

**BIBLIOTECA DELLA SOCIETÀ APERTA**  
STUDI E RICERCHE **5**



# BIBLIOTECA DELLA SOCIETÀ APERTA

*Studi e ricerche*

DIREZIONE EDITORIALE / EDITORS

Diego Abenante, Serena Baldin, Giuseppe Ieraci, Luigi Pellizzoni

COMITATO SCIENTIFICO / SCIENTIFIC BOARD

Matthijs Bogaards (Jacobs University Bremen), Bernardo Cardinale (Università di Teramo), Danica Fink-Hafner (University of Ljubljana), Damian Lajh (University of Ljubljana), Luca Lanzalaco (Università di Macerata), Liborio Mattina (già Università di Trieste), Leonardo Morlino (Luiss Guido Carli Roma), Lucio Pegoraro (Università di Bologna), Guido Samarani (Università Ca' Foscari Venezia), Michelguglielmo Torri (Università di Torino), Luca Verzichelli (Università di Siena)

LOGO DESIGN: Pierax

*Il presente volume è stato pubblicato con il contributo del  
Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università degli Studi di Trieste.*

**UPI**  
UNIVERSITY  
PRESS ITALIANE

Opera sottoposta a *peer review* secondo  
il protocollo UPI – University Press Italiane

impaginazione  
Gabriella Clabot

© copyright Edizioni Università di Trieste, Trieste 2018.

Proprietà letteraria riservata.  
I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, di  
riproduzione e di adattamento totale e parziale di questa  
pubblicazione, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm,  
le fotocopie e altro) sono riservati per tutti i paesi.

ISBN 978-88-8303-945-4 (print)  
ISBN 978-88-8303-946-1 (online)

EUT Edizioni Università di Trieste  
via Weiss 21, 34128 Trieste  
<http://eut.units.it>  
<https://www.facebook.com/EUTEdizioniUniversitaTrieste>

# Energia e innovazione tra flussi globali e circuiti locali

a cura di

Giorgio Osti

Luigi Pellizzoni



# Indice

LUIGI PELLIZZONI, GIORGIO OSTI

7 Introduzione

## *I. L'impostazione della questione energetica*

LUIGI PELLIZZONI

17 Energia di comunità. Una ricognizione critica della letteratura

JACOPO ZOTTI

43 Economia circolare e fabbisogno energetico. Quale correlazione?

TULLIO GREGORI

73 Domanda di energia, commercio internazionale e crescita in Italia  
prima e dopo l'unificazione monetaria

MARIANGELA SCORRANO, ROMEO DANIELIS

103 Scenari futuri del mix elettrico in Europa e in Italia:  
un'applicazione del modello ARIMA per l'analisi delle serie storiche

## *2. Casi di studio*

DOMENICO DE STEFANO, ROBERTO MARCHIORO, SARA JOVANOVIC

123 Povertà energetica, un'analisi statistica nelle aree ricche.  
La distribuzione del gas nella città di Trieste

ILARIA BERETTA

153 La rete contro la povertà energetica in Lombardia

GIORGIO OSTI

163 Più autonomia e sviluppo.  
Le incerte promesse della transizione energetica in Sardegna

NATALIA MAGNANI, DANIELA PATRUCCO

187 Le cooperative energetiche rinnovabili in Italia:  
tensioni e opportunità in un contesto in trasformazione

### *3. Nuovi profili istituzionali*

ROBERTO SCARCIGLIA

211 Brevi riflessioni in materia di diritto amministrativo dell'energia  
in Francia e Regno Unito

ANDREA CRISMANI

225 Quali modelli di giustizia per l'ambiente e l'energia?

MATTEO CERUTI

245 Regolazione e semplificazione nel settore energetico-ambientale:  
luci e ombre dell'autorizzazione unica

GIOVANNI CARROSIO, IVANO SCOTTI

257 Istituzioni e politiche per la transizione energetica fra locale e globale

# Quali modelli di giustizia per l'ambiente e l'energia?

ANDREA CRISMANI

## 1. INTRODUZIONE

La questione sull'adeguatezza dei tribunali amministrativi italiani a decidere nella materia di energia e ambiente e la riflessione sull'istituzione di corti e tribunali specializzati in tali materie è attuale, ed è affrontata dalla dottrina più sensibile (Scarciglia in questo volume) in un'ottica di diritto comparato e diritto europeo al fine di trovare soluzioni, alternative o concorrenti, all'impianto giustiziale italiano. Essa si colloca in un contesto molto ampio nel quale si intrecciano altri aspetti che per economia dell'intervento vanno solo evidenziati nell'ottica della delimitazione dell'ambito giurisdizionale di tutela laddove si volesse propendere per un sistema di giudice specializzato sulla materia ambientale e quella energetica sottraendola alla cognizione oggi affidata alla giurisdizione ordinaria e amministrativa secondo la consueta distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Ci sono almeno tre aspetti da considerare in via preliminare e dai quali non si può prescindere in quanto incidono e possono condizionare il tipo di rimedio giustiziale che si vuole costruire in un campo specifico. Un primo aspetto considera la delimitazione della «materia ambiente». Il secondo aspetto riguarda il rapporto tra ambiente ed energia. Il terzo aspetto si riferisce al rapporto tra ambiente, energia e mercato.

