

7 FEBBRAIO 2024

“Isomorfismo” o superindividualità  
degli interessi e protezione del  
consumatore: riflessioni su taluni  
aspetti di rilevanza dogmatica circa la  
legittimazione ad agire, ex art. 21-bis, l.  
n. 287/1990, dell’Autorità garante della  
concorrenza e del mercato nella  
recente giurisprudenza del Consiglio di  
Stato

di Antonio Chiarella

Dottorando in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Torino



# “Isomorfismo” o superindividualità degli interessi e protezione del consumatore: riflessioni su taluni aspetti di rilevanza dogmatica circa la legittimazione ad agire, ex art. 21-bis, l. n. 287/1990, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato\*

**di Antonio Chiarella**

Dottorando in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Torino

**Abstract [It]:** Il saggio affronta il peculiare e progressivo insorgere di situazioni giuridiche a carattere metaindividuale e gli importanti riflessi in relazione alla loro giustiziabilità, con attenzione particolare alla figura del "consumatore". Si analizzano i profondi punti di connessione tra il *private* ed il *public enforcement*, con riguardo alla legittimazione a ricorrere e alla natura dell'interesse tutelato dall'AGCM nell'ambito della procedura prevista dall'art. 21 bis, legge n. 287/1990.

**Title:** “Isomorphism” or super-individuality of interests and consumer protection: reflections on certain aspects of dogmatic relevance regarding the legitimacy to act, under Article 21-bis, Law No. 287/1990, of the Competition and Market Authority in the recent jurisprudence of the Council of State

**Abstract [En]:** The essay deals with the peculiar and progressive emergence of legal situations of a meta-individual character and the important reflections in relation to their justiciability, with particular attention to the figure of the 'consumer'. The profound points of connection between private and public enforcement are analysed, with regard to the legitimacy to appeal and the nature of the interest protected by the AGCM in the context of the procedure provided for by Article 21 bis, Law No. 287/1990.

**Parole chiave:** Isomorfismo, superindividualità, l. n. 287/1990, AGCM

**Keywords:** Isomorphism, super-individuality, Law No. 287/1990, AGCM

**Sommario:** **1.** Una breve panoramica iniziale e senza alcuna pretesa di piena esaustività. **2.** La tutela delle situazioni giuridiche soggettive, interessi superindividuali e complementarità degli approcci. **3.** Posizioni giuridiche soggettive e rilevanza del carattere collettivo degli interessi. **4.** Legittimazione ad agire a tutela degli interessi diffusi: evoluzione e criteri. **5.** Della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. **6.** Complementarità del *private enforcement* nella tutela del diritto europeo della concorrenza. **7.** “L’ordine giuridico del mercato” e il carattere “osmotico” dello Stato contemporaneo: la progressiva eterodirezione dell’attività dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. **8.** La legittimazione ad agire dell’AGCM a tutela del mercato concorrenziale e il recente intervento del Consiglio

---

\* Articolo sottoposto a referaggio. Con il termine “isomorfismo” si intende quel “fenomeno per cui sostanze cristalline e differenti, ma con lo stesso tipo di struttura e costanti reticolari molto prossime, possono formare cristalli omogenei” (Grande dizionario della lingua italiana, VIII). Il fenomeno scientifico, nelle sue intrinseche peculiarità, sembra corrispondere a ciò che, nella realtà giuridica, avviene con i c.d. interessi diffusi, sui quali si avrà di tornare nel presente contributo.

di Stato n. 1760 del 2023. **9.** La legittimazione a ricorrere e la natura dell'interesse tutelato dall'AGCM. **10.** A mo' di conclusione. Una proposta di ricostruzione dogmatica. *Ex facto oritur ius.*

## **1. Una breve panoramica iniziale e senza alcuna pretesa di piena esaustività**

Le forti pressioni eurocentriche che negli ultimi decenni hanno determinato l'erompere - per utilizzare un termine caro - di nuovi e più complessi sistemi di amministrazione, impongono all'interprete il ricorso ad un approccio metodologico che pure tenga conto del forte grado di complessità del "reale giuridico". La riflessione che ruota attorno alla concorrenza e alle questioni che le fanno da sfondo oggi impegna la comunità di studiosi. Le categorie tradizionali devono essere riviste con occhi del giurista moderno, come già avvertito dai migliori studiosi sul finire del secolo scorso. Ed è questo il motivo per cui, alla luce della ridefinizione di nuovi "status soggettivi", quale quello del "consumatore"- polo attrattivo di una disciplina multisetoriale *ad hoc*- si è sentita l'esigenza di riprendere le autorevoli intuizioni, dottrinali e giurisprudenziali, sorte attorno alla riflessione sulle situazioni giuridiche soggettive e la loro conformazione a fronte di questa nuova cornice giuridico-culturale, proprio con riferimento ad alcuni profili della tutela pubblicistica della concorrenza.

Le trasformazioni che hanno investito la realtà giuridica e fattuale hanno destabilizzato la sia pure incerta configurazione di determinate situazioni giuridiche soggettive. Per tal motivo, si è inteso fare riferimento all'evocativa condizione di "isomorfismo", nozione che, seppur *extra* giuridica, riesce nel tentativo di evocare la condizione di reale instabilità di certe nozioni tradizionali.

L'attribuzione di determinate competenze ad Autorità pubbliche, indipendenti e neutrali, impegnate istituzionalmente nella tutela di "beni giuridici" di rilievo super individuale ha esasperato il dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, attorno alla natura degli interessi alla cui tutela tali Amministrazioni sono preposte.

Può ammettersi, alla luce dei recenti interventi legislativi, che determinate affermazioni, prima considerate certe ed inequivocabili (come, a scopo esemplificativo, la natura soggettiva del processo amministrativo) siano ora travolte da questo processo di destrutturazione giuridica? Può ritenersi giustificata tale opacità, che pure investe categorie dogmatiche di rilievo sostanziale e processuale, da un forte e magmatico "bisogno" di tutela che nasce direttamente dalla realtà fattuale imponendosi sulla realtà giuridica?

*Quid iuris*, anche in considerazioni delle recenti prese di posizione della giurisprudenza amministrativa, può ritenersi che l'interesse diffuso, e la conseguente tutela del medesimo, si coaguli in capo ad una autorità indipendente? Oppure si deve ritenere che tali Autorità, al più, siano deputate alla cura di un interesse pubblico?

Come la super individualità ha finito per permeare le strutture pubbliche configurando nuovi ed originali costrutti dogmatici?



Si offre qui in lettura l'esito di questo argomentare giuridico.

## **2. La tutela delle situazioni giuridiche soggettive, interessi superindividuali e complementarità degli approcci**

A distanza di molti decenni dalle prime elaborazioni dottrinali ci si interroga ancora sulla valenza sostanziale, sulla portata processuale e sui contorni dogmatici, ancora per alcuni versi molto incerti, di peculiari posizioni giuridiche soggettive che nel tempo sono andate cristallizzandosi ed imponendosi all'attenzione degli interpreti.

Può con una certa cautela affermarsi che questo è il campo giuridico, forse più di ogni altro, nel quale la realtà fattuale e quella giuridica si incontrano in un vorticoso rapporto di relazione, dove, in sostanza, il fatto reale ed attuale si imprime forzosamente sulla realtà giuridica con lo scopo di essere da essa riconosciuta e tutelata.

Le questioni, nella loro complessità, sono suscettive di dar luogo a incertezze ed ambiguità, soprattutto alla luce delle recenti riforme legislative che hanno profondamente revisionato la tutela di determinati *status* soggettivi - se così possono essere denominati - approntando un sistema di protezione e garanzia sia con riferimento al piano pubblicistico, che a quello prettamente privatistico.

Gli approcci ricostruttivi, pertanto, sono caratterizzati da una rigorosa complessità che induce a mantenere un approccio unitario pur nella diversità degli ambiti disciplinari, caratterizzati da una complessiva colorazione uniforme in quanto alle categorie dogmatiche fondamentali.

Proprio con riferimento alla figura del "consumatore" è dato rilevare un intenso rapporto dei piani, privatistico e pubblicistico, nel tentativo di costruire una "cornice" di protezione e tutela della parte debole sia nei rapporti contrattuali che in quelli, per così dire, "sociali".

La rinnovata funzionalità dei differenti segmenti di protezione, pubblici e privati, riporta in *auge* il profondo rapporto tra i due sistemi di regole, la cui ricostruzione sembra essere segnata da una pluralità di approcci metodologici, anche a fronte di un orientamento tradizionale e più "rigido" che scompone "ermeneuticamente" in due grandi macro aree il diritto – segnatamente nel diritto privato e nel diritto pubblico – oggi superata da chi sostiene che tali categorizzazioni del reale sembrano perlopiù apparire irragionevolmente "vezzeggiative"<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblici e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 2019. L'A. critica quanti, esponenti della dottrina tradizionale, come Jean Carbonnier (in *Droit civil*, T.I., *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Paris, 1965) ritenevano che tutto il diritto si dividesse in due parti: il diritto pubblico ed il diritto privato.

Secondo l'Autore "questa lacuna obbliga a rintracciare il fondamento della dicotomia pubblico/privato nel diverso sistema delle fonti, o nella diversità delle giurisdizioni competenti".

In questo senso, infatti, la “sterile” dicotomia pubblico/privato sembra rivelare le proprie deboli basi proprio avuto riguardo all’ “incapacità di dare collocazione certa a quelli che sono qualificati come interessi diffusi, o collettivi”<sup>2</sup>.

La complessità dogmatica che segna queste categorie concettuali è arricchita dalla sua rinnovata attualità, soprattutto in relazione alla protezione riservata a determinati beni giuridici, quali quello della concorrenza e della protezione della libertà negoziale<sup>3</sup> dei singoli contraenti.

Come si avrà modo approfondire nel prosieguo, proprio con riferimento al diritto dei consumatori, la dottrina e la giurisprudenza fanno spesso ricorso alle espressioni “*public*” e “*private*” “*enforcement*” per indicare quel complesso di rimedi utili a fornire una risposta immediata alle istanze di tutela del contraente debole. Peraltro, non si può revocare in dubbio l’enorme impatto che la normativa *de qua* ha avuto sul sistema complessivo, soprattutto avuto riguardo al ruolo di garanzia e vigilanza, profondamente invasivo, riconosciuto ad alcune Autorità Indipendenti<sup>4</sup>.

Come fatto notare dalla più attenta dottrina, infatti, la stretta correlazione tra il diritto pubblico ed il diritto privato ha determinato l’elaborazione di strumenti diversi posti a tutela della concorrenza; nella

---

<sup>2</sup> A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 789.

<sup>3</sup> Il tema della c.d. libertà negoziale è un tema cruciale che oggi anima il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, sia amministrativistico che civilistico. Basti ricordare l’importante disputa giurisprudenziale, intercorsa tra Sezioni Unite della Corte di cassazione e Consiglio di Stato, proprio in tema di responsabilità della P.A. per lesione dell’affidamento legittimo del privato riposto dal privato nella legittimità dell’azione amministrativa. Recentemente (Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 2023, n. 1567) le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribadito che la responsabilità della P.A., per il danno che derivi dalla lesione dell’affidamento rispetto ai doveri di correttezza dell’attività amministrativa, configuri una responsabilità di tipo contrattuale che, a parere dei giudici, deve essere inquadrato “nello schema della responsabilità relazionale” - che si ricorda origina a partire dalla teoria del contatto sociale qualificato, idoneo *ex art.* 1173 c.c. a generare obbligazioni – “sia nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, sia nell’ipotesi di emissione e successivo annullamento di un atto ampliativo della sfera del privato”. Ancora, sempre in tema di libertà negoziale, vengono in considerazioni gli arresti giurisprudenziale registrati in tema di pratiche commerciali scorrette. Il Consiglio di Stato, intervenuto più volte sul tema, ha chiarito, in un arresto giurisprudenziale relativo alla non veridicità dei c.d. “claim”, che tale condizione di “non veridicità” è “idonea ad integrare una pratica commerciale scorretta ingannevole in violazione del dovere, posto a carico dell’operatore commerciale, di agire con completezza e chiarezza nella propria comunicazione di impresa” (così Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4976). Sempre i giudici di Palazzo Spada, nel 2019, hanno ritenuto che una pratica commerciale scorretta sia idonea ad indurre il c.d. “consumatore medio”, consumatore “normalmente informato”, a “prendere una decisione che di norma, tenuto conto delle circostanze del mercato in cui opera le proprie scelte, non avrebbe preso” (Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2019, n. 3347).

Il bene oggetto di tutela, si chiarisce, è solo indirettamente la sfera patrimoniale del consumatore, in quanto oggetto di tutela immediata è il mercato concorrenziale (sul tema si tornerà nel prosieguo della dissertazione).

<sup>4</sup> Sul tema delle Autorità Indipendenti la letteratura è vastissima.

Per una lettura critica si veda S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2020, pp. 765-804.

In particolare, viene evidenziato il rapporto tra indirizzi di politica economica che, come sottolineato dall’Autore, sono stati in parte recuperati dal Parlamento e dal Governo, e poteri di vigilanza sulla loro attuazione.

L’A. mette in evidenza i possibili profili di rischio a fronte dell’esercizio di una funzione di regolazione non adeguatamente o sufficientemente disciplinata dalla legge: “In tal caso sono esperibili gli angusti ambiti di tutela giurisdizionale amministrativa avverso l’atto di regolazione, sfuggendo comunque al sindacato del giudice un definito parametro di legittimità, e l’eventuale giudizio di legittimità costituzionale della legge ove ritenuta non rispettosa della stessa riserva nel suo contenuto rinforzato (limite dell’utilità sociale e indirizzo e coordinamento a fini sociali)” (così. S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, *op. cit.*, p. 40).

prospettiva del diritto pubblico, infatti, la concorrenza risulta “strumentale alla tutela dell’interesse pubblico europeo alla libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali”<sup>5</sup>, rilevando in questo senso le misure *antitrust* e la “concorrenza nel mercato”<sup>6</sup>. Nella prospettiva del diritto privato, al contrario, la concorrenza diviene “strumentale alla tutela del singolo imprenditore e dei consumatori”<sup>7</sup>, con l’emergere di strumenti inibitori, sanzionatori e risarcitori.

### 3. Posizioni giuridiche soggettive e rilevanza del carattere collettivo degli interessi

Come noto, nei confronti del pubblico potere, chiamato a contemperare ed allocare l’interesse pubblico, possono essere vantate situazioni soggettive<sup>8</sup> di natura “proteiforme”, tradizionalmente riconducibili alle figure dell’interesse legittimo<sup>9</sup>, del diritto soggettivo<sup>10</sup> e, per ciò che qui interessa, dell’interesse collettivo

---

<sup>5</sup> V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 1736 e ss.

L’autore dedica ampissimo spazio alla trattazione della tutela del mercato e della c.d. “parte debole”; colpisce il particolarismo nella trattazione delle regole messe a punto per assicurare il perseguimento delle finalità concorrenziali attraverso le formule identificative, quali la c.d. “concorrenza nel mercato”, la c.d. “concorrenza per il mercato” ed infine le c.d. “regole *antitrust*”.

<sup>6</sup> Con l’espressione “concorrenza nel mercato” si intende fare riferimento alle politiche di “apertura” del mercato al fine di “assicurare, in una prospettiva di promozione della concorrenza stessa, l’esercizio delle libertà fondamentali”.

Data la pluralità delle misure che possono essere collocate in questa macrocategoria si è solito ricomprendere in essa il “principale obbligo imposto agli Stati di non consentire forme di monopolio ed oligopolio legale, le quali si sostanziano nel riconoscimento normativo a talune imprese di diritti esclusivi o speciali nello svolgimento di determinate attività economiche” (V. LOPILATO, *ult. op. cit.*, pp. 32 e ss.).

<sup>7</sup> V. LOPILATO, *ult. op. cit.*, pp. 1736 e ss.

<sup>8</sup> Il tema delle situazioni giuridiche soggettive è strettamente connesso alla discrezionalità del potere amministrativo.

Sul punto si veda l’opera di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi.*, Giuffrè, Milano, 1939.

L’A. mette in evidenza come “la discrezionalità s’identifica con la sostanza più squisita dell’attività amministrativa”.

L’attività amministrativa, infatti, è tradizionalmente intesa come “cura degli interessi pubblici” e, pertanto, come “ponderazione dell’interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici” (così M.S. GIANNINI, *op. cit.*, pp. 78-79).

Proprio con riferimento al tema del potere discrezionale e al suo rapporto con le posizioni giuridiche soggettive assume valore fondante il criterio, introdotto dalla Corte di cassazione nel 1949 (Cass. civ., 4 luglio 1949, n. 1657), che si fonda sulla natura del vizio fatto valere dal privato. Infatti, nell’ipotesi di carenza di poteri “in astratto” viene in rilievo un’assenza originaria del potere amministrativo, non contemplato, pertanto, da alcuna norma giuridica. Come osservato dalla dottrina, infatti, la situazione giuridica di cui il privato è titolare è quella di diritto soggettivo che “non subisce alcun affievolimento tramutandosi in interesse legittimo” (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 145).

Sui criteri di distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi si veda (M. CLARICH, *ult. op. cit.*; C.E. GALLO, S. FOÀ, M. ANDREIS, R.M. PELLEGRINI, G. CREPALDI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020).

<sup>9</sup> Sul punto la produzione bibliografica è amplissima; si rimanda ad alcuni riferimenti: F. BASSI, Interesse legittimo e fattori legittimanti, in *Dir. proc. amm.*, 1986; BASSI F., *Divagazioni sulla nozione di interessi legittimo*, in *Dir. amm.*, 1994; L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato* (voce), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1993; U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, Torino, 2011; M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996; E. CANNADA BARTOLI, *Sulla qualificazione dell’interesse legittimo nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1958; I.F. CARAMAZZA., *Interesse legittimo e procedimento*, in *Atti del convegno*, Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988), Milano, 1990; R. CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992; E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952;

<sup>10</sup> Il diritto soggettivo, come situazione giuridica soggettiva, si differenzia dall’interesse legittimo in quanto, come osservato dalla migliore dottrina, il privato, titolare di un diritto soggettivo, vanta il medesimo sia nei confronti della pubblica amministrazione che nei confronti della collettività; al contrario, l’interesse legittimo “è strettamente correlato

e diffuso. Quella che si potrebbe definire “superindividualità”<sup>11</sup> della posizione giuridica soggettiva ha da sempre rappresentato un nodo problematico del dibattito giurisprudenziale e dottrinale<sup>12</sup>. Altrettanto problematico è stato il definitivo inquadramento dogmatico del concetto di “interesse” come posizione meritevole di tutela in sede processuale e procedimentale<sup>13</sup>. È poi interessante notare l’espansiva evoluzione che ha riguardato la figura dell’interesse legittimo, originariamente inteso come “massa amorfa”, occasionalmente meritevole di tutela, secondo la più risalente dottrina<sup>14</sup>, sino ad essere qualificato come situazione giuridica sostanziale<sup>15</sup>, qualificata e differenziata, che se lesa nella sua portata

---

all’esercizio del potere amministrativo (così G. CORSO, *L’attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 77).

Il diritto soggettivo, pertanto, è tutelato in via assoluta “in quanto è garantita al suo titolare la soddisfazione piena e non mediata dell’interesse, bene della vita finale, protetto dalla norma (così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 263).

<sup>11</sup> In argomento i maggiori contributi provengono da B. CARAVITA, *Interesse diffusi e collettivi*, in *Dir. e soc.*, 1987, pp. 367 ss.; A. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. e soc.*, 1983, pp. 337 ss.; G. SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. I. Legittimazione e interesse al ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 123 ss. Sul punto si veda anche R. FERRARA, *Gli interessi individuali fra procedimento amministrativo e processo: problemi e orientamenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 48-71.

<sup>12</sup> I primi contributi, in materia di interessi collettivi e diffusi, risalgono agli anni ’50, come si avrà modo di analizzare nel prosieguo del contributo.

<sup>13</sup> Sulla nozione di “interesse” si veda E. BETTI, *Interesse (teoria generale)* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 838; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1926, p. 3; P. GASPARRI, *Gli interessi umani e il diritto. Introduzione all’analisi del pensiero giuridico*, Bologna, Zuffi Editore, 1951.

<sup>14</sup> O. RANELLETTI, *Diritti subiettivi e interessi legittimi nella competenza*, in *Foro.it.*, 1983, I, 470 e ss.

<sup>15</sup> L’autonomia dell’interesse legittimo era già stata confermata, prima delle pronunce giurisprudenziali che ne hanno scolpito “definitivamente” la sua portata sostanziale, dalla dottrina che, aderendo alle ricostruzioni assolutamente prevalenti, aveva ritenuto maggiormente soddisfacenti gli orientamenti che facevano leva sulla valorizzazione dei connotati “sostanziali” della posizione e non già processuali, come sostenuto da altri autori (si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 21). Le diverse costruzioni, che qualificavano l’interesse legittimo come situazione soggettiva solo indirettamente ed occasionalmente protetta, basavano tale qualificazione sulla ritenuta disparità con il diritto soggettivo; solo, infatti, il diritto soggettivo avrebbe potuto godere di una tutela “diretta ed incondizionata”, al contrario dell’interesse legittimo, tutelato solo di riflesso. Parte della dottrina ha messo in evidenza come l’interesse legittimo “sembra corrispondere ad esigenze costituzionali profonde quali la necessità di conciliare libertà dell’amministrazione per la realizzazione sua missione e rispetto delle situazioni giuridiche soggettive interferenti con l’esercizio dei poteri amministrativi” (R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2005).

Sul carattere “sostanziale” attribuito all’interesse legittimo si veda, in particolare, la storica sentenza della Corte di cassazione n. 500/1999.

La Suprema Corte, infatti, pur affermando la netta distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, giunge a dichiarare che “la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma giuridicamente rilevante) rientra nella fattispecie di responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto”.

Condizione necessaria per il risarcimento, invero, è la lesione all’interesse al bene della vita “al quale l’interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell’ordinamento” (così Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500).

In questo senso, pertanto, la lesione dell’interesse legittimo rileva come condizione sì necessaria, ma non sufficiente per attivare il rimedio aquiliano, dovendo altresì verificare la lesione del bene della vita al quale tale interesse legittimo risulti correlato.

Si veda poi Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204.

Ancora, con riferimento alla “natura” dell’interesse legittimo è stato acutamente rilevato come l’interesse legittimo presenti caratteri speculari a quelli del diritto di credito o comunque di un diritto relativo, “perché l’uno e l’altro hanno per oggetto un comportamento altrui. Se ne distingue perché il credito, una volta adempiuto, offre al titolare la soddisfazione cui aspira, mentre la stessa cosa non accade per l’interesse legittimo” (così G. CORSO, *L’attività*

sostanziale può dar luogo al riconoscimento del rimedio aquiliano nella sua dimensione risarcitoria. Invero, come si è avuto modo di notare, i primi approcci al tema della tutela degli interessi diffusi e collettivi sembrano risalire agli studi del c.d. diritto corporativo<sup>16</sup>. Ci si era dapprima imbattuti in un gordiano nodo metodologico: la ricostruzione del sistema della giustizia amministrativa passava necessariamente dalla figura dell'interesse legittimo concepita come situazione giuridica soggettiva di tipo "materiale". Rimanevano pertanto fuori dal fuoco della tutela amministrativa gli interessi "non esattamente riconducibili all'archetipo della situazione di vantaggio di base" ovvero quegli interessi non individuabili in capo ad un singolo ricorrente. La ricostruzione, infatti, dell'interesse legittimo come una situazione "attiva, qualificata, differenziata e personalizzata" lascerebbe insoluto, come notato da attenta dottrina, il problema del rapporto "che corre fra l'interesse sostanziale e quello processuale", soprattutto con riferimento alla "giustiziabilità nel processo amministrativo dei cosiddetti interessi superindividuali"<sup>17</sup>. Onde evitare di incorrere in irragionevoli commistioni concettuali occorre necessariamente operare una preliminare distinzione tra i c.d. interessi collettivi ed i c.d. interessi diffusi<sup>18</sup>. Originariamente, dato il nuovo fenomeno giuridico, le due categorie concettuali furono utilizzate in maniera fungibile; ben presto, però, si assistette ad una progressiva presa di posizione che muoveva dall'elaborazione di congrui criteri di distinzione e differenziazione allo scopo, come fatto notare la dottrina, di "giuridicizzare" un certo tipo di interessi al fine di renderli giustiziabili nel processo amministrativo. È merito della più autorevole dottrina, negli anni Settanta, l'aver individuato la sottile e labile linea di confine che separa le due tipologie di interessi, nonostante ancora oggi risulti inverosimile pervenire ad una compiuta e definitiva nozione di interesse diffuso<sup>19</sup>. Si fece notare, infatti, proprio nella cornice del convegno di Pavia del 1974<sup>20</sup>, come l'interesse diffuso si caratterizzasse, rispetto all'interesse

---

*amministrativa, op. cit.*, p. 77).

