella loro composizione «trasparenza, obiettività e terzietà di giudizio».

La differenza tra il conflitto d'interessi e l'incompatibilità consiste nella circostanza che il primo così come ora configurato, è atipico, cioè non confinato in ipotesi legislativamente previste, di conseguenza dovrà essere l'amministrazione a valutare la gravità della fattispecie di astensione. Nell'incompatibilità invece riprende quota il principio di legalità, per cui non si possono configurare ipotesi di incompatibilità legislativamente non previste, essendo quindi precluso il ricorso all'analogia⁹⁹.

Tale distinzione peraltro è stata messa in discussione dal giudice amministrativo di 2° grado¹⁰⁰ secondo cui nell'ipotesi di conflitti d'interessi «i componenti delle commissioni giudicatrici hanno l'obbligo di astenersi solo se sussiste una delle condizioni tassativamente indicate nell'art. 51 c.p.c., senza che le cause di incompatibilità previste dalla stessa disposizione possano essere oggetto di estensione analogica». Il valore affermato dal giudice di secondo grado è la certezza giuridica, in quanto seguendo il ricorso all'analogia «non vi sarebbe alcuna certezza in merito alla stabilità delle commissioni in esame, potendo essere messa in discussione l'imparzialità dei suoi componenti sulla base di qualunque elemento induttivo che potrebbe essere considerato soggettivamente in grado di inficiare l'imparzialità della commissione di esame [...]». In questa direzione, l'art. 51 c.p.c. realizza per il giudice un bilanciamento adeguato tra il princi-

⁹⁸ TAR Abruzzo-Pescara, Sez. I, 19 febbraio 2015 n. 316, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁹ Diffusamente sul punto, G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., 38 e 140.

¹⁰⁰ V. Cons. Stato, Sez. III, 28 aprile 2016 n. 1628, in www.giustizia-amministrativa.it. Riporta questo contrasto di orientamenti tra giudice amministrativo di 1° e secondo grado in tema di conflitto d'interessi la Delibera Anac 1 marzo 2017 n. 209, in www.anticorruzione.it.

pio di imparzialità e l'esigenza di garantire la certezza giuridica in merito alla stabilità delle commissioni¹⁰¹. Sembra in sostanza meglio garantire il principio di efficacia affermato dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990.

A nostro avviso, come sostenuto in un nostro scritto precedente,¹⁰² l'art. 6 *bis* sembra dettare un criterio di generale applicazione¹⁰³, riferibile anche agli organi collegiali¹⁰⁴, configurando un conflitto atipico. Indubbiamente l'atipicità del conflitto d'interessi può portare – come rilevato dalla dottrina straniera¹⁰⁵ – ad una compromissione del principio di sicurezza giuridica.

In presenza di tale conflitto d'interessi, *a fortiori* è necessaria una adeguata istruttoria da parte della pubblica amministrazione ed una

¹⁰¹ Nella specie infatti il giudice amministrativo (*op. ult. cit.*) ritiene che la collaborazione scientifica tra candidato e commissario non rientra nell'ipotesi di astensione dell'art. 51 c.p.c., non potendo tale disposizione essere oggetto di estensione analogica.

¹⁰² G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., 80 ss., 152 ss.

¹⁰³ Sull'art. 6 *bis* come norma generale e di principio, v. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 835, in part. nota 147. L'A. osserva che se l'art. 6 *bis* fosse una norma repressiva e di carattere penale non sarebbe estensibile analogicamente, dovendosi considerare invece norma amministrativa riguardante la validità dell'atto e dell'organizzazione.

¹⁰⁴ Vi sono invero disposizioni speciali per gli organi collegiali degli enti locali, v. G. IUDICA, *op. ult. cit.* 24 ss.

¹⁰⁵ S.F. RAMOS, J.M. PÉREZ MONGUIÓ, *La imparzialità en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, cit., 204. Questa impostazione, ritiene possibile, *de lege ferenda*, introdurre un sistema misto in cui da una parte si elencano cause tassative di astensione e ricusazione. Dall'altra si preveda una clausola aperta in cui in relazione a gravi motivi, possano essere ammesse ipotesi di conflitto non tassative, *op. cit.*, 72 e 204. È significativo che questa impostazione richiami il nostro art. 52 c.p.c., comma 2, (*rectius*, sarebbe l'art. 51, comma 3, c.p.c.) che, in relazione all'astensione facoltativa si riporta a "gravi ragioni di convenienza", *op. cit.*, 72, nota 93. A nostro avviso, questo sistema misto solleva qualche perplessità: in quanto o si adotta un sistema in cui si configura una astensione obbligatoria e facoltativa (sistema seguito dal nostro codice di rito), oppure si introduce (come nel ns. sistema è stato fatto con l'art. 6 *bis*), un conflitto d'interessi atipico. In sostanza, il ricorrere di una causa non tassativamente prevista (e quindi ragionevolmente meno grave), dovrebbe portare ad una astensione facoltativa. Se invece qualsiasi causa può essere grave nel medesimo modo, ci sembra porti ad un conflitto d'interessi necessariamente atipico.

prudente valutazione del giudice¹⁰⁶. Per garantire la sicurezza giuridica bisognerà riportarsi alle consolidate ipotesi di astensione previste dall'art. 51 c.p.c., ricorrendo nei casi dubbi a parametri quali le «gravi ragioni di convenienza» (art. 51, comma 3° c.p.c.).

Il conflitto d'interessi configurato dall'art. 6 *bis* sembra profilarsi come conflitto "statico", cioè è sufficiente che vi sia un conflitto (potenziale o attuale¹⁰⁷) tra interesse generale e interesse personale.

Esemplificando rispetto a una fattispecie di conflitto (attuale) si pensi al caso di un Presidente di Commissione di concorso e una candidata che sia fidanzata con il figlio del Presidente¹⁰⁸.

La violazione dell'art. 6 *bis* si realizza per il solo fatto dell'omessa astensione, senza che sia necessario che la candidata in questione sia (concretamente) avvantaggiata e altri candidati siano (concretamente) posti in una situazione di disparità di trattamento, ma solo per il fatto della posizione di conflitto tra Presidente e candidata.

Se invece si trattasse di un conflitto dinamico, la violazione verrebbe a realizzarsi non per il conflitto in sé, ma in relazione agli effetti di un provvedimento che producono disparità di trattamento (ad es. graduatoria concorsuale).

A nostro sommo avviso, non si può trattare di conflitto dinamico, in quanto la norma non configura l'obbligo di astensione per evitare un danno all'interesse pubblico concreto.

Ora, ci sembra che a seconda che il conflitto sia configurato – come statico o dinamico – è diverso il bilanciamento di interessi da effettuare.

Nel primo caso ci sembra che la violazione da accertare sia il mancato adempimento del dovere d'integrità: in sostanza, indipendentemente dalla decisione adottata, il fatto che il dipendente sia in conflitto d'interessi, pregiudica tale valore e alimenta la sfiducia alla collettività sull'operato della pubblica amministrazione.

In tale direzione, la legittimazione dell'amministrazione deriva dal-

¹⁰⁶ *Op. ult. cit.*, 155.

¹⁰⁷ Sulla distinzione tra conflitto attuale e potenziale, si rinvia a S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione*, cit., 685, e G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., 35.

¹⁰⁸ È la fattispecie considerata da TAR Abruzzo-Pescara, Sez. I, 19 febbraio 2015 n. 316, cit.

l'adempimento del dovere d'integrità: il funzionario deve astenersi anche se vi sia solo un conflitto potenziale d'interessi, indipendentemente dal concreto pregiudizio che l'amministrazione possa ricevere¹⁰⁹.

A ben vedere, così opinando, non viene in gioco il c.d. interesse pubblico "amministrativo"¹¹⁰, cioè il c.d. interesse pubblico specifico: ad es. l'interesse alla repressione degli abusi edilizi, l'interesse alla selezione dei migliori nei concorsi pubblici o l'offerta migliore nelle gare¹¹¹.

Nel conflitto statico viene invece in questione un interesse che deve essere considerato come "generale"¹¹², in quanto previsto dalla legge e che è, per dir così, trasversale ad ogni procedimento: è l'interesse all'integrità amministrativa¹¹³, da cui dipende la fiducia del cit-

¹⁰⁹ G. IUDICA, cit., 7.

¹¹⁰ Su cui v. *amplius*, A. CIOFFI, *L'interesse pubblico*, cit., 817 ss. In generale, sulla nozione di interesse pubblico, v. senza pretesa di completezza, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Del dir.* XXII, Milano, 1972, 1 ss.; L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per una analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 1968, 274; A. CATELANI, *In tema di interesse pubblico e di interesse privato nella giurisdizione amministrativa di legittimità* (nota ad Cons. Stato, Ap. 8 gennaio 1966 n. 1), *Foro Amm.*, 1967, II, 28; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 57 ss.; D. SORACE, *Gli interessi di servizio pubblico tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, *Foro It.*, 1988, V, 205 ss.; M. SPASIANO, *Interesse pubblico-interesse privato: la crisi della «grande dicotomia»*, *Legalità e giustizia*, 1995, 547; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 413 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 320; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 75 ss.

¹¹¹ Si mantiene fermo, per quello che si è detto in precedenza (v. par. 6) che l'interesse pubblico specifico, nella nostra visione, non appartiene esclusivamente all'amministrazione, ma quantomeno a quella parte del corpo sociale che partecipa a quel certo procedimento: in sostanza, ai pretesi autori di abusi edilizi, ai partecipanti al concorso o alla gara ecc. ecc.

¹¹² V. sul punto, per tutti E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 6 ss., per cui interesse generale è quello definito dal legislatore come interesse pubblico astratto. L'interesse pubblico concreto (amministrativo) è il risultato di un giudizio, fondato su criteri, quali l'imparzialità e il buon andamento, che determinano quell'interesse.

¹¹³ In altra guisa si potrebbe dire l'interesse all'imparzialità in astratto o potenziale.

tadino nell'amministrazione. In sostanza, un interesse individuato dalla l. n. 190 del 2012 che viene ad "incrociare" ogni procedimento.

Tale interesse non deve essere bilanciato con l'interesse ai partecipanti al procedimento, perché esso è indipendente dal vantaggio o dallo svantaggio che tali partecipanti possano conseguire dalla situazione di conflitto¹¹⁴. Il bilanciamento dovrà invece essere effettuato, in relazione all'art. 1 della l. n. 241 del 1990, con il principio di efficacia dell'azione amministrativa. In sostanza si dovrà accertare che l'ipotesi di astensione sia talmente grave da giustificare una stasi del procedimento, una interruzione alla sua continuità.

Il bilanciamento con il principio di sicurezza giuridica dovrà essere compiuto, per quello che si è esposto in precedenza, riportandosi alle consolidate ipotesi di astensione previste dall'art. 51 c.p.c., ricorrendo nei casi dubbi a parametri quali le «gravi ragioni di convenienza» (art. 51, comma 3° c.p.c.).

Ove invece si configuri un conflitto d'interessi sotto il profilo dinamico, la gravità del conflitto dovrà essere connessa alla tipologia di vantaggio che il partecipante al procedimento può conseguire: se, ad es., la candidata è fidanzata del figlio del Presidente della commissione, il giudice (o l'amministrazione in sede di autotutela) dovrà accertare se vi sia stata disparità di trattamento essendo avvantaggiata quella candidata¹¹⁵.

¹¹⁴ Diversa la formulazione dell'art. 323 c.p. in tema di abuso d'ufficio in cui l'omissione dell'astensione è correlata all'aver procurato un danno o un vantaggio a sé od altri. V. su questo confronto con l'art. 6 bis, v. S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione*, cit., 677. Diversa pure la formulazione dell'art. 2391 c.c., per cui l'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale dell'interesse personale che abbia in una certa operazione societaria (discovery). Secondo autorevole dottrina, questo sarebbe un principio generale da applicare al diritto amministrativo, in alternativa alla rituale astensione dell'art. 78 del d.lgs. n. 267 del 2000. V.G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012, 35.

¹¹⁵ Elemento peraltro nel concreto difficile da provare: si pensi a indebiti vantaggi attribuiti in sede di prova orale, laddove si dovrebbe individuare un atteggiamento più "morbido" da parte della Commissione, che è difficile individuare dalla verbalizzazione in assenza di elementi oggettivi (per es. non avere rispettato la durata prevista dal bando per la prova orale o avere effettuato un numero di domande inferiore a quelle previste ecc.).

Il vantaggio acquisito è in sostanza motivo di lesione dell'interesse pubblico specifico che consiste ad es. nell'obbligo dell'amministrazione di scegliere i candidati con i migliori requisiti¹¹⁶.

Ora, la questione è se in presenza della violazione dell'obbligo di astensione la conseguenza debba essere necessariamente l'annullamento dell'intero procedimento amministrativo¹¹⁷.

Bisogna considerare che la giurisprudenza, già da epoca risalente¹¹⁸

¹¹⁶ Peraltro bisogna considerare che talvolta in giurisprudenza non si ha una interpretazione uniforme dell'art. 6 *bis*, passando da un conflitto statico ad uno dinamico. In qualche caso si considera solo un interesse all'imparzialità: ad es. in un concorso a dirigente medico si annulla la graduatoria in quanto il Presidente della Commissione aveva rapporti con i candidati vincitori, senza che sia decisiva la disparità di trattamento (v. TAR Abruzzo-Pescara, Sez. I, 19 febbraio 2015 n. 316). In altri casi si considera invece l'interesse pubblico concreto: un Comune aggiudica un servizio di mensa scolastica. Successivamente, l'aggiudicazione viene annullata in autotutela sotto il profilo che il figlio del Rup è alle dipendenze della società aggiudicataria. Il conflitto viene negato perché non si configura danno all'interesse pubblico, al "reale interesse pubblico". Per il giudice, in assenza di tale danno si ricade nella "retorica della mera legalità" (v. TAR Abruzzo, Sez. I, 24 aprile 2014 n. 195). Su questo contrasto giurisprudenziale v. A CIOFFI, *op. ult. cit.*, 87, secondo cui la determinazione degli interessi è affidata al giudice amministrativo. A nostro avviso invece, si tratta di una fattispecie di pericolo, in cui si vuol prevenire la parzialità, non essendo rilevante il danno all'interesse pubblico concreto. Per il vero sembra singolare la posizione del giudice amministrativo che interpreta la norma a seconda delle fattispecie come se avesse finalità completamente diverse. Semmai la questione (ove naturalmente si voglia interpretare la norma come ponente un conflitto statico) è la gravità dell'astensione, cioè l'idoneità della fattispecie a porre in pericolo l'imparzialità. Se l'ipotesi sollevata non è grave il funzionario non deve astenersi e la fattispecie di pericolo non si realizza.

¹¹⁷ Secondo M.C. D'ARIENZO, *Obblighi di astensione e segnalazione nel procedimento*, cit., 15, l'inosservanza dell'obbligo di astensione è una condotta particolarmente grave, comportando l'annullabilità degli atti adottati escludendosi l'applicabilità dell'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990. Ciò in quanto non si tratta di un vizio marginale, né ininfluenza sul processo decisionale.

¹¹⁸ V. Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 1949 n. 199, in *Foro Amm.*, 1949, 348 ss., secondo cui se un organo collegiale è illegittimamente costituito per incompatibilità di uno dei suoi componenti, questo motivo di ricorso assorbe tutti gli altri.