Con riferimento al primo aspetto si consideri che l'ambiente concorre a costituire «sistema» ed è «omnicomprensivo di una pluralità di componenti» tra cui: il paesaggio, l'assetto urbanistico, la tutela della salute, la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento e, infine, le fonti energetiche poste a difesa dell'ambiente. Queste componenti sono «parti del tutto» (C. cost. 378/2007; Ferraro, 2012) ma richiedono un bilanciamento dei valori che compongono il «bene ambiente» ovvero la «natura in quanto tale» al fine di garantire un ambiente sano e salubre a favore di una migliore qualità della vita. Questo tema che per la sua ampiezza qui solo si accenna è stato oggetto di numerosi interventi della giurisprudenza costituzionale sulla protezione dell'ambiente (sent. n. 641/1987, n. 345/1995, n. 127/1990, n. 210/1987, n. 239/1982). Inoltre esso è stato oggetto di intervento del giudice amministrativo che è stato chiamato a sindacare l'esercizio del potere valutativo delle Pubbliche Amministrazioni. In questo settore l'esercizio del potere della Pubblica Amministrazione non consiste solo nell'individuare, considerare e ponderare gli interessi pubblici e privati ma anche nel valutare, in base a criteri tecnico-scientifici, quale sia la scelta migliore tra più opzioni possibili. Il ruolo del giudice in questi casi è pregnante, poiché concorre a decidere su situazioni che spesso hanno forti incidenze sul mercato e sulle strategie politiche ed economiche. A tal proposito vi sono situazioni in cui il legislatore al fine di non pregiudicare la strategia politica ed economica si è premurato a circoscrivere il sindacato del giudice stesso. L'esempio ci è dato dall'articolo 125 del codice del processo amministrativo in materia di infrastrutture strategiche, laddove è previsto che in sede di giudizio cautelare il giudice nel decidere se concedere provvedimenti cautelari è chiamato non solo a tener conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi ma, in particolare, è chiamato a considerare il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera.

## 2. I PROFILI DI COMPATIBILITÀ TRA FONTI DI ENERGIA E AMBIENTE

Il secondo aspetto da prendere in considerazione riguarda il rapporto tra ambiente ed energia. Se a prima vista è palese l'incompatibilità tra fonti fossili e sviluppo sostenibile dell'ambiente non è invece sempre inversamente compatibile il rapporto tra fonti energetiche rinnovabili non fossili e sistema ambiente. In effetti, è da notare che in talune circostanze l'utilizzo delle fonti di energia rinnovabili, pur a difesa dell'ambiente, può intrecciarsi problematicamente con un altro valore costituzionalmente garantito, come quello della tutela paesaggistica (che rientra tra i principi fondamentali della Repubblica, cfr., ad

esempio, Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, 29 dicembre 1982, n. 239; 21 dicembre 1985, n. 359; 5 maggio 1986, n. 182; 10 ottobre 1998, n. 302; 19 ottobre 1992, n. 393; 12 febbraio 1996, n. 2; 28 giugno 2004, n. 196; 29 ottobre 2009, n. 272; 23 novembre 2011, n. 309 e Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9; VI, 3 luglio 2012, n. 3893; VI, 18 aprile 2011, n. 2378; 22 settembre 2014, n. 4775).

Si consideri il caso degli impianti eolici o degli impianti solari che da un lato producono energia senza inquinare l'ambiente, mentre dall'altro lato rischiano di danneggiare il paesaggio, in particolare sotto il profilo dell'impatto visivo (compromettendo la bellezza naturale) e della sottrazione del suolo all'agricoltura o, in prossimità di siti archeologici, possono compromettere pure il paesaggio sotto il profilo storico-culturale.

La questione del rapporto tra lo sviluppo energetico e la tutela paesaggistica è stata affrontata dal legislatore e dalla giurisprudenza.

Per quanto riguarda il legislatore va considerata la speciale concentrazione procedimentale in materia di energia prevista nel d.l. n. 239/2003 conv. in l. n. 290/2003 che è volta a dare speditezza al confronto richiesto dall'approvvigionamento energetico. Tale procedura speciale che è più veloce rispetto al procedimento amministrativo ordinario ha sollevato questioni di compatibilità con la tutela paesaggistica.

Sul tema è intervenuta la giurisprudenza a dare una soluzione al conflitto tra interessi energetici e tutela del paesaggio. Essa ha statuito che la semplificazione procedimentale persegue la speditezza in ragione delle necessità energetiche ma che non influisce sui contenuti, perché non inverte il rapporto sostanziale tra interessi e non sottrae effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale quale è il paesaggio (cfr. Cons. Stato, VI, 23 maggio 2012, n. 3039; 15 gennaio 2013, n. 220; 23 luglio 2015, n. 3652).

Tuttavia, il giudice ha chiarito che nell'ipotesi di compatibilità delle infrastrutture energetiche con il paesaggio, la Pubblica Amministrazione preposta alla tutela del paesaggio (nel caso il Mibact) non è deputata a fare una valutazione di comparazione e ponderazione degli interessi (paesaggio *vs.* interesse energetico), proprie della discrezionalità amministrativa. Nel caso si ha, invece, la discrezionalità tecnica, che a differenza di quella amministrativa, si concentra su un unico interesse, nel caso quello paesaggistico, attraverso la verifica in fatto della sua configurazione e trasformazione nel caso concreto. Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione e valutazione eterogenea tra i vari interessi a confronto.

In effetti ciascuna amministrazione è chiamata ad esprimere le valutazioni sugli interessi di sua competenza sebbene poi alla fine vi debba essere una

valutazione comparativa o un confronto dialettico tra i vari interessi in gioco dal quale emerge la soluzione.