A proposito della distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi si porga attenzione a quanto acutamente osservato dalla migliore dottrina; sono stati ritenuti "diritti assoluti" quei diritti "ai quali non è correlativo alcun obbligo, cioè alcun dovere che sia elemento intrinseco del rapporto che essi implicano". I diritti relativi, si è osservato, sono diritti "per i quali si ha una correlazione con degli obblighi, cioè con dei doveri che assieme ai diritti siano termini essenziali e necessari dei rapporti giuridici ai quali sono inerenti" (così S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 59).

<sup>16</sup> Sul diritto corporativo si veda: G. MAGGIORE, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico*, in *Dir. del lav.*, 1928, p. 284; G. SALEMI, *Concetto, posizione e natura del dir. corp.*, in *Dir. del lav.*, 1929, p. 186; L. RAGGI, *L'ordinamento corporativo*, in *Studi in onore di O. Ranalletti*, Cedam, Padova, 1932, II, p. 175.

<sup>17</sup> R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale. Ecc.)*, in *Digesto pubbl.*, VIII, p. 470.

<sup>18</sup> La distinzione è d'obbligo se si intende analizzare le questioni che seguiranno con maggiore evidenza sistematica.

<sup>19</sup> Peraltro, la distinzione, come si avrà modo di specificare nel prosieguo del lavoro, pare essere giustificata da un "sentimento", se così può essere definito, di attuazione del dettato costituzionale; si è notato, infatti, come oltre che nella Carta costituzionale, gli interessi diffusi e collettivi trovano consacrazione proprio nella "coscienza sociale" come sintesi della dimensione collettiva (si veda V. DENTI, *Relazione introduttiva*, in E. AMODIO, F. BRICOLA, M. CAPPELLETTI, V. DENTI, MS. S. GIANNINI, A. PIZZORUSSO, U. POTOTSCHNIG, A. PROTO PISANI, S. RODOTA', A. ROMANO, F.G. COCA, G. TARELLO, M. TARUFFO, ET ALII, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Cedam, Padova, *cit.* p. 7.

<sup>20</sup> Proprio a Pavia, nel 1974, si tenne un importante convegno sul tema delle azioni a tutela degli interessi collettivi che



pubblico e a quello collettivo, per il suo essere “adeposta”, privo cioè di un portatore identificato o identificabile. Si osservò, invero, che “il giorno in cui un interesse diffuso trovi un portatore, diventa o collettivo o pubblico, a seconda di come avviene, in termini positivi, la vicenda”<sup>21</sup>.

Al contrario, gli interessi collettivi sono individuati dalla dottrina in base ad un criterio soggettivo, proprio avuto riguardo al loro portatore, ed hanno il “proprio punto di coagulo presso un ente esponenziale di un gruppo non occasionale e quindi fornito di sufficiente forza e consistente forza organizzativa”<sup>22</sup>. Invero la dottrina, almeno quella di un tempo, non fu così univoca nella qualificazione dell’interesse collettivo se, per esempio, si sostiene la ricostruzione, evidentemente riduttiva della portata concettuale del fenomeno, di quanti sottolinearono che la titolarità di tale interesse fosse da ricondurre allo Stato e agli enti pubblici territoriali, i quali, in quanto enti politici, “sono tutori di interessi pubblici di comunità”<sup>23</sup>. Sempre negli anni Settanta, recisamente nel 1978, si assistette ad un tentativo compiuto di circoscrivere maggiormente le categorie *de quibus* in occasione di un convegno di studi di scienza dell’amministrazione, tenuto a Varenna. È peculiare la riflessione di apertura nella quale si sottolinea la necessità di trovare ulteriori “strade” per la tutela e la protezione dei consumatori, ritenuti soggetti esposti all’ “arbitrio ed alla vessazione dei produttori e dei distributori”, stante la ritenuta inadeguatezza degli strumenti allora messi a disposizione per far valere le ragioni dei primi. Si mise in evidenza l’atteggiamento restrittivo di taluna parte della giurisprudenza contraria al riconoscimento, in capo al consumatore, di una posizione soggettiva azionabile al fine di ottenere la “verifica di legittimità degli atti amministrativi che egli abbia concorso a formare partecipando ai lavori del collegio del quale sia rimasto illegittimamente escluso pur avendo il diritto di parteciparvi”<sup>24</sup>. La *quaestio facti*, quindi, è innanzitutto un problema di “personalizzazione” dell’interesse diffuso, di ordine squisitamente sostanziale, stante la necessità di individuare situazioni “personalizzate” in capo a soggetti individuali o in capo a gruppi rilevanti. L’ulteriore passo coincide con la risoluzione dell’intricato nodo afferente alla legittimazione processuale,

---

vide la partecipazione dei maggiori esponenti della dottrina italiana dell’epoca.

<sup>21</sup> M.S. GIANNINI, in E. AMODIO e altri, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, *op. cit.*, p. 354.

<sup>22</sup> R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, *op. cit.*, p. 487.

<sup>23</sup> Tra tutti si veda P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 176 e ss.

Concorde comune nella qualificazione degli interessi diffusi come “adespoti”, l’Autore mette in evidenza la difficoltà di offrire una piena tutela giurisdizionale agli stessi ritenendo che, in quanto non attribuibili a soggetti determinati, risulta mancante “l’interesse personale a ricorrere”.

<sup>24</sup> V. CAIANIELLO, *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, in *Atti del XIII° convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1978.

Il tema messo in evidenza è in parte diverso da quello prettamente riconducibile alla materia consumeristica. È interessante notare, però, l’approccio dualistico della giurisprudenza amministrativa e civilistica. Infatti, viene fatto notare, che se da una parte il Consiglio di Stato aveva riconosciuto, tramite l’interesse legittimo, “la possibilità per l’individuo, facente parte dell’organizzazione, di ottenere la verifica della legittimità degli atti attraverso i quali l’organizzazione viene costituita”, la giurisprudenza della Cassazione, al contrario, “peraltro arrogandosi un diritto che non le spetta”, avrebbe negato tale legittimazione “per il solo fatto di far parte della organizzazione” (CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 24).

doendosi stabilire “quando nella sfera giuridica di una determinata figura soggettiva si riverberi l’interesse diffuso o collettivo che dir si voglia”<sup>25</sup>. Appaiono interessanti le riflessioni di quella dottrina che ha messo in evidenza come la qualificazione dell’interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva a carattere “sostanziale” abbia determinato una forte compressione della forza espansiva dello stesso concetto, di certo non in grado di ricomprendere una serie di interessi in quanto “non connessi con quelli protetti dalla norma che si assume essere violata dal provvedimento impugnato” e comunque “perché troppo generalizzati” e con “profili individualistici troppo sbiaditi”<sup>26</sup>. Sarebbe opportuno, a parere di questa dottrina, configurare l’interesse legittimo non già come interesse a carattere sostanziale, ma come “entità di fatto”, non più oggetto di tutela ma “presupposto per chiedere il sindacato sulla legittimità del provvedimento impugnato”: in questa direzione risulterebbe ampliata la portata dell’interesse legittimo, ora in grado di essere “rintracciato anche in quelle ipotesi nelle quali l’elemento individualistico tende a sbiadirsi per la sua generalizzazione”. Più densa di significato appare poi l’opinione di quegli autori che, valorizzando il carattere morale e le inflessibili esigenze di solidarietà sociale, hanno contribuito a delineare una nozione di interesse diffuso che promana dall’attualità sociale e che si incarna nel personalismo umano, trovando, tali esigenze, piena consacrazione nel testo costituzionale<sup>27</sup>. In particolare, si è sottolineato come l’omogeneità che caratterizza gli interessi diffusi, in forza della uniformità del contenuto e della loro riferibilità ad un “fatto di auto distinzione o di autoorganizzazione di gruppo, non faccia venir meno la loro individuale rilevanza, l’“imputabilità ai soggetti reali che compongono la classe o il gruppo”<sup>28</sup>. La configurazione dell’interesse diffuso come posizione di vantaggio, che tra l’altro assicura attuazione a valori costituzionali nel processo amministrativo, viene accolto da quella dottrina che, valorizzando questa precisa valenza dogmatica, riconosce in essa il carattere, tipico dell’interesse legittimo, della c.d. “differenzialità”, in quanto il collegamento con un valore costituzionalmente protetto “vale a separarlo da quei *bisogni* e da quelle aspettative giuridicamente irrilevanti perché ignorate dalle norme primarie dell’ordinamento positivo”<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> V. CAIANIELLO, *op. cit.*

<sup>26</sup> A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, *Atti del XIII° convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 38.

<sup>27</sup> A. CORASANITI, *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, in *Atti del XIII° convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1978.

<sup>28</sup> Viene posta attenzione soprattutto alle “tecniche partecipative” elaborate al fine di assicurare la tutela degli interessi in argomento, consistenti, a scopo esemplificativo, nell’ “attribuire ai componenti della classe o la collettività meno ampia di poteri di incidenza o di reazione rispetto alle operazioni giuridiche di gestione spettanti agli organi della collettività più ampia”, ovvero, attraverso “tecniche garantistiche o di difesa”, attraverso il riconoscimento ai componenti di “poteri di fruizione di utilità o di svolgimento di attività, da esercitare senza impedimento da parte dei terzi o da parte di altri componenti che si comportino o considerino i primi come terzi” (A. CORANITI, *ult. op. cit.*, p. 69-70).

<sup>29</sup> Così R. FERRARA, *ult. op. cit.*

L’Autore precisa che la giustiziabilità dell’interesse diffuso avviene sulla base di “questo semplice, ma irrinunciabile, presupposto, nel senso che la sua riferibilità ad un fondamentale valore dell’ordinamento costituzionale rappresenta la condizione necessaria e sufficiente della sua giuridicizzazione, pur in difetto di ogni ulteriore qualificazione normativa”

L'eterogeneità degli approcci ricostruttivi è confermata dall'opinione di quanti, al contrario di quanto specificato in apertura, hanno evidentemente fatto riferimento a criteri di tipo oggettivo, ritenendoli maggiormente efficaci nella generale ricostruzione dogmatica; si è sostenuto, infatti, che seguendo l'approccio oggettivo si dovrebbe porre l'accento sulla "indivisibilità del bene oggetto dell'interesse e sulla sua attitudine ad essere fruito contemporaneamente fra più persone"<sup>30</sup>. In definitiva, quindi, mentre gli approcci che fanno leva su un criterio prettamente soggettivo valorizzano la riferibilità ad un "soggetto collettivo", altri, approcciandosi oggettivamente, impostano la ricostruzione teorica dell'interesse collettivo fondandola sulla riferibilità ad un "bene collettivo"<sup>31</sup>. Gli interessi diffusi, come quelli collettivi, si sviluppano in un contesto sociale del tutto differente rispetto a quello del passato<sup>32</sup>. L'esigenza di tutela di interessi superindividuali che "erompono" dalla sfera individuale, per affacciarsi ad un'esigenza di tutela collettiva, inizia, infatti, ad avvertirsi alla luce delle profonde evoluzioni che hanno coinvolto le civiltà occidentali e che hanno posto al vertice della tutela interessi collettivi, per così dire "sociali", nell'ottica di un definitivo superamento di una concezione strettamente "individualista" del bene giuridico oggetto di tutela<sup>33</sup>. L'eccedenza dalla sfera individuale di

---

(R. FERRARA, *op. cit.*, p. 498).

<sup>30</sup> G. COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Dir e Giur.*, 1974, pp. 817 ss.

<sup>31</sup> La sintesi è confermata da U. RUFFOLO, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, p. 22.

L'A. ha ricostruito magistralmente tutto il dibattito dottrinale che ha contornato il tema degli interessi diffusi e collettivi. Lo studio in questione verrà più volte ripreso nel corso della trattazione.

<sup>32</sup> Le istanze sociali influenzano profondamente la realtà giuridica, si pensi soprattutto alla rinnovata attenzione per i temi ambientali. Considerata l'ampiezza della ricerca bibliografica sul tema, si rimanda a: G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?* in *Gior. dir. amm.*, n. 4, 2020, pp. 529-536; A. LAMBERTI, *Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali: questioni aperte e prospettive alla luce della legge cost. 1/2022*, in *Nomos*, n. 3, 2022; A. IURASCU, *L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM)*, in *Giur. it.*, n. 2, 2023, pp. 399-402; P. PANTALONE, *Interessi superindividuali e giudice amministrativo: brevi riflessioni a margine di Ad. Plen. 6/2020, pensando all' "ambiente" delle generazioni presenti e future*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 4, 2021, pp. 877-890; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Contenzioso climatico e diritti umani: il ruolo delle corti europee sovranazionali*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2023, pp. 272-294.

<sup>33</sup> L'importanza del "bene giuridico" è stata recentemente confermata dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alla disciplina dell'edilizia e della contrattualistica pubblica.

Con riferimento all'edilizia, il Consiglio di Stato ha chiarito che il potere repressivo dell'amministrazione pubblica delle violazioni in materia edilizia non è sottoposto a decadenza o prescrizione in quanto esercitabile in ogni tempo proprio in virtù della particolarità del bene giuridico protetto, la cui compromissione si rivela essere "durevole" nel tempo (Cons. Stato, sez. II, 27 aprile 2020, n. 2670). In materia di contrattualistica pubblica, il massimo organo della giustizia amministrativa recentissimamente, valorizzando il bene giuridico protetto dal principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, ha stabilito che "laddove la procedura di gara sia caratterizzata da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, non è consentito al seggio di gara la conoscenza di quelli economici, per evitare ogni possibile influenza sull'apprezzamento dei primi" (così Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2022, n. 1785).

Particolare la valorizzazione del bene giuridico con riferimento al fenomeno dell'inquinamento acustico con riferimento alla quale il Consiglio di Stato ha chiarito che i Comuni possono adottare una "più specifica regolamentazione dell'emissione e dell'immissione dei rumori nel territorio", proprio al fine di temperare il bene giuridico tutelato dalla legge quadro 26 ottobre 1995 n. 447 rispetto alla tutela della pubblica tranquillità (Cons. stato, sez. II, 27 aprile 2020, n. 2684).

queste esigenze di tutela ha determinato l'evolvere, con particolare sollecitudine, di un'attenzione legislativa maggiormente calibrata sulla tutela di interessi della collettività, "lasciando all'iniziativa individuale la tutela di quegli interessi che s'appartengono più propriamente ai singoli"<sup>34</sup>. Specialmente in dottrina è stato messo in evidenza come le forme di tutela "collettive", come le *class action*<sup>35</sup>, emerse accanto alle tutele tradizionali del consumatore, sono l'esempio di una "via per la transizione verso una efficace forma di controllo dal basso"<sup>36</sup>, nonché, si sottolinea, forme di giurisdizione di diritto oggettivo. In particolare si è rilevato come tale transizione abbia seguito due diversi binari: in un primo senso si assiste ad una progressiva rilevanza precettiva attribuita a talune norme costituzionali ritenute immediatamente precettive, come il principio della funzione sociale della proprietà dei beni produttivi, interpretate come limiti alla proprietà e alle iniziative private; d'altro canto, l'attribuzione di un "diretto ed autonomo interesse protetto o quanto meno d'una legittimazione processuale" agli enti esponenziali intermedi che di certi interessi collettivi o di categoria siano istituzionalmente eletti tutori (nostro il corsivo), proprio attraverso una istituzionalizzazione della rappresentanza dei consumatori<sup>37</sup>.

La collettivizzazione degli interessi ha determinato spesse volte un problematico rapporto con gli stessi interessi dello Stato; talvolta si è assistito spesso ad un vero e proprio "scontro" tra gli interessi riferibili alla generalità degli individui, ritenuti meritevoli di tutela, rispetto agli interessi generali facenti capo allo Stato o più in particolare ad altre categorie o classi. Si è fatto notare come, all'esito del processo di identificazione e giuridicizzazione dell'interesse collettivo, questo non risulti essere altro che una

---

In materia penale si veda, fra le più importanti riflessioni sul concetto di "bene giuridico": F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, Cedam, Padova, 1939; G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, Cedam, Padova, 1938; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>34</sup> Così E. BONAUDI, *La tutela degli interessi collettivi*, Fratelli Bocca Editori, Milano, 1911, p. 4.

<sup>35</sup> Come è stato messo in evidenza dalla migliore dottrina, la tendenza che ha segnato la legislazione degli ultimi anni è stata proprio caratterizzata da un tentativo di "oggettivizzare" la giurisdizione amministrativa, tipicamente caratterizzata, come si è avuto già modo di evidenziare, dal suo carattere soggettivo (relazione alla sua funzione tipica di tutela di situazioni giuridiche soggettive) e dal relativo principio dispositivo.

Al contrario, proprio con riferimento agli esempi offerti dalla "class action amministrativa", alle sanzioni alternative previste dall'art. 123 c.p.a., al ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza (di cui si avrà modo di discorrere nel prosieguo), nonché al ricorso dell'ANAC contro gli atti di gara, è dato assistere, come è stato messo in evidenza, ad un mutamento del ruolo del giudice che, in particolare, "non tutela unicamente situazioni giuridiche soggettive individuali, bensì un interesse generale, ad esempio quella della legalità, o di buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa" (così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 144).

Sul tema si veda A. POLICE, E. TEDESCHI, *La "class action" pubblica. L'interesse individuale e collettivo alla buona amministrazione e la sua giustiziabilità*, in *Amministrativ@mente*, n. 3, 2021, pp. 380-433; M. MAZZUCA, "Atto di consumo" e interessi protetti: l'azione di classe riformata, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2022, pp. 1157-1171; E. FERRANTE, *La via italiana alla "class action" fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*, in *Giur. it.*, 2017, n. 1, pp. 66-71; P. MEZZANOTTE, *Class action e Costituzione: dimensione meta-individuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*, in *Nomos*, n. 2, 2022.

<sup>36</sup> U. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>37</sup> Si consenta nuovamente la citazione di U. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 66.

L'A. osserva come "il riconoscimento d'un ruolo all'autonomia collettiva in materia di tutela del consumo come già in quella del lavoro (riconciliando anche così lavoratore-consumatore e lavoratore-produttore), permetterebbe allora la censura del prodotto socialmente pericoloso [...] anche quando l'azione individuale sarebbe difficile o impossibile [...]".

“variante” dell’interesse legittimo, dal quale si distingue “sotto l’aspetto estrinseco e formale nonché per alcune peculiarità di carattere funzionale”<sup>38</sup>. Il confliggente rapporto tra interessi, peraltro, sembra richiamare lo speculare sistema “caotico” che è dato rinvenire, secondo alcuna dottrina, anche alla base del sistema di responsabilità aquiliana. Infatti, secondo autorevoli ricostruzioni dottrinali alla base del sistema aquiliano sarebbe rinvenibile propriamente una struttura dualistica di conflitti tra due diversi “permessi” che pongono problemi di coesistenza, c.d. “conflitti interferenziali”<sup>39</sup>.

Le considerazioni che precedono richiamano le interferenze che si sono registrate, tra diritto privato e diritto pubblico, nel tentativo di ricercare gli spazi utili per la costruzione dogmatica di una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato. Se è vero che gli interessi diffusi promanano in un certo qual modo dall’interesse legittimo<sup>40</sup>, assume maggior sostanza scientifica il tentativo di “smontare” lo spartiacque che, dalla dottrina tradizionale, è stato costruito tra le due aree giuridiche<sup>41</sup>. Si è invero ritenuto che tale scambio, qualificato da taluni come insostenibile in forza della diversità sostanziale dei principi essenzialmente diversi, quindi incompatibili, sia al contrario “logico e naturale” e foriero di dar spiegazione razionale a fenomeni e situazioni che “finiscono per essere relegati nel limbo di anomalie del sistema a denunce di lacune e contraddizioni”<sup>42</sup>. Al fine di evitare qualsiasi equivoco ricostruttivo, la migliore dottrina che ha tracciato le coordinate di questa interessante contaminazione fra aree giuridiche, coerentemente con le opzioni dogmatiche prospettate in tema di interessi legittimi, ha ritenuto di dover elidere da tale ingerenza fra aree casi nei quali a ben vedere si pongono su piani diversi<sup>43</sup>. Ad ogni modo, senza alcuna pretesa di esaustività, può chiarirsi che il tentativo di riferire alle note posizioni soggettive di interesse legittimo e di diritto soggettivo, da parte della medesima dottrina<sup>44</sup>, si è avuto con riferimento alla natura giuridica del possesso, alla rilevanza del divieto di atti di emulazione, alla posizione del creditore agente in via surrogatoria e all’attribuzione della legittimazione ad impugnare taluni atti, quindi a contestarne la validità o ad impedire la costituzione di rapporti o situazioni che ad essi conseguono a favore di certi soggetti più o meno individuati<sup>45</sup>. In conclusione, deve essere rilevato che le esigenze di

---

<sup>38</sup> Ancora R. FERRARA, *ult. op. cit.* Si fa notare come sia ancora “il fatto organizzatorio, se si vuole, a costituire l’elemento centrale e ordinatore dell’interesse collettivo, nel senso che una certa situazione attiva vive allo stato potenziale e pregiudiziale, ad avviso della dottrina e della giurisprudenza, finché non risulti normativamente qualificata e non trovi il proprio centro di coagulo e di imputazione in un’organizzazione più o meno complessa nella quale il gruppo economico-sociale rappresentato riesca a riconoscersi”.

<sup>39</sup> M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e “ingiustizia del danno”*, in *La responsabilità civile*, vol. I, pp. 13 ss.

<sup>40</sup> La considerazione è frutto del ragionamento di parte della giurisprudenza, la quale si è “preoccupata di far combaciare l’interesse diffuso con l’interesse legittimo mediante l’individuazione di elementi di differenziazione e qualificazione di determinati soggetti portatori dell’interesse diffuso rispetto al gruppo sociale complessivamente inteso” (così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 134).

<sup>41</sup> Come già si aveva avuto occasione di specificare in apertura.

<sup>42</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 2.

<sup>43</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*

<sup>44</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*

<sup>45</sup> Il merito di aver operato efficacemente questa analisi è di L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 152 e ss.

mediazione tra diverse aree giuridiche riportano alla luce l'annoso rapporto che vede coinvolte le categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo<sup>46</sup>; infatti, a fronte di assiomi concettuali che, come rilevato dalla migliore dottrina, hanno non già basi normative quanto interpretative, si tratta, in definitiva, di liberare la struttura normativa “dal soffocante abbraccio di categorie concettuali”, al fine di consentire una maggiore dialettica per consentire, come osservato, di risolvere quelle pretese di “incostruibilità” di tutela allorquando, non per irrilevanza per il diritto o insuscettibilità di controllo giudiziale, si neghi la giustiziabilità di interessi collettivi o diffusi “non censibili in chiave di diritti soggettivi d'un soggetto di diritto”<sup>47</sup>.

Annoso dibattito, quello appena tracciato, testimoniato dal lungo corso del dibattito dottrinale che ne ha segnato la relativa evoluzione.

#### 4. Legittimazione ad agire a tutela degli interessi diffusi: evoluzione e criteri

Tradizionalmente la c.d. *legitimatio ad causam* si colloca, unitamente all'interesse ad agire<sup>48</sup>, nelle c.d. condizioni dell'azione<sup>49</sup> - secondo la definizione di chiovendiana memoria<sup>50</sup> -, trova fondamento

---

Particolarmente interessante l'opinione di S. BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di D. CARNELUTTI*, Cedam, Padova, 1950, III, *cit.*, 383 e ss.