L'assorbimento veniva giustificato in quanto «La imparzialità dei componenti di un collegio, sia questo fornito anche di sole funzioni consultive, va assicurata col maggiore rigore, per evidenti fini di giustizia e di pubblico interesse». La maggiore gravità del motivo del conflitto d'interessi giustificava quindi l'assorbimento degli

considera il vizio derivante dal conflitto d'interessi come vizio radicale, preminente su tutti gli altri, di conseguenza assorbe i motivi¹¹⁹ ed annulla l'intero procedimento¹²⁰.

altri motivi. Nella fattispecie, il giudice amministrativo considera illegittimo il provvedimento con cui venga collocato a disposizione un ufficiale della Marina (nella specie un colonnello di Porto), in seguito al parere di non prescelto dato dalla Commissione suprema di avanzamento, quando un membro della Commissione stessa sia stato un maggiore generale che ha un contrasto d'interessi coll'interessato che dalla promozione avrebbe potuto conseguire un posto più vantaggioso nella graduatoria dei maggiori generali del Porto. Questa prassi dell'assorbimento di motivi in relazione alla censura derivante dal conflitto d'interessi si riscontra pure in qualche decisione degli anni '60 del secolo scorso, v. Cons. Stato, Sez. V, 16. 12 1966, n. 1601, in *Foro amm.*, 1966, 2057 ss. Nella specie, la previsione dell'art. 273 T.U. del 1934, n. 1265 concernente la partecipazione del Medico Provinciale al Comitato di amministrazione del Consorzio provinciale antitubercolare è incompatibile con il nuovo sistema della legge n. 296/1958 che ha sostituito il medico provinciale allo stesso Prefetto nelle attribuzioni di natura sanitaria. Infatti è inammissibile che sulla stessa persona coincidano le funzioni attive di partecipazione collegiale di un ente e quella di attività tutoria dell'ente stesso, in quanto ai sensi delle leggi vigenti dell'epoca, tali funzioni devono essere necessariamente separate ed indipendenti. Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2002, n. 5279, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in tema di concorso pubblico; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2252, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in tema di gare pubbliche.

¹¹⁹ In epoca risalente sull'assorbimento dei motivi, v. M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro It.*, V, 1975, 17 ss., che auspicava prudenti soluzioni in tema di assorbimento dei motivi da parte della giurisprudenza dovendosi limitare il c.d. abuso di assorbimento, che comporta la composizione dei motivi di ricorso in una serie di censure «prive nella loro scucitura di effettivo mordente», *op. cit.*, 19.

In dottrina peraltro correttamente si afferma che l'assorbimento dei motivi costituisce ipotesi di abuso del processo, in quanto lede il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

V. in questa direzione, N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 2008, tomo 1, 12. Non del tutto contrario al meccanismo dell'assorbimento dei motivi sembra A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 821. L'Illustre autore ammette l'assorbimento, ritenendo peraltro che nel caso di vizio il cui accoglimento comporti un più ampio effetto conformativo del giudicato, non è escluso che possa intervenire in autotutela l'amministrazione. Per esempio, se il giudice accoglie solo un motivo concernente un erroneo punteggio in graduatoria ed assorbe il motivo concernente l'illegittima composizione della Commissione, l'amministrazione, che deve tutelare l'interesse pubblico, potrebbe annullare l'intera pro-

Per quanto già considerato in precedenza, bisogna considerare che l'interesse all'annullamento configurato dall'art. 21-*octies* l. n. 241 del 1990 si configura quando vi sia la possibilità di ottenere un provvedimento di segno diverso, che realizza l'interesse materiale del ricorrente: di conseguenza, si rinvia alle considerazioni già svolte in merito.

Certo, si potrebbe obiettare che il ricorrente vanta un interesse (legittimo) di natura strumentale: se ad es. la composizione della Commissione è illegittima in quanto vi è un pericolo di parzialità, l'interesse del ricorrente sarebbe quello di conseguire la ripetizione della procedura con una commissione in diversa composizione.

Contro questa impostazione ci sembra che la fattispecie di pericolo di parzialità del conflitto d'interessi (o dell'incompatibilità) configura diversamente l'interesse ad agire nel processo amministrativo¹²¹.

In sostanza, la circostanza che vi sia nell'art. 6 *bis* un interesse all'integrità, cioè un interesse generale, diverso dall'interesse pubblico specifico (interesse configurato nel procedimento ed emergente dal

cedura rilevando essa tale vizio di composizione. Nel caso peraltro del vizio derivante dal conflitto d'interessi ciò non avviene in quanto la giurisprudenza considera tale vizio come radicale, preminente su tutti gli altri.

Sull'abuso del processo, v. da ultimo, organicamente, G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015. In particolare, l'A. rileva che nel caso di abuso del processo da parte del giudice (tra cui rientra il c.d. assorbimento improprio dei motivi), nel processo non vi sono sanzioni nei confronti del giudice, potendovi essere semmai margini per responsabilità solo sul piano disciplinare, *op. cit.*, 675.

Sull'assorbimento nel processo civile in relazione al motivo prioritario o ragione "più liquida", v. Corte cass. civ., SS.UU., 12 dicembre 2014, in *Foro It.*, cit., 861 ss.

¹²⁰ Sull'omessa astensione come causa di nullità del provvedimento amministrativo, v. G. IUDICA, cit., 49 ss.

¹²¹ L'interesse generale fonda ad es. la legittimazione del terzo ad agire contro la denuncia di inizio attività, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il «terzo» nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, cit. 29, ove si dimostra che l'interesse generale del terzo può essere il riflesso dell'interesse generale e di norme legislative generali, che riconoscono relazioni sociali tra le persone. In generale, sull'interesse ad agire L.R. PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004; B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano 2004.

dialogo procedimentale amministrazione-cittadino)¹²², comporta più che la possibilità, la necessità di impugnare il decreto di nomina della Commissione, o quantomeno il diniego di ricasazione del commissario¹²³.

Rispetto a tali atti si configura come già considerato un diritto all'imparzialità o un interesse legittimo, correlato non al corretto esercizio del potere, ma al pericolo che tale potere non venga esercitato imparzialmente, un interesse legittimo di tipo potenziale¹²⁴ che però assume carattere rilevante in relazione alle finalità preventive della corruzione previste dalla l. n. 190 del 2012¹²⁵.

¹²² In tema di classificazione degli interessi legittimi si è considerato che vi sono interessi legittimi al rispetto della legalità dell'azione amministrativa. Questi però sono interessi che si configurano in capo a terzi. Ad es il vicino che si ritiene pregiudicato dalla realizzazione di una certa costruzione, indipendentemente dal pregiudizio che può subire in concreto, oppure enti esponenziali che fanno valere interessi collettivi o di categoria. V. per questa classificazione B. SPAMPINATO, *Tipologia di interessi legittimi e forme di tutela*, Torino, 2010, 99 ss.

¹²³ Come si è visto nel par. 4 il decreto di nomina secondo la giurisprudenza non è autonomamente impugnabile non essendo ancora per il cittadino una lesione attuale, mentre è possibile presentare istanza di ricasazione, il cui accoglimento è pienamente impugnabile da parte del commissario dichiarato ricusato, sul punto v. TAR Lombardia-Milano, Sez. I, 4 settembre 2014 n. 2307, in *www.lexitalia.it*, con nota di O. CARPARELLI, *Il "pericolo" delle relazioni sentimentali dei commissari di concorso*, *ivi*. Sulla tematica della ricasazione nel procedimento amministrativo, v. A. PUBUSA, *Ricasazione e astensione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, 431.; G. IUDICA, cit., 51 ss.

¹²⁴ Di una possibile lesione potenziale parla L. PERFETTI, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit., 217, nota 230.

¹²⁵ D'altra parte in passato autorevole dottrina ha ritenuto che il problema delle situazioni giuridiche soggettive è difficilmente riducibile al tradizionale schema diritto soggettivo-interesse legittimo, essendovi una molteplicità di situazioni tutelabili. V. in questa direzione. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir. Aggiornamento*, II, Milano 1998, 986. In relazione all'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016 si configura un interesse legittimo "virtuale" a tutela anticipata diverso da quello che ha la caratteristica dell'attualità. V.A. CAIFFA, *I ricorsi giurisdizionali (art. 204)*, in *I nuovi appalti pubblici*, (a cura di M. Corradino, S. Sticchi Damiani), Milano, 2017, 738 ss. Tale interesse legittimo potenziale può coinvolgere diversi valori. V. ad es. TAR Puglia, Sez. II, 27 giugno 2016 n. 1040 in *www.Lexitalia.it*: si ritiene legittimo l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di una gara di appalto sul rilievo che due componenti il comitato esecutivo dell'ente pro-

Un interesse quindi non correlato alla corretta sistemazione degli interessi coinvolti nel "problema amministrativo"¹²⁶, ma alla prevenzione della parzialità, strumentale a tale obiettivo. Ma tale strumentalità non comporta la ripetizione della procedura, ma il sindacato sugli atti - quali il decreto di nomina e il diniego di ricusazione - che tale imparzialità non (adeguatamente) tutelano.

Sembra profondamente attuale l'insegnamento del Sandulli, secondo cui il mancato assolvimento dell'onere di ricusazione comporta la preclusione ad impugnare il provvedimento per il solo fatto della partecipazione alla sua adozione delle persone ricusabili.

Il cittadino, sempre secondo questa impostazione, può impugnare il provvedimento facendo valere un eccesso di potere per disparità di trattamento adducendo come indizio la (indebita) partecipazione del funzionario. In effetti, decorso il termine per presentare l'istanza di ricusazione, si produce un effetto *preclusivo*: non può il cittadino impugnare il provvedimento deducendo il conflitto d'interessi, in quanto ha l'onere di farlo nei termini per la ricusazione¹²⁷.

A nostro sommo avviso, ci si discosta rispetto alla tesi del Sandulli sotto questo profilo: l'effetto preclusivo derivante dal mancato assolvimento dell'onere di ricusazione nei termini comporta che il conflitto d'interessi non può essere fatto valere nemmeno come indizio di eccesso di potere. Si dovrà solo ed esclusivamente dimostrare che sussista la disparità di trattamento, perché ammettere un elemento indiziario significa introdurre nel percorso decisionale del giudice una presunzione che lo porterebbe ad annullare senz'altro il provvedi-

cedente hanno approvato gli atti di gara e hanno assunto anche il ruolo di componenti la commissione giudicatrice. È interessante notare che il Tar rileva la situazione di pericolo sia rispetto al valore dell'imparzialità (evitare indebiti favoritismi) sia rispetto al valore dell'*oggettività*, per evitare che l'autore delle regole della gara dia ad esse significati impliciti, presupposti indiretti o comunque semantici che risentano di convinzioni o concezioni preconcepite che hanno indirizzato la formulazione delle stesse regole.

¹²⁶ Per questa definizione, A. ROMANO TASSONE, 981.

¹²⁷ *Contra*, A. PUBUSA, *Ricusazione*, cit., 433, secondo cui, ancor se non sia prevista la ricusazione, il provvedimento può essere impugnato in presenza di causa di incompatibilità.

mento, vista la gravità del vizio del conflitto d'interessi, attinente ai doveri d'integrità del funzionario¹²⁸.

Peraltro, riprendendo le considerazioni già sviluppate in ordine a sanzioni che possono colpire il soggetto, vi possono essere sanzioni ugualmente efficaci rispetto al conflitto d'interessi, quali la sanzione disciplinare o il risarcimento del danno all'immagine o al prestigio della pubblica amministrazione¹²⁹, che conducono al ripristino della legalità violata.

A conclusione di questi rilievi sul conflitto d'interessi non si può non rilevare il recente trattamento processuale riservato a tale vizio. Per comprendere questo profilo è necessario richiamare il principio di diritto affermato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5 del

¹²⁸ In questa direzione, G. IUDICA, *op. cit.*, 52.

¹²⁹ Nella direzione di sanzioni disciplinari in tema di conflitto d'interessi, v. il piano della prevenzione della corruzione approvato con delibera n. 72 del 2013, secondo cui «La violazione sostanziale della norma, che si realizza con il compimento di un atto illegittimo, dà luogo a responsabilità disciplinare del dipendente suscettibile di essere sanzionata con l'irrogazione di sanzioni all'esito del relativo procedimento». Peraltro il piano prevede che la violazione sostanziale della norma può «costituire fonte di illegittimità del procedimento e del provvedimento conclusivo dello stesso, quale sintomo di eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della funzione tipica dell'azione amministrativa». Nonostante questa disposizione, a nostro avviso non necessariamente il provvedimento sarà annullabile, in quanto è prevalente il criterio dell'art. 21-octies secondo cui per conseguire l'annullamento vi deve essere la possibilità di un riesercizio del potere con un provvedimento di segno diverso. L'eccesso di potere per sviamento dovrà essere concretamente dimostrato. In dottrina sull'ammissibilità di sanzioni disciplinari nell'ipotesi di conflitto d'interessi, v. S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione*, cit., 693, ancor se riferisce tali sanzioni a comportamenti dei dipendenti che non influiscono su processi decisionali: ad es. un impiegato dell'ufficio studi che selezioni alcuni dati rispetto ad altri per il proprio interesse. Per G. IUDICA, *Il conflitto*, cit., 59, invece anche in presenza di un dipendente che influisca nel processo decisionale la sanzione adeguata può essere quella disciplinare, perché il fatto che il provvedimento sia illegittimo non comporta necessariamente la sua annullabilità. In differente linea di pensiero si colloca S. VILLAMENA, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e provvedimento amministrativo*, cit., 291, per cui deriva dall'art. 54 Cost. (in conformità al quale il dipendente deve esercitare le funzioni pubbliche con disciplina e onore), la conclusione che nei casi più gravi di conflitto il provvedimento può essere nullo (si tratta per l'A. di una nullità di protezione). Mentre si ritiene che la sanzione disciplinare non ha mai rappresentato un limite serio al cattivo operato dei funzionari pubblici.

2015¹³⁰: «Secondo una lettura oggettiva, i poteri cui si riferisce l'art. 34, comma 2, primo periodo c.p.a. ("in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non esercitati") sono quelli mai esercitati da alcuna autorità; secondo una opposta lettura, di indole oggettiva, il riferimento è anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente. È senza dubbio da preferirsi quest'ultima esegesi, più rispettosa del quadro sistematico e dei principi costituzionali: diversamente opinando, del resto, verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità amministrativa competente, sia appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia, dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato, prima al procedimento, e poi al processo, in violazione di precise coordinate costituzionali: l'art. 97, commi 2 e 3 Cost., infatti riserva alla legge l'ordinamento delle amministrazioni e il riparto delle sfere di competenza e attribuzione, impedendo all'autorità amministrativa di derogarvi a suo piacimento. L'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione), che storicamente, nel disegno costituzionale ha giustificato e consolidato il sistema di giustizia amministrativa. Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta e di parere obbligatorio o valutazione tecnica si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può far altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*. A ben vedere nel disegno del codice tale tipologia di vizi è talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte. A quest'ultima se intende ottenere una pronuncia su tali peculiari modalità di (mancato) esercizio del potere amministrativo si aprono perciò due strade: non sollevare la censura di incompetenza (e le altre assimilate) oppure sollevarla ma nella consapevolezza dell'impossibilità di graduarla».

Bisogna registrare che una pronuncia del giudice amministrativo

¹³⁰ V. la letteratura richiamata in nota 1.

di 1° grado, conformandosi ai principi affermati dalla Plenaria, accomuna a queste descritte ipotesi la fattispecie del componente di commissione di gara incompatibile come «*irregolare costituzione dell'organo deliberante*», inquadrandolo in quei vizi di legittimità che, comportando secondo l'Adunanza una radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica, impongono al giudice di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa, dalla prospettazione del ricorrente e dalla graduazione dei motivi¹³¹.