Sul tema è stato, infatti, sentenziato che «il Ministero (ndr. Mibact) invero, anziché occuparsi, come debito suo compito, di curare l'interesse paesaggistico (e di valutare, quindi, in termini non relativi ad altri interessi l'impatto paesaggistico dell'intervento), ha illegittimamente compiuto una non consentita attività di comparazione e di bilanciamento dell'interesse affidato alla sua cura (la tutela del paesaggio) con interessi pubblici di altra natura e spettanza (essenzialmente quelli sottesi alla realizzazione dell'elettrodotto e, dunque, al trasporto dell'energia elettrica). Non ad esso, ma ad altre Amministrazioni competeva esprimere, nel confronto dialettico proprio della conferenza di servizi, quelle valutazioni, indicandone le rispettive ragioni» (cfr. Cons. Stato, VI, 23 luglio 2015, n. 3652).

### 3. IL RAPPORTO DEL “SISTEMA AMBIENTE” CON L’ENERGIA E CON LA LIBERA CONCORRENZA: NUOVI PARADIGMI DI TUTELA

Il terzo aspetto da prendere in considerazione riguarda il rapporto tra ambiente, energia e mercato.

Com'è noto, fino a qualche decennio fa il mercato, con i meccanismi concorrenziali ad esso connaturati, era visto come un nemico dell'ambiente (Clarich, 2007). L'emergere nell'opinione pubblica di una nuova sensibilità nei confronti dei problemi dell'ambiente e la spinta dei movimenti e associazioni ecologiste, hanno indotto gran parte degli Stati, con tempistiche diverse, ad avviare politiche ambientali.

In una prima fase la legislazione in materia ha fatto ampio uso degli strumenti tradizionali di *command and control*, attingendo all'intero armamentario degli strumenti autoritativi: atti di pianificazione, imposizione di limiti e tetti massimi alle immissioni, normative tecniche, autorizzazioni all'effettuazione di scarichi, sanzioni amministrative, ecc.

Tuttavia, ben presto il sistema di regolazione pubblica improntata a meccanismi rigidi di *command and control* ha mostrato i suoi difetti che si sono palesati in sede giurisdizionale amministrativa e anche il diritto privato (responsabilità civile e della tutela giurisdizionale dei diritti) si è dimostrato incapace a garantire una tutela efficace dell'ambiente palesando i punti critici in sede di contenzioso davanti al giudice ordinario. Il rimedio a tale fallimento regolatorio e di giustizia, che si traduce poi in fallimento dei mercati in quanto non è in grado di garantire la regolazione e l'adeguatezza della tutela, è stato individuato proprio nel mercato stesso.

Vi è stato un avvio del dibattito teorico sulla possibilità di utilizzare strumenti di mercato a tutela dell'ambiente. A livello nazionale, (allora) comunitario (e ora unioneuropeo), e internazionale (Protocollo di Kyoto del 1997) sono state sperimentate modalità di intervento coerenti con l'idea che "ambiente e mercato costituiscono due nozioni che non si pongono ineluttabilmente in contraddizione" (Clarich, 2007). Su questo aspetto già la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo «Conciliare bisogni e responsabilità – L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica» (COM, 2000) sottolinea l'importanza di meccanismi di mercato rispetto alla regolamentazione di tipo tradizionale. Si afferma l'idea che è lo stesso mercato che si adatta a un contesto regolatorio più sensibile alle tematiche ambientali e si dota spontaneamente di strumenti funzionali in qualche modo alla tutela dell'ambiente. In una tale situazione si sviluppano due forme di tutela dell'ambiente: «nel mercato» e «attraverso il mercato». Nel sistema di tutela dell'ambiente «nel mercato», il mercato si adatta a un contesto regolatorio più sensibile alle tematiche ambientali e si dota spontaneamente di strumenti funzionali in qualche modo alla tutela dell'ambiente (Clarich, 2007). Di fronte ai rischi di responsabilità da danno ambientale, le imprese sono indotte a tutelarsi preventivamente attraverso la stipula di contratti di assicurazione.

Invece con il metodo della tutela dell'ambiente attraverso il mercato vi è la messa in opera di strumenti che fanno leva sulle dinamiche di mercato e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela dell'ambiente. È il caso del *Green Public Purchasing* (GPP) ovvero degli Acquisti verdi della Pubblica Amministrazione che avviene attraverso l'integrazione di componenti ambientali nelle procedure di acquisto della Pubblica Amministrazione. Gli acquisti verdi rappresentano il mezzo per poter scegliere «quei prodotti e servizi che hanno un minore, oppure un ridotto, effetto sulla salute umana e sull'ambiente rispetto ad altri prodotti e servizi utilizzati allo stesso scopo». La forza percettiva si rinviene, ad esempio, nella possibilità della Pubblica Amministrazione di non aggiudicare il contratto ove gli operatori economici non rispettano gli obblighi in materia ambientale (cfr. artt. 90, c. 3, 30 c. 3 e 100, c.1, c.c.p.)

Alla tecnica di regolazione si affianca il bisogno di avere regole stabili in grado di garantire un'armonia delle relazioni economiche e dell'affidamento degli operatori e degli utenti. Questa garanzia spesso viene meno in quelle ipotesi di annullamento di un atto di regolazione (regolamento, atto amministrativo generale) che è in grado di incidere anche su soggetti estranei al processo ed è in grado di pregiudicare la stabilità dei rapporti economici tra le imprese o i rapporti degli utenti con i loro fornitori.