Varie sono state le ricostruzioni dottrinali che si sono fronteggiate in merito della qualificazione del possesso; secondo taluni si tratterebbe, invero, di una situazione giuridica soggettiva “direttamente e pienamente tutelata nella forma del diritto soggettivo” (così BRANCA, *op. cit.*, 388). Altri, al contrario, hanno ricostruito il possesso, assumendolo come situazione di “mero fatto”, aderendo alla nozione di “interesse occasionalmente protetto” (così VENTURA, *Interessi legittimi, diritto privato, diritto agrario*, in *Riv. dir. agrario*, 1959, 183 e ss.). Tali conclusioni appaiono inaccettabili per chi sostiene tuttalpiù configurabile una situazione di mutevole valenza giuridica, ritenendo che “ciò non varrebbe a dimostrare che i c.d. diritti reali minori sono secondari, subordinati o affievoliti rispetto al diritto di proprietà, così non consentirebbe analoga conclusione con riferimento al possesso, ove, naturalmente, si partisse dal presupposto della sua tipica natura di diritto soggettivo (Si consenta ancora il riferimento a L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 157 e ss.).

<sup>46</sup> Il riferimento non può che andare, a scopo esemplificativo, a quanto detto in riferimento al possesso; si tratta, in definitiva, di comprendere se una data situazione della realtà giuridica possa essere fatta valere come “diritto soggettivo”, con conseguente pienezza della tutela giurisdizionale, ovvero, come interesse legittimo, dovendo, quindi, transitare per vaglio di meritevolezza di tutela.

<sup>47</sup> Si consenta ancora il riferimento a U. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 131 e ss.

<sup>48</sup> L'interesse ad agire è caratterizzato dai requisiti della “personalità”, della “attualità” e della “concretezza”.

Come si è messo in evidenza, le posizioni giurisprudenziali non sembrano unitarie quanto all'individuazione delle c.d. “utilità o vantaggio conseguibile dal ricorso”, “che non sempre viene a coincidere con la reintegrazione dell'interesse legittimo leso e che riflette tutte le incertezze inerenti alla ricostruzione dell'interesse legittimo e del corrispondente bene della vita” (così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2017, pp. 1251 e ss.).

Appaiono chiare e convincenti le opinioni di chi ha sostenuto uno stretto collegamento tra interesse legittimo ed interesse ad agire e procedimento, tanto da affermare che “l'interesse legittimo si proietta sul procedimento, l'interesse ad agire sul processo” (così G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo riformato nel prisma dell'interesse ad agire*, in G. P. CIRILLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Il nuovo diritto processuale amministrativo*, vol. XLII, Cedam, Padova, 2014, pp. 186 e ss.).

<sup>49</sup> La produzione bibliografica sul tema è sterminata; si rimanda alla consultazione dei maggiori manuali di diritto amministrativo, fra tutti: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene Editore, Milano, 1989; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, Milano, 2003; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2022; V. LOPILATO, *op. cit.*

<sup>50</sup> È celebre la definizione data da CHIOVENDA circa le c.d. condizioni dell'azione; diconsì “condizioni dell'azione”,

normativo nell'art. 81 c.p.c.<sup>51</sup> ed è qualificata, secondo una delle più celebri definizioni, come “condizione del provvedimento di merito sulla domanda”, ed indica, dunque, “per ciascun processo, le giuste parti, le parti legittime”<sup>52</sup>. Le teorie tradizionali tendono a distinguere la legittimazione, per come intesa nel processo civile, nel senso dell'affermazione di una titolarità della situazione giuridica soggettiva fatta valere nel processo, da quella intesa nel processo amministrativo, intesa come giudizio di effettiva titolarità di quella posizione<sup>53</sup>. Peculiare è poi la ricostruzione di quanti ritengono che la legittimazione ad agire sarebbe “sottoposta” ad un duplice trattamento: una prima analisi atterrebbe alla verifica delle condizioni dell'azione, per la legittimazione ad agire; un secondo trattamento, invece, riguarderebbe i presupposti per ciò che attiene alla legittimazione a contraddire<sup>54</sup>.

Le questioni che ruotano attorno al tema delle condizioni dell'azione sono classiche della teoria generale del diritto amministrativo; un approccio generalista e superficiale al tema sarebbe del tutto irragionevole, motivo per cui si intendono focalizzare i profili che rilevano ai fini di un efficiente inquadramento delle questioni che, ai fini del presente lavoro, disvelano la loro maggiore utilità, rimandando per altro alle

---

secondo il celebre giurista, “le condizioni necessarie perché il giudice abbia a dichiarare esistente ed attuare la volontà concreta di legge invocata dall'attore, vale a dire le condizioni necessarie per ottenere un provvedimento favorevole” (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Jovene Editore, Napoli, p. 56).

Peculiare la distinzione rispetto ai c.d. “presupposti processuali”: secondo l'A., infatti, “anche i presupposti processuali sono condizioni dell'azione, perché se mancano impediscono una pronuncia favorevole, ma la differenza si rende manifesta se si pensa che le condizioni dell'azione sono soltanto condizioni del provvedimento favorevole, i presupposti processuali sono condizioni anche del provvedimento favorevole” (R. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 58).

<sup>51</sup> L'art. 81 c.p.c. chiarisce che: “Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in proprio un diritto altrui”.

Come si può evincere dalla lettura della norma, infatti, in alcuni casi, previsti espressamente dalla legge, è possibile riconoscere al terzo una “legittimazione straordinaria”, che conferisce al medesimo la possibilità di far valere un diritto altrui.

<sup>52</sup> Si tratta della definizione data da E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 147. Si è chiarito che il problema della legittimazione “consiste nell'individuare la persona cui spetta l'interesse ad agire (e quindi l'azione) e la persona nei cui confronti esso spetta”. Ancor più chiaramente, l'A. afferma che “[...] esso sorge dalla distinzione tra il quesito sull'esistenza oggettiva dell'interesse ad agire ed il quesito sulla sua appartenenza oggettiva”.

Rispetto alla concezione formale del CHIOVENDA, il SATTA contrappone una visione oggettiva e sostanziale, secondo cui, come osservato dalla dottrina in commento, “la legittimazione ad agire [...] cessa di essere una delle condizioni per il provvedimento del giudice o per il provvedimento favorevole, cessa di essere un requisito, un elemento dell'azione, per diventare il segno, il crisma della giurisdizione che gli interessi soggettivi ricevono dal processo in cui vengono dedotti, e che li trasforma in diritti soggettivi” (così G. TOMEI, *La legittimazione ad agire*, in *Enc. Dir.*, 1974, pp. 72 e ss.).

<sup>53</sup> Peculiare l'affermazione di E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2013, ove si afferma che “[...] si procede alla verifica della legittimazione in base a quanto affermato dal ricorrente e senza che ciò possa pregiudicare o influenzare la decisione nel merito”.

Si afferma, infatti, che la legittimazione ad agire, però, “non ha il trattamento del presupposto” nel senso che “[...] se si affermi che il ricorrente non ha legittimazione attiva, questi non può riproporre l'azione perché il giudice ha escluso che sia il soggetto cui spetti il diritto di azione” (E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 284).

<sup>54</sup> Così E. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 284.

L'A. chiarisce, invero, che per ciò che attiene alla legittimazione a contraddire, il legittimato “ha male individuato il resistente ed il controinteressato per cui, in astratto, è possibile che il soggetto che assuma di aver subito la lesione ripeta la domanda nei confronti di colui che è legittimato passivo, secondo gli effetti propri del presupposto sempre, ovviamente, se sarà in concreto consentito, stante il termine di decadenza di sessanta giorni per la tutela dell'interesse legittimo”.

migliori elaborazioni dottrinali. Come constatato dalla migliore dottrina, infatti, discorrere delle condizioni dell'azione presuppone la consapevolezza per cui il problema della legittimazione ad agire è anzitutto una questione di scelta di politica legislativa e, successivamente, un problema tecnico<sup>55</sup>. Ad ogni modo il tema della legittimazione a ricorrere, soprattutto con riferimento alla problematica relativa agli interessi diffusi, va ricostruito valorizzando l'autonomia delle due condizioni, pur tenendo in considerazione la loro stretta connessione in quanto, come sottolineato, “attraverso la soggettivazione degli interessi di per sé non esclusivamente individuabili e il riconoscimento della legittimazione al ricorso in capo a quello che ne è il centro esponenziale si è sviluppato uno dei più recenti tentativi di allargamento dei confini del sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa”<sup>56</sup>. Ebbene, proprio l'originaria “monolitica” concezione delle condizioni dell'azione ostava al riconoscimento di una giustiziabilità degli interessi c.d. super individuali a causa del carattere “differenziato” dell'interesse legittimo<sup>57</sup>. Eppure, anche a seguito di numerosi interventi chiarificatori, si rileva, ancora oggi, una tendenza ad una applicazione evanescente delle due condizioni, soprattutto con riferimento alla legittimazione dei soggetti operanti in materia ambientale, di enti pubblici, di associazioni sindacali, di consumatori: è stato osservato come, proprio in questi ambiti, sia dato constatare l'applicazione del principio per il quale “il giudice amministrativo ritiene sussistente la legittimazione laddove il ricorrente mostri di avere interesse processuale”; legittimazione riconosciuta, quindi, a soggetti che dalla partecipazione processuale potrebbero ritrarre utilità strumentali, con il conseguente rischio di oggettivizzare il processo amministrativo<sup>58</sup>. Confondere le due condizioni avrebbe come conseguenza quella di destabilizzare un accertamento che rappresenta un *primum* rispetto al merito delle questioni. Rileva al tale fine specificare che il giudizio amministrativo è un giudizio di natura “soggettiva”<sup>59</sup>, accezione, questa, ritenuta maggiormente

---

<sup>55</sup> V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Giuffrè, Milano, 1979. Così anche C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1975.

<sup>56</sup> Così G. SALA, *Legittimazione e interesse al ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 123 e ss.

L'A. affronta l'evoluzione, avviata dalla giurisprudenza degli anni Settanta, della tutela riservata agli interessi super individuali proprio in relazione alle condizioni dell'azione che, pure, nella loro originaria concezione ne hanno rappresentato il primo ostacolo.

<sup>57</sup> G. SALA, *op. cit.*, rende note le diverse strade seguite per superare l'originario ostacolo legato al carattere “differenziato” dell'interesse legittimo. Si è messo in evidenza come una prima strada consistesse nell'identificazione di una “possibilità di differenziazione di interessi per sé plurisoggettivi, non sul piano – per così dire, oggettivo- della distinzione dell'interesse di un soggetto rispetto a quelli degli altri consociati, ma sul piano – per così dire, soggettivo- della differenziazione del soggetto, assunto quale portatore di essi”.

Altra strada, invece, è stata quella di vagliare empiricamente “caso per caso” la sussistenza delle condizioni, ritenuta dall'A. come foriera di un tasso irragionevole di atipicità.

<sup>58</sup> L. R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2009, pp. 688 e ss.

<sup>59</sup> Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna 2021, p. 20.

La concezione soggettiva, infatti, promana da una valorizzazione del dato costituzionale e dall'affermazione dei principi contenuti nella l. n. 241 del 1990 che, come osservato, “tende a collocare il cittadino in una posizione di centralità e gli attribuisce una serie di diritti di cittadinanza amministrativa”.

Ancora, giova sottolineare che nella concezione “soggettiva” rientrano “soltanto gli istituti volti ad assicurare la tutela di



conforme al canone costituzionale, rispetto alla recessiva natura “oggettiva”<sup>60</sup>, in ossequio ai canoni della pienezza ed effettività della tutela. Rimandando ad altre sedi l’annoso dibattito sui contorni problematici delle condizioni dell’azione, può concludersi che la *legitimatatio ad causam*, pertanto, rievoca un giudizio di identità fra l’attore o convenuto e il soggetto al quale la legge attribuisce il potere di agire o contraddire “sulla base del rapporto di diritto sostanziale dedotto in giudizio”<sup>61</sup>. Tale giudizio, però, non dispiega la sua utilità allorché vengano in rilievo interessi superindividuali ove più che verificare un’intrinseca identità occorrerà accertare, in base a criteri ben precisi, la sussistenza di una lesione attuale o potenziale in capo ai soggetti rispetto al bene giuridico meritevole di tutela diffusa. La differenziazione o qualificazione degli interessi diffusi, accompagnata da una progressiva emancipazione dalla diversa categoria degli interessi collettivi, sembra essere stata giustificata, a parere di alcuna parte della dottrina, dalla decompressione del grado di alta credibilità della pubblica amministrazione rispetto ai cittadini<sup>62</sup>. Si tratterebbe, in definitiva, di interessi, allo stato fluido e magmatico, fortemente legati “all’evoluzione della società di massa, al ruolo dell’Amministrazione e all’attenzione dei cittadini e degli utenti nelle scelte che coinvolgono la società contemporanea e si riflettono sul vivere quotidiano”<sup>63</sup>. A sopperire tale magmatica sostanza giuridica è stato il tentativo, perseguito dalla giurisprudenza, di “collettivizzare” l’interesse diffuso tramite la sua entificazione, per mezzo, cioè, dell’individuazione di una posizione giuridica di interesse legittimo, meritevole pertanto di piena protezione giustiziale, in capo ad enti che possedessero taluni requisiti ritenuti dalla giurisprudenza risalente necessari ai fini dell’effetto di cui sopra<sup>64</sup>. Come ha avuto modo di chiarire recentemente il Consiglio di Stato, in un noto intervento del 2020, la cura della considerazione dell’interesse pubblico allo Stato non toglie che la protezione del medesimo bene sia riferibile soggettivamente a formazioni sociali, fruitori effettivi e finali del medesimo bene<sup>65</sup>. Gli stessi

---

situazioni giuridiche dei soggetti che entrano in contatto con la pubblica amministrazione allorché questa pone in essere atti e comportamenti non conformi alla legge e ai principi generali dell’attività amministrativa” (così M. CLARICH, *op. cit.*, pp. 20 e ss).

<sup>60</sup> La concezione “oggettiva” della giustizia amministrativa valorizza la peculiare posizione di “supremazia” istituzionale della PA rispetto al privato. Come osservato, infatti, questa concezione “porta a giustificare deroghe ai principi del diritto processuale comune e attenuazioni di garanzie processuali generalmente riconosciute nei rapporti privati”.

<sup>61</sup> Questa pare essere l’opinione di V. VIGORITI, *op. cit.*

L’A. mette in evidenza la necessaria diversità del giudizio atto a verificare la sussistenza di una legittimazione ad agire. Infatti, si è evidenziato che “quando viene dedotta in giudizio una situazione di vantaggio di tipo collettivo, la presenza di tutti i singoli titolari delle posizioni sostanziali fra loro correlate non è affatto condizione necessaria per la giustizia e l’efficacia delle decisioni che pure li riguarda. In questi casi, infatti, importa che le ragioni siano fatte valere da chi è in grado di assolvere al compito in maniera adeguata e rispondente all’interesse di tutti [...]”.

<sup>62</sup> M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, p. 741.

L’A. esamina l’evoluzione della tutela degli interessi diffusi avuto riguardo al tema dell’ambiente che rappresenta uno dei campi di elezione delle problematiche oggetto del presente studio.

<sup>63</sup> M. DELSIGNORE, *op. cit.*, p. 741.

<sup>64</sup> Ci si riferisce al tentativo di “collettivizzare” ed “entificare” l’interesse diffuso.

<sup>65</sup> Cons. Stato, n. 6/2020.

giudici sembrano confutare le ricostruzioni di quanti, facendo leva sul tasso di atipicità della legittimazione riconosciuta a tali formazioni spontanee (lesivo, pertanto, del principio di tassatività), hanno negato una tale facoltà. Al contrario, si è sottolineato come l'evoluzione legislativa sia andata in tutt'altra direzione; infatti, il carattere condiviso e non esclusivo di tali interessi non può essere negato dalla singolarità delle disposizioni legislative che in modo sparso riconoscono una qualche tipologia di *legitimitatio* ad enti esponenziali ritenuti in grado di intervenire per la tutela di siffatti interessi diffusi<sup>66</sup>. Infatti, incisivamente, l'Adunanza Plenaria ha inteso che le disposizioni normative, sia quelle in materia ambientale che quelle afferenti alle associazioni di imprenditori maggiormente rappresentative, devono essere lette nel senso di una “emersione positiva dell'esigenza di protezione giuridica di interessi diffusi, secondo lo schema già delineato dalla giurisprudenza, e in linea con il ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, oltre che con la più attenta ed evoluta impostazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.”<sup>67-68</sup>. Risulta ancora privo di fondamento il rilievo, effettuato da taluna giurisprudenza e dottrina, secondo cui l'art. 81 c.p.c. osterebbe al riconoscimento di una tale legittimazione ad agire. Anche in questo caso, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che l'ente esponenziale non azioni un diritto altrui ma che, al

---

<sup>66</sup> Il riferimento non può che andare alle disposizioni del Codice del consumo (d. lgs. n. 206/2005) che fanno espressamente menzione di una specifica forma e modalità di tutela degli interessi della categoria.

<sup>67</sup> Cons. Stato, n. 6/2020

<sup>68</sup> Sul principio di “sussidiarietà amministrativa”, tra i tanti, si rinvia a: D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004; E. DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali di sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2005; A.M. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001; M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Giappichelli, Torino, 2008; F. MIGLIARESE CAPUTI, *Diritto degli enti locali: dall'autarchia alla sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2016; S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008; G. COSMELLI, *Oltre i confini della materia: la potestà legislativa residuale delle regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2015.

Il tema della sussidiarietà orizzontale occupa un posto di centrale importanza nel dibattito dottrinale contemporaneo. La nozione di sussidiarietà implica una “coerente e ragionevole” allocazione delle funzioni amministrative, anche e soprattutto in considerazione dei principi di leale collaborazione e di efficienza che ispirano e fondano l'attività amministrativa.

Come noto, infatti, l'art. 118 Cost. disciplina la c.d. sussidiarietà verticale, con ciò intendendosi l'attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni, quali enti “a competenza amministrativa generale”, come organi “più vicini” alla collettività. Nel 2001 si è assistito ad una riscrittura dell'organizzazione delle funzioni amministrative con il tendenziale abbandono del principio del c.d. “parallelismo tra titolarità del potere legislativo e l'esercizio delle corrispettive funzioni amministrative. Dallo stesso articolo promana il principio della c.d. sussidiarietà orizzontale; infatti, come fatto notare dalla dottrina, mentre la sussidiarietà verticale attiene ad attività per così dire “omogenee”, quella orizzontale, al contrario, “agisce su entità che omogenee non sono”; ciò perché, come si è avuto modo di osservare, “da un lato vi stanno le attività pubbliche, dall'altro le attività di interesse generale dei cittadini e delle loro associazioni” (così F. TRIMARCHI BANFI, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2018, n. 2, p. 212)

In questo senso, pertanto, “le attività dei soggetti privati concorrono al perseguimento dei fini sociali, integrandosi funzionalmente con quelle dei soggetti istituzionali” (F. TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, p. 215).

Da un punto di vista prettamente “filosofico” alla base della sussidiarietà orizzontale soggiace una diversa concezione del soggetto; si è notato, infatti, che “Il soggetto, in questo quadro, non è visto come un mero esecutore di decisione prese dal pubblico, inteso come detentore di un potere trascendente rispetto alla società. Piuttosto il pubblico acquisisce un ruolo “sussidiario” a sostegno dell'autonomia soggettiva” (così G. PISANI, *Da Costantino Mortati al principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. fil. dir.*, n. 2, 2022, p. 405).

Su sussidiarietà e terzo settore si veda anche M. CARRER, *Terzo settore e principio di sussidiarietà. Profili problematici nella sistematizzazione costituzionale*, in *Società e diritti*, 15, 2023, pp. 30-54.

contrario, la situazione giuridica oggetto di tutela sia la propria; si specifica, invero, che l'attribuzione di un tale riconoscimento avviene in forza di un "giudizio di individuazione e selezione degli interessi da proteggere, nonché della rigorosa verifica della rappresentatività del soggetto collettivo che ne promuove la tutela"<sup>69</sup>.

Alla luce delle suesposte considerazioni occorre dunque domandarsi quali siano i criteri di selezione processuale elaborati dalla giurisprudenza per selezionare meritevolmente, attraverso il giudizio di individualizzazione sopra esposto – e non già in forza di una *fictione* – gli interessi diffusi tutelabili in via giustiziale<sup>70</sup>.

Lo storico criterio elaborato dalla giurisprudenza è stato quello della "*vicinitas*". È dato rilevare oggi un massiccio ricorso a tale criterio soprattutto in materia ambientale e edilizia. In definitiva, il criterio fa sì che possano agire in giudizio soltanto coloro che si trovino in una "situazione di vicinanza rispetto al provvedimento lesivo dell'interesse diffuso". La critica mossa è stata efficacemente riassunta da chi ha scritto che lo stesso priverebbe di "dignità autonoma la figura dell'interesse diffuso, finendo per farlo coincidere con la posizione giuridica individuale".

Proprio con riferimento agli interessi diffusi è stato valorizzato il ricorso a detto criterio, nel senso di un sostanziale allargamento della legittimazione e del coinvolgimento dei soggetti potenzialmente interessati, anche sul fronte della legittimazione processuale<sup>71</sup>. Occorre, dunque, interrogarsi se il requisito della *vicinitas* sia sufficiente a fondare insieme la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso del soggetto terzo che, non avendo partecipato al procedimento, si trovi una condizione di stabile collegamento con il territorio o l'area sulla quale si producano gli effetti dell'atto contestato.

Interrogata sul punto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha messo in luce come le tendenze espansive, che hanno riguardato il criterio di cui si discorre, siano esemplificative di una crisi che colpisce i controlli amministrativi, nella convinzione che "molto spesso, complice anche l'oblio dei ricorsi amministrativi e l'assenza di validi rimedi alternativi, la sola via per rimediare agli errori, anche gravi, delle

---

<sup>69</sup> Si consenti ancora una volta la citazione di quanto statuito da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6/2020

<sup>70</sup> La definizione di validi e lineari criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela è operazione necessaria al fine di evitare irragionevoli torsioni della legittimazione processuale, determinando una eccessiva apertura del processo a enti non esponenziali ovvero a interessi non propriamente diffusi.

<sup>71</sup> In questo senso, peculiare le affermazioni contenuto in T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 1° aprile 2022, n. 312. Nella decisione si chiarisce che "Ai fini della sussistenza delle condizioni dell'azione avverso provvedimenti lesivi dal punto di vista ambientale, il criterio della *vicinitas* - ovvero il fatto che i ricorrenti vivano abitualmente in prossimità del sito prescelto per la realizzazione dell'intervento e comunque abbiano uno stabile e significativo collegamento con esso, tenuto conto della portata delle possibili esternalità negative - rappresenta quindi un elemento di per sé qualificante dell'interesse a ricorrere".

Anche T.A.R. Abruzzo, l'Aquila, sez. I, 3 gennaio 2022, n.1, intervenuto in materia ambientale, ha precisato che "legittimazione e l'interesse ad agire alle associazioni territoriali che, pur non iscritte in detto elenco, perseguono statutariamente la tutela dei beni ambientali, hanno stabile collegamento con il bene oggetto di tutela (inteso come continuità storica della propria azione di tutela), e ad esse è riconoscibile la c.d. "*vicinitas*" alla fonte della lesione lamentata (intesa come appartenenza o prossimità-contiguità dell'ente al territorio in cui ricade il bene medesimo)".

amministrazioni pubbliche sia quella giurisdizionale<sup>72</sup>. Ciò avrebbe giustificato, infatti, rispetto agli altri Paesi europei, dove è dato registrare un maggior grado di efficienze dell'azione amministrativa, un “ruolo suppletivo delle associazioni portatrici di interessi superindividuali”<sup>73</sup>.

In definitiva, pertanto, la *vicinitas*, quale criterio di individuazione della legittimazione, non può valere, da sola, “a dimostrare la sussistenza dell’interesse al ricorso”<sup>74</sup>. La funzionalità della *vicinitas*, rivelata tramite un sostanziale allargamento della legittimazione processuale – dunque attraverso un apprezzabile rafforzamento del principio di effettività della tutela - ha ben presto investito altri settori della realtà giuridica, oltre a quelli già citati dell’edilizia, dell’urbanistica, investendo anche il settore ambientale e quello della tutela dei consumatori. Tale allargamento è stato sin dalle sue prime elaborazioni ed applicazioni contestato da quella giurisprudenza che ha richiesto la dimostrazione del danno suscettivo di far luogo ad una tutela giurisdizionale, oltre al riconoscimento di una posizione differenziata e qualificata in capo a chi si trovi in una specifica situazione giuridico-fattuale<sup>75</sup>. Si vuole mettere in evidenza, pertanto, come il giudizio di “realità” e di “materialità” del pregiudizio risulti essenziale rispetto al “mero dato” materiale della *vicinitas*, dovendo l’attore dimostrare come “il provvedimento impugnato incida la posizione sostanziale dedotta in causa, determinandone una lesione concreta, immediata e di carattere attuale”<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

Con riferimento all’importante pronuncia citata si veda G. FRANCHINA, *Criterio della vicinitas e interesse al ricorso al vaglio dell’Adunanza Plenaria*, in *Urb. app.*, n. 2, 2022, p. 192- 197.