La questione è se il conflitto d'interessi (o comunque l'incompatibilità) possa innanzitutto inquadrarsi nel vizio di incompetenza e se come vizio radicale possa venire in considerazione l'art. 34, comma 2°, c.p.a.

Invero in passato, autorevole dottrina¹³² ha ritenuto che quando la persona titolare dell'organo, pur essendovi una ipotesi di incompatibilità funzionale non si astiene (ovvero pur essendo ricusato, continua a far parte dell'organo), si profila una mancanza di legittimazione relativa, che si inquadra nell'incompetenza. In tal caso, l'atto è illegittimo per il solo fatto della sussistenza della causa d'incompatibilità, restando irrilevante l'indagine rivolta a stabilire se tale causa poteva influire sull'adozione o contenuto dell'atto¹³³.

A nostro avviso, l'ipotesi di conflitto d'interessi (o dell'incompatibilità) non può concernere il vizio di incompetenza, riguardando una patologia non del *provvedimento*, ma del *procedimento*, essendo assenti le condizioni legittimanti dell'esercizio del potere.

Per quanto esposto finora, vi è una scissione tra imparzialità del

¹³¹ V. TAR Lazio-Roma, Sez. III bis, 4 maggio 2016 n. 5063 in *www.Lexitalia.it*, 5/2016, con nota di G. IUDICA, *Note in tema di incompatibilità amministrativa e annullamento della procedura di gara* ivi, cit. Nella specie, il Presidente di un seggio di gara non poteva rivestire la carica di dirigente, in quanto nel momento del conferimento dell'incarico dirigenziale a tempo determinato, disposto con decreto del Sindaco, rivestiva la carica di consigliere comunale presso altro ente della Regione. Tali atti di nomina erano affetti da nullità insanabile per il combinato disposto di cui agli artt. 7 comma 2° lett. b) e 17 del d.lgs. n. 39 del 2013.

¹³² In questa direzione, A. CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, 206.

¹³³ Per A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 691, l'ipotesi di conflitto d'interessi non riguarda il vizio d'incompetenza, in quanto, avendo riguardo al soggetto, si risolve in violazione di legge.

soggetto ed imparzialità riferita al provvedimento. Il dipendente pubblico se è in una situazione di conflitto d'interessi viola il suo dovere d'integrità, non realizzando l'imparzialità amministrativa. Rispetto al provvedimento però, la lesione dell'imparzialità deve essere vista in senso oggettivo, cioè rispetto agli effetti del provvedimento: ciò che si deve accertare è se il provvedimento abbia causato una disparità di trattamento.

Nel vizio d'incompetenza propriamente detto questa scissione non sussiste: se il soggetto non ha competenza in ordine all'adozione di un atto, la mancanza di questo potere decisionale si riflette sugli effetti dell'atto che avrà un oggetto non consentito dalla legge¹³⁴. Se, ad esempio, sussiste una mancanza di competenza per materia, l'agente deciderà su una materia che non gli compete, e quindi il difetto di competenza si riflette sugli effetti del provvedimento. Invece nel conflitto d'interessi questa connessione può non sussistere: se l'agente è in rapporto di parentela con il destinatario dell'atto, non è detto che gli effetti dell'atto siano parziali, o perché il provvedimento è predeterminato dalla legge (in relazione alla sua vincolatezza), o perché, pur essendo discrezionale, non ha affatto prodotto disparità di trattamento.

In sostanza, il vizio di per sé riguarda il profilo soggettivo dell'agente, non quello oggettivo del provvedimento. Se sussiste una ipotesi di incompatibilità non è detto che gli effetti del provvedimento siano parziali, in quanto la questione riguarda il difetto di legittimazione del componente della commissione di concorso o di gara.

Se poi si considera l'ipotesi di conflitto d'interessi prevista dall'art. 6 *bis a fortiori* non può rientrare nel vizio d'incompetenza. La disposizione in oggetto ha ancor più "soggettivizzato" il conflitto d'interessi, non relegandolo a ipotesi tassative (come invece l'incompatibilità), ma riferendosi ad un conflitto in senso ampio che può dipendere dallo stato soggettivo del dipendente, il quale rispetto ad una ipotesi non tipizzata dalla legge non si sente sereno nel decidere.

Vi è ulteriore profilo che si aggancia alle considerazioni della Ple-

¹³⁴ Peraltro in passato in dottrina si è sostenuta la tesi contraria, cioè che il vizio di incompetenza riguarda il soggetto e la sua azione non l'atto in sé, v. in questa direzione A. PIRAS, *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 607.

naria: quando il cittadino deduce un vizio di incompetenza, in genere indica quale sia l'autorità competente a cui, a suo dire, deve essere rimesso "l'affare" amministrativo¹³⁵. Tale autorità competente è quindi individuabile nel procedimento, in forza dell'art. 97, 2° comma, Cost., per cui la distribuzione delle competenze tra i funzionari deve essere prevista dalla legge. Altresì tale autorità competente ha rilevanza nel processo: secondo i principi affermati dalla Plenaria, il giudice non può pronunciare nel merito della causa quando sia dedotto il vizio di incompetenza, perché sarebbe una pronuncia adottata in assenza dell'organo competente il quale è individuato già nel procedimento.

Nel caso del conflitto d'interessi (o dell'incompatibilità) non è individuato un organo competente perché tale individuazione sarebbe meramente negativa e generica: ad es. la commissione in cui non vi sia un componente in situazione di conflitto d'interessi o di incompatibilità. Non sussiste violazione del principio del contraddittorio: di per sé il giudice può annullare il provvedimento senza dover chiamare in giudizio un organo competente, che in questo caso non si configura. In sostanza, perché vi sia vizio di incompetenza, deve essere individuato l'organo competente, diversamente la situazione non può essere inquadrata in questo vizio.

Ora, le conclusioni cui perviene la giurisprudenza di 1° grado, suscitano numerose perplessità, nella parte in cui si colloca la fattispecie del conflitto di interessi nell'art. 34 comma 2° c.p.a., secondo cui il giudice in nessun caso può pronunciare su poteri amministrativi non esercitati.

Il giudice amministrativo di 1° grado segue i principi affermati dalla Plenaria secondo cui è necessario l'assorbimento dei motivi in presenza di poteri amministrativi non esercitati.

¹³⁵ Peraltro secondo autorevole dottrina, la censura di incompetenza può risolversi nell'esclusione della competenza dell'organo che ha emanato l'atto. Conseguentemente se l'incompetenza viene affermata nel ricorso sostenendo che spetta ad altro organo, mentre poi emerge in giudizio che spetta ad un terzo organo, la domanda deve essere ugualmente accolta, in quanto l'assunta competenza dell'altro organo non è un elemento che identifica il vizio, ma è soltanto un argomento proposto a sostegno della sua esistenza. V. in questa direzione, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 246.

Per il vero, dalla disamina della giurisprudenza, si riscontra che quando il giudice ha accertato che il potere amministrativo non è stato (ancora) esercitato non ha affatto dichiarato l'assorbimento dei motivi, ma (correttamente) ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse. Per esempio, in forza dell'art. 34 comma 2° c.p.a., il giudice non può pronunciarsi sulla legittimità di norme tecniche di attuazione di un piano regolatore, quando non sono stati ancora adottati provvedimenti applicativi¹³⁶. O ancora, viene respinto il ricorso quando il cittadino instaura un giudizio per l'accertamento della dipendenza di una causa di servizio per una determinata patologia, non avendo mai proposto la relativa e necessaria istanza all'amministrazione, né avendo mai ricevuto un provvedimento di diniego in merito¹³⁷.

In sostanza, non può essere adottata una sentenza avente contenuto di accertamento, con riferimento ad un potere ancora non (compiutamente) esercitato in assenza delle determinazioni finali da parte della p.a. L'intervento del giudice è quindi inibito rispetto ad una attività amministrativa futura che al momento della proposizione della domanda non sia giunta a conclusione del suo fisiologico iter procedimentale¹³⁸.

¹³⁶ V. la fattispecie di TAR Lazio, Sez. II bis, 5 dicembre 2011 n. 9563, in *www.giustizia-amministrativa.it*. V. altresì, TAR Sicilia, Sez. IV, 10 gennaio 2012 n. 19, in cui, in riferimento all'art. 34, comma 2, c.p.a. rispetto alle agevolazioni previste ai sensi della l. n. 488 del 1992, il giudice non può ordinare alcuna dazione di somme prima che l'amministrazione si determini in via definitiva sull'agevolabilità dell'iniziativa. Ciò ancor se in questa decisione, il giudice non dichiara il difetto di interesse, ma il difetto di giurisdizione, essendo la controversia di spettanza dell'AGO. Purtuttavia in sentenza si precisa che, a prescindere dalla giurisdizione, il giudice amministrativo non potrebbe pronunciare alcunché in assenza di ulteriori determinazioni della pubblica amministrazione. Su un piano generale, la disposizione dell'art. 34 comma 2° c.p.a. porterebbe ad una pronuncia in rito nei casi in cui venga impugnato un atto a carattere normativo (quale un regolamento), non essendo ancora adottato un provvedimento attuativo.

¹³⁷ V. TAR Piemonte 17 giugno 2016 n. 869, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso stretto in tale decisione, il giudice dichiara infondato nel merito il ricorso, ma sostanzialmente applica (correttamente a nostro avviso) l'art. 34 comma 2° c.p.a.

¹³⁸ V. sul punto, M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»*, *Foro amm.*, 2013, 1101.

Ciò sembra conforme alla Relazione al codice per cui rispetto alla disposizione in questione si afferma che «È stato escluso che il giudice possa pronunciare in relazione a poteri amministrativi ancora non esercitati e ciò al fine di evitare domande dirette ad orientare l'azione amministrativa pro futuro, con palese violazione del principio della divisione dei poteri».

Alla luce di ciò, quando il giudice applica l'art. 34, comma 2° adotta una pronuncia in rito, accertando che non può decidere il merito della controversia perché il ciclo funzionale dell'amministrazione non si è esaurito: di conseguenza non si configura alcuna lesione e vi è difetto di interesse a ricorrere. Ciò è confermato dal combinato disposto dell'art. 34, comma 2° e 35 lett. b) c.p.a. disponendo quest'ultima norma che il giudice dichiara inammissibile il ricorso quando è carente l'interesse o sussistono «altre ragioni ostative ad una pronuncia di merito».

Di conseguenza, anche a non volere considerare che l'art. 34, comma 2° si riferisca ad una pronuncia di carenza di interesse, si tratta di pronuncia ostativa ad una pronuncia di merito.

In presenza comunque di un potere non (compiutamente) esercitato, il giudice non può decidere il merito della causa, difettando una condizione dell'azione. L'ipotesi dell'art. 34 comma 2°, sembra una questione pregiudiziale di rito: quando il ciclo funzionale dell'amministrazione non si è esaurito, il giudice non può accertare la fondatezza della pretesa del ricorrente, diversamente il principio di separazione dei poteri verrebbe compromesso¹³⁹. Se non si vuole inquadrare la pronuncia *stricto sensu* in una declaratoria di difetto di interesse, potrebbe rientrare in una ipotesi di difetto (assoluto) di giurisdizione: la domanda è improponibile, non perché sia competente un (diverso) giudice, ma perché il giudice amministrativo non ha (in assoluto) poteri decisori sul merito della controversia.

Se sussiste un membro incompatibile nella Commissione non si

¹³⁹ M. TRIMARCHI, cit., 1103 ss. In generale sul principio di separazione dei poteri, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss. Più di recente, B. SORDI, *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, (a cura di S. Perongini) cit., 11 ss.

può certo affermare che il ciclo funzionale si sia esaurito, se il procedimento è giunto a conclusione con l'aggiudicazione o con l'adozione della graduatoria. Obiettivamente il diritto positivo non offre appigli di sorta per sostenere che l'irregolare composizione della Commissione comporti l'inesistenza del provvedimento finale o comunque che il procedimento nel suo complesso non sia mai stato posto in essere¹⁴⁰.

Ricorrendo il giudice amministrativo all'assorbimento dei motivi, individua una patologia procedimentale (l'irregolare composizione della commissione di gara) che vizia radicalmente l'intera procedura, travolgendo gli atti consequenziali tra cui l'efficacia del contratto (eventualmente) stipulato. In tal modo il giudice indirizza la successiva attività dell'amministrazione, consistendo l'effetto conformativo nella ripetizione della procedura¹⁴¹.

Di contro, a nostro avviso, se il potere non è stato esercitato, il giudice non deve accertare vizio alcuno (e conseguentemente non procedere all'assorbimento), ma, o deve dichiarare il difetto di interesse del ricorrente, in quanto non si è "consumata" alcuna lesione, o deve denegare la propria giurisdizione, in quanto esercitandola si sostituisce all'amministrazione, con lesione del principio di separazione dei poteri.

9. - Come già considerato, l'Adunanza Plenaria inquadra nei poteri amministrativi non esercitati ex art. 34, 2° comma, c.p.a. i casi in cui: 1) il procedimento si sia concluso, con un provvedimento reso da autorità diversa da quella competente; 2) nella fase iniziale sia mancante una proposta vincolante prevista ex lege come indefettibile; 3) nel corso del procedimento, manchi l'acquisizione del parere obbligatorio per legge ex artt. 16 e 17 L. n. 241 del 1990.

In tali ipotesi, a dire della Plenaria, il potere non è stato esercitato e trattandosi di vizi radicali «il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato il relativo vizio e assorbito tutte le altre censure,

¹⁴⁰ Sull'inesistenza del provvedimento, per tutti v. recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Invalidità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)* in *Diritto pubblico*, 2015, 209 ss.

¹⁴¹ TAR Lazio-Roma, Sez. III bis, 4 maggio 2016 n. 5063, cit.

non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il relativo munus».

Si è già rilevato che la disposizione dell'art. 34 comma 2° è un «fuor d'opera» rispetto all'assorbimento dei motivi, richiamando l'ipotesi in cui il ciclo funzionale dell'amministrazione non si sia esaurito e nessuna pronuncia di giudice possa essere richiesta, dovendosi dichiarare, come già rilevato, non una pronuncia di merito assorbendo gli altri motivi, ma una pronuncia in rito dichiarando l'inammissibilità del ricorso.

Ora, la Plenaria sull'inquadramento del vizio di incompetenza nell'art. 34 comma 2° si fonda su tre argomentazioni: 1) garanzia del diritto di difesa della parte: se il giudice accoglie il vizio di incompetenza e viene ad esaminare gli altri motivi dedotti dal ricorrente, darebbe vita a regole di condotta senza che l'autorità competente sia stata intimata in giudizio; 2) è inderogabile l'ordine delle competenze stabilito dall'art. 97, 2° e 3° comma Cost.; 3) rispetto del principio di separazione dei poteri secondo cui, ove vi sia vizio di incompetenza, il potere non è stato esercitato.

La prima argomentazione sembra superabile considerando il sistema di giustizia amministrativa come "servizio pubblico": il processo amministrativo, secondo autorevole dottrina, deve fornire all'utente una tutela efficiente ed adeguata¹⁴². Ciò comporta che il giudice dovrà integrare il contraddittorio nei confronti dell'autorità competente. Sotto questo profilo, l'autorità ritenuta competente dovrebbe essere chiamata in causa *ex art. 27 comma 2° c.p.a.* mediante chiamata in causa *iussu iudicis*¹⁴³.