#### 4. IL SISTEMA DI TUTELA MULTIFORME E LA PLURALITÀ DEGLI INTERESSI COINVOLTI

Da questo ordine di considerazioni emerge che vi sono varie dimensioni e dinamiche in cui si contrappongono e misurano gli interessi. Vi sono, infatti, una pluralità di interessi e di rispettivi titolari degli stessi che potenzialmente si possono palesare: a) in un contenzioso verso la Pubblica Amministrazione quando: i) il singolo privato o l'impresa, sia come cointeressati e sia come controinteressati, agiscono a tutela della proprietà o dell'iniziativa economica oppure ii) una pluralità di soggetti privati (più singoli cointeressati oppure costituiti in associazioni o comitati o rappresentati da organismi specifici) agiscono a tutela della salute o dell'ambiente o delle rispettive proprietà; b) in un contenzioso verso il Regolatore – *Authority* quando: i consumatori o le imprese agiscono ad es. in materia di tariffe o avverso atti regolatori; oppure c) nel contenzioso tra Pubbliche Amministrazioni quando: il Comune o la Regione agiscono contro lo Stato, ad es. in materia di infrastrutture o provvedimenti ambientali.

Ciascuno di questi soggetti si rende portatore di interessi alla cui cura è deputato o che fanno parte del proprio patrimonio giuridico e la cui lesione comporta un pregiudizio oltre il limite tollerabile del sacrificio. Del pari ciascuno di questi soggetti ha esigenze di tutela proprie le quali non sempre trovano piena soddisfazione nei modelli giustiziali in essere palesando una pluralità di aspetti negativi come il problema del tempo per la risoluzione delle controversie, la calcolabilità economica e l'incertezza processuale nella dinamica del tempo economico e processuale, oppure una tutela troppo rapida attraverso i riti processuali speciali o procedure cautelari che paradossalmente, come vedremo tra poco, spesso non soddisfano le esigenze delle parti e creano incertezze: si pensi alla sospensione di una delibera in materia di prezzi di vendita del gas o della corrente elettrica e l'incertezza che ne può derivare nei rapporti commerciali o nei rapporti di utenza per tutta la durata del contenzioso.

#### 5. FALLIMENTO DEL PROCESSO E FALLIMENTI DEI MERCATI

Le inefficienze del mercato possono derivare non solo dal fallimento della regolazione ma anche, e in particolare, dal fallimento del processo.

Pertanto anche in ambito giustiziale si aprono dibattiti in cerca di soluzioni volte a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale che secondo la cultura giuridica contemporanea costituisce elemento del mercato e deve essere completa e tempestiva.

Si cercano modelli giurisdizionali o strumenti alternativi per sopperire al *deficit* di effettività della tutela davanti ai giudici, dall'altro lato, e paradossalmente, si arriva a sostenere che sarebbe proprio l'efficienza del sistema giurisdizionale a costituire il maggior incentivo all'utilizzazione degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie.

Questo fenomeno a dir poco paradossale si ha laddove le regole processuali diventano più stringenti. Ci sono una serie di ipotesi da prendere in considerazione. Una prima ipotesi riguarda l'obbligo di sinteticità prevista nel processo amministrativo (cfr. artt. 3, 26, 13-ter att. d.lgs. n. 104/2010, d'ora in poi c.p.a). Un'altra è rinvenibile nell'istituto dei c.d. precedenti orientamenti consolidati (cfr. artt. 26 e 74 c.p.a).

In particolare, con riferimento all'obbligo di sinteticità sono previsti dei limiti dimensionali nella redazione degli atti processuali. È previsto che le parti redigano il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti stabiliti dal Presidente del Consiglio di Stato. Sono, infatti, dettati un numero massimo di caratteri e di pagine in un formato predefinito. Inoltre è previsto che il giudice sia tenuto a esaminare solamente le questioni trattate nelle pagine rientranti nei limiti previsti e rispettati ben potendo omettere di esaminare le questioni contenute nelle pagine eccedenti (cfr. art. 13-ter, disp. att. c.p.a.).

Per quanto riguarda la (seconda) ipotesi dei precedenti orientamenti consolidati, l'opinione giurisprudenziale vede in essi la realizzazione dell'esigenza di una maggiore uniformità delle pronunce giurisprudenziali, con positive ricadute sull'economia pubblica degli interventi dei giudici amministrativi. Il sistema del richiamo ai precedenti giurisprudenziali apre la strada a una tecnica motivazionale dei provvedimenti giurisdizionali che consente, nei casi di maggiore linearità o semplicità, o nei casi comunque già analizzati dalla giurisprudenza, di pervenire ad una pronuncia definitiva in tempi brevissimi e con il minimo impiego di risorse. Il cittadino invece spesso coglie il binomio precedenti – uniformità come un appiattimento verso il basso e quale mero strumento deflazionistico del contenzioso giudiziario.

Un altro aspetto posto a giustificazione dell'utilizzo di strumenti alternativi a quello processuale è legato alla onerosità del processo. La questione riguarda sia i costi di accesso alla giustizia in termini di oneri tributari e, in particolare, l'ammontare del contributo unificato in materia di appalti (il cui costo si aggira tra i due mila e sei mila euro) e sia la questione sulla condanna alle spese in caso di soccombenza. Il giudice ha la possibilità di condannare d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio, mentre nelle controversie in materia di

appalti l'importo della sanzione pecuniaria può essere elevato fino all'uno per cento del valore del contratto (cfr. art. 26 c.p.a). Anche questo rimedio ha lo scopo di ridurre l'accesso alla giustizia e spesso suscita nel cittadino una certa diffidenza verso la tutela giurisdizionale.