L’A. ribadisce quanto efficacemente statuito dall’Adunanza Plenaria, nel senso che appare superato l’orientamento che riteneva sufficiente, ai fini della legittimazione ad agire, il mero radicamento territoriale dell’interesse dovendo ritenersi al contrario necessaria una “verifica sulla lesione pregiudizievole di una situazione giuridica concreta del soggetto ricorrente”.

<sup>73</sup> Cons. Stato, n. 22/2021.

<sup>74</sup> Cons. Stato, n. 22/2021.

<sup>75</sup> Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278.

<sup>76</sup> Cons. Stato, n. 5278/2015 che ha il merito di argomentare sinteticamente tutte le questioni maggiormente rilevanti che hanno interessato il requisito della *vicinitas*.

Proprio con riferimento al rilascio del permesso di costruire allegato ad una autorizzazione commerciale, la sentenza delinea l’evoluzione giurisprudenziale. Il Consiglio di Stato ha chiarito che “In sostanza, l’insediamento commerciale realizzato *ex novo* nella zona può considerarsi pregiudizievole e radicare un interesse tutelabile, quando venga a servire oggettivamente in tutto o in parte uno stesso bacino di clientela, oggettivamente circoscrivibile in un determinato ambito spaziale.

Così, la legittimazione al ricorso non può di certo configurarsi allorché l’instaurazione del giudizio appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto o *contra ius*, siccome volti nella sostanza a contrastare la libera concorrenza e la libertà di stabilimento. E ciò in coerenza con la funzione svolta dalle condizioni dell’azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto va richiamata la tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza nelle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cfr. 22 aprile 2013 n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il titolo e l’interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l’aspetto di un controllo di meritevolezza dell’interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, desumibili dagli articoli 24 e 111 della Costituzione.

Ne consegue che il riconoscimento della legittimazione ad agire non è genericamente ammesso nei confronti di tutti gli esercenti commerciali, ma è subordinato al riconoscimento di determinati presupposti, e ciò al fine di poter ritenere giuridicamente rilevante, nonché qualificato e differenziato, l’interesse all’impugnazione.

Quanto osservato dalla giurisprudenza sembra dar vita ad una sorta di “causalità materiale”<sup>77</sup> amministrativa - se ci si vuole attestare sulle categorie di aquiliana memoria - strettamente connessa, come si è già avuto modo di osservare, alla lesione di un particolare bene della vita.

In questo contesto appare peculiare il riferimento al requisito della “meritevolezza”, valorizzato dalla più recente giurisprudenza, strettamente connesso al bene giuridico e all’interesse sostanziale alla sua protezione giurisdizionale.

La meritevolezza, come fatto notare dalla dottrina sviluppatasi sul punto<sup>78</sup>, altro non è che la “fondatezza dell’istanza” che pure sembra riecheggiare, si è messo in evidenza, quanto la giurisprudenza aveva già messo in evidenza con la sentenza n. 500/1999<sup>79</sup>. In questo senso la meritevolezza opera al fine di evitare un tramutamento della natura della giurisdizione amministrativa<sup>80</sup>; come noto, infatti, il processo amministrativo è retto dal principio della domanda<sup>81</sup> - dovendo il *thema decidendi* essere tassativamente

---

Pertanto, è necessario che l’operatore economico che intende impugnare un titolo edilizio a cui accede una valida e formale autorizzazione commerciale eserciti nelle immediate adiacenze, che l’attività commerciale esercitata sia dello stesso tipo in tutto o in parte di quella relativa ai provvedimenti in contestazione, e che le due attività vengano a servire uno stesso bacino di clientela oggettivamente circoscritto o comunque circoscrivibile con sufficiente certezza” (così Cons. Stato n. 5278/2015).

<sup>77</sup> Sui “due momenti” del giudizio aquiliano si veda Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n. 576.

Secondo autorevoli posizioni dottrinali il giudizio aquiliano si articolerebbe in una prima relazione c.d. “primaria” tra condotta ed evento ed una seconda relazione c.d. “qualificata”, sottostante ai principi di probabilità logica e scientifica (questa ricostruzione è da attribuire a R. PUCELLA, *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Commentario del codice civile*, Utet, Milano, 2011, pp. 405 e ss.

Per una ricostruzione del tema si veda: FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell’illecito civile*, Cedam, Padova, 1998; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>78</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L’interesse legittimo pretensivo attraverso il filtro dell’interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2017, p. 792.

<sup>79</sup> Si tratta del fondamentale intervento giurisprudenziale in materia di risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi.

<sup>80</sup> Sul punto la giurisprudenza ha osservato che “il punto di equilibrio fra la tutela dell’interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda, si coglie nei limiti delle norme che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo: non esiste una disposizione che esoneri l’attore dall’essere assistito dalle su menzionate condizioni dell’azione; pertanto, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina delle condizioni dell’azione che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all’ordinamento ed al principio di legalità; sul punto è sufficiente porre mente alla circostanza che, accedendosi alla prospettazione dell’ordinanza di rimessione, si dovrebbe negare, in presenza dell’assodata invalidità dell’offerta aggiudicataria, la possibilità che il ricorrente principale rinunci al ricorso; una tale eventualità potrebbe ritenersi legittima solo in presenza di una espressa disposizione di legge capace di derogare al principio dispositivo: a tal proposito, è emblematica sul piano storico, la vicenda dell’art. 146, del codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), che, per un breve periodo (fino alla sostituzione del testo ad opera del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), ha stabilito che il ricorso avente ad oggetto l’autorizzazione paesaggistica è deciso anche se dopo la sua proposizione, ovvero in grado d’appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse; la breve esistenza della eccentrica disposizione conferma la necessità che la legge deroghi espressamente agli immanenti principi della domanda e dispositivo” (così Cons. Stato, Ad. Plen, 25 febbraio 2014, n. 9).

<sup>81</sup> Il principio della domanda trova il suo fondamento nell’art. 34 c.1 e 41 c.1 c.p.a.

È onere del ricorrente fissare il *thema decidendi* attraverso la prospettazione di specifiche doglianze contenute nel ricorso introduttivo o per motivi aggiunti. La giurisprudenza ha chiarito che “il giudice amministrativo, operando all’interno di una giurisdizione di natura soggettiva, soggiace al principio della domanda e, salvo ipotesi tassativamente previste, (quali la condanna per lite temeraria ex art. 26 co. 2 o le sanzioni pecuniarie nel rito dei contratti pubblici, ex art. 121 e 123 c.p.a.) non può emettere pronunce d’ufficio” (così Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 239).

fissato dal ricorrente - e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo<sup>82</sup>. Pertanto, il bene della vita colora di significato la tutela giurisdizionale che a questo punto, come fatto notare dalla dottrina, “da concretezza agli effetti positivi dell’evoluzione della nozione di interesse legittimo e della sua tutela”<sup>83</sup>. Il requisito della meritevolezza, già divenuto di attuale e cruciale importanza nel diritto civile<sup>84</sup>, assume particolari connotati anche nell’ambito del processo amministrativo. Vi è poi chi, dietro all’emersione e al perfezionamento del canone della *vicinitas*, ha intravisto una vera e propria emersione di principi costituzionali, posti a tutela della persona, come se, lo stesso criterio, legittimante la tutela processuale di taluni interessi diffusi, desse sostanza a interessi dell’individuo consacrati a livello costituzionale, come pure si è avuto modo di osservare nelle prime battute di questo lavoro<sup>85</sup>. Si fa notare, invero, che la tutela per mezzo del criterio della *vicinitas* si svincoli dagli ordinari canoni logici ed ermeneutici che la contraddistinguono, per aprirsi ad una maggiore elasticità applicativa, proprio allorquando vengano in rilievo interessi metaindividuali. Questa sorta di affrancamento dalle coordinate tradizionali sarebbe tale da individuare tale criterio anche quando la “relazione di prossimità tra il soggetto ed il bene protetto non sia fisica ma assiologica”<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Il principio dispositivo informa il processo amministrativo e vincolo l’agire del giudice. Il Consiglio di Stato, a più riprese, si è pronunciato in materia delineando efficacemente i contorni problematici di questi principi.

È stato chiarito che il ricorrente, fino al momento in cui la causa è trattenuta in decisione, ha la piena disponibilità dell’azione e può dichiarare di non aver interesse alla decisione “provocando la presa d’atto del giudice, che può solo dichiarare l’improcedibilità del ricorso” (così Cons. Stato, sez. III, 8 febbraio 2023, n. 1418);

In termine ancor più efficaci si è precisato che “Nel processo amministrativo, ove la parte abbia dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso, ne discende l’improcedibilità dello stesso, non potendo in tal caso il giudice, in omaggio al principio dispositivo, decidere la controversia nel merito né procedere d’ufficio né sostituirsi nella valutazione dell’interesse ad agire, imponendosi in sostanza una declaratoria di conformità” (così Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2023, n. 1189).

<sup>83</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 794.

L’A. fa notare come “L’espressione interesse materiale (o utilità finale) individua il proprio oggetto mediante il rinvio alla fattispecie normativa che dà fondamento all’interesse legittimo. Riferito alla situazione giuridica del terzo è interesse materiale quello che viene in rilievo nella disciplina della materia, quando questa tiene conto degli interessi di soggetti che non sono destinatari degli atti che danno attuazione alla disciplina stessa”.

Si precisa ancora, proprio con riferimento alla *vicinitas*, che in questo caso “è la qualità dell’insediamento abitativo, in ogni sua componente, che si tratti della quiete, dell’amenità, della salubrità, del tessuto sociale o altro ancora”.

<sup>84</sup> Il requisito della “meritevolezza” rappresenta una clausola generale presente nel Codice civile del 1942. Si deve ad E. BETTI (si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994) l’elaborazione di una compiuta nozione di “meritevolezza” come categoria da collocare nella causa del contratto. Infatti, secondo l’opinione del giurista, unitamente all’“illiceità del negozio, e cioè la contrarietà a norme imperative, all’ordine pubblico, al buon costume, non è più, come vuole la dottrina tradizionale, l’unica ipotesi di esclusione della sanzionabilità del contratto: affinché una promessa contrattuale sia coercibile, occorre che sia assistita da una causa non solo illecita, ma anche idonea a realizzare funzioni socialmente utili e per ciò giustificative dell’intervento sanzionatorio dell’ordinamento (così A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell’interesse*, in *Digesto civ.*, p. 332).

Sull’evoluzione dottrinale del concetto di “meritevolezza” si veda F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Contratto, Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 667-699.

Con particolare riferimento alla meritevolezza delle clausole c.d. “*claims made*” (e sul rapporto con quelle c.d. *loss occurrence*) si vedano i recenti arresti giurisprudenziali della Corte di cassazione, Ord. n. 5259/2021.

<sup>85</sup> In questo senso B. GILBERTI, *Vicinitas e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell’Adunanza Plenaria*, in *Urb. e App.*, 2022, n. 2, p. 177.

<sup>86</sup> Cons. Stato, n. 22/2021.

L'estensione del campo applicativo di questo criterio anche ai casi di relazione assiologica tra causa esogena e bene protetto starebbe pertanto alla base di peculiari interessi diffusi, come quelli che si è soliti individuare proprio nell'ambito della disciplina del consumo<sup>87</sup>.

Un altro criterio elaborato, sostenuto da orientamenti minoritari, è stato quello della c.d. partecipazione procedimentale, il cui aggancio normativo sarebbe rinvenibile nell'art. 9 della l. n. 241/1990. Infatti, come si è notato in dottrina<sup>88</sup> il soggetto che, ai sensi del predetto riferimento normativo, può partecipare al procedimento è, sol per questo, legittimato ad intervenire nel processo amministrativo. Sin da subito è stata messa in evidenza l'incongruenza di una tale soluzione; si determinerebbe, infatti, una indebita commistione, pur concettuale, tra processo e procedimento determinando, peraltro, una confusione tra interessi collettivi ed interessi diffusi<sup>89</sup>.

La Sesta sezione del Consiglio di Stato<sup>90</sup>, nel 2022, ha delineato magistralmente le questioni ed i problemi che si pongano dietro il processo di differenziazione dell'interesse diffuso. Tale processo di differenziazione può presentarsi in duplici modalità: "implicito" o "espreso". Risulta essere "espreso", ha chiarito il Consiglio di Stato, allorquando la qualificazione e differenziazione dell'interesse legittimo è effettuata "dalla norma in modo diretto", in tal modo stabilendo quale sia il soggetto "che possa essere parte di un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione". Al contrario, il processo si presenta come "implicito" allorquando la qualificazione e la differenziazione richiede "la sussistenza di una specifica condizione desumibile dalla complessiva disciplina della materia, che può essere ricostruita sulla base di «criteri materiali o caratteri fattuali» diversi a seconda del settore che viene in rilievo"<sup>91</sup>. La Sesta Sezione, aderendo all'orientamento già espresso dall'Adunanza Plenaria del 2020, ha ritenuto di ribadire la preferenza per il c.d. "doppio binario". Pertanto, l'ente fa valere in giudizio un "interesse proprio" allorquando ricorrano cumulativamente le seguenti condizioni " i) il fine di tutelare tale interesse deve essere stabilito dallo statuto; ii) l'ente abbia una certa dose di rappresentatività ed una organizzazione stabilmente finalizzata a tutelare tale interesse; iii) l'interesse diffuso abbia connotati di sostanziale "omogeneità" tra i soggetti che compongono la "comunità".

Ma c'è un passaggio di notevole impatto sistematico che merita di essere chiarito. Si è infatti ribadito come occorra distinguere tra la base legale, necessaria ai fini della legittimazione sostitutiva (*ex art. 81*

---

<sup>87</sup> Vi è chi ha sostenuto come oggi si assiste sempre più ad una prevalenza della tutela degli interessi della comunità rappresentata dalle associazioni rispetto agli interessi individuali, proprio a causa degli interventi urbanistici/edilizi in danno all'ambiente (così P. URBANI, "Vicinitas" e interesse al ricorso, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2022, p. 344).

<sup>88</sup> V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 272.

<sup>89</sup> Si consenta ancora il rinvio a V. LOPILATO, *op. cit.*

L'A. mette in evidenza come il ricorso all'art. 9 della l. n. 241/1990, nella parte in cui fa riferimento ai "portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati", determina una indebita riduzione degli interessi diffusi a quelli collettivi.

<sup>90</sup> Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 530.

<sup>91</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., n. 22/2021.

c.p.c.), e la base legale utile ai fini della individuazione della legittimazione “mediante il processo di qualificazione giuridica e differenziazione dell’interesse diffuso”<sup>92</sup>.

Appare pertanto chiaro l’approccio interpretativo cui in maniera lucida è recentemente pervenuto il Consiglio di Stato, volto, pertanto, all’attribuzione di una dignità autonoma all’interesse diffuso tale da poter essere fatto valere in giudizio secondo il sistema dell’ormai consolidato “doppio binario”<sup>93</sup>.

## 5. Della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico

Se è vero che l’unitarietà dell’ordinamento giuridico impone di considerare le diverse aree della realtà giuridica come mosse da una relazione di dialettica reciprocità, non si può non evidenziare come taluni altri approcci, pur sostenuti da autorevoli personalità, suggeriscano metodi di studio e comparazione che tendono a valorizzare le sostanziali differenze tra il diritto privato ed il diritto amministrativo. Non è un caso, poi, che quella distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*, tracciata da Ulpiano - a vario modo interpretata nelle epoche successive - risulti ancora oggi esemplificativa di una profonda “questione aperta”, come definita da autorevole dottrina<sup>94</sup>. È proprio quest’ultimo, infatti, che di quelle interpretazioni offerte in epoca successiva ha efficacemente tratto un monito per i “giuristi di oggi”: ricercare i confini tra diritto pubblico e diritto privato esclusivamente nella realtà concreta, “senza indulgere nella riproposizione di formule obsolete”. Appaiono quanto mai attuali, invero, le voci di quella dottrina che, sin dal principio, ha proposto una lettura del suddetto spaccato ordinamentale come la risultante di una profonda interconnessione tra contesto storico-culturale e ordinamento giuridico<sup>95</sup>. È stato messo recentemente in evidenza, infatti, come si stia assistendo progressivamente ad un sostanziale ridimensionamento della distinzione tra diritto pubblico e privato, proprio attraverso “il superamento del dato formale e l’utilizzo del criterio sostanziale” che, come noto, propende per una valutazione che tenga conto della “funzione dell’attività effettivamente svolta dal soggetto e non alla sua originaria natura giuridica”<sup>96</sup>. Sono illuminanti le riflessioni di Salvatore Pugliatti sulla necessità di operare tale distinzione,

---

<sup>92</sup> Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2022, n. 530.

<sup>93</sup> “In definitiva, può ritenersi che l’interesse diffuso è una situazione giuridica autonoma azionata in giudizio da un ente collettivo che fa valere un “interesse proprio” e che viene individuata mediante una tipizzazione legislativa espressa ovvero una previsione legislativa implicita risultante da una tipizzazione giurisprudenziale effettuata attraverso la previsione della necessità del possesso da parte dell’ente dei requisiti sopra riportati.

L’interesse ad agire presuppone che l’ente collettivo e la comunità che “rappresenta” subiscano un pregiudizio personale, concreto ed attuale, che, per la particolare natura del soggetto che agisce in giudizio, si connota in modo diverso e meno rigoroso rispetto all’interesse ad agire che deve accompagnare le azioni individuali.

Nel processo amministrativo oggettivo, colui che agisce in giudizio lo fa a tutela di un “interesse pubblico” che, per definizione, è un “interesse di altri” e, pertanto, ai sensi dell’art. 81 cod. proc. civ., è necessaria sempre una “espressa” previsione di legge che fondi la cd. legittimazione legale” (Cons. Stato, sez. VI, n. 530).

<sup>94</sup> G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico: una questione aperta*, in *Economia e diritto del terziario*, 1999, n. 11, pp. 311-374.

<sup>95</sup> P. PERLINGERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 188-189.

<sup>96</sup> E. MAIO, *Diritto pubblico e diritto privato: così lontani eppure così vicini*, in G. PERLINGERI (a cura di), *Rileggere i “classici del diritto civile italiano (1900.1920)*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2023, p. 569.



avvertita come necessaria al fine ultimo di mettere in evidenza gli elementi di differenza ma nello stesso tempo di svelare “il complesso di elementi di identità che ne costituiscono la base comune”<sup>97</sup>. Nulla lede, al contrario, l’unitarietà dell’ordinamento giuridico, “che non corre nessun pericolo”, chiosa Pugliatti. Ebbene, come fatto notare<sup>98</sup>, è mutata la prospettiva di analisi del rapporto tra i due sistemi del diritto; infatti, la dottrina tradizionale, sull’assunto per cui pubblico e privato appartenessero a piani diversi, aveva argomentato che mentre, l’organizzazione pubblica fosse retta “dall’autorità e dall’imposizione”, al contrario, il mercato avrebbe costituito “lo spazio della libertà e dell’autodeterminazione, integralmente rimesso alla valutazione dei soggetti privati, che entrano in relazioni giuridiche su un piano di strutturale parità e sono sovrani nella valutazione dei rispettivi interessi”. Ebbene, seguendo tale linea interpretativa, la compiuta attualizzazione sarebbe costituita dalla differenziazione tra interesse legittimi e diritti soggettivi, come risultanza della contrapposizione tra norme di azione e norme di relazione<sup>99</sup>. Tale ricostruzione dimostrerebbe, invero, le sue fragili fondamenta se solo si tiene in considerazione il carattere fondamentale e “sussidiario” dell’intervento pubblico rispetto a manchevolezze pure emergenti dal mercato, come ampiamente dimostrato con la crisi finanziaria del 2008. Quel determinato contesto temporale, infatti, ha evidenziato come fosse significativa l’ “oscillazione del pendolo che porta a riproporre, seppure in forme aggiornate o del tutto originali, la centralità dell’azione pubblica”<sup>100</sup>. D’altro canto, la permeabilità delle compagini pubblicistiche da parte del diritto privato appare imprescindibile anche dal punto di vista prettamente “strutturale”, se solo si pensa all’imponente processo di privatizzazione che ha riguardato l’organizzazione pubblica, a partire dalla “delegificazione mediante contrattazione collettiva”, che ha riguardato il rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica amministrazione, alla privatizzazione sostanziale di determinati enti pubblici.

---

È interessante il raffronto che l’A. effettua rispetto al procedimento amministrativo dove, viene evidenziato, “la connessione tra gli istituti di diritto privato e l’attività della Pubblica amministrazione nello svolgimento della funzione pubblica è indicato e disciplinato proprio dalla l. 7 agosto 1990, n. 241”.

Viene posta attenzione sull’enorme influenza che il diritto privato ha avuto con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, “la più esemplificativa è quella che riguarda gli appalti, dove ad una fase pubblicistica che va dall’emanazione del bando all’aggiudicazione della gara, segue la fase contrattuale che ha natura privatistica”.

<sup>97</sup> S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 649 ss.

<sup>98</sup> A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 517.

<sup>99</sup> Si consenta ancora il richiamo a A. ZOPPINI, *ult. op. cit.*

L’A. mette in evidenza la fragilità di questa ricostruzione al netto della complessa relazione di connessione tra i due sistemi di riferimento, pubblico e privato.

<sup>100</sup> A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 519.

Continua l’A. affermando che “[...]la regolazione del mercato non s’identifica con la norma proibitiva, atteso che alla correzione dei fallimenti del mercato non è sufficiente il comando autoritativo unidirezionale, ma essa richiede modelli normativi complessi, affidati normalmente ad autorità indipendenti, che importano un coacervo articolato e dinamico di rimedi, cui appartengono norme asimmetriche tra operatori, regole procedurali, sanzioni interdittive”.

## 6. Complementarità del *private enforcement* nella tutela del diritto europeo della concorrenza

È proprio in questo contesto, pertanto, che si inseriscono le molteplici riflessioni dottrinali volte ad evidenziare il progressivo sviluppo di un assetto a tutela del mercato concorrenziale, prima attraverso l'esclusivo ricorso al c.d. *public enforcement* e, successivamente, attraverso l'applicazione delle dinamiche rimediali offerte dal diritto privato.

Oggi la tutela del diritto europeo della concorrenza è affidata ad una sinergica combinazione dell'azione pubblica e di quella prettamente privata, anche se per molto tempo, come osservato in proposito dalla dottrina, all'attenzione tributata alla prima non è conseguita una pari considerazione della seconda. Ciò deriverebbe, a parere di alcuni, dall'“atteggiamento ostile verso il coinvolgimento maggiore delle giurisdizioni nazionali nella tutela della concorrenza [...] rispetto a quello dell'organismo di controllo, il cui intervento, amministrativo e accentrato, assicurava maggiore uniformità nell'applicazione del diritto *antitrust*”<sup>101</sup>. Sin dall'approvazione del regolamento n. 1/2003<sup>102</sup> è stato, al contrario, fissato il ruolo complementare del *private enforcement* nella tutela del diritto europeo della concorrenza. L'effettività della tutela del mercato concorrenziale passa necessariamente dalla previsione di una tutela risarcitoria per chiunque, compresi consumatori e imprese o autorità pubbliche, abbia subito un danno a causa della violazione degli artt. 101<sup>103</sup> e 102<sup>104</sup> TFUE. La previsione ha trovato attualizzazione con la direttiva

---

<sup>101</sup> Ciò segnerebbe la differenza rispetto ad altri sistemi, come quello statunitense, che al contrario “ha favorito [...] sin dal principio il *private enforcement* per affiancarvi successivamente l'azione amministrativa della Federal Trade Commission”.