¹⁴² V. S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, (a cura di Emilio Castorina) Napoli, 2016, 539 ss.

¹⁴³ L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2016, 847 ss. Quest' A. peraltro sostiene che quando un provvedimento sia stato emanato da un organo anziché da un altro, ambedue appartengono alla stessa amministrazione, essendo quest'ultima la parte necessaria del processo. L'argomentazione della Plenaria potrebbe avere valore soltanto quando il provvedimento sia stato adottato da una amministrazione diversa da quella che ha adottato l'atto. Ciò peraltro potrebbe sollevare qualche perplessità: su un piano concreto è difficile che si configuri un vizio di incompetenza quando si tratti

Inoltre, se l'autorità competente non sia chiamata in causa potrebbe esperire l'opposizione di terzo ordinaria, ex art. 108, 1° comma c.p.a., contestando la regola di condotta posta dal giudice senza la sua necessaria partecipazione al giudizio, ove intenda difendere la conservazione degli effetti del provvedimento ritenuto legittimo.

Sotto altro profilo, se la giustizia amministrativa è servizio, bisogna considerare che l'art. 34, 1° comma, lett. e) dispone che in caso di accoglimento del ricorso, il giudice nei limiti della domanda «*dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato*».

Se il giudice annulla il provvedimento per vizio di incompetenza e contestualmente detta regole o criteri per il futuro comportamento dell'amministrazione (in quanto ad es. annulla l'atto anche sotto il profilo ad es. dell'eccesso di potere), il giudice, alla stregua della norma citata avrebbe l'obbligo di indicare chi sia l'autorità competente a cui si indirizza la regola del giudizio¹⁴⁴.

di un ramo di amministrazione completamente diverso, mentre ragionevolmente sarebbe più frequente l'ipotesi di incompetenza nello stesso ramo dell'amministrazione (incompetenza per materia, per valore, per territorio). In tal caso sarebbe necessaria la presenza in giudizio dell'autorità competente per l'oggetto del procedimento. Ciò comporta pure che se il ricorrente individua un organo competente e però emerge nel giudizio che la competenza spetti ad un terzo organo (v. l'ipotesi di A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 246), il giudice dovrebbe intimare quest'ultimo.

¹⁴⁴ *Contra*, L. BERTONAZZI, cit., 842, che interpreta la norma in questione come meramente facoltativa, per cui se il giudice esercita tale facoltà, accerta con efficacia di giudicato chi sia l'autorità competente. Ci sembra invece che il verbo formulato all'indicativo (dispone) comporta che il giudice deve dichiarare chi sia l'autorità competente: il passaggio successivo dovrebbe essere l'intimazione in giudizio di tale autorità.

In qualche fattispecie giurisprudenziale peraltro, non solo il giudice indica chi sia l'autorità competente, ma pur procedendo all'assorbimento dei motivi delinea i criteri per il futuro esercizio del potere. V. ad es. la significativa decisione del TAR Veneto, Sez. III, 14 dicembre 2016 n. 1423, in *Riv. giur. urb.*, 2017, II, 310 ss., con nota di M.F. CIALDELLA, *Il labile confine tra pianificazione urbanistica e disciplina commerciale alla luce tra contrapposizione tra libera concorrenza, tutela dei motivi imperativi di interesse generale e rispetto dei vincoli urbanistici*, ivi, 316 ss. Nella specie, era stato impugnato da parte di una società il Piano del commercio al dettaglio su aree private. Il giudice dichiara il difetto di competenza in quanto il Piano era stato adottato dalla Giunta invece che dal Consiglio, nel contempo però in sentenza si afferma che tale Piano ha natura di atto di programmazione territoriale,

In sostanza, l'abrogazione dell'art. 26, 2° comma, l. n. 1034 del 1971 comporta che il giudice, nel caso di vizio di incompetenza, non è più vincolato, annullato il ricorso per tale vizio, a rimettere l'affare all'autorità competente, ma può annullare anche per gli altri vizi dichiarando quale sia tale autorità. L'oggetto del giudicato quindi non è solo l'accertamento della competenza, ma la regola di giudizio posta dal giudice la quale vincola l'autorità dichiarata competente in relazione all'(effettiva) tutela del cittadino.

Se peraltro il giudicato si forma rispetto all'autorità considerata come competente, la conseguenza necessaria è che questa deve essere intimata nel giudizio.

La seconda argomentazione in ordine all'inderogabilità dell'ordine delle competenze, non sembra che porti all'applicazione dell'art. 34, comma 2°, c.p.a.

Semmai questo principio comporta che il giudice debba annullare, perché viziato da incompetenza, il provvedimento, ancor se esso sia totalmente vincolato, non applicandosi il 2° comma dell'art. 21 *octies* L. n. 241 del 1990¹⁴⁵. Solo in tal modo si ristabilisce il rispetto della riserva di legge prevista nell'art. 97, 2° comma, Cost.¹⁴⁶.

La terza argomentazione si ricollega al principio di separazione dei poteri, ritenendo il potere non esercitato nel caso del vizio di incompetenza. Come si è visto, essa non sembra convincente, in quanto

potendo porre limitazioni, purché proporzionate all'insediamento di nuovi esercizi commerciali. Di conseguenza, il giudice annulla il Piano per vizio di incompetenza, ma fissa pure dei criteri per il futuro riesercizio del potere da parte del Consiglio.

¹⁴⁵ Autorevolmente in questa direzione, F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 437.

¹⁴⁶ *Contra*, qualche impostazione che inquadra il vizio di incompetenza nei vizi formali non attinente al contenuto sostanziale della decisione, conformandosi al diritto comunitario: per cui sarebbe inutile l'annullamento di un provvedimento vincolato viziato da incompetenza perché l'autorità competente provvederebbe allo stesso modo. V. R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedurali*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 965.

Per L. BERTONAZZI, cit. 837, la seconda argomentazione non sarebbe insuperabile perché se il ricorrente non deduce il vizio di competenza il giudice secondo la Plenaria non può assorbire i motivi, e fissa la regola giudiziale per l'autorità incompetente. Per E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, cit. 2202, questa sarebbe una situazione paradossale.

la disposizione dell'art. 34 comma 2° è applicabile esclusivamente quando il ciclo funzionale dell'amministrazione non si sia esaurito, dovendo il giudice esercitare un sindacato *ex post*¹⁴⁷.

Ci sembra che il vizio di incompetenza sia un vizio radicale non del *procedimento*, ma del *provvedimento*: proprio per l'esistenza di una riserva di legge in tema di organizzazione¹⁴⁸, il giudice dovrà annullare anche il provvedimento vincolato viziato da incompetenza, non applicandosi ad esso il 2° comma dell'art. 21 *octies* L. n. 241 del 1990. Se applicasse quest'ultima disposizione la riserva di legge in tema di organizzazione sarebbe vanificata.

Vi è poi un ulteriore profilo: se il provvedimento venisse annullato senza indicazione da parte del giudice dell'autorità competente, ove si tratti di interessi legittimi pretensivi (ad es. diniego di autorizzazione), una autorità non competente dovrebbe eseguire la regola posta in giudizio sempre con la perpetuazione della violazione della riserva di legge in tema di organizzazione.

L'Adunanza Plenaria attribuisce il medesimo trattamento processuale (art. 34, comma 2°, c.p.a.) del vizio di incompetenza ad ipotesi

¹⁴⁷ Peraltro in dottrina si è correttamente rilevato che la Plenaria trascura completamente la distinzione tra incompetenza assoluta e relativa, per cui nel primo caso il provvedimento sarebbe nullo. Se il cittadino chiede l'annullamento per vizio di incompetenza e deduce altri vizi, questi secondo la Plenaria, verranno ad essere assorbiti, il che sarà un fatto positivo se viene fatto valere un interesse legittimo oppositivo. Diverso il caso dell'interesse pretensivo, che non potrà conseguire tutela effettiva. V. L. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness*, cit., 272-273. Secondo M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2016, 1120, il provvedimento adottato da una autorità incompetente è atto efficace, soltanto annullabile, costituendo a pieno titolo esercizio di un potere amministrativo. In diversa direzione, v. M. MAZZAMUTO, *Il principio di divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, Relazione al Convegno su "La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà", Urbino 9-10 2017, 1 ss. del paper. Per l'A., la disposizione dell'art. 34, comma 2°, c.p.a., ha una vocazione espansiva per cui può applicarsi sia al vizio di incompetenza, sia alla mancanza di proposta vincolante e alla mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge.

¹⁴⁸ Riserva di legge che non verrebbe a profilarsi per il procedimento, v. in questa direzione, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*. Bologna, 2012, 144.

quali carenza di proposta, parere obbligatorio o valutazione tecnica. Tali ipotesi, a ben vedere sono differenti sotto un certo profilo: rispetto ad esse non si pone una questione di contraddittorio. Nei confronti infatti del soggetto legittimato alla proposta, ad esprimere il parere obbligatorio o la valutazione tecnica non vi è carenza di contraddittorio nel processo, formandosi legittimamente la regola di condotta giudiziale¹⁴⁹.

Rispetto poi all'applicazione dell'art. 34, comma 2°, c.p.a., così come per il vizio di incompetenza, non si tratta di poteri amministrativi non esercitati: se l'amministrazione conclude il procedimento in mancanza di questi elementi (proposta vincolante, parere ecc.) il provvedimento produce egualmente i suoi effetti. Si potrà dire semmai che se si configura in tali casi un vizio radicale, tale provvedimento sarà annullabile senza che possa essere applicata la prova di resistenza prevista dall'art. 21 *octies* 2° comma, con contestuale necessità della rinnovazione del procedimento.

È chiaro ad es. che se manca la proposta vincolante è un vizio che pregiudica la legittimità dell'intero procedimento, ma se il ciclo funzionale della p.a. si è concluso non si può applicare l'art. 34, comma 2°, c.p.a.

Peraltro, alle argomentazioni della Plenaria potrebbe obiettarsi che ulteriori vizi del procedimento (quali ad es. la omessa comunicazione d'avvio) si configurino come vizi radicali, comportando così l'applicazione dell'art. 34, comma 2°, c.p.a. Sul punto, l'Adunanza si "affretta" a rilevare che il vizio di omessa comunicazione d'avvio del procedimento non comporta l'assorbimento delle censure sostanziali riferite ad aspetti contenutistici della determinazione impugnata. Tale principio verrebbe derogato, secondo la Plenaria, quando la parte formuli richiesta esplicita di assorbimento dei motivi, ritenendo prevalente l'omessa comunicazione d'avvio¹⁵⁰.

¹⁴⁹ In questa direzione, autorevolmente, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro* cit., 2202.

¹⁵⁰ Peraltro, la complessità dei rapporti sociali e la estrema differenziazione delle fattispecie procedurali potrebbe portare all'applicazione della categoria del vizio radicale. Si pensi ad una fattispecie in cui sia omessa la comunicazione di un provvedimento di ritiro di un finanziamento per la realizzazione di un parcheggio in-

10. – Altresì l'Adunanza Plenaria rispetto alla tecnica di sindacato giurisdizionale dei vizi radicali afferma che «in assenza della graduazione operata dalla parte, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio del controllo sull'esercizio della funzione pubblica, il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente tra le stesse sul piano logico giuridico e diacronico procedimentale [...]».

terrato, in cui addirittura la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela avviene successivamente all'adozione dell'atto di ritiro, mai comunicato e conosciuto solo in sede di accesso agli atti. V. TAR Catania, Sez. IV, 13 dicembre 2016 n. 3228, con nota di G. IUDICA, *Brevi note in tema di acquiescenza preventiva*, in *Foro Amm.*, 1, 2017, 251 ss.

Indubbiamente in tal caso potrebbero ipotizzarsi altri vizi radicali: per es. la estrema farraginosità del procedimento, la sua scarsa chiarezza, comportano un vizio di eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza. Si potrebbe ritenere che l'assenza di un procedimento trasparente, cioè comprensibile, vizi radicalmente il procedimento, rientrandosi nell'art. 34, comma 2°, c.p.a. Tirando le somme, solo considerare che tale norma si applichi quando il ciclo funzionale dell'amministrazione non si sia concluso (perché ancora non sia adottato il provvedimento finale) comporta una corretta delimitazione della disposizione in questione. Diversamente, si dovrebbe estendere e di molto, la categoria dei vizi radicali, in quanto non si vede ragione per cui non si possa operare tale estensione anche al di là delle ipotesi individuate dalla Plenaria.

Potrebbe porsi questione se il provvedimento non comunicato (su cui a dire il vero la giurisprudenza dimostra scarsissima sensibilità), comporti che il potere non sia esercitato ex art. 34, comma 2°, c.p.a. Sul punto ci sembra di dover dare risposta negativa: se il provvedimento sia stato adottato, la valutazione dell'amministrazione è stata compiuta e quindi il giudice può esercitare il suo sindacato *ex post* sulla scelta adottata dall'amministrazione. La questione piuttosto è un'altra, e cioè se il procedimento si sia concluso legittimamente soltanto con l'adozione dell'atto o non sia necessaria invece la sua comunicazione. Propendiamo per la seconda soluzione: se il provvedimento non è stato comunicato non è viziato di per sé. Infatti l'omessa comunicazione è adempimento procedimentale successivo all'adozione dell'atto, non viziando quest'ultimo, ma semmai il procedimento, che non realizza esigenze di certezza dei rapporti giuridici. La tutela del cittadino consisterà o in una azione risarcitoria per l'omessa o tardiva comunicazione o il ricorso alla procedura del silenzio inadempimento, quando il cittadino non intenda conseguire un ristoro patrimoniale, ma la comunicazione dell'atto. Per questi rilievi, v. G. IUDICA, *Comunicazione del provvedimento amministrativo e funzione procedimentale*, Milano 2012, 211 ss.

Esemplificando ciò comporta che se il cittadino impugna il provvedimento di esclusione da un concorso e la conseguente graduatoria per motivi diversi, cioè per l'illegittima sua esclusione e per l'irregolare composizione della commissione (vizio radicale) e non gradua espressamente i motivi, il giudice dovrebbe considerare preminente (alla luce dei principi espressi dalla Plenaria) il motivo concernente la composizione della Commissione, disponendo la ripetizione della procedura concorsuale.

Sembrano condivisibili recenti impostazioni che ritengono che tale soluzione porti all'affermazione di una giurisdizione oggettiva: quando il giudice è libero dalla graduazione, potrà attribuire priorità logica a quei motivi che assicurano il pieno controllo della legalità assicurando minore tutela alla posizione soggettiva del cittadino, in relazione all'art. 24 Cost.¹⁵¹.

L'affermazione della giurisdizione oggettiva sembra in netto contrasto con la pienezza di tutela affermata dall'art. 1 c.p.a. per cui la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo. Alla luce di questi principi, il giudice dovrebbe considerare preminentemente il motivo che assicuri maggiore tutela al cittadino (quale l'illegittimità dell'esclusione).

Supponiamo adesso che il ricorrente effettui una graduazione dei motivi: impugna una graduatoria in via principale per la sua posizione (attribuzione erronea di un certo punteggio) e in via gradata per l'illegittima composizione della Commissione (membro in conflitto d'interessi). La sentenza che accoglie il ricorso per il motivo formulato in via principale passa in giudicato: si pone la questione se l'amministrazione possa esercitare il proprio potere di autotutela annullando l'intera selezione in relazione all'esistenza di un vizio radicale.