E ancora, l'inadeguatezza della giustizia può cogliersi nelle controversie a carattere tecnico o afferenti a settori particolari dell'economia. Si pensi ai settori dei lavori pubblici o a quello di particolari servizi pubblici o dell'ambiente ed energia stessi.

Queste sono le ragioni che spesso spingono le imprese e i cittadini a prediligere strumenti alternativi a quello giurisdizionale.

Tuttavia, anche il ricorso a strumenti alternativi a quello giurisdizionale fa suscitare situazioni ulteriormente paradossali che per certi versi contrastano con l'efficienza e la sicurezza del traffico giuridico. Se fino ad ora abbiamo declinato elementi negativi del processo a favore degli strumenti alternativi, del pari anche gli strumenti alternativi come l'arbitrato presentano aspetti negativi. L'arbitrato è stato considerato in un dato momento storico come fonte di un eccessivo costo in termini di esborso economico a carico dell'Amministrazione e potenziale lesione dell'interesse finanziario dello Stato. La sua evoluzione storica è sintomatica per il tema che stiamo affrontando, in quanto ci dimostra come uno strumento di risoluzione delle controversie sia stato in diversi momenti impiegato in modo diametralmente opposto. Si consideri che storicamente l'arbitrato fu previsto dalla legge sui lavori pubblici (l. n. 2248/1865 all. F e art. 349, l. n. 2248/1865 all. E) come un sistema per sottrarre le controversie in questa materia al giudice ordinario (Scoca, 2014): il che era evidente segno di diffidenza della Pubblica Amministrazione e del legislatore (che assecondava la Pubblica Amministrazione) verso il giudice ordinario. Successivamente invece l'arbitrato fu addirittura vietato (in quanto eccessivamente oneroso) e poi fu nuovamente riammesso.

Le vicende sull'arbitrato ci danno la prova di come uno stesso rimedio possa essere oggetto di contrastanti atteggiamenti del legislatore inclini ad un «pendolarismo estremo» in grado di ingenerare non poca diffidenza verso gli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento.

## 6. I MODELLI ORGANIZZATIVI E ISTITUTI GIUSTIZIALI: LA TUTELA OGGETTIVA E SOGGETTIVA

È questione antica e controversa quella che si occupa dei modi organizzativi e istituti giustiziali per la tutela dei privati nei confronti della Pubblica Amministrazione (Chiti, 2006). L'evoluzione delle forme di Stato, del ruolo

della Pubblica Amministrazione, l'affermarsi del mercato in via preminente, le liti tra le Pubbliche Amministrazioni e la contrapposizione degli interessi pubblici sono fattori che hanno inciso sulla giustizia amministrativa a partire dagli istituti che vi rientrano nella nozione stessa.

Il sistema di giustizia amministrativa se inteso in senso ampio include tutti i mezzi predisposti dall'ordinamento giuridico per assicurare la conformità dell'azione amministrativa alla legge e il miglior modo di perseguimento dell'interesse pubblico; il che vuol dire non solo il processo amministrativo, ma anche i ricorsi amministrativi, l'autotutela, il difensore civico, le Autorità indipendenti, le *Alternative dispute resolutions* ecc. (Clarich, 2017). Pertanto lo spettro di indagine (e di strumenti di garanzia) è molto più ampio rispetto a quello meramente processuale, ma è su quest'ultimo che ci si concentra.

La giurisdizione amministrativa è in linea generale oggi concepita come giurisdizione soggettiva imperniata sul principio dispositivo e sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali che si contrappone a quella più risalente nel tempo concepita come giurisdizione di diritto oggettivo (Cintioli, 2012). Quest'ultima consiste nel fatto che il giudice non tutela unicamente situazioni soggettive individuali, bensì un interesse generale, come ad esempio la legalità, il buon andamento, le finanze pubbliche. La giurisdizione di diritto oggettivo oggi corrisponde al modello penalistico e quello contabile della Corte dei conti. Nel modello oggettivo non viene in rilievo l'interesse legittimo del singolo, bensì l'interesse di chiunque, di qualsiasi cittadino, alla realizzazione di un interesse pubblico generale.

Sintomatica sul punto è la questione sull'ambiente, che a noi interessa, e i ruoli della Corte costituzionale, della Corte di cassazione e della Corte dei conti che hanno contribuito a costruire un sistema di tutela del bene ambiente (inteso come *public good*) – per così dire – *extra legem*, richiamandosi anche alla duttilità e proteiformità dell'istituto della responsabilità extracontrattuale.