<sup>102</sup> Regolamento CE, n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

<sup>103</sup> L'art. 101 TFUE recita: “1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: - a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

<sup>104</sup> L'art. 102 TFUE recita “È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi

2014/104/UE<sup>105</sup> che, come noto, ha previsto che l'efficacia delle norme poste a tutela della concorrenza necessiti di una interazione tra i rimedi offerti a livello privatistico e pubblicistico, dovendo entrambi i canali interagire in modo "coerente", anche attraverso la previsione di forme di coordinamento a livello europeo. A parere di alcuna parte della dottrina, invero, tale direttiva, attraverso la previsione del diritto al risarcimento del c.d. "danno *antitrust*", avrebbe determinato "l'evaporazione della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico", anche a causa della configurazione, da parte del testo normativo europeo, di un "diritto privato dimentico delle categorie da cui origina"<sup>106</sup>.

È chiara, inoltre, la forte connessione tra la normativa a tutela del consumatore ed il principio di relatività degli effetti contrattuali, profilo, quest'ultimo, indagato dalla più recente dottrina civilistica<sup>107</sup>.

La forte specializzazione del danno *antitrust*<sup>108</sup> avrebbe determinato una sostanziale debordanza della responsabilità da danno *antitrust* rispetto a quella aquiliana, tipica del 2043 c.c., determinando una "destrutturazione delle categorie giuridiche della tutela privata *antitrust*"<sup>109</sup>. In definitiva, come messo in evidenza, la neutralizzazione della prova del nesso di causalità, contemplata dall'art. 12, *co.* 2 d. lgs. 3/2017, avrebbe trasformato il modello del "risarcimento a chiunque" nella "responsabilità verso chiunque degli autori dell'illecito *antitrust*", anche denominato *infringers*. L'art. 12, infatti, dispone che l'attore, nelle azioni di risarcimento del danno per trasferimento in tutto o in parte del sovrapprezzo, "deve dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi". Il *co.* 2, al contrario, prevede una presunzione del trasferimento del sovrapprezzo allorché l'acquirente dimostri le seguenti condizioni: la violazione del diritto della concorrenza; che tale violazione abbia determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; che l'acquirente indiretto abbia

---

ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

<sup>105</sup> Si veda il considerando n. 7, dir. 2014/104/UE.

<sup>106</sup> A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Cedam, Padova, 2019, p. 11.

<sup>107</sup> È stato chiarito che "l'intesa anticoncorrenziale danneggia soggetti non presenti sulla scena al momento della sua conclusione, ma può anche prospettarsi il caso del contratto che arrechi pregiudizio al diritto che terzi hanno già acquistato" (G. GRISI, *Principio di relatività degli effetti contrattuali*, in *Contratto, Enc. Dir.*, 2023, Giuffrè, Milano, p. 919).

Ci si è ancora interrogati sulla possibilità di far ricorso al contratto con effetti protettivi verso i terzi "per spiegare la responsabilità dell'autore della violazione del diritto della concorrenza nei confronti dell'acquirente indiretto" (G. GRISI, *op. cit.*, p. 917).

Sul principio della relatività degli effetti del contratto si vedano gli scritti di F. ALCARO, M. L. BANDINELLI, M. PALAZZO, *Effetti del contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2011; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965; M. GIORGIANNIM, *La partecipazione del terzo al rapporto obbligatorio. Parte prima. Principio di relatività e partecipazione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, pp. 1064 ss; G. D'AMICO, *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni "inattuali" sul collegamento negoziale e buona fede)*, in *Contr.*, 2013, pp. 712 ss; M. FRANZONI, *La rilevanza del contratto verso i terzi*, in *Il diritto degli affari*, [www.ildirittodegliaffari.it](http://www.ildirittodegliaffari.it), 24 maggio 2013, pp. 2 ss; G. GRISI, *Principio di relatività degli effetti contrattuali*, *op. cit.*

<sup>108</sup> Sul diritto antitrust si veda F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, Giappichelli, 2019.

<sup>109</sup> A. MONTANARI, *Il danno antitrust. In risposta al prezioso invito di Roberto Pardolesi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2021, p. 240.

acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivino dagli stessi o che li incorporano. Alla luce delle suesposte considerazioni critiche, ci si è interrogati se sia necessaria una riscrittura, in termini di specialità, del “diritto privato in chiave pubblicistica”, ovvero, se, al contrario, basti procedere alla “sapiente integrazione della tutela privata *antitrust* con il sistema”<sup>110</sup>. In questa cornice critica è stato osservato come l’evoluzione del *private enforcement*, soprattutto con riferimento all’annosa problematica relativa alla disciplina dei rimedi nella c.d. contrattazione “a valle”<sup>111</sup>, abbia fatto assumere al “contratto” una nuova e straordinaria funzione che ha determinato, in fatto ed in diritto, uno spogliamento dalla tradizionale matrice individualistica e la succedanea investitura di natura pubblicistica<sup>112</sup>. Ciò sarebbe determinato, invero, dalla convergenza “dell’interesse pubblico a garantire e a tutelare la libera concorrenzialità del mercato dai meccanismi distorsivi e, dall’altro, dell’interesse privato, sotteso al singolo atto di scambio, alla luce dei principi di

---

<sup>110</sup> Così A. MONTANARI, *op. cit.*, 23-24.

<sup>111</sup> La Corte di cassazione (Cass. civ., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994) è recentemente intervenuta in materia di contratti di fideiussione e intese dichiarate parzialmente nulle dall’AGCM.

La Cassazione ha stabilito che i contratti di fideiussione stipulati “a valle” di intese anticoncorrenziali, dichiarate parzialmente nulle dall’Autorità di vigilanza di settore, sono parzialmente nulle in relazione alle clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale che costituisce l’intesa vietata, salvo sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti.

Come noto, il contratto anticoncorrenziale è un contratto nullo. Prima della sentenza pronunciata dalla Corte di cassazione nel 2005 (Cass. civ. n. 2207/2005), con cui si è ammessa una tutela anche a livello macroeconomico, si riteneva che la tutela della parte potesse essere solo di tipo pubblicistico. L’esito interpretativo nasce evidentemente dall’avvertita esigenza di prevedere rimedi dissuasivi più forti anche sul piano prettamente privatistico. Il caso che ha interessato le Sezioni Unite nel 2021 era esemplificativo di un tentativo di stabilire il prezzo di un bene a svantaggio del consumatore, di fatto impedendo la contrattazione individuale.

In questa precisa evenienza viene in rilievo una nozione di “parte debole” molto ampia, capace di riconoscere tutela anche all’imprenditore che stipuli un contratto a valle di una intesa anticoncorrenziale.

Normalmente l’intesa anticoncorrenziale, che ha l’effetto di incidere sul prezzo oggetto del corrispettivo nel contratto a valle, determina la nullità dell’intero contratto e non, al contrario, di una singola clausola. Le SU n. 41994/2021 hanno concluso che la nullità della singola clausola, e non del singolo contratto (come pure proposto da un diverso orientamento giurisprudenziale) deriverebbe da un’ipotesi di collegamento funzionale e non negoziale, in quanto verrebbe a mancare l’unicità della finalità perseguita dagli atti che vengono in rilievo. Nel caso della fideiussione, infatti, si tratta di una nullità testuale, dovendo, l’art. 2, c. 3 l. n. 287/1990, interpretato estensivamente, in quanto la locuzione “sono nulle ad ogni effetto” deve intendersi estese ai contratti a valle dell’intesa anticoncorrenziale. L’applicazione dell’art. 1419 c.c. farebbe presumere che, se il consumatore avesse concluso il contratto con la specifica clausola riproduttiva dell’intesa anticoncorrenziale, a maggiore ragione lo avrebbe concluso senza di essa. Sotto i profili dei rimedi di responsabilità, la parte avrebbe diritto a far valere la responsabilità civile per lesione della propria libertà negoziale, potendo avanzare la richiesta risarcitoria data dalla differenza tra quanto pattuito e ciò che sarebbe stato pattuito in assenza dell’intesa anticoncorrenziale a monte.

Si ricorda, inoltre, che, in deroga all’autonomia processuale degli Stati membri, tipicamente riconosciuta a livello europeo, viene prevista una tutela specifica relativa alla rilevanza dell’accertamento compiuto dall’AGCM nell’ambito del processo civile, rispetto al quale viene previsto un vincolo per il giudice ordinario rispetto al risultato di detto accertamento, e alla previsione di uno speciale “ordine di esibizione”.

Sul punto si rinvia a D’ORSI, *Nullità dell’intesa e contratto “a valle” nel diritto antitrust*, in *Giur. Comm.*, III, 2019, pp. 594 ss.; GENTILI, *La nullità dei “contratti a valle” come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 675 ss.; GRECO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, pp.1414 ss.

<sup>112</sup> Sul rapporto tra “concorrenza” e “mercato” si veda il recente scritto di M. LIBERTINI, *Contratto e concorrenza*, in *Contratto, Enc. Dir.*, 2023, pp. 246 ss.

correttezza, trasparenza, ragionevolezza, equità ed eguaglianza sostanziale tra i soggetti”<sup>113</sup>. Il duplice piano di intervento, pubblicistico e privatistico, sarebbe giustificato, sempre nell’ottica della complementarità, dalle funzioni e dai limiti della mera tutela pubblicistica; è stato evidenziato<sup>114</sup> come la tutela offerta dal *public enforcement* si caratterizzi per due dati significativi: l’azione dell’*Antitrust* risulterebbe, innanzitutto, “selettiva” rispetto ad una pluralità di denunce e richieste di intervento, in secondo luogo, la tipica risposta sanzionatoria sarebbe costituita dalla previsione di una sanzione pecuniaria che, come osservato, talvolta risulterebbe di gran lunga inferiore al profitto reale. Ebbene, nasce da questo coacervo di dinamiche l’esigenza di affiancare uno strumento che incentivi “l’azione diretta dei portatori di interessi privati”. Nell’economia generale del presente lavoro occorre comunque segnalare che sono stati molteplici i risvolti problematici che tale complementarità ha determinato proprio con riferimento alla corretta sistematizzazione nelle categorie di matrice civilistica<sup>115</sup>. Si pensi al dibattito instauratosi nella stessa dottrina civilistica che ha avuto come denominatore comune proprio il corretto inquadramento del danno *antitrust*. Non si vuole in questa sede occupare lo spazio di competenza della dottrina civilistica quanto, al contrario, ai fini di una più efficace cornice sistematica, passare in rassegna profili problematici sorti dall’integrazione complementare di due approcci differenziali.

Un primo aspetto problematico ha riguardato l’annoso tema dell’ammissibilità, nel nostro ordinamento, dei c.d. *punitive damages*. Se è vero, com’è vero, che *private* e *public enforcement* tendono a rendere effettivo il paradigma della tutela offerta dal diritto *antitrust*, non si possono eludere, in questa sede, quegli importanti approdi scientifici che nella letteratura civilistica hanno messo in rilievo come la condivisione degli obiettivi da parte dei due sistemi di tutela – effettività e deterrenza del diritto *antitrust* - abbiano determinato delle vere e proprie “incursioni pubblicistiche” all’interno del processo civile, tipicamente deputato alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Tali incursioni sarebbero fondate sul limitato potere di libera valutazione delle prove da parte dei giudici nazionali condizionati dal precedente accertamento in sede amministrativa. Ci si deve interrogare, quindi, se accanto a tali forme di condizionamento possano emergere ulteriori contaminazioni pubblicistiche sul fronte della responsabilità civile che varrebbero eventualmente ad ammettere, accanto ad una funzione compensativa del danno subito dalla vittima dell’illecito l’ulteriore funzione punitiva. La tipica funzione riparatoria riconosciuta alla responsabilità aquiliana ha condotto la dottrina tradizionale ad escludere l’ammissibilità dei *punitive damages* che mal si concilierebbero con il principio di integralità del risarcimento contemplato dall’art.

---

<sup>113</sup> F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2009, p. 51.

<sup>114</sup> M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di “private” e “public enforcement” in materia antitrust*, in M MAUGERI, A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 172.

<sup>115</sup> Sul punto si veda il contributo di F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Giappichelli, Torino, 2012.

1223 c.c., applicabile alla disciplina del danno *extracontrattuale* in virtù del richiamo operato dall'art. 2056 c.c. Ancora, soprattutto con riferimento ai recenti principi elaborati a livello europeo e relativi ai canoni di “accessibilità” e “prevedibilità” della sanzione penale, la previsione di “danni punitivi”, la cui determinazione sarebbe rimessa a valutazioni del tutto discrezionali, mal si concilierebbe con il principio di predeterminazione della sanzione. Eppure, le Sezioni Unite nel 2017 hanno aperto la strada, anche nel nostro ordinamento, ai *punitive damages*, ritenendo non contraria ai principi di ordine pubblico la sentenza straniera che abbia risarcito danni punitivi, ogni qual volta sia individuabile una base legale, il *quatum* sia prevedibile e l'ammontare sia equo. È evidente, come osservato in dottrina, che la sentenza delle Sezioni Unite abbia ammesso la possibilità per il legislatore di introdurre danni punitivi che rispettino i principi di “legalità<sup>116</sup>, tipicità, equità e ragionevolezza”. Le precisazioni chiamerebbero in causa quella che è stata definita “polifunzionalità della responsabilità civile”, ma con alcune precisazioni. L'espressione, infatti, potrebbe essere legittimamente rivolta alle varie funzioni che legislativamente vengono attribuite alla responsabilità civile quali la “reazione al danno”, “la funzione di stabilire il soggetto che di tale danno debba rispondere, che avviene tramite i criteri di imputazione”, “la funzione deterrente, che è data dalla minaccia del risarcimento”. Si è chiarito in modo eloquente che solo con riferimento a tali funzioni sia possibile parlare di tale carattere “polifunzionale”, essendo irragionevole consentire all'espressione di determinare una “torsione della responsabilità verso l'autore dell'illecito, annettendole la funzione sanzionatoria”<sup>117</sup>.

## **7. “L'ordine giuridico del mercato<sup>118</sup>” e il carattere “osmotico” dello Stato contemporaneo: la progressiva eterodirezione dell'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**

“L'ordine giuridico del mercato”, oltre ad essere il titolo di una monografia di un insigne rappresentante della dottrina civilistica, rappresenta un'intuizione dogmatica che ben racchiude quella dialettica relazione che intercorre tra i concetti di libera iniziativa economica e concorrenza. La condizione di “ordine” del mercato<sup>119</sup>, come osservato, porta con sé il concetto di “regolarità e prevedibilità dell'agire” che

---

<sup>116</sup> Come osservato, “il principio di legalità costituisce un limite invalicabile all'ingresso dei danni punitivi nel sistema nazionale”; come osservato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, il necessario ancoraggio normativo dei danni punitivi può ravvisarsi anche nell'ordinamento estero, pertanto, “il giudice straniero, oltre a quello della delibazione, è quindi tenuto a pronunciarsi sulla sussistenza nel proprio ordinamento di una base legislativa adeguata, che rifletta il principio di legalità, nei suoi corollari della tipicità e della prevedibilità” (F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto civile*, Dike giuridica, 2022, p. 548).

<sup>117</sup> A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, op. cit., p. 104.

<sup>118</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

<sup>119</sup> Sul concetto di “mercato” si vedano le opere di A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, p. 232 ss.; S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378; L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Giappichelli, Torino, 1997.

evidentemente fa sì che la relazione economica instauratasi tra due soggetti non rechi in sé l'ignoto esito dell'affare ma, al contrario, la evidente chiarezza della “regole” di svolgimento della corretta contrattazione. Ciò presuppone, a parere della medesima dottrina, il “comune riferirsi a un criterio, che stia sopra di loro ed a loro si imponga”. A garanzia di ciò si osserva che le regole costitutive del corretto agire economico sono di matrice politico-legislativa “giacché il mercato prende forma dalla decisione politica, e questa si esprime in leggi”. L'esercizio della libera iniziativa economica, estrinsecandosi nella libertà di porre in essere negozi giuridici, si esprime in conformità alla regolarità del mercato, “fortificandosi e proteggendosi con il più altro grado di calcolabilità”<sup>120</sup>. In questo quadro, peraltro, pare tornare attuale l'intera riflessione sul ruolo dell'autonomia negoziale e della causa, come elemento funzionale e strutturale del negozio giuridico. Correndo il rischio di qualche indebita semplificazione, si può osservare che il rafforzamento e la progressiva “apertura” del mercato che ha indotto l'insorgere di una nuova politica legislativa, quella volta alla tutela del bene “concorrenza”, ha rideterminato il rapporto tra consumatore e mercato. I due concetti – concorrenza e mercato – non implicano indebiti automatismi di carattere valutativo; invero, si è osservato come la tutela della libera iniziativa economica individuale non vada necessariamente di pari passo con il carattere “libero” del mercato. Infatti, “se è vero che presupposto indiscutibile della concorrenza è l'esistenza del mercato, non è altrettanto vero il contrario poiché può ben esserci mercato senza concorrenza”<sup>121</sup>. Si è osservato come il rapporto tra concorrenza e tutela dei consumatori sia salvaguardato dalla previsione di norme, nell'un caso di tipo “proibitivo” e nell'altro caso di tipo “conformativo”<sup>122</sup>. Tra diverse scelte di tutela della relazione tra mercato e concorrenza ricorre l'annoso dilemma: “protezione paternalistica” o “individualismo responsabile”<sup>123</sup>? È questo nodo gordiano che ha giustificato, e giustifica ancora, seppur in parte, l'attribuzione di un ruolo di garante ad un'Autorità Indipendente di natura pubblica che vigili, regoli e sanzioni atti e comportamenti contrari al principio concorrenziale<sup>124</sup>. Le Autorità realizzerebbero la denominata “*par condicio concorrenziale*”<sup>125</sup>, riscontrando la loro legittimazione nella necessaria presenza della medesima, volta alla

---

<sup>120</sup> Sono interessanti le riflessioni di IRTI, allorché l'A. prende in esame quello che dallo stesso viene definito “il formalismo del mercato”. È illuminante, infatti, la diversificazione compiuta tra le “funzioni” e i “negozi”; infatti, mentre le prime sono “tipiche”, in quanto tipizzate dal legislatore “nell'atto stesso di munirle di tutela”, i “negozi” possono essere “atipici”. L' A. riporta l'esempio del contratto di leasing che, evidentemente, nato come negozio atipico sarebbe idoneo a realizzare funzioni provviste di tutela, tanto da essere successivamente accolto nella legislazione. Come osservato, infatti, “il *leasing* non crea né introduce nuove funzioni, ma svolge funzioni già definite e protette”.

<sup>121</sup> A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 5.

<sup>122</sup> Si è precisato che alla tutela dei consumatori si addicono per lo più norme di tipo “conformativo” che “disciplinando tipi di negozi, e stabilendo l'efficacia di ciascuno di essi, sono in grado di riversare sull'imprenditore doveri di informazione, e di prevedere specifici rimedi in difesa dell'altra parte”.

<sup>123</sup> Il riferimento va nuovamente al pensiero di N. IRTI, *op. cit.*, p. 59.

<sup>124</sup> Sul punto di veda il contributo di G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006.

<sup>125</sup> F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

Sottolinea l'A. come “La fonte della sua legittimazione sta in sé stesso, nell'essenza del mercato concorrenziale, nella

tutela dei diversi mercati concorrenziali. Può incidentalmente rilevarsi come il riconoscimento di un intervento pubblico necessitato, a fronte di disfunzionalità del mercato concorrenziale, non implica necessariamente, come avvertito in dottrina, l'istituzione di un apposito soggetto amministrativo, potendo, al contrario, rilevarsi molteplici modelli di tutela *antitrust*<sup>126-127</sup>. Ebbene, il carattere “neutrale” che denota l'attività delle singole Autorità indipendenti<sup>128</sup> non deve determinare l'affievolimento di quella caratteristica fondamentale del mercato che viene identificata con il concetto di “politicalità”<sup>129</sup>. Il carattere “politico” delle scelte legislative di natura concorrenziale, che a parere di alcuna dottrina si sostanzierebbe sia nell'attività di “promozione” che in quella strettamente di “tutela”, fonderebbe la legittimazione e la giustificazione (anche sul piano istituzionale, si aggiunge) delle pubbliche Istituzioni preposte a tale compito<sup>130</sup>. Il corollario di questo nuovo assetto di tutela della c.d. Costituzione economica<sup>131</sup> starebbe nel mutamento del ruolo dello Stato, divenuto titolare di specifiche forme di controllo delle libertà di impresa garantite a livello costituzionale<sup>132</sup>, irrobustite dalla pluralità di previsioni a livello europeo<sup>133</sup> e

---

natura delle cose come fonte di produzione normativa, che si impone, sia all'organizzazione, sia [...] all'attività”.

<sup>126</sup> Così M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, p. 6 ss.

<sup>127</sup> Sono stati individuati tre possibili modelli per l'attualizzazione della disciplina *antitrust*.

Un primo tipo risponde al c.d. modello “rigido ad attuazione giurisdizionale”, un secondo al c.d. “modello rigido di disciplina ad attuazione amministrativa” ed infine un terzo al c.d. “modello flessibile di disciplina *antitrust* ad attuazione sia giurisdizionale, sia amministrativa” (così M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 11).

Ciascuno dei modelli, come osservato, è esplicativo di un diverso significato del principio di concorrenza.

Ancora, si sottolinea come “l'analisi dei singoli modelli di disciplina consente di verificare se esista un significato minimo invariabile del principio di concorrenza o se invece la disciplina *antitrust* possa essere finalizzata alla tutela anche di principi diversi da quello concorrenziale, quale, ad esempio, il principio del pluralismo informativo”.

<sup>128</sup> Sul fenomeno delle Autorità Indipendenti v. CIRILLO-CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, *op. cit.*; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, *Foro amm.*, 2007, p. 2925 ss; N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti: profili introduttivi*, in *Scritti per Mario Nigro*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 174 ss.; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1997; NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Edizioni ETS, Pisa, 1996; F. BASSI, F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000.

<sup>129</sup> Sul punto di vedano le importanti riflessioni di S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2002.

L'A. propone in analisi il complicato tema della politicalità delle autorità indipendenti, dalla tesi della “neutralizzazione della politica” a quella della sua “razionalizzazione”.

<sup>130</sup> A POLICE, *op. cit.*, p. 8.

<sup>131</sup> Sulla nozione di “costituzione economica” si veda il recente saggio di S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, Bari, 2023.

<sup>132</sup> Fondamentali in questo senso le pregevoli riflessioni di A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli Editori, Firenze, 1197.

<sup>133</sup> Con riferimento all'influenza del diritto europeo sulla istituzione delle autorità indipendenti si veda S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel “sistema” delle autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 1, 2011, pp. 102-104.

L'A. sottolinea come il diritto europeo, che pure ha fortemente influenzato lo sviluppo delle autorità indipendenti, stia costituendo, in realtà, un “fattore di indebolimento” a fronte del progressivo sviluppo di un fattore maggiormente “collettivo” nelle decisioni europee. Ciò comporterebbe la costituzione di “autorità di secondo grado, di cui quelle nazionali sono sia elemento costitutivo, sia terminale operativo. Con la conseguenza che l'indipendenza si riduce rispetto alla sede europea. Le autorità nazionali divengono base della rete, esecutori rispetto al vertice che esse contribuiscono a legittimare” (così S. CASSESE, *ult. op. cit.*, p. 104).



convenzionale<sup>134-135</sup>. Sembrano trovare attualizzazione, inoltre, quelle riflessioni dottrinali che avevano, già decenni or sono, intuito l'erompere del carattere "osmotico" dello Stato<sup>136</sup>. Ancor più profondamente è stato osservato come l'esponentiale erompere delle Autorità indipendenti, spesse volte, sia riconducibile proprio alle funzioni dello "stato osmotico" nell'economia, anzi, si è sottolineato, tale evoluzione "è ipotiposi di quella osmosi"<sup>137</sup>, fenomeno che pure affonda le proprie radici nella problematica "crisi della rappresentanza"<sup>138</sup>.

La funzione di garanzia attribuita all'Autorità rende esplicito il "massimo livello di imparzialità della funzione amministrativa" che giustifica, come osservato a più voci in dottrina, la collocazione in un "ambito istituzionale proprio", "diverso al tempo stesso sia dalla giurisdizione, sia dall'amministrazione di stampo classico"<sup>139</sup>. Sul piano generale, le osservazioni precedenti sembrano richiamare quella riflessione dottrinale che, proprio con riferimento alle Autorità indipendenti, ha inteso distinguere i concetti di imparzialità e neutralità<sup>140</sup>. Ciò che appare idoneo, sul piano astratto, a giustificare l'istituzione delle autorità indipendenti, come fatto notare dalla migliore dottrina<sup>141</sup>, è proprio il concetto di

---

<sup>134</sup> Sul punto si veda A. CATRICALA', *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA, *Trattato di Diritto amministrativo*, Cedam., Padova, p. 309-350.