Nonostante Illustre dottrina sostenga opinione favorevole¹⁵², ci

¹⁵¹ L.R. PERFETTI- G. TROPEA, *"Heart of darkness"*, cit., 265.

¹⁵² A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, cit., 821. L'annullamento in autotutela per l'A. sarebbe ammissibile per il ripristino della legalità violata, che la sentenza non viene a realizzare, avendo un effetto conformativo limitato all'attribuzione del punteggio.

sembra di dover dare risposta negativa, in quanto non si forma il giudicato sull'illegittimità della selezione rispetto al vizio radicale. Il giudice implicitamente non ritiene la selezione viziata radicalmente, ma solo *in parte qua*, cioè solo in riferimento all'attribuzione del punteggio. Se l'amministrazione procedesse all'annullamento in autotutela, verrebbe a porsi in contrasto con il giudicato che esaurisce il suo effetto conformativo nella riformulazione della graduatoria in relazione all'attribuzione del punteggio.

A fortiori, in tema di appalti pubblici: per quanto esposto in precedenza, l'art. 204 comma 1° del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'immediata impugnazione del provvedimento di esclusione e delle ammissioni.

Se così è, non sarebbe ammesso un cumulo condizionale di domande¹⁵³: non potrebbe il ricorrente formulare una domanda principale (illegittima esclusione) e una domanda in via subordinata (illegittimità della procedura di gara perché vi è un componente della commissione in conflitto d'interessi). A nostro avviso, come già considerato in precedenza, se il ricorrente impugna l'esclusione, in quella sede dovrebbe impugnare l'illegittima composizione della commissione di gara. L'illegittima composizione della commissione comporta un vizio del provvedimento di esclusione. Il sistema "preclusivo" previsto dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016 tendente ad una maggiore efficienza dell'amministrazione, non sembra consentire la deduzione del vizio di composizione della commissione in sede di impugnazione della graduatoria finale, formandosi in quella sede una preclusione in ordine a vizi deducibili in sede di impugnazione dell'esclusione.

A questo punto deve essere considerato un ulteriore profilo: secondo Illustre dottrina¹⁵⁴, bisogna individuare nel processo amministrativo dei meccanismi per mettere al riparo le controparti dal meccanismo del cumulo condizionale.

Tale meccanismo verrebbe ad essere individuato nel ricorso incidentale, che da mezzo di impugnazione viene a profilarsi come mezzo

¹⁵³ Sul cumulo condizionale di domande in relazione alla questione della pregiudizialità sostanziale, v. diffusamente, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, II, Padova, 1985, 593 ss.

¹⁵⁴ A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 822 ss.

di introduzione di istanze che possono essere proposte al giudice dalle parti.

Secondo quest'impostazione «di fronte ad un cumulo condizionale del tipo esaminato dalla giurisprudenza sarebbe onere dei resistenti (ai sensi dell'art. 42: tanto dell'amministrazione emanante che degli eventuali controinteressati) introdurre essi stessi in giudizio, con apposito ricorso incidentale (naturaliter condizionato in senso diametralmente opposto al vincolo posto nel ricorso principale), la censura mossa in via subordinata dal ricorrente, ottenendo così che il giudice, pur avendo accolto il motivo condizionante dedotto dal ricorrente principale, sia poi obbligato a pronunciarsi favorevolmente anche su di essa, ed evitando così che la sentenza produca i temuti effetti conformativi distorsivi della legalità. Ed è chiaro che non potrebbe dubitarsi, in questo caso, dell'interesse delle parti resistenti (soprattutto, ovviamente, dei controinteressati) ad ottenere dal giudice una tale pronuncia, dalla portata conformativa per esse assai meno lesiva e compromettente di quella ricercata dal ricorrente attraverso il cumulo condizionale dei motivi»¹⁵⁵.

In sostanza, il ricorso incidentale verrebbe a "capovolgere" il cumulo condizionale operato dal ricorrente: l'amministrazione e il controinteressato chiederebbero la disamina in via principale del vizio radicale e in subordine del motivo che non conduce all'annullamento dell'intera procedura (ad es. erronea attribuzione del punteggio).

Invero queste conclusioni suscitano qualche perplessità: l'amministrazione invero non avrebbe un interesse a fare accertare giudizialmente in via principale l'illegittimità dei propri atti, tenuto conto che essa ha determinato tale illegittimità.

Si pensi ad ipotesi in cui il giudice accerti un conflitto d'interessi o una violazione di regole di anonimato nelle prove scritte. Sicuramente l'immagine dell'amministrazione e la fiducia dei cittadini sul suo operato verrebbero ad essere compromessi, senza dire che la ripetizione dell'intera procedura presenta un costo maggiore rispetto alla riformulazione della graduatoria o alla rivalutazione di un candidato.

¹⁵⁵ Impostazione che sembra recentemente seguita da L.R. PERFETTI- G. TROPEA, "Heart of darkness", 291 ss.

Rispetto al controinteressato certo potrebbe dirsi che la ripetizione della procedura potrebbe essere un effetto meno grave rispetto alla riformulazione della graduatoria.

Si può pensare al caso in cui si accerti che un certo punteggio sia attribuito erroneamente e quindi il controinteressato sia escluso dalla graduatoria, rispetto al caso in cui la procedura sia integralmente annullata ed il controinteressato vincitore possa comunque partecipare in sede di ripetizione della procedura.

In generale però si potrebbe considerare che in tal modo ci si riporta agli schemi di una giurisdizione oggettiva: il controinteressato fa valere un interesse alla legalità e quindi sotto questo profilo il ricorso incidentale sarebbe carente d'interesse.

Inoltre, riflettendo realisticamente sulla giurisprudenza in tema di conflitto di interessi, in presenza di un vizio radicale il provvedimento impugnato è a maggiore "rischio annullamento", per cui il controinteressato può non avere interesse a richiedere che venga decisa in via principale la domanda proposta in via subordinata dal ricorrente.

Bisogna poi considerare che il controinteressato può non considerare soltanto l'effetto conformativo derivante dalla ripetizione della procedura, ma anche altri aspetti. Si pensi ad un giudicato che accerti che una candidata in un concorso sia stata avvantaggiata da un commissario con cui aveva rapporti di collaborazione professionale: la questione non è solo l'effetto conformativo, ma la sua immagine che viene compromessa sotto il profilo sociale.

D'altra parte, all'amministrazione non è precluso, proposta in via subordinata una domanda concernente il vizio radicale (ad es. incompatibilità di un componente della commissione) annullare l'atto (decreto di nomina) in autotutela prima che il giudizio si concluda, ripristinando così la legalità violata.

Peraltro, in taluni casi non è corrispondente alla realtà che l'effetto conformativo derivante dalla ripetizione della procedura comporti un effetto meno grave per il controinteressato.

Si pensi all'impugnazione di un giudizio di non idoneità dell'Abilitazione scientifica nazionale: il ricorrente in via principale impugna il giudizio, chiedendo la rivalutazione con una commissione in diversa composizione, in subordine deduce motivi concernenti l'illegittimità radicale della procedura (conflitto d'interessi dei componenti

della Commissione rispetto a taluni candidati, mancanza di requisiti dei commissari ecc.).

Rispetto a questi motivi, il ricorrente intima un controinteressato, cioè un candidato che abbia conseguito l'abilitazione rispetto alla sua fascia. La posizione di controinteresse in tal caso si profila rispetto ai vizi radicali, non rispetto al provvedimento di non idoneità, per l'assenza di una graduatoria degli idonei. In tal caso il controinteressato ha interesse a che i vizi radicali vengano assorbiti, perché il loro accoglimento comporta l'annullamento dell'intera procedura con il conseguente travolgimento del suo giudizio di idoneità¹⁵⁶. Di conseguenza, il controinteressato preferirà che venga accolta la domanda proposta in via principale dal ricorrente, perché in senso proprio è controinteressato rispetto al mantenimento in vita della procedura, non del provvedimento di non idoneità.

Come si vede la questione dell'eventuale decisione sulla domanda condizionata non può essere vista in astratto ma rispetto alle varie fattispecie.

L'impostazione rispetto alla quale abbiamo formulato qualche rilievo dubitativo sembra indubbiamente ispirarsi ad un principio di parità delle parti, ma riporta il giudizio amministrativo ad un controllo di legalità.

In sostanza il giudice dovrebbe accogliere il ricorso incidentale considerando prioritario il vizio radicale che però il ricorrente non considera tale, dovendo far prevalere il controllo sulla legalità, dando luogo ad un diverso effetto conformativo.

Il controllo sulla legalità verrebbe attenuato solo rispetto al controinteressato il quale potrebbe avere interesse ad un effetto conformativo meno grave (ripetizione della procedura).

In sostanza questa impostazione pone il seguente problema: in base a quale criterio il giudice dovrebbe ritenere prevalente la decisione sulla domanda concernente il vizio radicale chiesta dall'ammi-

¹⁵⁶ In giurisprudenza si parla di "vizi generali dell'intera procedura": nel caso di annullamento ciò comporta la riedizione della procedura per intero, mentre nel caso di vizi che si riferiscono ai giudizi individuali di abilitazione, ciò comporta una riedizione del potere che riguarda solo il singolo giudizio. V. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2017 n. 2921.

nistrazione (o dal controinteressato) rispetto all'interesse manifestato dal ricorrente in via principale sul c.d. vizio "non radicale". Sembra evidente che la ragione sia nella tutela dell'interesse pubblico (ritenuto invitato di pietra dalla Plenaria), in quanto l'interesse a tale pronuncia da parte dei controinteressati (e principalmente da parte dell'amministrazione) non sono sempre indiscutibili.

Per completezza bisogna considerare un diverso modello di tutela, configurato in giurisprudenza, che si differenzia rispetto alle ipotesi di graduazione (e non) dei motivi.

Nella fattispecie, si impugna il giudizio di non idoneità per l'Asn: tra gli altri motivi si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 1°, lett. b) del D.M. n. 120 del 2016, per cui i commissari devono autocertificare la valutazione positiva dell'attività didattica e di ricerca di cui all'art. 6, comma 7°, l. n. 240 del 2010.

Accertata tale violazione, il giudice amministrativo¹⁵⁷ ritiene che «Tale vizio di incompetenza dell'organo collegiale straordinario comporta l'annullamento di tutti i successivi atti concorsuali, nei limiti dell'interesse fatto valere dal ricorrente alla rivalutazione della sua posizione da parte di una commissione in diversa composizione».

Per il giudice, tale accertato vizio di incompetenza «relativo alla composizione della Commissione comporta, stante la sua pregiudizialità logico-giuridica, anche alla luce dei principi enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 27 aprile 2015, n. 5, l'assorbimento delle ulteriori censure proposte». Tra queste l'insufficiente motivazione del giudizio di non idoneità.

Ora, in disparte la questione dell'inquadrabilità del vizio dedotto in quello di incompetenza che è stato analizzato in precedenza, il giudice in assenza di graduazione ha considerato prioritario il motivo concernente l'assenza di autocertificazione di qualità da parte dei commissari, però non ha tratto da ciò la logica conseguenza, cioè l'annullamento dell'intera procedura. Ha modulato l'effetto annullatorio in relazione all'interesse del ricorrente che è quello alla rivalutazione del giudizio con una diversa commissione. In tal caso, la violazione

¹⁵⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2017 n. 581, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

della legalità è esclusivo strumento di tutela dell'interesse del ricorrente.

Ciò che non convince è l'omessa valutazione del motivo concernente il provvedimento di non idoneità che avrebbe dovuto essere considerato per decidere su una nuova valutazione. Mentre l'accoglimento del motivo del vizio radicale avrebbe dovuto semmai condurre all'annullamento dell'intera procedura. Sembra che il giudice invece di applicare i principi propri del processo applichi una propria visione¹⁵⁸, in cui, per mantenere determinati effetti utili ai controinteressati modula gli effetti del potere di annullamento, non attribuendo al vizio radicale una integrale tutela, riducendolo a vizio che si attaglia solo limitatamente all'interesse del ricorrente.

Sembra trattarsi quasi di una "nuova giurisdizione oggettiva", individuata in dottrina¹⁵⁹, in cui il giudice deroga al principio della domanda e dell'ordine condizionale delle censure, non per la cura di un interesse superindividuale (interesse alla legalità amministrativa), ma piuttosto a tutela dell'interesse pubblico concreto, che risulta dall'esercizio della discrezionalità amministrativa¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Correttamente si è rilevato (in relazione alle argomentazioni dell'Adunanza Plenaria) che il giudice amministrativo invece di applicare dispositivi tecnici del processo, ricorre a principi generali, che proprio per la loro elasticità, si prestano a soluzioni differenti, v. L.R. PERFETTI- G. TROPEA, *"Heart of darkness"*, cit., 247.

¹⁵⁹ V. G. DE GIORGI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, cit., 60, la quale richiama l'impugnazione di una procedura di gara, con censure poste in ordine condizionale. Se il giudice fosse costretto ad arrestarsi a quella che determina la vittoria del ricorrente, senza esaminare quella posta in via subordinata che porta all'invalidazione dell'intera procedura, vi sarebbe una sorta di "neo giurisdizione oggettiva" con prevalenza dell'interesse individuale su quello generale alla legalità. L'ipotesi peraltro formulata da questa dottrina è diversa da quella da noi richiamata in testo, in quanto in quest'ultima il giudice in fondo adotta una soluzione "empirica" (ancor se contrastante con i principi della domanda). Riconosce la gravità della censura inerente al vizio radicale, ma per non sacrificare una intera procedura, procede ad un annullamento "modulato" nei limiti dell'interesse del ricorrente.

¹⁶⁰ In effetti, recentemente questa operazione viene compiuta in materia di appalti pubblici, nell'ipotesi di conflitto d'interessi previsto dall'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016. Il giudice annulla la procedura di gara e il contratto stipulato, ordinando però «salve l'esito delle eventuali ulteriori verifiche di legge» alla stazione appaltante

A questo punto della trattazione, cerchiamo di fornire una nostra proposta di soluzione per l'individuazione di meccanismi per evitare il cumulo condizionale nell'ipotesi di vizi radicali.

Ci sembra che la necessità di formulare una domanda principale e una subordinata, o comunque indipendentemente dalla espressa graduazione, di formulare più motivi, alcuni dei quali tendono comunque a un diverso effetto conformativo, derivi dal fatto che tali questioni possono essere dedotte solo in sede di impugnazione del provvedimento finale (ad es. graduatoria).

Per quanto è stato esposto nel presente lavoro, se ci si trova di fronte a fattispecie di pericolo in ordine all'imparzialità amministrativa (conflitto d'interessi, violazione del principio di anonimato, nomina della commissione prima della scadenza di presentazione delle domande), è necessario poter disporre di mezzi di tutela *anticipata*, cioè far valere una lesione *potenziale* dell'interesse legittimo.

Il modello di riferimento che potrebbe essere esteso in generale alle procedure concorsuali è l'art. 204, 1° comma del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui in sede di impugnazione del provvedimento di esclusione o di ammissione di altri partecipanti alla procedura si dovrebbero sollevare questioni quali l'illegittimità del decreto di nomina della Commissione.

Generalizzare tale modello comporta introdurre un sistema di preclusioni¹⁶¹, per evitare che determinate questioni vengano dedotte in sede di impugnazione della graduatoria, con il rischio di una ripetizione della procedura¹⁶² e con aggravio di costi per l'amministrazione (per es. come si è considerato, per dedurre la violazione del princi-

di disporre l'aggiudicazione a favore della ditta ricorrente che subentra nel contratto. V. TAR Campania-Salerno, Sez. I, 6 aprile 2018 n. 524, in *www.Lexitalia.it*.