In particolare, va evidenziato il ruolo “creativo” della Corte dei Conti che negli anni Settanta del precedente secolo si autoassegnò la giurisdizione in materia di tutela ambientale e dichiarò, conseguentemente, la responsabilità degli amministratori pubblici (Maddalena, 1987; Alpa, 1987). In tal modo costruì un sistema di tutela oggettivo dell'ambiente proprio della giurisdizione contabile. L'indirizzo giurisprudenziale che era venuto formandosi aveva sancito il passaggio da un concetto civilistico di danno erariale ad un concetto pubblicistico di danno pubblico collettivo (sul punto cfr. Corte conti, sez. 1, 15 maggio 1973, n. 39; Corte conti, 8 settembre 1979, n. 61; Corte conti, Sez. riun., 16 giugno 1984, n. 378). Ben presto intervenne il legislatore che in gran parte sfilò la tutela ambientale alla Corte dei conti e la attribuì al giudice ordinario con non poche critiche. Infatti, la dottrina più critica osserva come il

vigente quadro normativo preveda una “statalizzazione” della tutela del danno ambientale che non solo “svilisce” il ruolo delle regioni, degli enti locali e delle associazioni di protezione ambientale, ma che mal si concilia con la riforma della Parte II, Tit. V della Costituzione e con gli insiti principi della sussidiarietà (orizzontale e verticale) cui dovrebbe ispirarsi l’azione delle istituzioni (Di Pirro, 2007).

Ritornando al discorso sulla concezione oggettiva della tutela è da notare come essa trova oggi applicazione nella previsione della cd. *Class action* amministrativa nel d.lgs. n. 198/2009, nelle azioni popolari, nelle sanzioni alternative irrogabili in caso di violazioni gravi delle regole processuali sugli appalti pubblici di cui all’art. 120 c.p.a. e succ. e nella legittimazione dell’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. In tal modo, almeno secondo un’opinione dottrinale, in quest’ultima ipotesi riguardante la legittimazione dell’AGCM, l’Autorità sarebbe da considerare come ente esponenziale di un interesse diffuso alla tutela della concorrenza (Giovagnoli, 2012).

## 7. LA TUTELA DEGLI INTERESSI DI GRANDE RILEVANZA SOCIALE E L’EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

In particolare, gli istituti della *Class action*, le azioni popolari e quello riferito al ruolo dell’AGCM, oltre ad evocare la questione sulla giurisdizione oggettiva, innestano il discorso sugli interessi di grande rilevanza sociale, come l’ambiente stesso, che spesso rischiano di rimanere senza un’adeguata tutela poiché spesso non risultano differenziati o qualificati. Preliminarmente si consideri che in base al principio della pienezza della tutela l’ordinamento garantisce la tutela di situazioni giuridiche soggettive che si inquadrano tra i diritti soggettivi e gli interessi legittimi. Tuttavia ci sono zone d’ombra che in parte sono state coperte dall’intervento pretorio e anche legislativo, e che riguardano gli interessi dei cittadini e che pur avendo rilevanza economica o sociale non sono differenziati e non rientrano in una delle due categorie ora indicate, e pertanto spesso rimangono sprovvedute di tutela.

La discussione si incentra sugli interessi collettivi o di categoria e sugli interessi diffusi. Si consideri l’interesse di una comunità di cittadini a non vedersi installato un impianto energetico o un impianto di smaltimento di rifiuti o un oleodotto o dei tralicci di alta tensione. La giurisprudenza oggi riconosce la legittimazione alle associazioni e organismi rappresentativi di interessi di

una collettività (interessi collettivi) e il legislatore, a seguito di un acceso dibattito giurisprudenziale, ha ammesso la tutela di alcuni interessi diffusi che corrispondono a beni comuni ai cittadini come l'ambiente demandando la tutela non ai singoli cittadini ma ad organismi rappresentativi (es. per la tutela degli interessi ambientali si v. la l. n. 349/1986). Ancora oggi però, nonostante un consolidamento giurisprudenziale e dottrinale, si pongono in discussione quelle situazioni in cui non è facile capire se i ricorrenti sono colpiti da un pregiudizio personale e diretto loro derivante dalla nuova infrastruttura (es. un elettrodotto) quanto piuttosto invece agiscano per far valere i diritti generali di una collettività locale che risente negativamente della vicinanza all'infrastruttura e si ritiene lesa nei suoi incompressibili diritti sanitari, ambientali, territoriali, economici derivanti dall'infrastruttura stessa (ad es. la percorrenza del tracciato della linea nei comuni di rispettiva residenza). Casi che potrebbero sfociare in una vera e propria azione popolare, volta ad ottenere un mero controllo oggettivo della legittimità dell'atto amministrativo da parte del giudice. Tale impostazione risulta però in contrasto col carattere di giurisdizione soggettiva che il sistema attribuisce al giudizio amministrativo, nel quale la legittimazione ad impugnare un provvedimento autoritativo deve essere (salvo specifiche eccezioni normative) correlata ad una situazione giuridica sostanziale che sia lesa dal provvedimento stesso e cioè ad un interesse diretto, attuale e personale del ricorrente all'annullamento dell'atto (cfr. Tar Lazio, II-quater, 11 aprile 2014, n. 3993).

In queste ipotesi l'esito sul riconoscimento della legittimazione processuale o della titolarità dell'interesse dipende molto dall'impostazione data in sede di ricorso al giudice. Come notato, non di rado vi sono incertezze in ordine all'ammissibilità del ricorso stesso con non pochi risvolti negativi sull'effettività della tutela.