<sup>135</sup> Su influenza del diritto comunitario e nascita delle autorità indipendenti si veda l'opinione di G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, *op. cit.*, p. 98 ss.

<sup>136</sup> In particolare, l'intreccio e le interferenze tra i concetti di "polity, politics, policies" avrebbero determinato una riorganizzazione pubblica tendente a fare in modo che il denominato "stato osmotico" non fallisca nella sua mission di "gestire la ricerca del continuo equilibrio fra organizzazioni politiche, sociali, economiche, fra stato e mercato, fra pubblico e privato, fra associazioni partiti, mercati, imprese, tutte organizzazioni della *politeia*, dello spazio pubblico, che sta fra stato apparato e società" (così A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 7).

<sup>137</sup> Celebre l'affermazione di A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 40.

<sup>138</sup> A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 40.

Sottolinea l'A. come la summenzionata crisi della rappresentanza porti ad una "richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società, che è la stessa che accresce la forza dei giudici rendendoli, come le autorità amministrative indipendenti, contropoteri del governo e dei circuiti rappresentativi, tanto di quello elettorale quanto di quello degli interessi" (A. PREDIERI, *op. cit.*, p. 40).

<sup>139</sup> A. CATRICALA', *op. cit.*, p. 320. L'A. riprende le osservazioni già compiute da M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1963; S. CASSESE, *Il posto dei poteri indipendenti dall'ordinamento*, in *Atti del convegno internazionale, Roma 20/21 novembre 1995*, in *Temi e Problemi, La tutela della concorrenza: regole istituzionali e rapporti internazionali*, edizione speciale, Roma, ottobre 1996.

<sup>140</sup> Sul concetto di "neutralità" in relazione alla questione delle autorità amministrative indipendenti si veda l'opera di S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, *op. cit.*

Infatti, proprio con riferimento al ritenuto carattere "neutrale" di dette autorità assume rilievo la c.d. "riserva di tecnicità" in forza della quale, come sottolinea l'A., "l'ordinamento riserva valutazioni particolarmente complesse ad organismi non elettivamente legittimati ma qualificati sotto il profilo della competenza tecnica".

<sup>141</sup> Sul punto si rinvia a V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, I, p. 353 e ss.

È di assoluta rilevanza sistematica la riflessione compiuta da V. CAIANIELLO con riferimento alla possibile tripartizione che potrebbe ben illustrare l'attuale conformazione del sistema amministrativo. Sarebbe possibile individuare, infatti, tre diversi modelli di poteri pubblici a valle della legislazione: Un primo tipo è costituito da "funzioni di amministrazione in senso tradizionale", intesi, afferma l'A. come "cura degli interessi pubblici concreti da parte di figure soggettive pubbliche che ne sono titolari presentandosi in posizione non disinteressata rispetto alla loro realizzazione"; un secondo *genus* di funzioni amministrative sarebbero quelle "esercitate da organi indipendenti da ogni altro potere e quindi autoreferenti perché privi di rappresentatività politica"; in ultima analisi si evidenziano quelle peculiari funzioni amministrative "neutrali esercitate in posizione di indifferenza rispetto agli interessi pubblici concreti,

“neutralità” e l’attribuzione delle relative funzioni che attualizzano tale presupposto. Al contrario, del tutto idonee appaiono le esigenze di “imparzialità”, concetto che esprime “indifferenza dell’organo che agisce rispetto agli interessi gioco”. Si può concludere, infatti, che “mentre neutralità ed imparzialità sono predicati della giurisdizione, solo l’imparzialità è predicato dell’amministrazione”. Eppure, sul punto è recente e di rilevante impatto sistematico l’intervento della Consulta in materia di legittimazione dell’AGCM a sollevare questione di legittimità costituzionale<sup>142</sup>; la Corte costituzionale, infatti, ha negato all’AGCM la qualifica di giudice *a quo* a “limitati fini”<sup>143</sup>. Al netto delle riflessioni che affermano il carattere essenzialmente “puro” della sua “neutralità”, la Consulta ha fatto leva sulla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti dell’Autorità; la veste di parte processuale nel giudizio contro i suoi atti farebbe venir meno il carattere “terzo” del soggetto remittente e precluderebbe “la possibilità di configurare l’AGCM come giudice a limitati fini, “dal momento che esiste una sede giurisdizionale agevolmente accessibile in cui può essere promossa la questione di legittimità costituzionale”<sup>144-145</sup>. Sul punto è stato osservato come il carattere fortemente indipendente dell’AGCM inciderebbe negativamente sul tentativo di collocarla nell’alveo dell’attività amministrativa, avvicinandosi, al contrario, al modello dell’attività giurisdizionale, il che avrebbe indubbie conseguenze sul piano della legalità sostanziale<sup>146</sup>. Se si ritiene di aderire alla pacifica opinione dottrinale che colloca i poteri delle Autorità indipendenti all’interno di quelli che la dottrina tradizionale qualifica come “poteri impliciti”<sup>147</sup>, l’interprete avvertirà sicuramente un certo grado di difficoltà, sul piano strettamente sistematico, a giustificare la coerenza del sistema. Vien da domandarsi,

---

pubblici o privati, nelle quali quelle funzioni interferiscono, attribuite ad organi indipendenti da altri poteri perché anch’essi privi del carattere della rappresentatività politica” (così V. CAIANIELLO, *ult. op. cit.*, p. 353-354).

<sup>142</sup> Si vedano sul punto le riflessioni dottrinali di A. CATRICALA’, *Introduzione al convegno “Il ventennale dell’istituzione dell’Autorità antitrust*, in [www.AGCM.it](http://www.AGCM.it), 21 gennaio 2010.

Numerose sono le opinioni dottrinali volte a negare una tale forma di legittimazione. Si vedano le riflessioni di L. PRINCIPATO, *La responsabilità politica per fatto delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2004, 1409 F. SALMONI, *Brevi note in materia di accesso alla giustizia costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in A. ANZON, P. CARRETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale (Atti del seminario di Firenze, 28 maggio 1990)*, Giappichelli, Torino, 2000, 678-681.

Si veda anche l’opinione di F. MANGANARO, *La giustizia innanzi all’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. economia*, 2010, 23.

<sup>143</sup> Sull’ammissibilità di tale legittimazione “a limitati fini” si veda l’opera di A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale e legittimazione degli “organi a quo”*, Jovene, Napoli, 2012. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018.

<sup>144</sup> M. INTERLANDI, *La Corte costituzionale nega all’AGCM la qualifica di giudice a quo a “limitati fini”: una decisione solo apparentemente scontata*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 1, 2019, p. 209.

<sup>145</sup> Sul presunto carattere para-giurisdizionale dell’AGCM si veda il contributo di M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005.

<sup>146</sup> Sul punto si veda il contributo di P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>147</sup> Sul tema dei poteri impliciti si veda: N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, n. 4, pp. 749-777; M. RAMAJOLI, *Tutela indennitaria automatica di massa nel settore telefonico: una preoccupante indistinzione tra Agcm, Antitrust, legislatore e giudice*, in *Giur. commerciale*, 2021, 2, pp. 293-303; G. COSMELLI, *Oltre i confini della materia: la potestà legislativa residuale delle regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2015.

infatti, come si possa affermare la natura giurisdizionale o para-giurisdizionale di un'Autorità e contemporaneamente attribuire ad essa patente di potere implicito. Ciò che in questa sede si vuole evitare di compiere è quella tendenza generalizzante egregiamente definita in dottrina, decenni or sono, come “semplificazione unificante”<sup>148</sup>. Non è neppure una novità la circostanza secondo cui, proprio con riferimento al sistema delle Autorità indipendenti, il principio di legalità, crisma dei moderni sistemi democratici-costituzionali, avrebbe conosciuto forti torsioni. La stessa estraneità rispetto alla funzione di indirizzo politico parrebbe giustificare forti perplessità, se solo la presenza delle medesime non fosse giustificata dalla tutela di imprescindibili interessi di rilievo pubblico, direttamente o mediamente connessi alla garanzia di diritti di rango costituzionale. L'atipicità dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti, che pure sul piano dogmatico sembra richiamare quella atipicità che è fortemente presente nel problematico potere di ordinanza, ha suscitato un vivo dibattito volto all'individuazione di un solido fondamento costituzionale, ormai pacificamente rinvenuto nella rilevanza costituzionale degli interessi tutelati ovvero direttamente nell'ordinamento dell'Unione europea<sup>149</sup>. Solo incidentalmente si può rilevare come l'annosa questione dei poteri pubblici sia venuta in rilievo, rispetto all'AGCM, con riferimento al caso dei c.d. impegni *antitrust*, previsti e disciplinati dall'art 14-ter della l. n. 287/1990<sup>150</sup>. Eppure, già la dottrina tradizionale rilevava come il forte grado di indipendenza di una funzione amministrativa conduceva al progressivo sostanzarsi di quella che, in maniera illuminante, è stata qualificata come amministrazione “giustiziale”. Il superamento delle barriere amministrative, o per meglio dire lo “sfondamento del muro” del diritto amministrativo, è stato osservato già con talune Autorità amministrative che, evidentemente, si sono caratterizzate, sin dalla loro istituzione, dalla necessità “non di ponderare fra loro interessi statuali, ma di *iuris dicere* fra i privati, sia pure in ordine ai rispettivi diritti nei confronti di apparati pubblici”<sup>151</sup>. Ed è proprio quello che si è osservato con riferimento all'Autorità *Antitrust*, rispetto alla quale si è detto che le funzioni ben potrebbero essere esercitate dal giudice.

<sup>148</sup> G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, pp. 645-664.

Sul punto rilevante è rilevante lo scrutinio dell'interprete sul requisito della “indipendenza”.

<sup>149</sup> V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJINO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità amministrative indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2009, 75 ss.

<sup>150</sup> L'art. 14 ter, l. n. 287/1990 recita: “1. Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni e previa consultazione degli operatori del mercato, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese. Tale decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e chiude il procedimento senza accertare l'infrazione. 2. L'Autorità in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori ai sensi del *co.* 1 può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato totale realizzato a livello mondiale durante l'esercizio precedente. Al fine di monitorare l'attuazione degli impegni, l'Autorità esercita i poteri di cui all'articolo 14 della presente legge. 3. L'Autorità può d'ufficio riaprire il procedimento se: a) si modifica in modo determinante la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione; b) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; c) la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete inesatte o fuorvianti”.

<sup>151</sup> G. AMATO, *ult. op. cit.*, p. 660.

## 8. La legittimazione ad agire dell'AGCM a tutela del mercato concorrenziale e il recente intervento del Consiglio di Stato n. 1760 del 2023

I recenti interventi del Consiglio di Stato in materia offrono l'occasione per riflettere su peculiari aspetti che connotano l'importante strumento di diritto pubblico di tutela della concorrenza, con specifico riferimento a quell'insieme di regole che costituiscono la c.d. “concorrenza *antitrust*”, offerto dall'art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990. Le regole della “concorrenza *antitrust*”, come noto, si aggiungono alle regole di “concorrenza per il mercato” e di “concorrenza nel mercato”, tutte tendenti a dare effettività a quei fondamentali principi di matrice europea, espressi dall'art. 26, par. 2, *TFUE*: “libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”. Proprio in ambito civilistico è dato rilevare l'importante dibattito giurisprudenziale e dottrinale sorto con riferimento alle tutele riservate al consumatore e ai potenziali effetti che l'accertamento di un illecito *antitrust* possa dispiegare sui relativi contratti stipulati a valle<sup>152</sup>. Invero, le riflessioni che seguiranno, e che pure prenderanno in esame profili di rilievo sostanziale tipicamente oggetto delle più risalenti riflessioni dottrinali, pongono interrogativi intorno ai possibili scenari futuri in ordine ai segmenti di tutela oggi elaborati e cuciti attorno alla figura del “consumatore”, che pure sembra aver ricavato un posto quasi esclusivo nel tentativo di “curare” i fallimenti del mercato. Non è risalente, infatti, la riflessione elaborata dalla migliore dottrina civilistica in ordine alla possibilità che, proprio nell'immediato futuro, la figura del consumatore possa in un qualche modo perdere la sua innovativa esclusività e centralità nel quadro delle politiche legislative di regolazione del mercato, per assumere le sembianze di un “soggetto di mercato impegnato in una relazione asimmetrica con un altro soggetto di mercato – un'impresa – strutturalmente dominante rispetto a lui”<sup>153</sup>. Ad ogni modo, quello che in questa sede risulta interessante mettere a fuoco attiene perlopiù a quello che viene comunemente definito come *public enforcement*, inteso come complesso di attività, demandata a soggetti pubblici, di tutela della concorrenza attraverso l'accertamento e l'eventuale sanzione di “pratiche”, messe in atto da operatori economici, in aperto contrasto con le norme nazionali ed europee che regolano la materia. È bene non sovrapporre indebitamente il *public enforcement* e il c.d. *private enforcement*, distinguendo i due piani di tutela per finalità e natura. È stato fatto notare come il *public enforcement* si distingua per un carattere marcatamente “punitivo ed afflittivo”, finalizzato “primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale del mercato”<sup>154-155</sup>. I due strumenti di tutela, infatti, possono certamente conoscere

---

<sup>153</sup> In questi termini V. ROPPO, *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista*, Laterza, Bari-Torino, 2013, p. 193.

<sup>154</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

<sup>155</sup> Risulta interessante un recente arresto pronunciato dalla Cassazione, in tema di contratti tra professionista e consumatore nell'ambito di una valutazione della vessatorietà della clausola da parte del giudice, ritenuto il provvedimento non chiaro e comprensibile dall'AGCM. In quell'occasione i giudici di legittimità hanno avuto modo di chiarire come i principi pronunciati con riferimento ai c.d. illeciti *antitrust* possano valere anche rispetto alla materia delle

momenti di interferenza, ma deve comunque essere rimarcata la distintiva e diversa conformazione della posizione del privato che, per quanto possa vantare una pretesa al corretto esercizio dell'azione punitiva, “non ha tuttavia la consistenza e la pienezza del diritto soggettivo che il privato vittima di specifiche condotte anticoncorrenziali può far valere”<sup>156</sup>. Peraltro, come affermato recentemente da attenta dottrina, il *private enforcement* pare promanare proprio dalla centralità, riconosciuta a livello legislativo e giurisprudenziale, del *public enforcement*; si è affermato, invero, come il sistema di *private enforcement* non sia, ancora oggi, “delineato specificatamente dalle norme” ma si appoggi al compendio di rimedi civilistici, tipicamente riconducibili ai rimedi *ex tunc* invalidativi, risarcitori o inibitori<sup>157</sup>. A testimonianza di tale sussidiarietà si badi alla circostanza per cui il consumatore può rivolgersi al giudice dopo l'accertamento, compiuto dall'AGCM, che abbia contestato la pratica commerciale scorretta.

In questo contesto si innestano tutte le riflessioni dottrinali che hanno fatto seguito all'introduzione del rimedio, già menzionato, contemplato dall'art. 21-*bis*.

Considerati i numerosi profili di interesse che vengono in rilievo, si ritiene in questa sede di offrire una panoramica sistematica, soprattutto con riferimento a ciò che pare assumere un rilievo di maggior impatto scientifico, attenendo pertanto alla natura dell'interesse tutelato dall'Autorità *antitrust*. È proprio questo, infatti, il punto nodale che stimola una riflessione sulla più recente conformazione delle tradizionali situazioni giuridiche soggettive.

Occorre anzitutto rilevare come si è assistito progressivamente ad un interessante affiancamento ai c.d. poteri di *enforcement* delle c.d. funzioni di *advocacy* in quella attività fondamentale di contrasto agli illeciti anticoncorrenziale. Questo progressivo rafforzamento delle funzioni istituzionali riconnesse all'Autorità in questione è stato osservato efficacemente sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza. Proprio grazie ad un importante intervento legislativo, l'AGCM ha visto rafforzati i propri poteri; è dato notare, infatti, la peculiarità del procedimento amministrativo *Antitrust*, ampiamente dotato di poteri accertamento, acquisitivi e dispositivi, comunque conformi ai canoni del giusto procedimento”, seppur con qualche criticità<sup>158</sup>.

---

clausole vessatorie o abusive e dei relativi accertamenti compiuti dall'AGCM. In particolare, a parere della Corte, “Alla valutazione di non chiarezza e comprensibilità della clausole del testo contrattuale emessa dal Garante deve perciò essere attribuito un valore privilegiato nel giudizio civile fra il privato e il professionista relativo alle stesse clausole; tale valutazione, cioè, deve essere ritenuta presuntivamente corretta nel giudizio civile, in difetto di una specifica confutazione da parte del giudice”. Ancora, prosegue la sentenza, “La citata presunzione genera un dovere di motivazione rafforzata e di specifica confutazione in capo al giudice ordinario adito ai sensi dell'[art. 37 bis, co. 4 Codice del consumo](#) e chiamato ad occuparsi dello stesso tessuto contrattuale colpito dal provvedimento amministrativo” (così Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2021, n. 23655).

<sup>156</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773.

<sup>157</sup> Così A. GENOVESE, *Profili di public e private enforcement dei divieti di pratiche commerciali scorrette. Anche con riferimento ai settori regolari*, in *Giur. commerciale*, 5, 2022, p. 768.

<sup>158</sup> Sul punto si veda il recente contributo di M. RAMAJOLI, *Concorrenza (tutela della)*, in *Funzioni Amministrative, Enc. Dir.*, 2023, pp. 292-318.

Non è recente, peraltro, l'affermazione giurisprudenziale secondo cui l'AGCM pare proprio configurarsi come un'Autorità istituzionalmente fatta destinataria di un "insieme di funzioni e compiti attribuiti per la tutela di interessi primari dell'ordinamento che, pienamente, determinano la ontologica natura di p.a. della AGCM"<sup>159</sup>. Si è osservato come i poteri di *advocacy* - consistenti in attività di redazione di pareri, segnalazioni, raccomandazioni, proposte rivolte agli organi istituzionali preposti all'esercizio della funzione legislativa e regolamentare – siano stati, invero, progressivamente elaborati con una certa dose di "estemporaneità", essendo questi riscontrabili nei più vari testi normativi, "talvolta emendati o soppressi"<sup>160</sup>. Le due funzioni, pertanto, sarebbero esemplificative delle poliformi attività di influenza dell'Autorità garante, tanto da essere modellata quest'ultima quale "giano bifronte", che quale soggetto "*pro-active*" e al tempo stesso "*re-active*"<sup>161</sup>. La dottrina<sup>162</sup>, in proposito, ha scisso la logica protezionistica pubblicistica della concorrenza nelle due differenti dimensioni: preventiva e successiva. Nel contesto preventivo, l'attività di *advocacy* contribuisce, nell'ottica del principio di leale collaborazione, al corretto inquadramento dei poteri istituzionali, coerentemente alle politiche concorrenziali. È pertanto evidente, come fatto notare dalla giurisprudenza, come tale forma di cooperazione istituzionale sia diretta non solo alla formazione della miglior decisione amministrativa, in conformità ai canoni di "buona amministrazione", quanto anche alla tendenziale riduzione del contenzioso giurisdizionale<sup>163</sup>. Soprattutto, è bene inquadrare le competenze preventive nella generalità degli strumenti di *moral suasion* che, come messo in evidenza, presentano indubbi profili di "consensualità e di informalità"<sup>164</sup>. La funzione che potremmo definire "cautelativa-preventiva", che è volta a stimolare una qualche forma di "autotutela" dell'amministrazione procedente, è confermata dalla previsione di un apposito parere precontenzioso che avrebbe proprio la funzione di determinare il destinatario nel senso di una revisione della determinazione assunta. Come recentemente messo in evidenza dalla giurisprudenza amministrativa, il potere di autotutela sarebbe del tutto peculiare in quanto "doveroso e giustificato proprio dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco"<sup>165</sup>.

---

Si legge: "Il procedimento *antitrust* appare complessivamente conforme ai canoni del giusto procedimento, pur se presenta alcune criticità, connesse, ad esempio, all'ambito del diritto d'accesso ai documenti del fascicolo d'ufficio, alla concentrazione in capo ai medesimi soggetti dei poteri d'indagine e di decisione e alla talvolta mancata corrispondenza tra gli addebiti riportati nella CRI e quelli contenuti nel provvedimento finale" (M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 308)

<sup>159</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818.

<sup>160</sup> M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, n. 1, 2018, p. 86.

<sup>161</sup> Sul punto si veda l'interessante riflessione di S. CASSESE, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema delle autorità indipendenti"*, *op. cit.*, pp. 102 ss.

<sup>162</sup> Si veda ancora M. RAMAJOLI, *ult. op. cit.*, pp. 88 ss.

<sup>163</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

<sup>164</sup> A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>165</sup> Con. Stato, n. 1760/2023.

Tale parere<sup>166</sup>, come chiarito dalla giurisprudenza, assolve alla funzione di segnalare le violazioni riscontrate e di indicare i rimedi utili per ripristinare il “funzionamento della concorrenza e del mercato”<sup>167</sup>.

Potrebbero porsi alla mente dell’interprete i numerosi profili problematici che pure potrebbero sorgere avuto riguardo all’eventuale affidamento ingenerato nel privato, successivamente “tradito” dall’esercizio del potere di autotutela decisorio. La fattispecie richiama l’attenzione sull’annoso dibattito, tutt’altro che passato, sulla tutela del legittimo affidamento e sui profili problematici in tema di riparto della relativa giurisdizione.

Le recenti osservazioni del Consiglio di Stato si raccordano con la già menzionata funzione deflattiva; gli arresti giurisprudenziali non hanno mancato nel ricordare come il Legislatore guardi con sfiducia alle situazioni nelle quali due soggetti pubblici si rivolgano direttamente al giudice per la tutela di un pubblico interesse. Invero, sul punto non pare ravvisarsi uniformità di vedute in dottrina. È stata messa in evidenza l’idoneità di detto parere a produrre un incremento del contenzioso medesimo; tale esito sarebbe suggerito da due diverse ragioni: la prima atterrebbe al riconoscimento della “legittimazione speciale”, prima non contemplata dall’ordinamento giuridico italiano, la seconda, invece, riguarderebbe l’eventuale tutela

---

<sup>166</sup> Da una lettura delle relazioni annuali presentate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato emerge la centralità del parere *ex art. 21-bis* L. 287/1990 nella generale funzione di tutela della concorrenza.

Si basi all’annosa questione delle concessioni demaniali marittime. Nel 2022 l’attività di segnalazione in relazione al tema delle concessioni demaniali ha avuto ad oggetto, si legge in detta relazione, la “restrittività concorrenziale di uno dei requisiti di partecipazione alla procedura a evidenza pubblica indetta da un Ente pubblico locale” (Relazione annuale dell’AGCM 2022, p. 69).

Con riferimento a questo specifico caso di esercizio dei poteri de quo l’Autorità ha rilevato come “Il requisito in argomento, che contemplava l’aver esercitato per almeno tre degli ultimi cinque anni anche attività correlate alla balneazione, è stato ritenuto dall’Autorità privo dei connotati di necessità e proporzionalità e idoneo a determinare una potenziale significativa riduzione del *favor participationis*, precludendo di fatto la partecipazione alla procedura competitiva ai soggetti nuovi entranti nel mercato, nonché ai soggetti con una esperienza nel settore temporalmente limitata”.

Con riferimento ai “servizi professionali”, i pareri resi ai sensi dell’art. 21 *bis* hanno riguardato la Regione Sicilia, “volto ad evidenziare alcune disposizioni contenute nell’Accordo integrativo regionale dei medici specialisti pediatri di libera scelta (PLS) di ostacolo all’accesso a tale professione”, e la ASL Umbria 1 e alla ASL del Medio Campidano “volti a rilevare restrizioni della concorrenza nella formazione degli elenchi di avvocati cui affidare incarichi professionali”.