¹⁶¹ Sulle preclusioni nel processo amministrativo, v. F. SARTTA, *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in questa rivista, 3, 2008, 731 ss. Peraltro in questo scritto viene affrontato il problema delle preclusioni in relazione alla proponibilità delle difese, mentre la questione affrontata in testo riguarda la preclusione (processuale) all'impugnazione di determinati provvedimenti.

¹⁶² Certo ragionevolmente si potrebbe considerare che l'amministrazione non sia obbligata alla rinnovazione del procedimento in ordine alla valutazione di possibilità finanziarie.

pio di anonimato introdurre l'onere di impugnare il provvedimento di ammissione alle prove orali).

Introducendo tali meccanismi preclusivi l'impugnazione della graduatoria (di gara o di concorso) dovrebbe avvenire per vizi propri di essa (erronea attribuzione di punteggi).

Così pure consentire l'impugnazione di atti intermedi (decreto di nomina della Commissione) per vizi suoi propri (mancanza di componenti aventi competenza tecnica, incompatibilità ecc.).

Non sarebbe forse inopportuna una disciplina legislativa generale sulla ricusazione degli organi collegiali¹⁶³, per cui decorsi i termini per la presentazione dell'istanza si producono delle preclusioni sulla contestazione della validità della nomina dei commissari (eventuali incompatibilità).

In passato quale meccanismo preventivo in dottrina¹⁶⁴ si era proposto la sospensione (giudiziale) del procedimento o l'astensione da adottare atti che verrebbero ad essere invalidati nel caso di accoglimento del ricorso. Questa sospensione era stata proposta nell'ipotesi di impugnazione di un atto presupposto (ad es. esclusione dal concorso) che può comportare un travolgimento di atti successivi (graduatoria). Si riteneva possibile «organizzare il processo in modo da averne la conclusione in poche settimane, e di sospendere nel frattempo il procedimento, o almeno astenersi di adottare atti, e dal creare negli ignari terzi aspettative, che verranno travolti o invalidati in caso di accoglimento del ricorso».

Nella tematica qui affrontata, rilevato ad es., che la composizione della commissione è viziata in quanto è presente un membro incompatibile, il ricorrente avrebbe l'onere di impugnare il decreto di

¹⁶³ Così pure non sembrerebbe inutile una disciplina della ricusazione nel procedimento amministrativo in relazione all'art. 6 *bis* L. n. 241 del 1990.

¹⁶⁴ V. D. CORLETTI, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche, Appendice, XIV*, Torino 1999, 569 ss.

Critico rispetto a questa proposta, L. GAROFALO, *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, in *Scritti giuridici in onore di S. Cassarino*, Padova, 2001, 749, secondo cui la durata del processo potrebbe risultare eccessiva per l'amministrazione, nel caso in cui ad es. perda un finanziamento per l'esecuzione dell'opera pubblica ove non aggiudichi l'appalto entro un certo termine.

nomina. Se però, nelle more il procedimento continua, vi è il rischio di adottare una graduatoria che verrebbe invalidata nel caso dell'annullamento del decreto di nomina, senza dire che si configurano controinteressati successivi (vincitori del concorso). Una sospensione del procedimento disposta su ordine del giudice potrebbe limitare tali inconvenienti¹⁶⁵.

11. – Questione ulteriore è costituita dall'eventuale risarcimento del danno nell'ipotesi di vizi radicali.

Per affrontare il tema, riteniamo di doverci muovere da recenti impostazioni che riguardano la risarcibilità delle c.d. facoltà partecipative.

Secondo Illustre dottrina¹⁶⁶, non è condivisibile l'affermazione per cui, essendo l'annullamento giurisdizionale consentito soltanto per i vizi sostanziali, non sarebbe ammesso risarcire l'interesse strumentale, in quanto non tutti i vizi procedurali risultano irrilevanti, non essendo quelli che limitano la partecipazione procedimentale, il difetto di motivazione, la contraddizione tra motivazione e dispositivo, l'incompetenza. Si sottolinea che il principio di legalità ha un aspetto

¹⁶⁵ In qualche caso, il giudice amministrativo ha disposto in via cautelare la nomina di una nuova commissione, in presenza di impugnazione del provvedimento con cui si disponeva e si pubblicava l'elenco dei candidati ammessi alla prova orale, v. TAR Lombardia-Milano, Sez. III, ord. 23 novembre 2016 n. 1486, in *www.lexitalia.it*. Per il giudice amministrativo vanno sospesi gli atti di un concorso pubblico con nomina in via cautelare di nuova commissione e con conseguente ripetizione delle prove scelte dalla Commissione, ove il Presidente della Commissione rilasci delle dichiarazioni con cui esprima un giudizio negativo sullo svolgimento del concorso, in quanto a suo dire le nuove assunzioni porterebbero alla radicale sostituzione degli insegnanti in servizio. Secondo il giudice, sussiste un contrasto di tali dichiarazioni con l'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 secondo cui il dipendente pubblico deve astenersi se decisioni o attività coinvolgano propri interessi. In tal caso l'interesse alla stabilizzazione del personale insegnante applicato si pone in contrasto con il sereno svolgimento del concorso per l'assunzione di personale abilitato esterno.

La fattispecie è interessante in quanto l'illegittimità della composizione della commissione non è originaria, ma successiva, dovuta alle dichiarazioni del Presidente, da cui decorre la lesione, cioè il pericolo che l'imparzialità sia compromessa.

¹⁶⁶ F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 423 ss.

procedimentale, che non ha affatto scarsa importanza¹⁶⁷. Alla risarcibilità inoltre non si oppone la disciplina dell'art. 30 c.p.a. che si riferisce all'interesse legittimo *tout court*, e non al bene della vita (finale)¹⁶⁸.

Per altra impostazione¹⁶⁹, che assume una angolatura prospettica diversa rispetto all'interesse strumentale, la risarcibilità delle facoltà partecipative deriva dal diritto alla buona amministrazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Di conseguenza, all'obbligo della pubblica amministrazione di rispettare le regole del giusto procedimento corrisponde un diritto soggettivo del cittadino la cui tutela non può essere condizionata dalla c.d. logica di spettanza. Ciò sarebbe confermato dall'art. 41 comma 3° della Carta che riconosce espressamente l'obbligo dell'amministrazione di risarcire i danni cagionati ai privati a causa delle violazioni del diritto ad una buona amministrazione¹⁷⁰.

Ora, considerando questa seconda impostazione, che riteniamo preferibile per i rilievi già esposti, sembra che alla luce del diritto europeo *a fortiori* le c.d. violazioni gravi o radicali, esaminate in questo lavoro, dovrebbero essere oggetto di risarcimento del danno e ciò senza condizioni di sorta alla luce dell'art. 41, in quanto comportano di regola la rinnovazione del procedimento, viziandolo appunto alla radice.

Purtuttavia, riteniamo che alla luce della normativa e della giurisprudenza nazionale, tali vizi sono difficilmente risarcibili.

È indubbiamente vero come insegna F. G. Scoca che la formulazione dell'art. 30, comma 3°, c.p.a. prevede il risarcimento dell'interesse legittimo *tout court*, non essendo connesso necessariamente al provvedimento.

Infatti la disposizione non prevede un risarcimento del danno strettamente consequenziale al provvedimento¹⁷¹, disponendo invece che

¹⁶⁷ Scoca si riferisce in particolare alla partecipazione degli operatori del settore alla formazione dei regolamenti delle autorità indipendenti, *op. cit.*, 425.

¹⁶⁸ *Op. ult. cit.*, 426.

¹⁶⁹ V. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, cit., 252 ss.

¹⁷⁰ *Op. ult. cit.*, 257.

¹⁷¹ Come invece era previsto dall'art. 7, comma 4°, l. n. 205 del 2000 che si ri-

il danno può derivare da un fatto o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo¹⁷².

Indubbiamente riferirsi ad un "fatto" comporta riferirsi a violazione di regole di condotta procedimentale¹⁷³ e non certo ad un comportamento materiale, spettante alla giurisdizione del giudice ordinario in forza delle ormai note sentt. della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006¹⁷⁴. Nella violazione di queste regole procedimentali possono indubbiamente rientrare le gravi violazioni che finora abbiamo considerato.

Purtuttavia bisogna considerare che in forza dell'art. 30 comma 3° c.p.a. il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza: ciò comporta che il giudice in sede risarcitoria dovrebbe valutare se l'esito del ricorso di annullamento e degli altri mezzi di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica, evitato in tutto o in parte il danno¹⁷⁵.

Nei casi da noi esaminati per evitare il danno è necessario chiedere l'annullamento del provvedimento finale che comporta la rinnovazione del procedimento.

feriva in sostanza ad un risarcimento del danno *conseguenziale* all'illegittimità del provvedimento. Su questa tematica, v. G. IUDICA, *Spunti problematici in tema di poteri del giudice del risarcimento da lesione di interessi legittimi e di tutela dei terzi*, in *I Tar*, II, 2002, 545 ss.

¹⁷² Per il nuovo assetto della responsabilità civile derivante dall'art. 30, comma 3°, c.p.a. v. F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, 968 ss.

¹⁷³ Infatti autorevolmente si è ritenuto che in diritto amministrativo è ardua una (netta) distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, stante che con la l. n. 241 del 1990 il comportamento dell'amministrazione dipende da tutta una serie di regole procedimentali. V. in questa direzione, A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto tra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 3 ss., in part. 6.

¹⁷⁴ V. sul punto, la consolidata giurisprudenza della Cassazione, in part. Corte cass., SS.UU., 7 settembre 2016 n. 17673, in *Riv. giur. ed.*, 2016,103; Corte cass., SS.UU., 7 dicembre 2016 n. 25044, in *ivi*, 1054 ss.

¹⁷⁵ V. sul punto, F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi?*, cit., 999, che si riporta ai principi dell'Ad. pl. n. 3 del 2011.

Esemplificando, se sussiste un vizio di composizione della Commissione, ed il ricorrente non chieda l'annullamento della graduatoria non può ottenere la rinnovazione del procedimento e quindi non può evitare il danno, ove proponga un'azione risarcitoria autonoma. In tal caso la giurisprudenza afferma che si interrompe il nesso di causalità¹⁷⁶, in quanto i danni potevano essere evitati: di conseguenza ha rilevanza sostanziale, sul piano causale, l'omessa o tardiva impugnazione come fatto preclusivo del risarcimento del danno.

In sostanza, la caduta della pregiudiziale amministrativa¹⁷⁷ non risulta essere stata decisiva, in quanto in sostanza si richiede l'impugnazione dell'atto in relazione ad obblighi di correttezza derivanti dall'art. 1227 c.c., essendo precluso il risarcimento nel caso di omessa impugnazione.

D'altra parte, ancor se il ricorrente impugni tempestivamente il provvedimento finale, difficilmente potrebbe ottenere un risarcimento del danno per adozione di un provvedimento affetto da vizi radicali, in quanto per il giudice amministrativo, ad es., «La rinnovazione delle operazioni concorsuali costituisce una forma di reintegrazione in forma specifica della chance di vittoria, con la conseguenza che non è necessario procedere all'esame della domanda di risarcimento per equivalente»¹⁷⁸.

Il risarcimento che potrebbe ottenersi è quello derivante dal provvedimento: se ad es. la composizione della Commissione è viziata, può chiedersi un risarcimento derivante dal provvedimento finale (di aggiudicazione ad es.). Tale risarcimento però non deriva di per sé dal vizio radicale (in quanto ad es. un componente era in conflitto d'interessi), ma dagli effetti del provvedimento, in quanto questo pro-

¹⁷⁶ V. fra le tante, Corte cass., SS.UU., 11 gennaio 2008 n. 577; Id., Sez. III, 12 marzo 2010 n. 6045; Cons. Stato, Ap., 23 marzo 2011 n. 2; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 16 marzo 2016 n. 489; TAR Lazio, Sez. III *quater*, 21 dicembre 2016 n. 12706, in *Foro Amm.*, 2016, 3072.

¹⁷⁷ Su cui v., senza pretesa di completezza, F.F. TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004; F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007; G. IUDICA, *Profili della pregiudizialità amministrativa*, cit.

¹⁷⁸ V. fra le tante, Tar Lazio, Sez. II, 1 marzo 2016 n. 2733, in *Foro Amm.*, 2016, 712 ss.

duce una disparità di trattamento. Di conseguenza, la fonte del danno non è il vizio, ma l'effetto provvedimentoale.

La questione è di fondo: la violazione del diritto ad una buona amministrazione nel nostro sistema viene riconosciuta solo nei limiti in cui può determinare un diverso assetto del provvedimento finale.

Non essendo riconosciuta come situazione autonoma (la si inquadri nell'interesse legittimo o nel diritto fondamentale) sia l'annullamento sia il risarcimento potrà essere dato, ma solo a determinate condizioni, che sono quelle dell'art. 21-octies L. n. 241 del 1990, che come già considerato, fa sì che il giudice guardi al provvedimento finale, non al mancato rispetto delle garanzie procedimentali.

Infatti il giudice amministrativo afferma che la «pretesa risarcitoria non può trovare accoglimento qualora il vizio accertato non contenga alcuna valutazione definitiva in ordine al rapporto giuridico controverso, risolvendosi nel riscontro di una violazione del procedimento di formazione del provvedimento; il che avviene in particolare quando, in seguito all'annullamento dell'atto impugnato, l'amministrazione conserva intatto il potere di rinnovare il procedimento, eliminando il vizio riscontrato»¹⁷⁹.

Anche nel caso di vizi radicali che non comportano la ripetizione della procedura (quali ad es. il vizio della maggioranza qualificata nell'ipotesi dell'Asn) non sembra che vi siano spazi per la proponibilità di un'azione risarcitoria.

Non certo di un'azione risarcitoria autonoma, in quanto in forza dell'art. 30, comma 3°, c.p.a. se non vengono impugnati gli atti della procedura non si configura un nesso eziologico. Il risarcimento potrebbe ipoteticamente chiedersi per perdita di chance, per non avere potuto beneficiare della procedura di chiamata per una certa tornata.

12. – Come si è detto all'inizio, non vi è una definizione legislativa dei vizi radicali. Pertanto abbiamo individuato alcune ipotesi giu-

¹⁷⁹ V. Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2014 n. 38; Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015 n. 252, in www.giustizia-amministrativa.it. V. altresì la più recente Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018 n. 254, cit. in cui il risarcimento può essere concesso in materia di appalti pubblici quando l'impresa aggiudicataria offra la prova rigorosa dell'utile d'impresa.

risprudenziali per cercare di pervenire ad una loro (possibile) ricostruzione unitaria.

Ci sembra che per vizio radicale non possa intendersi un vizio del provvedimento, ma una patologia *procedimentale* che compromette il valido esercizio della funzione, con la necessità del (più rapido possibile) ripristino della legalità violata.

La presenza del vizio radicale compromette la realizzazione di interessi generali fissati dal legislatore, che, come abbiamo considerato si pongono ad un livello superiore rispetto agli interessi pubblici specifici, cioè quelli individuabili nel singolo procedimento (ad es. repressione degli abusi edilizi, selezione dei migliori in una procedura concorsuale). Esempificando, un interesse superiore può essere quello dell'adempimento del dovere di integrità, di imparzialità, di moralità.