## 8. LE SPECIALIZZAZIONI DEL GIUDICE CON LA TECNICA DEL RIPARTO ESCLUSIVO DI GIURISDIZIONE E DELLA COMPETENZA FUNZIONALE IN DETERMINATE MATERIE

Un altro aspetto da considerare nell'analisi sull'adeguatezza del giudice amministrativo in tema energetico e ambientale s'individua nell'esigenza di sottoporre la controversia ad un giudice in grado di pervenire ad un pieno apprezzamento dei rischi tecnici ed economici e in grado di padroneggiare i saperi complessi (Lucattini, 2013). L'esigenza è avere un giudice tecnicamente preparato in particolare in materie con alta incidenza sul mercato. Infatti, il giudice amministrativo è finito per assumere un ruolo sempre più centrale in campo economico ed è diventato il soggetto istituzionalmente preposto a risolvere un

numero crescente di controversie: non solo tra Pubbliche Amministrazioni e imprese ma anche tra imprese in concorrenza tra loro di fronte all'autorità di regolazione (Napolitano, 2011).

Ci sono più elementi che incidono sulla specializzazione del giudice. Il primo è dato dall'affidamento di una materia ad un giudice rispetto ad un altro e va a delineare l'ambito della giurisdizione ordinaria o amministrativa. Il secondo si individua all'interno della singola giurisdizione e, in particolare, nella distribuzione delle competenze che può avvenire non solo per territorio ma anche per funzione specifica a una materia. Il terzo elemento, il più estremo, è dato dalla creazione di un nuovo, ulteriore giudice, ovvero (anche se impropriamente detto) di un giudice speciale sempre, ovviamente, nell'assetto costituzionale delineato dagli artt. 104 – 107 e nel rispetto dell'art. 102, c. 2 e della VI disposizione finale e transitoria della Costituzione.

Riguardo all'ambito della giurisdizione un ruolo importante gioca la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che affiancandosi a quella generale di legittimità attiene non solo agli interessi legittimi ma anche ai diritti soggettivi in una serie di materie indicate dalla norma (cfr. art. 133 c.p.a). In tal modo si realizza un modello unitario di processo amministrativo in ottica di realizzare i principi di effettività e pienezza della tutela.

L'intento del legislatore è agevolare il cittadino, con riferimento a casi in cui diritti soggettivi e interessi legittimi siano strettamente intrecciati tra loro, da un lato evitando all'interessato il gravoso compito di selezionare il Giudice chiamato a conoscere della causa, dall'altro risparmiandogli “le forche caudine della duplicazione di giudizi in relazione ad una vicenda sostanzialmente unitaria”.

Per quanto di interesse rientrano nella giurisdizione amministrativa: 1) le controversie concernenti i provvedimenti dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente – ARERA (art. 133, c. 1, lett. l); 2) le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, ivi comprese quelle inerenti l'energia da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti (art. 133, c. 1, lett. o); 3) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni in materia di danno all'ambiente, nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte del medesimo Ministro, delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale, nonché quelle inerenti le ordinanze ministeriali di ripristino ambientale e di

risarcimento del danno ambientale (art. 133, c. 1, lett. s); 4) le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 133, c. 1, lett. z-*quinquies*).

Invece riguardo alla competenza del Giudice amministrativo, il legislatore del codice del processo amministrativo ha fissato rigidamente i criteri di devoluzione delle controversie ai giudici amministrativi di primo grado per talune materie di particolare rilevanza, allo scopo di assicurare l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e la specializzazione del giudice stesso. Per tali ragioni ha concentrato alcune materie in un unico ufficio giudiziario. La fattispecie s'inquadra nell'istituto della "competenza funzionale inderogabile" prevista, per un cospicuo numero di materie, dagli artt. 14 e 135 c.p.a. in favore del TAR Lazio, sede di Roma, e, per una sola materia (le controversie relative ai poteri esercitati dall'ARERA), in favore del TAR Lombardia, sede di Milano (art. 14, co. 2, c.p.a.). L'istituto della competenza funzionale inderogabile è collegato al riparto giurisdizionale esclusivo del giudice amministrativo. Infatti, le materie oggetto di riparto di giurisdizione amministrativa esclusiva sono le stesse che a loro volta sono conferite a determinati Tribunali amministrativi (di Roma e Milano) specializzati. Nel dettaglio le materie che a noi interessano sono, oltre a quella appena citata spettante al giudice lombardo, anche: 1) le controversie di cui all'articolo 133, comma 1, lettera l) (vedi sopra al pt. 1), fatta eccezione per quelle di cui all'articolo 14, c. 2 spettante al giudice lombardo (art. 135, c.1. lett. c); 2) le controversie di cui all'articolo 133, comma 1, lettera o) (vedi sopra al pt. 2), limitatamente a quelle concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 400 MW nonché quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti, salvo quanto previsto dall'art. 14, c. 2 (art. 135, c.1. lett. f); e 3) le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 135, c.1. lett. h, vedi sopra al pt. 4).

## 9. LA GIURISDIZIONE SPECIALIZZATA CON L'ISTITUZIONE DI UN NUOVO ORGANO GIUDICANTE

Infine, va presa in esame l'ipotesi della creazione di un nuovo giudice per così dire speciale nei limiti e rispetti costituzionali sopra evidenziati. A dire il vero il nostro ordinamento conosce anche questa opzione di giurisdizione

specializzata che è già in essere dagli inizi del secolo scorso. Il caso riguarda il Tribunale superiore delle acque pubbliche e i Tribunali regionali. Essi nascono in un periodo in cui l'Italia si preparava alla guerra e lo sviluppo industriale prendeva piede e si rendeva necessario assicurare le fonti di produzione dell'energia per i macchinari delle fabbriche. Infatti, questo tipo di organo giudicante nasce dall'esigenza economica di regolare in modo più efficiente la produzione di energia elettrica dallo sfruttamento delle risorse idriche.