Interessanti gli interventi *ex art. 21 bis* con riferimenti alle società a partecipazione pubblica; rispetto a questo settore, infatti, la relazione annuale rilevano gli interventi dell’Autorità “volti a censurare l’acquisizione di partecipazioni, da parte di Comuni, nella società Asmel consortile s.c.a.r.l. con la finalità di conferire a quest’ultima l’esercizio delle attività e delle funzioni di centrali di committenza ai sensi degli articoli 37 e 38 del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). L’Autorità ha riscontrato, infatti, che Asmel consortile risultava priva dei requisiti necessari per potere operare come società in house”.

<sup>167</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

Ha chiarito il Consiglio di Stato che “Da un lato, serve a sollecitare la P.A. a rivedere quanto statuito, mercé la conformazione di questa agli indirizzi dell’Autorità, se del caso con uno speciale esercizio della funzione d’autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell’interesse pubblico così coinvolto. Dall’altro, mira a tutelare quest’ultimo anzitutto all’interno della stessa P.A., sì da concepire il ricorso a questo Giudice quale *extrema ratio* nella risoluzione del conflitto tra due soggetti pubblici. Sicché la fase precontenziosa costituisce un significativo strumento di deflazione del contenzioso, essendo ragionevole ritenere che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente e solo al Giudice per la tutela di un interesse pubblico primario, comune ad entrambi”.

dell'affidamento nutrita dal terzo rispetto alla stabilità del provvedimento successivamente travolto dall'esercizio del potere di autotutela<sup>168</sup>.

Invero, non si ritiene di poter aderire a dette critiche, pur se autorevolmente sostenute. Il parere di precontenzioso, prima di poter integrare il “pericolo astratto” di ulteriore contenzioso giudiziale, costituisce un presupposto ineliminabile nella corretta gestione dei rapporti interistituzionali. L'essenzialità del parere precontenzioso è confermata dall'orientamento prevalente in giurisprudenza che ne ha sostenuto la natura di “condizione di ammissibilità e procedibilità del ricorso”<sup>169</sup>. In linea con il divieto di aggravamento del procedimento, sancito dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990, è stato evidenziato come l'AGCM sia esonerata dall'emanazione del parere di precontenzioso “laddove l'atto impugnato con motivi aggiunti sia consequenziale a quello cui si riferisce il ricorso introduttivo e venga censurato per illegittimità derivata”<sup>170</sup>. Sulla natura giuridica di detto parere si è avuto modo di osservare come, in realtà, se solo si tiene conto dei possibili sviluppi della vicenda in termini di possibile contenzioso, si tratti invero di una vera e propria forma di “diffida” dalle vesti simile a quella che ordinariamente potrebbe attenersi ai rapporti tra privati<sup>171</sup>. In questo senso, quindi, come osservato dalla migliore dottrina, si pone un problema di qualificazione tipologica del potere *ex art. 21-bis*, se cioè lo stesso possa essere qualificato quale potere amministrativo ovvero quale potere di natura privata<sup>172</sup>. Si è concluso, invero, che trattasi di una peculiare forma di potere *extra ordinem*, inserendosi in quelle tipiche ipotesi in cui le PP. AA. realizzano procedimenti amministrativi per esercitare poteri di natura privata. Un ulteriore profilo critico, sempre avuto riguardo al parere precontenzioso, attiene alla sua autonoma impugnabilità sia da parte dei terzi controinteressati, sia da parte dell'Amministrazione destinataria dello stesso. Sul punto si sono confrontate due tesi. Un primo orientamento ha escluso che detto parere possa essere oggetto di autonoma impugnazione, posto che, come osservato, l'Amministrazione potrebbe non conformarsi alle indicazioni ed ignorare la contestazione proposta dall'AGCM, non cioè un'immediata

---

<sup>168</sup> Sul punto si veda M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, *op. cit.*, p. 90.

Altresì contrario sul punto risultano essere le osservazioni di B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 291.

<sup>169</sup> Si veda CGARS, n. 428/2017; Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323.

<sup>170</sup> T.A.R. Genova, Liguria, sez. II, 13 febbraio 2021, n. 116.

Nella motivazione di legge “sebbene la giurisprudenza richieda, in linea generale, l'instaurazione della fase precontenziosa di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990 quale condizione di ammissibilità dell'impugnativa da parte dell'Autorità (in tal senso, si v. CGARS, sent. n. 428 del 2017 e Cons. St., sez. IV, sent. n. 323 del 2016 nonché, con specifico riferimento ai motivi aggiunti, sez. VI, sent. n. 4715 del 2020), un'interpretazione della norma in armonia con il divieto di aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, co. 2, della legge n. 241 del 1990, da un lato, e con le esigenze di particolare celerità sottese al rito speciale di cui agli artt. 119 e ss. cod. proc. amm., dall'altro, consente di ritenere che l'AGCM sia esonerata laddove l'atto impugnato con motivi aggiunti sia consequenziale a quello cui si riferisce il ricorso introduttivo e venga censurato per illegittimità derivata”.

<sup>171</sup> B. G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 294.

<sup>172</sup> B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 295.



lesività del parere<sup>173</sup>. Se, come osservato, l'Amministrazione scelga di conformarsi al parere, il ricorso potrà indirizzarsi contro l'atto modificato, “eventualmente impugnando congiuntamente il parere dell'AGCM<sup>174</sup>. Si è concluso, pertanto, che si tratti di un atto meramente presupposto, idoneo a divenire lesivo “solo quando viene adottato l'atto consequenziale, per quanto il contenuto di quest'ultimo sia inevitabilmente condizionato e conformato dal contenuto del primo”<sup>175</sup>. Si tratta di un profilo problematico che richiama alla mente l'enorme ed annosa questione dell'autonoma impugnabilità dei pareri, pure affrontata recentemente dalla giurisprudenza costituzionale. I dubbi sorgono allorché si aderisca a quegli orientamenti che qualificano la natura dell'AGCM quale sostanzialmente giurisdizionale, considerato l'importante tasso di neutralità ed imparzialità che, a detta degli stessi, sembra qualificare l'attività dell'Autorità<sup>176</sup>. Può allora sostenersi che detti pareri, adottati in base ad una valutazione imparziale e neutrale, siano davvero non immediatamente lesivi?

Ad ogni modo, l'Autorità, a fronte della possibilità di operare nel senso del ricorso immediato, ovvero di optare per l'emanazione del parere motivato, dovrebbe scegliere la via più coerente in ragione del principio di economia dei mezzi giuridici. Le due vie sembrano profilarsi come “alternative”. È stato osservato che la soluzione più coerente anche con il dato legislativo sembrerebbe quella di ritenere che l'Autorità sarebbe legittimata a chiedere una sospensiva del provvedimento impugnato<sup>177</sup>, potendo scegliere tra azione giudiziaria immediata o azione amministrativa volta a chiedere un intervento in autotutela dell'amministrazione attinta dal parere.

Merita di essere incidentalmente individuato un ulteriore punto recentemente messo a fuoco dal Consiglio di Stato. Nell'esercizio del potere *ex art. 21-bis*, infatti, l'Autorità non può dedurre un vizio motivo che non corrisponda alla violazione delle norme poste a tutela della concorrenza, magari persino afferente alla violazione di norme costituzionali. Il carattere “eccezionale” e “speciale” della legittimazione *ex art. 21-bis* determinerebbe, in maniera indiretta, che tale esclusione forma di *advocacy* non possa estendersi “al di fuori dei casi espressamente previsti dalla norma”<sup>178</sup>. È evidente, pertanto, che in tutte le altre ipotesi il giudice dovrà emettere una pronuncia di inammissibilità del ricorso per carenza della *legittimatio ad causam*<sup>179</sup>.

---

<sup>173</sup> R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio di nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2012.

<sup>174</sup> R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990, Jus for you*, 2012, p. 14.

<sup>175</sup> R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza, op. cit.*, p. 14.

<sup>176</sup> Sul carattere “neutrale” delle autorità indipendenti si rinvia alle riflessioni precedente effettuate.

<sup>177</sup> La riflessione è effettuata da M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'autorità antitrust*, in *Federalismi.it*, 2011, p. 2.

<sup>178</sup> Cons. Stato, n. 1760/2023.

<sup>179</sup> Così si è pronunciato il Consiglio di Stato con la già richiamata sentenza n. 1760/2023.

Un altro punto su cui si ritiene ragionevole soffermarsi in questa sede attiene alla possibilità di ammettere un ricorso diretto non proceduto dal parere. Sul punto l'opinione maggioritaria si esprime nel senso di ritenere che tale parere costituisca una vera e propria condizione di ammissibilità del ricorso, senza però dover rilevare uniformità di vedute in dottrina<sup>180</sup>. A parere di una parte della dottrina, infatti, contrasterebbe con la stessa *ratio* della complessa procedura l'esclusione della procedura preliminare<sup>181</sup>. Dal momento dell'emissione del parere, l'Amministrazione avrebbe sessanta giorni per conformarsi. È risultata, altresì, dubbia la natura di detto termine. La dottrina maggioritaria ritiene che il termine non assuma carattere dilatorio<sup>182</sup>. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>183</sup>, il termine per l'impugnazione del provvedimento decorrerebbe allo scadere dei sessanta giorni previsti per la presentazione della risposta e non dalla risposta dell'Ente. Invero, ha osservato la dottrina, sarebbe più ragionevole ritenere che il termine decorra dal momento in cui è dato ravvisare "la lesione della situazione giuridico-soggettiva", quindi nel caso in cui "l'Autorità garante conosce la posizione definitiva dell'Ente"<sup>184</sup>. Occorre poi comprendere quale sia l'oggetto del giudizio. Anche su questo punto, infatti, le ricostruzioni che si sono confrontate in dottrina sono diverse. Un primo orientamento ha sostenuto che l'oggetto del giudizio sarebbe da rinvenire nell'illegittimità dell'atto lesivo della concorrenza<sup>185</sup>. Tale conclusione sembra essere confermata dal dato letterale che, dall'art. 21-*bis*, prevede che il potere di impugnazione si indirizzi verso "gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di

<sup>180</sup> Si vedano le perplessità espresse da R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, cit., p. 17 ss.

<sup>181</sup> A. CARBONE, *op. cit.*

Si veda anche l'opinione di M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito*, cit., p. 17.

<sup>182</sup> A. CARBONE, *op. cit.*, p. 54. L'A. ha sostenuto che "[...] qualora l'Amministrazione respinga espressamente la richiesta di modifica o di ritiro del provvedimento, reputando che esso non arrechi danno alla concorrenza, si deve ritenere che il successivo termine di impugnazione decorra dall'atto di rifiuto e, non, in ogni caso, dalla scadenza del termine di sessanta giorni, che solo rilevarebbe nel caso di inerzia dell'Amministrazione".

<sup>183</sup> Cons. stato, sez. VI, 15 maggior 2017, n. 2294. È utile in questa sede riportare le argomentazioni del Consiglio di Stato per esteso. I giudici hanno affermato "[...] le lacune nella eccezionale disciplina del ricorso ai sensi dell'art. 21 *bis* vanno colmate con il ricorso ai principi generali in materia, primo fra tutti il principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, ribadito da costante giurisprudenza, che, come tale, non necessita di puntuali citazioni. Tale principio, come è noto, richiede che l'assetto di interessi creato dall'atto amministrativo si consolidi entro un lasso di tempo breve e facilmente individuabile, in dipendenza quindi dal decorso di un termine di impugnazione perentorio e non prorogabile. Identica esigenza si pone anche di fronte ad una legittimazione straordinaria al ricorso come quella per cui è causa, che è posta certamente a presidio di valori primari dell'ordinamento, come la concorrenza, ma non può certo tutelarli sacrificandone altri di rango per lo meno paritario.

Di qui pertanto la necessità che, anche di fronte alla possibilità di impugnazione da parte dell'*Antitrust*, l'atto amministrativo si consolidi entro un lasso di tempo contenuto e definito con chiarezza. Tale necessità è soddisfatta con l'interpretazione fatta propria dal primo giudice, secondo la quale i termini previsti dall'art. 21 *bis* configurano in realtà l'unico termine di centocinquanta giorni di cui si è detto, ovvero una vicenda unitaria, così come affermato in termini generali dalla citata C.d.S. sez. V 2246/2014. 13. È infatti corretta l'argomentazione dello stesso primo giudice, secondo la quale ragionando diversamente, e quindi facendo decorrere il secondo termine di sessanta giorni e il conseguente termine di trenta giorni per proporre ricorso da una comunicazione del parere che potrebbe essere ritardata a piacere, si consentirebbe all'Autorità di determinare a suo arbitrio i termini di impugnazione dell'atto originario".

<sup>184</sup> P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 1, 2018, p. 77.

<sup>185</sup> R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, cit., p. 17.

qualsiasi pubblica amministrazione che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”. Questa ricostruzione, inoltre, esclude che l’esercizio dell’attività, sollecitata dal parere *ex art. 21-bis*, sia riconducibile ad un potere di autotutela in senso proprio, in quanto trattasi, a parere di detta dottrina, di un “potere speciale di ritornare sui propri atti”<sup>186</sup>. Altri, differentemente, hanno ritenuto che l’oggetto del giudizio fosse da individuare nella “mancata rimozione dell’atto originario”<sup>187</sup>. In questo senso, si è osservato, assumerebbe peculiare posizione la comunicazione del parere che, evidentemente, lungi dal costituire mera condizione di ammissibilità del ricorso, assumerebbe le forme di una “istanza volta all’apertura di un (diverso) procedimento, il cui atto conclusivo (o la relativa inerzia) andrebbe ad essere censurata davanti al giudice, proprio attraverso il ricorso giurisdizionale”<sup>188</sup>. È stato osservato che dall’adesione a questa offerta ricostruttiva deriverebbero una serie di conseguenze. Tra le varie, quella che in questa sede pare assumere notevole rilevanza sistema, anche in relazione alle osservazioni già compiute, sarebbe quella che mette in evidenza i stretti rapporti con il potere di cui al 21 *nonies*, l. n. 241/1990. In particolare, si è inteso che, lungi dal ritenere che l’inadempimento ad una richiesta pretensiva renda tale posizione speculare a quella nel caso in cui si richieda all’Amministrazione l’esercizio di un potere ordinario di annullamento d’ufficio (come noto, trattasi di richiesta non giustiziabile), si potrebbe, al contrario, ritenere che in forza del mancato richiamo nell’art. 21-*bis* alla normativa della l. n. 241/1990 “nessun presupposto ulteriore rispetto alla mera illegittimità dell’atto possa quindi essere necessario”<sup>189</sup>. Quindi, concludendo, l’esito interpretativo sarebbe quello di pervenire al medesimo risultato proposto dall’indirizzo maggioritario che, al contrario, rinviene i presupposti di uno specifico potere di autotutela. La questione, peraltro, sembra rinviare a quanto osservato in proposito alla configurabilità di un potere di azione da parte dei privati interessati. È possibile per il privato sollecitare il potere di azione *ex art. 21-bis*?

Sul punto la migliore dottrina ha escluso tale possibilità in quanto la norma “attribuisce all’AGCM non un potere amministrativo in senso stretto, ma il diverso potere di agire in giudizio”, quindi un vero diritto di azione che, come noto, “implica anche la libertà di non agire in giudizio”. Sul punto, invero, occorre effettuare alcune considerazioni. Ci si chiede, infatti, come si possa sostenere che l’azione, come ritiene chi scrive, sia posta a tutela di un interesse diffuso, coagulatosi attorno all’Autorità *de qua*, e conseguentemente non ammettere che il privato, pur titolare di quella posizione giuridica soggettiva, non possa esercitare un potere di sollecitazione diretto all’Autorità indipendente. Sono ragionevoli i rilievi, effettuati dalla migliore dottrina, relativi all’ammissibilità di un tale potere di sollecitazione. Si è osservato,

<sup>186</sup> R. GIOVAGNOLI, *ult. op. cit.*, p. 17.

<sup>187</sup> A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *cit.*, p. 57.

<sup>188</sup> A. CARBONE, *op. cit.*, p. 57.

<sup>189</sup> Si consenta ancora il riferimento ad A. CARBONE, *op. cit.*, p. 57.

infatti, che andrebbe riconosciuto “uno spazio di discrezionalità” tale per cui l’attivazione di un potere del tutto *extra ordinem* determinerebbe un sostanziale sovraccarico di lavoro per l’AGCM, costretta a essere “inondata” da “mille micro-questioni”<sup>190</sup>. Sul punto, senza incorrere in mille rivoli argomentativi, è bene chiarire un punto di massimo rilievo sistematico, osservato dalla dottrina e su cui si ritiene di convenire. La legittimazione dell’AGCM, in conclusione, può ritenersi aggiuntiva a quella dei privati che, se lesi da un atto che si assume esser stato adottato in palese violazione dei principi concorrenziali, potranno ricorrere direttamente impugnando l’atto. La questione, però, non può essere trattata in termini sbrigativi, in quanto trattasi di un profilo di fondamentale rilievo in tema di effettività della tutela giurisdizionale. Come noto, infatti, la Corte costituzionale è intervenuta più volte in tema di legittimazione ad agire dei privati con riferimento ai regolamenti e agli atti amministrativi generali. Non si può omettere di argomentare, infatti, che occorrerà distinguere, come illustremente fa alcuna parte della dottrina<sup>191</sup>, tra regolamenti volizioni-azione (c.d. falsi regolamenti) e regolamenti volizione-preliminare; infatti, soltanto con riferimento ai primi, il regime di impugnazione è parificato a quello dei provvedimenti amministrativi: il ricorso deve essere presentato nel termine perentorio di sessanta giorni, che decorre, ai sensi dell’art. 31 c.p.a., dal momento in cui “sia decorso il termine della pubblicazione, se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge”. Al contrario, con riferimento ai c.d. regolamenti “volizione-preliminare”, la lesione della sfera giuridica soggettiva si produrrebbe solo ed esclusivamente al momento dell’adozione dell’atto applicativo. In tal caso, infatti, il regime impugnatorio sarebbe sottoposto, secondo l’opinione maggioritaria, alla regola della doppia impugnazione. Come osservato da attenta dottrina<sup>192</sup>, infatti, “solo nel caso di atti regolamentari o generali non immediatamente e direttamente lesivi la legittimazione dell’AGCM rende giustiziabile l’interesse alla tutela della concorrenza”. Ma allora sorge un interrogativo: potrebbe essere riconosciuto un potere di sollecitazione al privato nelle ipotesi in cui l’atto regolamentare o amministrativo generale non sia direttamente lesivo della sfera giuridica del soggetto medesimo? In altri termini, riconosciuto il carattere suppletivo della legittimazione ad agire dell’AGCM, nell’ipotesi in cui all’emanazione di un atto amministrativo generale o di un regolamento non seguisse l’attivazione della procedura *ex 21-bis*, potrebbe concretamente determinarsi una lesione della sfera giuridica del terzo, derivante sia dalla violazione delle norme poste a tutela della concorrenza che dalla violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale? Si comprende, pertanto, che la questione che rimane sullo sfondo, e che pure merita di essere districata, è relativa al corretto inquadramento del bene oggetto

<sup>190</sup> R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 13.

<sup>191</sup> V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, pp. 104-105.

<sup>192</sup> M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, *cit.*, p.96.

di tutela dell'azione *ex art. 21-bis*. Interesse pubblico alla tutela della concorrenza o interesse diffuso la cui tutela pare essersi “coagulata”, sotto il profilo prettamente pubblicistico, in capo all'*AGCM*?

## 9. La legittimazione a ricorrere e la natura dell'interesse tutelato dall'*AGCM*

Il vero nodo gordiano, cruciale nella progressione sistematica circolare che si è inteso imprimere alla presente riflessione, attiene alla natura dell'interesse tutelato dall'*AGCM* che giustifica, come già evidenziato, l'attribuzione di una tale forma di *legitimatio ad causam*<sup>193</sup>. Tutti i profili di rilevanza dogmatica che si celano all'interno di questa cornice problematica hanno indotto, infatti, le riflessioni che seguiranno sulla conformazione delle posizioni giuridiche superindividuali.

È bene partire dal recentissimo intervento del Consiglio di Stato<sup>194</sup>. È piuttosto chiaro il dato secondo cui ciò che ha giustificato l'attribuzione di una peculiare legittimazione ad agire ad un'Autorità indipendente risiede nella eccezionale conformazione del bene giuridico protetto dall'*art. 21-bis*: la libertà di concorrenza ed il corretto funzionamento del mercato. Non solo, la riflessione attorno a detto bene giuridico deve pure tenere in considerazione le finalità protese ad una tale norma, rinvenibili nella crescita e nello sviluppo economico. È pertanto di evidente lucidità che tutto si gioca su un piano strettamente superindividuale<sup>195</sup>. La tutela dei beni giuridici prescinde, dunque, dal singolo operatore del mercato ed è, come sottolineato dal Consiglio di Stato, “sottratto alla libera disponibilità dell'interessato”<sup>196</sup>.

La forma di “controllo” introdotto dal legislatore, come già ampiamente illustrato dalla Consulta in un intervento del 2013, non ha dato vita ad un “nuovo e generalizzato controllo di legittimità”, quanto, al contrario, ha determinato una integrazione di poteri conoscitivi e consultivi già riconosciuti all'*AGCM*. Neppure può ritenersi fondato il carattere generalizzato se solo si tiene conto dell'ambito oggettivo di competenza che, come noto, può attenersi solamente agli atti amministrativi che “violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”. Costituiscono ulteriori limiti all'esercizio di tale potere le previsioni che tendono a circoscrivere il vizio, oggetto del ricorso, avuto riguardo alla sola violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, non potendo ammettersi un irragionevole estensione della competenza alla violazione di norme costituzionali (soprattutto con riferimento al parametro di

<sup>193</sup> Sui maggiori profili problematici relativi alla c.d. “*legitimatio ad causam*” si vedano le riflessioni che seguiranno.

<sup>194</sup> Cons. Stato, n. 1760/2023.

<sup>195</sup> “Libero gioco” della concorrenza e tutela del mercato possono considerarsi, come si è avuto modo di chiarire, beni di natura generale e “sociale”.

<sup>196</sup> Un importante caso di legittimazione straordinaria è quella riconosciuto in capo all'ANAC dall'*art. 211, c. 1-bis e c. 1-ter*.

Sul punto si rinvia ai contributi di W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'ANAC in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2022, n. 2, pp. 99-117; P. LAZZARA, D. PALAZZO, *Sulla legittimazione a ricorrere dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Foro Amm.*, 2020, n. 5, pp. 999-1024; S. TUCCILLO, *La legittimazione processuale delle autorità indipendenti. Il caso ANAC.*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. 2, pp. 185-210.

costituzionalità offerto dall'art. 3 Cost.), incorrendo in tal caso in una pronuncia di inammissibilità per carenza di *legitimatio ad causam*.

Orbene occorre sin da subito confrontarsi con le molteplici proposte ricostruttive prospettate in ordine alla qualificazione dell'interesse tutelato con l'azione *ex art. 21-bis*<sup>197</sup>.

Invero, può operarsi una sistematizzazione delle varie vedute in due grandi filoni dottrinali: quello che propende per la qualificazione di tale ricorso come diretto alla tutela di una situazione giuridica “qualificata e differenziata”, quindi avente natura soggettiva, e quello che, altrimenti, propende per un inquadramento di detto potere nell'ambito di una giurisdizione di natura oggettiva.

Si è autorevolmente sostenuto come sia possibile individuare un “interesse personale, specifico e qualificato”, in capo all'AGCM, Autorità legalmente preposta alla garanzia di un preciso interesse pubblico<sup>198</sup>. L'Autorità, invero, sarebbe portatrice di una posizione giuridica sostanziale, differenziata e qualificata, “anche in contrapposizione con i diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti”<sup>199</sup>. Secondo questa dottrina, infatti, lo stesso ruolo del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa, quali garanti della “giustizia dell'amministrazione”, riconosciuta dall'art. 100 Cost.<sup>200</sup>, sarebbe in linea con la legittimazione riconosciuta all'Autorità indipendente, nel senso di agire “nell'interesse del rispetto delle norme di cui è garante, anche per tutelare posizioni soggettive di terzi lesi dalla loro violazione da parte della P.A.”. La surriferita dottrina, in seconda analisi, ripropone il ruolo predominante riconosciuto alla concorrenza, cui, come osservato, si correlano i profili di responsabilità degli Stati per violazione delle norme UE. A riprova della natura di interesse giuridicamente rilevante, al contrario si è osservato che, se lo stesso sussistesse quale interesse di “mero fatto”, non potrebbe essere fatto valere in giudizio in quanto “la lesione di interessi di fatto non è fonte di danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* e non giustifica la proposizione di ricorsi innanzi al giudice amministrativo”<sup>201</sup>. Da questo punto di vista, quindi, il problema si sposta sul piano del corretto inquadramento fisionomico di tale posizione sostanziale; sul punto è stato messo in evidenza come si tratti inevitabilmente di un interesse “giuridicizzato, anche se difficilmente soggettivizzabile”. Ciò non varrebbe, quindi, a qualificare

---

<sup>197</sup> Le ipotesi ricostruttive sono state magistralmente ricostruite da R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, *op. cit.*

<sup>198</sup> A.M. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2012, p. 8.