I vizi radicali si distinguono dai c.d. vizi formali e sostanziali, in quanto rispetto a questi ultimi si pone la questione se possono determinare l'annullamento del provvedimento (finale).

Se il vizio è meramente formale, ove il cittadino eserciti un interesse strumentale alla rinnovazione del procedimento (per es. di una gara), dovrebbe dimostrare che ha la possibilità di conseguire un provvedimento di esito diverso¹⁸⁰.

Il vizio radicale invece è "sganciato" dal contenuto del provvedimento finale¹⁸¹, è indipendente dalla c.d. prova di resistenza, riferen-

¹⁸⁰ V. la fattispecie di TAR Lazio, Roma, Sez. II, 24 novembre 2016 n 11754, in *www.Lexitalia.it*, cit., richiamata in nota 75.

¹⁸¹ In senso stretto poi, il contenuto del provvedimento cambia tra il 1° alinea e il secondo alinea dell'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990. Nel primo alinea ci si riferisce, rispetto alla natura vincolata del provvedimento al contenuto "dispositivo" cioè alla parte finale del provvedimento in cui si dispone e non alla motivazione. Nel 2° alinea riferendosi in generale al contenuto ci sembra riferirsi alla motivazione, di conseguenza alla possibile "ragionevolezza" della decisione.

Già in passato peraltro, la distinzione tra vizio radicale (come vizio che non influisce sul contenuto della decisione, viziando il procedimento nel suo complesso), e vizio sostanziale (che influisce sul contenuto della decisione) non sempre è stato chiaro in giurisprudenza. V. ad es. la risalente decisione del Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 1923, in *Giur. It.*, 1923, III, 242 ss. Nella fattispecie venne proposto un ricorso gerarchico al Governo, che erroneamente venne deciso con la procedura del ricorso straordinario. Il giudice amministrativo ritenne il decreto decisivo nullo, in quanto «la funzione, che si esercita sul ricorso gerarchico è sostanzialmente diversa

dosi alla violazione di norme di comportamento. Caso emblematico sembra il conflitto d'interessi che pone in pericolo l'immagine dell'amministrazione rispetto alla collettività e che, per quello che si è cercato di dimostrare, è indipendente dal contenuto dell'atto.

Si tratta in sostanza di situazioni invalidanti non riguardanti il contenuto dell'atto in sé ma la conformità dell'azione amministrativa alle norme e alle regole che la disciplinano¹⁸².

Se per i vizi del provvedimento e per le patologie procedurali incidenti sull'atto vi è una tipizzazione da un punto di vista legislativo, tale tipizzazione non si riscontra quando viene inficiato il potere nella sua globalità¹⁸³.

Abbiamo cercato di svolgere nel presente lavoro una elencazione di talune ipotesi di vizi radicali e tuttavia altre ipotesi potrebbero essere individuate.

da quella che si esercita in caso di ricorso straordinario al re; esame di merito nel primo caso; sindacato di sola legittimità nel secondo; e l'aver equivocato sulla natura della funzione da esercitare, costituisce un vizio tanto sostanziale, che toglie ogni valore al provvedimento emesso», *op. cit.*, 248. Il Consiglio di Stato non riferisce in senso stretto al vizio radicale ma parla di vizio "tanto sostanziale" che porta alla nullità dell'atto finale. Nel commento a questa sentenza scritto da F. CAMMEO, *Sui caratteri dell'errore essenziale come vizio degli atti amministrativi*, *ivi*, 243 ss., acutamente si rileva che il ricorso gerarchico è "anche di merito", potendosi occupare anche di un sindacato di legittimità. Nella fattispecie in esame non vi era prospettata alcuna questione di convenienza, ma una questione di legittimità. Di conseguenza, per l'A. l'equivoco sulla natura della funzione non aveva rilevanza, non avendo alcuna influenza sul contenuto dell'atto risolutivo del ricorso, non avendo carattere di errore essenziale che potesse determinare la nullità. Anche allora era presente il criterio della prova di resistenza: se il provvedimento non poteva avere diverso contenuto, era inutile disporre l'annullamento della procedura in relazione alla nullità del decreto decisivo.

¹⁸² V. in questa direzione, A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, *cit.*, 601, per cui l'atto amministrativo compendia una determinata azione amministrativa che può non essere conforme alle norme e alle regole che la disciplinano. Sui vizi che compromettono il potere nella sua globalità, v. successivamente R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, *cit.*, 819. Tali vizi sarebbero, per l'Illustre A., il provvedimento emesso in carenza di potere, il provvedimento emesso in violazione del giudicato, le nullità espressamente previste dalla legge.

¹⁸³ Su quest'ultima tipologia di vizi v. F. SAITTA, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto amministrativo* 3-4, 2000, 473.

Si pensi ad es. ad un procedimento finalizzato ad un fabbisogno di personale in cui a monte sia assente una programmazione delle risorse, ad un procedimento estremamente farraginoso, difficilmente comprensibile per il cittadino destinatario dell'azione amministrativa, o anche un procedimento in cui manchi una (necessaria) valutazione tecnica¹⁸⁴.

Rispetto a tali vizi, il giudice si trova ad accertare non sempre la violazione di *regole in senso proprio, ma di principi*¹⁸⁵, che sono esplicitati nell'art.1 della l. n. 241 del 1990 (economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza).

In qualche caso la *regola* esiste: per es. rispetto al conflitto d'interessi previsto dall'art. 6 *bis*. In altri casi si deve valutare se il comportamento della p.a. non sia conforme a principi: un procedimento farraginoso, incomprensibile per il cittadino oppure l'adozione di un bando *ad personam*.

Nel vizio radicale l'annullamento del provvedimento comporta la ripetizione del procedimento: in qualche ipotesi ciò non è conseguenza (necessaria) dell'annullamento giurisdizionale, come nel caso dell'annullamento del giudizio di abilitazione scientifica nazionale in cui, accertato il vizio radicale (per l'illegittimità della maggioranza qualificata), si configura un effetto conformativo pari a zero, considerandosi il candidato abilitato con maggioranza semplice.

Il ricorso alla categoria della nullità del provvedimento non sembra conducente per i vizi radicali, in quanto essi riguardano la patologia del procedimento in sé e per sé, non dell'atto *tout court*.

Rispetto alla distinzione tra interesse legittimo strumentale e finale per i rilievi che finora sono stati sviluppati, va osservato che se la giustizia amministrativa deve svolgere una funzione di prevenzione della parzialità l'interesse strumentale perde rilevanza.

¹⁸⁴ Altre ipotesi si riscontrano nella violazione del principio di pubblicità nelle gare pubbliche, v. ad es. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018 n. 254, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁸⁵ Sulla differenza tra regole e principi, v. da ultimo S. LICCIARDELLO, *Metodo giuridico e sistema a diritto amministrativo*, in *Diritto e società*, 2, 2016, 299. I principi sono norme aventi carattere più generico rispetto alle regole, configurandosi così una differenza solo di quantità, *op. cit. ib.*

Se si impugna ad es. un decreto di nomina della Commissione (ad es. per la sua composizione) l'intento è di prevenire la parzialità che è un valore in sé: si tratta di un diritto all'imparzialità o un interesse legittimo *potenziale* che ha una sua autonoma rilevanza, non necessariamente ponendosi come strumento del (conseguimento) di un bene finale.

Se poi si impugna la graduatoria si fa valere un interesse legittimo (finale), facendosi rilevare una disparità di trattamento. Si tratta di due momenti di tutela diversi, con differenti finalità.

Altra questione è se i vizi radicali costituiscono inosservanza di regole generali e inderogabili di ordine pubblico.

Si registra che vizi radicali o gravi del procedimento vengono individuati nella dottrina francese¹⁸⁶, in relazione al "*moyen d'ordre public*". In sostanza, vi sono motivi che per la loro gravità devono essere rilevati d'ufficio dal giudice amministrativo, ancor se le parti non muovano alcun rilievo al riguardo: per esempio, l'applicazione di una

¹⁸⁶ V. sul punto, R. NOGUELLOU, *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif. Le cas français*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, in *Annuario Aipda 2012*, Atti del Convegno annuale-Trento 5-6 ottobre 2012, Napoli, 2013, 171. Sul rapporto tra questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio, v. G. IUDICA, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio nel processo amministrativo* in *www.Lexitalia.it*, 4/2001; ID, *Contrasti giurisprudenziali in tema di questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 11, 2001, 1236 ss.; F. SAITTA, *La «terza via» ed il giudice amministrativo: la «questione rilevata d'ufficio» (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2014, 827 ss.; L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze «a sorpresa» e dintorni*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2016, 1048 ss. Nell'ambito del diritto processuale civile sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto, in relazione alle c.d. nullità di protezione, v. l'importante decisione della Corte cass., SS.UU., 12 dicembre 2014 n. 26242, in *Foro it.*, 2015 I, 861 ss. con nota redazionale di M. ADORNO, *ivi*, 910 e ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo*, *ivi*, 915 ss.; F. DI CIOMMO, *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, *ivi*, 921 e ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris?»*, *ivi*, 928 ss.; S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, *ivi*, 930 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, *ivi*, 942 ss.

legge ancora non entrata in vigore da parte della pubblica amministrazione, oppure il vizio di incompetenza¹⁸⁷. Se il giudice li rileva d'ufficio deve sottoporli al contraddittorio delle parti.

Per quello che qui interessa e senza volere affrontare in questa sede in via generale l'applicazione della nozione di ordine pubblico in diritto amministrativo, ci sembra opportuno considerare che, secondo autorevole dottrina, per attuazione dell'ordine pubblico si intende non soltanto la sottoposizione a norme imperative ma anche a principi di carattere generale, fondati su norme costituzionali¹⁸⁸.

Ora, una giurisprudenza (risalente) del giudice amministrativo in materia di conflitto di interessi afferma che «il più volte citato obbligo di astensione, in quanto espressione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa fissati dall'art. 97 della Costituzione, è espressione di una regola generale ed inderogabile, di ordine pubblico applicabile quindi anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge»¹⁸⁹.

Sul punto si deve procedere con estrema cautela in quanto la nozione di ordine pubblico, richiamato da disposizioni del codice civile quali l'art. 1343 c.c. e da numerose altre è estremamente controverso¹⁹⁰.

¹⁸⁷ La giurisprudenza comunitaria ritiene che la motivazione insufficiente costituisce motivo di ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio ad opera del giudice comunitario, v. Corte di giustizia CE 20 febbraio 1997, C-166/95; Corte di giustizia CE 2 dicembre 2009, C-89/08. Sul punto v. in dottrina, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2010, 472.

¹⁸⁸ V. in questa direzione, PALADIN, *op. ult. cit.*, 134. Già in precedenza, risalente dottrina del diritto privato sottolineava la differenza tra ordine pubblico e norme imperative o cogenti, in quanto l'ordine pubblico deve riferirsi non solo a specifiche norme, ma a principi generali dell'ordinamento desumibili dall'insieme di norme cogenti. V. A. DE CUPIS, *Leggi proibitive, norme imperative ed ordine pubblico*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 1947, 249.

¹⁸⁹ V. la già richiamata sent. del Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2003 n. 2836, cit.

¹⁹⁰ Su questa controversa nozione v., senza pretesa di completezza, L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *NN.D.I.*, XII Torino, 1965, 130 ss.; G. B. FERRI, *Ordine pubblico a) diritto privato*, in *Enc. Del dir.*, XXX, Milano, 1980, 1038 ss.; A. GUAR-

Nell'ambito del diritto amministrativo la violazione quindi di queste norme e di questi principi nello svolgimento dell'azione amministrativa comporta un vizio radicale o la violazione di norme di ordine pubblico.

A questo punto però potrebbe essere meramente nominalistico considerare l'inosservanza di queste norme come violazione "grave" o "vizio radicale" o "motivo di ordine pubblico".

Piuttosto la questione è se tali vizi abbiano un diverso trattamento processuale rispetto ai vizi "ordinari" e cioè se possono essere rilevati d'ufficio dal giudice: ciò costituirebbe un profilo di forte differenziazione.

Si pensi alle ipotesi in cui il giudice possa rilevare l'omessa pubblicazione del bando di concorso, un conflitto d'interessi, la violazione del principio di anonimato ecc. Il rilevare d'ufficio tali vizi comporta la rinnovazione del procedimento a seguito della sentenza di annullamento.

Sul punto ci sembra di accogliere l'interpretazione, sostenuta in giurisprudenza¹⁹¹, secondo cui le questioni rilevabili d'ufficio ai sensi

NERI, *Ordine pubblico*, Dig. Disc. Priv., XIII, 1995, 154 ss. Naturalmente bisogna adeguatamente differenziare la nozione di ordine pubblico in diritto privato rispetto a quella che (potrebbe) configurarsi in diritto amministrativo. Nella prima disciplina infatti l'ordine pubblico viene visto come limite negativo all'autonomia negoziale (v. diffusamente sul punto *op. ult. cit.*, 158 ss.), mentre in diritto amministrativo sembra imporre parametri di scopo rispetto all'azione amministrativa. In sostanza l'azione dell'amministrazione non potrebbe non rispettare norme inderogabili o valori previsti da norme costituzionali. Per un cenno sull'ordine pubblico economico in relazione al conflitto d'interessi, v. G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., 97 ss.

¹⁹¹ V. Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2012 n. 3557, decisione richiamata da F. SAITTA, *La «terza via» ed il giudice amministrativo: la «questione rilevata d'ufficio»*, cit., 847, secondo cui invece per questione rilevabile d'ufficio deve intendersi qualsiasi questione di diritto e di fatto. Tra le questioni di diritto può essere anche l'applicazione di una norma giuridica da parte del giudice diversa da quella invocata dalle parti, *op. cit.*, 853.

In diritto privato, v. Corte cass. civ., SS.UU., 12 dicembre 2014 n. 26242, in *Foro It.*, cit., 861 ss. in cui si considerano le c.d. nullità di protezione, cioè la violazione di valori fondamentali, quali la libertà d'iniziativa economica privata (tramite la predisposizione di clausole vessatorie ad es.). Sul punto, la Corte ha affermato che il giudice può rilevare d'ufficio tali nullità solo se la parte (debole) manifesti interesse a tale pronuncia.

dell'art. 73 c.p.a. vengono individuati nei fatti sostanziali e processuali ulteriori rispetto alla pretesa azionata dal ricorrente che possono vanificare la sua pretesa, cioè fatti di carattere impeditivo. Per cui potrebbe essere rilevata la mancanza di una condizione processuale (legittimazione ad agire) o un aspetto di carattere sostanziale (la sopravvenuta incostituzionalità di una norma invocata in giudizio, un regolamento contrario alla legge ecc.). Questa interpretazione ci sembra conforme alla natura di un processo di parti, in quanto se il giudice potesse rilevare vizi gravi che rafforzano la posizione del ricorrente (vizio di composizione della commissione) verrebbe a configurarsi una giurisdizione oggettiva, in cui si tutela l'astratta legalità, più che la pretesa azionata in giudizio.

D'altra parte nel caso in cui tali vizi ineriscano alla pretesa del ricorrente, sicuramente il giudice non può rilevarli in relazione a provvedimenti amministrativi diversi da quelli impugnati dal ricorrente.

Sembra utile un esempio concreto per chiarire questi profili, si consideri una fattispecie di incompatibilità.

Un Presidente di seggio di gara non può rivestire la carica di dirigente, in quanto nel momento del conferimento dell'incarico dirigenziale a tempo determinato, disposto con decreto del Sindaco, rivestiva la carica di consigliere comunale presso altro ente della Regione. In tal caso, il decreto sindacale di nomina a dirigente a tempo determinato e la conseguente nomina a Presidente della Commissione di gara devono ritenersi affetti da nullità insanabile ai sensi del com-

Per l'ordine pubblico c.d. internazionale, v. Corte cass. civ., SS.UU., 5 luglio 2017 n. 16601 in *Giur. It.*, 2017, 1787, con nota di A. DE MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, *ivi*, 1792. Nella fattispecie, la questione è la compatibilità del risarcimento con funzione punitiva, di origine statunitense con il nostro ordinamento. La Cassazione afferma che l'ordine pubblico, che costituisce limite all'applicazione della legge straniera è ormai il distillato del sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre fare riferimento alla Costituzione e dopo il Trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali della Carta di Nizza, elevata a livello dei Trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE. V. altresì, sullo stesso tema, Corte cass. civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978, in *Giur. It.*, 1358 ss., con nota di S. BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo*, *ivi*, 1359.

binato disposto di cui agli artt. 7, comma 2°, lett. *b* e 17 del d.lgs. n. 39 del 2013¹⁹².

Ora, ai sensi dell'art. 31, comma 4°, c.p.a. «la nullità dell'atto può sempre essere rilevata d'ufficio dal giudice». A nostro avviso, la questione della nullità del decreto di nomina non è rilevabile d'ufficio, proprio perché nei motivi di ricorso viene fatta valere la nullità di esso decreto come motivo di invalidità del decreto di nomina della commissione di gara. Il giudice non può rilevare d'ufficio la nullità perché questa inerisce alla pretesa fatta valere in giudizio su iniziativa di parte. È peraltro evidente che il ricorrente non ha interesse alcuno ad impugnare il decreto di nomina a dirigente, bensì ad impugnare il decreto di nomina della Commissione di gara perché si configura un pericolo per l'imparzialità della commissione, per l'illegittimità del decreto di nomina a dirigente, fonte dell'invalidità del decreto di nomina della commissione.

A questo punto, rispetto agli interessi considerati nei vizi radicali è utile riprendere le ipotesi trattate: omessa pubblicazione del bando, violazione del principio di pubblicità; bando *ad personam*, violazione del principio di massima partecipazione ai concorsi; giudizio abilitante reso in base ad una maggioranza illegittima, violazione dei criteri di formazione della volontà degli organi collegiali. Queste sono fattispecie eterogenee, connesse alla tutela di (differenti) interessi generali.

Altre ipotesi hanno un denominatore comune, trattandosi della violazione del principio di imparzialità in astratto, configurandosi fattispecie di pericolo: violazione del principio di anonimato (causato dalla commissione) nei pubblici concorsi, adozione del decreto di nomina prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, ipotesi di conflitto di interessi e di incompatibilità.

La configurazione di una fattispecie di pericolo dovrebbe com-

¹⁹² V. per questa fattispecie Tar Lazio - Roma, Sez. III *bis*, 16 maggio 2016 n. 5063, in *www.lexitalia*. cit., con nota di G. IUDICA, *Note in tema di incompatibilità amministrativa*, cit. Questa tipologia di nullità avrebbe carattere sanzionatorio per S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 397, il quale richiama l'artt. 17 del d.lgs. n. 39 del 2013 che qualifica nulli gli atti di conferimento di incarichi in violazione delle disposizioni previste dallo stesso decreto.

portare misure adeguate (sul piano amministrativo e giustiziale), che realizzino tali finalità preventive: nel caso della violazione del principio di anonimato, individuazione di autorità di controllo (Anac) che possano invitare la pubblica amministrazione all'autotutela; nei casi del decreto di nomina illegittimo in quanto adottato prima della presentazione delle domande, possibilità di impugnazione dello stesso; nei casi di conflitto di interessi o di incompatibilità, impugnazione del decreto di nomina o del diniego di ricasazione¹⁹³.

A nostro avviso, se non si introducono nel processo un sistema di preclusioni in ordine all'impugnazione di determinati provvedimenti, non verrà realizzato un adeguato bilanciamento tra principio di imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 1, l. n. 241 del 1990), in quanto il ricorrente dedurrà i vizi radicali nel momento dell'impugnazione dell'atto finale, per "rafforzare" la sua posizione difensiva. Se ad es. è previsto come obiettivo la prevenzione della corruzione, i rimedi di giustizia amministrativa devono essere preventivi. Diversamente, vi sarà un completo scollamento rispetto alla tutela giurisdizionale che interverrà (necessariamente) *ex post*. In effetti, è privo di senso prevedere determinati obiettivi sul piano sostanziale (prevenzione della corruzione) senza strumenti di giustizia adeguati, o quantomeno senza modulare gli strumenti di giustizia a quei parametri di scopo (paradigmatica la questione dell'autonoma impugnabilità del decreto di nomina della commissione).

Questi rilievi sembrano conformi alle conclusioni raggiunte in passato in dottrina e confermate di recente, in cui si è considerata la imprescindibile connessione tra situazioni sostanziali e loro tutela giurisdizionale¹⁹⁴.

¹⁹³ Sul piano sostanziale, indubbiamente dovrebbero maggiormente funzionare meccanismi di trasparenza (quali la *disclosure*), che evitino ad es. la nomina di commissari incompatibili o in conflitto d'interessi, v. per questa tematica G. IUDICA, *Il conflitto d'interessi*, cit., 33 ss. In atto bisogna considerare l'art. 211 comma 1-bis del d.lgs n. 50 del 2016 secondo cui l'Anac è legittimata ad agire in giudizio per impugnazione dei bandi, di atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti pubblici qualora ritiene che siano violate le norme inerenti a questi contratti. L'Anac, secondo la Plenaria n. 4 del 2018 fa valere un interesse alla legalità che sarebbe diverso rispetto all'interesse del ricorrente che vuole conseguire l'aggiudicazione.

¹⁹⁴ V. le note impostazioni di R. ORESTANO, *Azione in generale a) Storia del*

In assenza peraltro di un sistema di preclusioni, essendo il vizio radicale considerato dall'Adunanza Plenaria come motivo prioritario, si potrebbe realizzare un effetto conformativo che rimetta totalmente in discussione il rapporto amministrativo, con una ripetizione della procedura che ha ingenti costi per la collettività.

Altre regole comuni dei vizi radicali riguardano la posizione dei controinteressati¹⁹⁵.

problema, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 785 ss.; S. SATTA, *Azione in generale*, a) *L'azione nel diritto positivo*, ivi, 822 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 248 ss. Certo, si potrebbe considerare che la connessione tra situazioni sostanziali e tutela giurisdizionale non si realizzi alla luce dell'art. 21 *octies*, in cui il giudice può accertare l'illegittimità del procedimento per mancato rispetto delle garanzie procedurali, ma non necessariamente dispone l'annullamento dell'atto finale in relazione al possibile contenuto della decisione per le osservazioni dei cittadini o comunque quando il provvedimento sia palesemente vincolato. Sulla connessione tra situazioni sostanziali e tutela processuale, v. più di recente, L. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2012, 850 ss. In particolare l'A. configura le pretese procedurali (motivazione della decisione, conclusione del procedimento con provvedimento espresso, ecc.) analoghe a quelle che sprigionano dal diritto di azione *ex art. 24 Cost.* Come tali per l'A. dovrebbero avere piena tutela impugnatoria. Purtroppo, l'art. 21-*octies* dà indicazioni completamente diverse, prevedendo l'annullabilità del provvedimento a certe condizioni. In fondo anche nel processo amministrativo si realizza tale situazione: v. l'art. 49, 2° comma, c.p.a., per cui il giudice non ordina l'integrazione del contraddittorio quando il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato, adottando una sentenza semplificata. Di conseguenza, non si guarda alle garanzie del processo, ma al possibile contenuto della decisione, con un notevole parallelismo rispetto al procedimento.

¹⁹⁵ Il tema del controinteressato riguarda il contraddittorio e quindi il principio del giusto processo. Sul giusto processo per i profili costituzionali, v. M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. Cost.)*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, V, 2001, 614. Sul giusto processo in generale, in relazione al giudizio amministrativo v. E. PICOZZA, *Il "giusto processo" amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, II, 1061 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; sui rapporti tra giusto processo e uso del territorio v. le considerazioni di S. LICCIARDELLO, *Profili giuridici sull'uso del territorio*, Torino, 2003, 162 ss.; in relazione al processo contabile, v. F. SATTA, *L'istruttoria del processo contabile nello spirito del novellato art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Corte conti*, 2005, IV, 345 ss.; in relazione alla motivazione postuma in corso di giudizio, v. G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 696 ss. Per

Il controinteressato rispetto al vizio radicale non viene individuato di per sé dall'atto (rispetto al quale hanno di regola interesse alla conservazione degli effetti), ma rispetto alla procedura nel suo complesso.

In particolare, rispetto alla violazione delle regole di anonimato nei concorsi sono controinteressati coloro che sono risultati ammessi alla prova orale.

In qualche caso proprio la deduzione di vizi che potrebbero caducare la procedura comporta l'emersione di controinteressati che per l'impugnazione di un atto per motivi suoi propri non vi sarebbero.

Ci si spiega meglio con una fattispecie, già in precedenza considerata: se un candidato impugna il giudizio di non idoneità dell'Asn non solo per vizi suoi propri (difetto di motivazione) ma per vizi che comportano la caducazione dell'intera procedura (vizio di composizione della Commissione) dovrà intimare almeno uno dei candidati dichiarati idonei (presumibilmente nella stessa fascia). Ciò perché in tal caso il controinteressato ha interesse alla conservazione degli effetti della procedura che comprende il suo giudizio di idoneità conseguito in quella sessione.

Circa le ipotesi di conflitto d'interessi e incompatibilità una precisazione circa il contraddittorio deve essere compiuta.

Se viene dedotto un conflitto d'interessi di un commissario (rapporti di parentela con un candidato), è sufficiente l'intimazione della Commissione, che comprende la persona di quel commissario.

Se però viene in considerazione una posizione di incompatibilità prevista dalla legge (disarmonia tra un incarico ed un altro, d.lgs. n. 39 del 2013 ad es.) dovrebbe essere intimata non solo la Commissione, ma l'autorità che lo ha nominato e il membro considerato incompatibile, questi ultimi come controinteressati.

Non è convincente quanto affermato dal giudice amministrativo in fattispecie di incompatibilità, per cui la validità del decreto di no-

qualche rilievo sul principio del giusto processo in relazione al principio del contraddittorio nel giudizio amministrativo, v. G. IUDICA, *Contrasti giurisprudenziali in tema di questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., 1235 ss.; ID., *Opposizione di terzo ed avente causa nel processo amministrativo* (nota a Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2817), in *Dir. proc. amm.*, 2006, 761 ss.

mina di un dirigente (ritenuto in ricorso incompatibile) sia oggetto di un accertamento incidentale *ex art. 8 c.p.a.*¹⁹⁶.

In effetti, non sembra trattarsi di una questione incidentale, in quanto questa è relativa a diritti la cui risoluzione è necessaria per decidere sulla questione principale¹⁹⁷. Invece, la questione dell'invalidità del decreto di nomina di un dirigente, in quanto fonte dell'invalidità del successivo decreto di nomina della commissione di cui il dirigente fa parte è oggetto principale del processo. Se si propendesse per la tesi dell'accertamento incidentale la nomina del soggetto incompatibile sarebbe inefficace nei limiti del giudizio non avendo efficacia di giudicato.

Ciò in quanto, anche se il ricorrente non impugna di per sé il decreto di nomina del membro incompatibile, ma la nomina della Commissione, l'illegittimità della nomina del componente è questione logicamente pregiudiziale¹⁹⁸ rispetto all'annullamento del decreto di nomina della Commissione: in sostanza fa parte dell'oggetto principale del processo, dovendo sia l'autorità che ha adottato la nomina sia il soggetto nominato poter controdedurre circa l'insussistenza della causa di incompatibilità.

In effetti il giudicato di accoglimento dell'annullamento degli atti della procedura (di gara o di concorso) verrebbe a travolgere anche il decreto di nomina in via principale, non *incidenter tantum*.

In altre fattispecie, è la posizione di *cointeresse* che viene in con-

¹⁹⁶ In questa direzione, TAR Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 16 maggio 2016 n. 5063, cit. Sulla disposizione dell'art. 8 c.p.a., v. da ultimo, A. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017.

¹⁹⁷ Ad es. si impugna un diniego di concessione in sanatoria, motivato in relazione al fatto che la costruzione di certi manufatti ostacola una servitù di passaggio, escludendo i ricorrenti che la tale servitù sia esistente. Soluzione ulteriore potrebbe essere la disapplicazione provvedimento del decreto di nomina, come atto diverso da quello impugnato. Ancor se si seguisse tale soluzione si perviene al medesimo risultato, cioè un annullamento del decreto di nomina limitato al caso deciso senza instaurare il contraddittorio con l'amministrazione che procede alla nomina e il soggetto ritenuto incompatibile.

¹⁹⁸ Sulle pregiudiziali in senso logico ed in senso tecnico nel processo amministrativo v. per tutti, A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 478 ss.

siderazione: nella vicenda della maggioranza illegittima dell'Asn, si profila la figura del cointeressato, che non potendo essere destinatario di un ordine di integrazione del contraddittorio, può ottenere tutela soltanto proponendo ricorso per l'estensione del giudicato nei suoi confronti.

Abstract

Il lavoro prende le mosse da un passaggio della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015 sulla graduazione dei motivi di ricorso, che menziona i vizi che «esprimono una radicale alterazione dell'esercizio della funzione», come vizi che sfuggono alla graduazione dei motivi di impugnazione da parte del ricorrente.

Basandosi su questo spunto, il lavoro cerca di individuare una categoria ulteriore di vizi del procedimento rispetto a quelli formali e sostanziali costituita dai c.d. vizi radicali che sembrano invalidare non il provvedimento finale in sé, ma l'esercizio della funzione.

The work begins with a passage from the Plenary Meeting n. 5 of 2015 on the graduation of the grounds for appeal, which mentions the defects that "express a radical alteration of the exercise of the function", as flaws that escape the graduation of the grounds of appeal by the applicant.

Based on this idea, the work tries to identify a further category of procedural flaws with respect to the formal and substantial ones constituted by the radical vices that seem to invalidate not the final provision itself, but the exercise of the function.



I Direttori di questa rivista sono amici e colleghi che insegnano nell'Università italiana. Vincitori del medesimo concorso di ordinario in diritto amministrativo, si sono incontrati il primo giugno del 1990 e si sono ritrovati a condividere una comune idea di libertà nella ricerca della verità, costituendo su questo fondamento il «Gruppo di San Giustino». Essi si propongono oggi come i direttori di questa Rivista che intende affrontare i temi più attuali e rilevanti del diritto e del processo amministrativo, con un approfondimento che consenta di avere un panorama completo della giurisprudenza e della dottrina, divenendo strumento essenziale per i teorici e per i pratici.

L'idea fondante del gruppo di San Giustino permane quella che in ogni uomo sono presenti «semi di verità», per cui la rivista rappresenta uno spazio culturale aperto a tutti per un confronto in un libero dibattito, con un'attenzione particolare verso i giovani studiosi.

www.edizioniesi.it

Edizioni Scientifiche Italiane, 80121 Napoli, Via Chiatamone, 7
Finito di stampare nel mese di luglio 2019

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli



ISSN 1971-6974