<sup>199</sup> A. M. SANDULLI, *ult. op. cit.*, p. 9.

Sottolinea l'A. che “La scelta sulla possibilità di agire direttamente a tutela di tali interessi, che, ripeto, si distinguono dall'interesse generale e “vuoto” di contenuti al rispetto della legge affidato al potere giurisdizionale, è dunque una scelta di stretto diritto positivo, che non è condizionata dal vigente quadro costituzionale”.

<sup>200</sup> L'art. 100 Cost. recita “Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione. La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato”.

<sup>201</sup> Così R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 5.

tale situazione quale interesse diffuso, in quanto tali interessi “hanno ad oggetto beni che l’ordinamento protegge assicurandogli così rilevanza giuridica”. La sostanziale differenza rispetto agli interessi diffusi, quindi, residuerebbe nella circostanza per cui nell’art. 21-*bis* “la posizione differenziata è per legge riconosciuta non ad un qualsiasi ente esponenziale ma al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare la concorrenza”<sup>202</sup>. Concorda sulla necessità di qualificare in termini soggettivi tale giurisdizione anche quella dottrina che ha ritenuto che l’interesse legittimo cui è legalmente deputata alla tutela l’*AGCM* sorga esclusivamente quando l’Amministrazione destinataria del parere non si conformi ad esso, dovendo precedentemente l’Autorità intervenire con le forme contemplate dall’art. 21-*bis*<sup>203</sup>. In questo senso, pertanto, il “potere o interesse” dell’Autorità non deriverebbe dalla “circostanza di essere Autorità posta specificatamente [...] a tutela della concorrenza e del mercato, ma dal fatto di essere conferitaria di uno specifico potere di controllo [...]”.

Ancor più aderenti al piano di tutela promanante dal diritto UE appaiono quelle riflessioni dottrinali che hanno inquadrato il potere di cui all’art. 21-*bis* nel quadro di una “soggettivizzazione di valori comunitari per una nuova prospettiva dell’interesse legittimo nell’Europa del diritto”. Si starebbe assistendo, a parere della surriferita dottrina, ad una tendenziale progressione dell’interesse legittimo a forme di smantellamento del suo ontologico carattere individuale verso un “ampliamento dei titoli di legittimazione *ad causam*”<sup>204</sup>. È stato poi messo in evidenza come non parrebbe corretto “far risalire una qualificazione sostanziale da una norma di tipo processuale, né tantomeno parlare di processo a contenuto oggettivo”, dovendo, al più, indagare il fine ultimo perseguito dal legislatore nel riconoscimento di una tale legittimazione a ricorrere<sup>205</sup>. Dall’altro canto, al contrario, si fronteggiano tesi che sostengono la natura prettamente oggettiva della situazione giuridica soggettiva fatta valere dall’*AGCM*. È fortemente critica una parte della dottrina che ha sostenuto come il riconoscimento del potere *ex art. 21-bis* abbia determinato un vero e proprio “abuso del diritto”<sup>206</sup>. Invero, si è sottolineato come la legittimazione dell’Autorità “trae, insomma, origine da un vizio di fondo” in quanto, com’è stato commentato, la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi sarebbe stata trasformata dal legislatore “in una sorte di giurisdizione oggettiva”. È stato sostenuto che l’*AGCM* non potrebbe essere qualificata quale “operatore del mercato” e neppure quale “parte del rapporto con l’Amministrazione il cui provvedimento ritiene di dover impugnare”; in definitiva, pertanto, l’Autorità *de qua* si configurerebbe come un “arbitro che disciplina e promuove la

<sup>202</sup> R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 6.

<sup>203</sup> In questi termini F. GOISIS, *op. cit.*, p. 494.

<sup>204</sup> Così QUINTO, *L’interesse legittimo “anfibo” nell’Europa del diritto*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 11.

<sup>205</sup> In questo senso si veda M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>206</sup> F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *ApertaContrada*, 2012, p. 5-6.

concorrenza fra gli operatori del mercato”<sup>207</sup>. Altre ricostruzioni, pur autorevoli, hanno evidenziato come negli ultimi anni, stante la necessità di tutelare interessi diffusi, inidonei ad assurgere ad interessi legittimi, si sia assistiti ad una erosione del carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa. Ne consegue, come osservato, che l’AGCM “persegue per legge la concorrenza come potere e non come diritto o interesse legittimo”. In questo senso, quindi, l’AGCM non sarebbe titolare né di posizioni sostanziali intersoggettive ma neppure può ritenersi soggetto attivo o passivo del rapporto verticale, inserendosi piuttosto in tale dimensione come soggetto deputato all’esercizio di un potere di natura pubblicistica<sup>208</sup>. La legittimazione riconosciuta all’Autorità dovrebbe, dunque, a pieno titolo essere inserita nell’ambito delle fattispecie tipiche di legittimazione straordinaria. In dottrina c’è chi ha ritenuto di parlare del “tramonto del ruolo di centralità (prima) riservato alla giurisdizione di tipo soggettivo”, evidenziando come tale veicolazione del rapporto giurisdizionale sia stato determinato da un’evoluzione “della dialettica sulle regole del mercato verso un assetto dirigitico”, segnato, appunto, dall’attribuzione ad un’Autorità di un potere di controllo preventivo<sup>209</sup>. In termini più rassicuranti si pone quell’autorevole dottrina che ha concluso nel senso di ritenere che un processo quale quello amministrativo, tipicamente incentrato su una giurisdizione di natura soggettiva, non deve condurre l’interprete a “ritenere indispensabile sempre e necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva di tipo sostanziale correlata al processo instaurato”<sup>210</sup>. La stessa dottrina ha qualificato come “forzata” la ricostruzione giurisprudenziale (che si avrà modo di esaminare oltre) che ha ritenuto che in capo all’Autorità fosse individuabile una situazione giuridica soggettiva correlata ad un preciso interesse pubblico, quello della tutela della concorrenza, e pertanto ad un bene della vita. Ha messo in dubbio che tale interesse possa realmente essere qualificato quale “bene della vita” in quanto tale nozione “non può essere estesa fino a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidato alla cura di un’Autorità amministrativa”<sup>211</sup>. Ancora, sempre sotto il profilo della coerenza sistematica, si è osservato che, se davvero l’Autorità fosse deputata alla tutela di

---

<sup>207</sup> “Discende inevitabilmente da ciò che in forza degli artt. 24, 103 e 113 Cost. nell’esercizio delle sue funzioni l’Autorità non può mai assumere la veste di parte attrice di fronte ad un giudice e nei confronti di chicchessia. L’interesse che fa valere non è infatti suo, ma della collettività, di tutti gli operatori. Trattasi di un interesse talmente forte da consentire l’esercizio di vastissimi poteri (basti pensare alle ispezioni!), ma altrettanto profondamente di ordine solo funzionale, al servizio della collettività”(Così F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *ApertaContrada*, 2012, p. 4).

<sup>208</sup> Così G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità Indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2012, p. 1027.

<sup>209</sup> In questi termini si veda il contributo di R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell’esercizio di nuovi poteri rimessi all’AGCM*, *Federalismi.it*, 2012, p. 5.

<sup>210</sup> Così M CLARICH, *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l- 287/90*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 3.

<sup>211</sup> L’A. fa notare che “Se così fosse tutti gli apparati amministrativi finirebbero per essere portatori di una situazione giuridica costituita dall’interesse pubblico per il perseguimento del quale sono stati istituiti. Per esempio, anche l’ambiente potrebbe essere visto come un bene della vita affidato alle cure del ministero di settore e ciò potrebbe costituire il substrato per individuare in capo a quest’ultimo una situazione giuridica soggettiva suscettibile di lesione da parte di provvedimenti di altre amministrazioni. In realtà, il cosiddetto danno ambientale è stato configurato come danno pubblico, non come lesione di una situazione giuridica soggettiva”



un bene della vita allora, alla stessa dovrebbe pure essere riconosciuta un'autonoma legittimazione procedimentale<sup>212</sup>. Ma le osservazioni prettamente incentrate sui risvolti problematici derivanti da questa forma speciale di legittimazione processuale provengono da quella dottrina che ha approfondito a lungo questi argomenti<sup>213</sup>. Si rievoca, infatti, quella imprescindibile *relatio*, fondante del diritto amministrativo, tra interesse legittimo e potere pubblico. L'interesse legittimo, infatti, in quanto situazione giuridica soggettiva che dialoga con il potere pubblico, "si misura con un effetto giuridico [...] che per sua natura ha pur sempre una portata generale e meta-individuale". Ebbene, rispetto al precipitato costituzionale dell'art. 103 Cost., secondo cui la giurisdizione amministrativa è tesa alla tutela di situazioni giuridiche soggettive individuali, la configurabilità di una giurisdizione di natura oggettiva non può che rimanere un'eccezione e, pertanto, "gli elementi di specificità presenti nell'art. 21 -bis vanno certamente valorizzati, soprattutto lì dove possono giustificare un sia pur parziale richiamo al principio della domanda"<sup>214</sup>.

Pertanto, pur nel generale contesto di specificità determinato dai peculiari caratteri promananti dall'art. 21 -bis, non si può negare che la giurisdizione che viene in rilievo sia di natura oggettiva<sup>215</sup>.

Sul punto è intervenuta, ormai nel lontano 2013, una prima pronuncia del Tar Lazio che ha preso posizione in ordine al fitto ginepraio di vedute appena illustrate<sup>216</sup>. In quella sede, i giudici laziali non hanno avuto dubbio nel qualificare l'AGCM quale Autorità portatrice di un "interesse pubblico, benché individuale e differenziato rispetto all'interesse generale o all'interesse diffuso in materia indistinta sulla collettività". Viene sconfessata, infatti, quella ricostruzione che individuava nell'art. 21 -bis un potere di azione "nell'interesse generale della legge in uno specifico settore" quanto, viceversa, uno strumento volto a garantire "l'attuazione di un interesse pubblico, ma pur sempre particolare e differenziato" consistente, quindi, nella "migliore attuazione del valore concorrenza, di cui è specifica affidataria l'Autorità"<sup>217</sup>.

Apertamente i giudici laziali si discostano dall'orientamento dottrinale, pur autorevole, che aveva negato la riconoscibilità di un vero e proprio "bene della vita", affermando, al contrario, che la concorrenza

---

<sup>212</sup> "Così, paradossalmente, si dovrebbe ritenere che all'Autorità garante della concorrenza e del mercato debba essere inviata la comunicazione d'avvio del procedimento tutte le volte che un provvedimento di una pubblica amministrazione (per esempio il rilascio di una concessione) sia suscettibile di interferire con il bene giuridico della concorrenza".

<sup>213</sup> Il riferimento va a F. CINTOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in *Giustamm*, 2012.

<sup>214</sup> I caratteri di specificità sono rinvenuti dalla stessa dottrina che scrive "Per la precisione, vi sono nell'art. 21 bis almeno tre profili di specificità che meritano di esser sottolineati: (i) è necessario, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, dedurre un motivo e non è possibile invece richiamare un generico interesse alla tutela della concorrenza; (ii) il vizio deve consistere nella violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato; (iii) il ricorso, anziché buono alla tutela di qualsivoglia interesse pubblico, è fondato sulla rilevanza e sulla constatazione della lesione di un ben determinato interesse di ordine generale assunto dall'ordinamento, ossia quello che corrisponde alla tutela della concorrenza e del mercato".

<sup>215</sup> Su questa linea d'onda anche L. COSSU, *Autorità indipendenti. Potere delle Autorità di impugnare gli atti della Pubblica Amministrazione*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, 2013.

<sup>216</sup> T.A.R., Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

<sup>217</sup> T.A.R., Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720.

costituisce non solo interesse pubblico, ma anche e soprattutto “bene della vita” a tutti gli effetti, tanto da collocarsi in una posizione di “supremazia” nel quadro generale dei valori costituzionali. Quanto detto, pertanto, determina quale postulato logico la giustiziabilità dell’interesse *de quo* anche quando, come affermano i giudici, “la violazione delle norme non evidenzia una lesione concreta di interessi di operatori privati e non sussistano quindi posizioni giuridiche soggettive private legittimanti l’attivazione dei rimedi di reazione dell’ordinamento”.

Anche nel recente arresto giurisprudenziale del 2023<sup>218</sup>, il Consiglio di Stato ha preso una chiara e netta posizione. Non si tratta, invero, di una giurisdizione oggettiva ma di un potere d’azione che è riconducibile alla tutela di posizioni giuridiche qualificate e differenziate soggettive. È peculiare notare come nell’arresto giurisprudenziale *de quo* i giudici di Palazzo Spada facciano *expressio verbis* riferimento al “bene giuridico” alla cui tutela è proposta, per l’appunto, l’AGCM.

All’esito dei percorsi logico-argomentativi prospettati in questa sede appare del tutto coerente l’esito argomentativo offerto dai giudici laziali nel 2013 e, pertanto, la qualificazione di tale legittimazione come legalmente posta alla tutela di interesse diffusi appare, a parere di chi scrive, quello che più si addice alla evoluzione che in questa sede si è intesa tracciare. Invero, può evidenziarsi quanto segue.

Sembra essersi configurato un sistema dualistico di tutela che pare dare attuazione ai due principi che tutelano il sistema dell’autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri dell’Unione Europea. È innegabile, infatti, che il bene della vita “concorrenza” sia evidentemente un bene che affonda le proprie radici nel diritto dell’UE ed è altresì innegabile che la previsione di un duplice sistema di tutela, quello affidato ai singoli – nell’ipotesi di una specifica, attuale, concreta lesione del bene della vita – e quello affidato all’Autorità, nel senso di una piena giustiziabilità dell’interesse al libero mercato, completi e renda pienamente operativi i principi di effettività e non discriminazioni, o limiti all’autonomia statale in materia processuale.

#### **10. A mo’ di conclusione. Una proposta di ricostruzione dogmatica. *Ex facto oritur ius***

All’esito del percorso argomentativo occorre tirare alcune conclusioni, anche in risposta all’interrogativo proposto in apertura al presente contributo. Ci si è interrogati, infatti, su come talune esigenze di tutela, nascenti dalla realtà di fatto si siano progressivamente imposte sulla realtà di diritto, manifestando all’interprete e al legislatore un “bisogno” di tutela. L’apertura del procedimento amministrativo a tali forme di interesse (come noto, tramite l’art. 9 l. n. 241/1990) e il progressivo riconoscimento di una giustiziabilità, attraverso gli importanti passaggi giurisprudenziali recentemente offerti in rassegna, uniti al progressivo riconoscimento di una speciale legittimazione ad agire in capo ad un’Autorità pubblica,

---

<sup>218</sup> Cons. Stato n. 1760/2023.

indipendente e neutrale, hanno determinato una “ristrutturazione” delle categorie dogmatiche tradizionali, soprattutto con riferimento alla questione delle posizioni giuridiche soggettive. Si è messo in evidenza, infatti, come sembra ragionevole sostenere che il riconoscimento di una tale forma di legittimazione non abbia, invero, determinato una forma di giurisdizione “oggettiva” *extra ordinem*, ma che, al più, come sostenuto da insigne dottrina, abbia contribuito a “coagulare”, in capo all’AGCM, una legittimazione alla tutela di un interesse adespotato. La concorrenza, infatti, come testimoniato anche dal nuovo codice dei contratti pubblici, non è soltanto un fine ma anche e soprattutto un “mezzo”<sup>219</sup>. La concorrenza, infatti, è strettamente connessa ai principi di efficacia ed efficienza, certo, ma essa, oltre ad indentificarsi con il risultato (fine ultimo), risulta assumere un ruolo “funzionalista” (mezzo). Non può ritenersi, pertanto, che l’interesse al mercato concorrenziale si configuri come un interesse di “mero fatto”, ma, al contrario, esso deve intendersi quale interesse giuridicamente rilevante che, se lesa, apre la via alla tutela giurisdizionale, come confermato recentemente dalla Cassazione sul piano civilistico. L’AGCM, pertanto, fa valere un bene della vita, preciso e determinato, quello alla concorrenza, che da adespotato viene ad identificarsi in capo ad una Autorità che istituzionalmente risulta essere preposta alla sua cura. Ciò che in questa sede merita poi di essere rilevato è che oggi, al netto di quanto si affermava decenni or sono, i due piani della tutela, pubblicistico e privatistico, paiono essere caratterizzati da una complementarità necessaria che, come più volte rilevato, assume il carattere di piena attuazione del principio di effettività della tutela<sup>220</sup>.

A questo punto ci si chiede se data la conformazione poliforme del bene “concorrenza”, che giustifica una pluralità delle forme di tutela, non si possa, al netto delle teorie che qualificano l’azione *ex* articolo 21-*bis* quale rimedio posto a tutela di interessi diffusi, qualificare una tale forma di tutela come una sorta di rappresentanza processuale, soggettivamente indeterminata, in quanto riconducibile, secondo l’orientamento prevalente e preferibile, ad interessi originariamente adespotati. Conducono a tale soluzione interpretativa quelle posizioni dottrinali e giurisprudenziali, precedentemente offerte in rassegna, che hanno negato, tra l’altro, la possibilità per i singoli di sollecitare un intervento dell’Autorità. Ma sul piano

---

<sup>219</sup> Sul tema della concorrenza si vedano i recenti scritti di M. LIBERTINI, *La prima decisione sui provvedimenti dell’AGCM contro gli abusi di dipendenza economica rilevanti per la concorrenza ed il mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, n. 5, pp. 669-675; A. ZITO, *La concorrenza sleale: nozioni e principi nella recente giurisprudenza*, in *Il Diritto Industriale*, 2023, n. 4, pp. 291-296; M. D’OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli, Torino, 2021; F. CINTOLI, *Orizzonti della concorrenza in Italia. Scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino; P. MAZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d. lgs. n. 3/2017*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>220</sup> Sul principio di effettività della tutela si vedano i recenti scritti di F. MACARIO, *L’evoluzione delle categorie (e della dogmatica) del diritto contrattuale e la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 2023, n. 9, pp. 383-390; G. PARODI, *L’accertamento definitivo dell’illecito “antitrust” nella nuova disciplina del “priva enforcement”. Su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2021, n. 4, pp. 1140-1173; R. PARDOLESI, *Danno “antitrust” (Ancora e sempre) in cerca di identità*, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, n. 2, pp. 255-273; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, pp. 369-396.

logico-sistematico sembra, invero, stagliarsi una qualche forma di incongruenza. Ci si chiede, infatti, come si possa parlare di interessi diffusi e nel frattempo riconoscere alla legittimazione dell’Autorità carattere suppletivo rispetto a quella dei privati<sup>221</sup>. Se, infatti, alla luce delle più recenti ricostruzioni giurisprudenziali si ritiene che l’interesse diffuso, ontologicamente adespota, divenga successivamente interesse proprio dell’ente, legittimato a farlo valere in giudizio, non si intravede alcuna forma di resistenza rispetto alla negazione di una legittimazione suppletiva dei privati, i quali, quindi, cesserebbero di esercitare una pretesa giurisdizionale.

Pertanto, tenendo ben presente la natura ontologica dell’interesse diffuso, magistralmente ritratta dalla migliore dottrina, quale risultante di una “mutazione genetica”<sup>222</sup>, nel tentativo di agganciare il peculiare fenomeno che ha comportato queste forme di legittimazioni speciale in capo a talune Autorità indipendenti, si potrebbe proporre una ricostruzione, sul piano strettamente dogmatico, che si attesti sia a livello sostanziale, che prettamente processuale.

Sul piano sostanziale è come se si fosse realizzata una sorta di rappresentanza diretta in quanto è evidente il conferimento di una sorta di “legittimazione rappresentativa”. Il riconoscimento giurisprudenziale, infatti, che ha concluso il suo esito nel 2022 con la succitata pronuncia della Sezione Sesta del Consiglio di Stato, sembra comunque ritenere di non poter fare a meno di una base legale che fondi la legittimazione processuale<sup>223</sup>. È chiaro il passaggio, già riportato in precedenza, secondo cui l’affermazione per cui l’ente collettivo possa agire a tutela di un interesse diffuso anche in assenza di una specifica previsione di legge, rilevante ai sensi dell’art. 81 c.p.c., non esclude, comunque, “che si possa prescindere da una, sia pure implicita, base legale che richiede che l’ente sia comunque in possesso di determinati requisiti che sono quelli tipizzati dalla giurisprudenza”<sup>224</sup>.

Sul piano strettamente processuale, come già osservato in qualche scritto<sup>225</sup>, è come se si realizzasse una sorta di sostituzione processuale, anche se, è stato messo in evidenza, ciò andrebbe a discapito della tesi che ammetterebbe, comunque, una forma di “personificazione di interessi diffusi”.

Si ritiene, invero, che ricorrano ambedue le circostanze.

Si tratterebbe, invero, di una peculiare forma di rappresentanza legale che avrebbe determinato una sostanziale istituzionalizzazione della tutela in capo ad una Autorità pubblica, giustificata dal peculiare bene giuridico che viene in rilievo. Sul punto, però, appaiono chiare anche le puntualizzazioni di chi ha

---

<sup>221</sup> Sul punto si veda l’opinione di M. RAMAJOLI, *cit.*

<sup>222</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell’interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro. It.*, n. 1, 1987, p. 10.

<sup>223</sup> Cons. Stato, n. 530/2022.

<sup>224</sup> Cons. Stato, n. 530/2022.

<sup>225</sup> N. DURANTE, *Riflessioni sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 13/2019*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019.

sostenuto come si trattati di una giurisdizione amministrativa “tendente all’oggettività”<sup>226</sup>. Si è posto in evidenza, infatti, come nel nostro caso verrebbe propriamente meno il requisito costituito dalla “posizione differenziata” in quanto, invero, questi sarebbe sostituito dalla “volontà della legge” che, per l’appunto, abbia conferito tale legittimazione all’Autorità. Neppure, a parere di altri, sarebbe rinvenibile una situazione di interesse legittimo in senso proprio in quanto l’Autorità dovrebbe attivarsi “per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto”<sup>227</sup>.

Orbene, anche alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, si ritiene che la giurisprudenza, anche quella che ha optato per il riconoscimento di una legittimazione a tutela di un interesse diffuso, abbia tentato di evitare ricostruzioni che tendessero ad una oggettivazione della giurisdizione amministrativa. Pur aderendo agli orientamenti che qualificano tale interesse come diffuso non si possono revocare in dubbio le osservazioni di chi, pur ritenendo che non venga meno il carattere soggettivo della giurisdizione, hanno obiettato come l’ordinamento, invero, non attribuisca ad un ente collettivo – come avviene per gli interessi diffusi – tale legittimazione ma piuttosto ad un’Autorità pubblica ed, inoltre, la legittimazione processuale dell’AGCM non fa venir meno il carattere adespota dell’interesse “aggiungendosi soltanto alle iniziative già esercitabili degli operatori economici”<sup>228</sup>. È stata proposta, pertanto, una differenziazione logica che non tenda ad una irragionevole commistione tra “natura e finalità della giurisdizione”<sup>229</sup>. È pertanto possibile, come già chiarito precedentemente, non revocare in dubbio il carattere soggettivo del processo amministrativo pur ammettendo, in fattispecie connotate da una peculiare tutela “rafforzata”, la possibilità che si configurino casi in cui effettivamente manchi una posizione giuridica sostanziale<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo riformato nel prisma dell’interesse ad agire*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 209-210.

<sup>227</sup> F. CINTOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle amministrazioni indipendenti*, cit.

<sup>228</sup> M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell’AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. 287/90*, cit., p. 866.

<sup>229</sup> L. BELVISIO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all’oggettività del giudizio amministrativo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2019, p. 269.

<sup>230</sup> L. BELVISIO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all’oggettività del giudizio amministrativo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, op. cit., p. 270.