È da subito necessario precisare che prima di questi Tribunali speciali le controversie in materia di acque pubbliche erano conosciute rispettivamente dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo secondo il riparto della giurisdizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Il legislatore dell'epoca non ha inteso ricorrere al sistema della giurisdizione esclusiva e della competenza funzionale inderogabile oggi prevista dal codice del processo amministrativo e applicabile all'energia. La scelta fu diversa, più radicale: si decise di istituire un nuovo organo giurisdizionale per così dire speciale, anche se l'aspetto della specialità a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione va inteso in senso ad essa conforme.

In base al d.l. 5 ottobre 1919, n. 2161 (poi trasfuso nel r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, Testo unico delle disposizioni sulle acque e impianti elettrici, o T.U. acque) e della successiva legislazione è stato istituito un Tribunale superiore delle acque pubbliche a cui fu assegnata la competenza a conoscere le controversie intorno alla demanialità delle acque, o sul contenuto o i limiti di una concessione di utenza, o sul diritto nei confronti dell'amministrazione alla derivazione o all'utilizzazione delle acque, ai limiti dei loro corsi, alvei e sponde, ed in ordine alle derivazione e utilizzazioni delle acque pubbliche, comprese quelle di risarcimento dei danni nonché dei ricorsi in genere avverso i provvedimenti definitivi presi dalle Amministrazioni in materia di acque pubbliche e, con giurisdizione di merito, sui ricorsi contro provvedimenti attinenti al buon regime delle acque e che incida comunque, direttamente o indirettamente, sugli interessi pubblici connessi al regime delle acque, toccando, quindi, l'interesse dell'amministrazione (cfr. di recente Tar Molise, sez. I, sentenza 24 febbraio 2015, n. 68).

La ragione per la non attribuzione alla giurisdizione ad uno dei due giudici esistenti si individua nella speciale composizione che il legislatore ha voluto dare a questo tribunale (e che poi come si vedrà è stato motivo di più iniziative di soppressione dello stesso). Fu istituito un organo giurisdizionale di composizione specialistica e tecnica presieduto da un presidente della Cassazione, composto da due Consiglieri di Stato nonché da due tecnici membri del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici. In tal modo i giudici con il tempo avrebbero acquisito conoscenze tecniche ed una specializzazione tale

da garantire una costante interpretazione normativa ed una guida alla prassi amministrativa (Pacelli, 1934). In seguito è stato disciplinato un procedimento giurisdizionale ed con l'istituzione dei Tribunali regionali è stato previsto il doppio grado per i diritti soggettivi.

Riguardo alla natura giuridica di questi Tribunali si sono sviluppate una serie di teorie tra loro confliggenti sino ad arrivare oggi ad «una teoria di compromesso».

La previsione di giudici speciali, com'è noto, ai sensi dell'art.102, c. 2, Cost., è vietata. Infatti, non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali, ma possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. Con l'inserimento dei Tribunali in una tale cornice costituzionale e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 25/1976, nessuno aveva dubitato della legittimità dei Tribunali delle acque dei quali fanno parte anche dei cittadini estranei alla magistratura. Seconda la teoria prevalente i Tribunali regionali delle acque sono considerati organi specializzati della magistratura ordinaria mentre il Tribunale Superiore è giudice ordinario, quando giudica in appello sulle pronunce dei Tribunali Regionali, ed è, invece, giudice speciale, quando giudica in unico grado, in tema di interessi legittimi.

Tuttavia, nonostante questa posizione dottrinale e giurisprudenziale, la loro esistenza non è stata pacifica, in quanto si continuava a contestare la mancata garanzia della indipendenza e terzietà dei giudici, in particolare con riferimento ai componenti del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici di designazione non concorsuale. Vi furono tentativi di soppressione dei Tribunali, e dopo alcuni tentativi non andati a buon segno, si era arrivati ad abolirli «temporaneamente». In effetti, con il d.l. n. 251/2002, a fronte della necessità di razionalizzare l'organizzazione degli organi giudicanti, nonché ad esito delle declaratorie di illegittimità costituzionale adottate dalla Corte costituzionale con sentenze nn. 305 e 353/2002, il legislatore aveva abrogato il titolo quarto del R.d. n.1775/1933 e l'art. 64 del R.d. n.12/1941, determinando così l'abolizione della competenza speciale in materia di acque pubbliche, e, la contestuale soppressione dei tribunali regionali delle acque pubbliche e del tribunale superiore delle acque pubbliche. Questo decreto legge però non fu convertito in questa parte, ma solo per la restante. Invece di insistere con la soppressione, con la l. n. 45/2004 di conversione del d.l. n. 354/2003, si provvedeva a riformare gli artt. 139 e 140 del TU acque nel senso auspicato dalla Corte costituzionale al fine di garantire la terzietà degli ingegneri, i giudicanti non togati.

## 10. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: GIUDICE SPECIALE O SISTEMA INTEGRATO DI TUTELE CONCORRENTI?

I sistemi rimediali previsti dal nostro ordinamento sono molteplici tanto che si può dire che c'è di tutto. Il sistema è duale e sono tutelati i diritti soggettivi e gli interessi legittimi nonché gli interessi collettivi e gli interessi diffusi con le specificazioni e problematiche accennate. Vi è il riparto esclusivo della giurisdizione a uno dei giudici (amministrativo rispetto a quello ordinario) di una serie di materie tra cui l'energia. Poi è prevista la competenza funzionale di alcuni tribunali specificatamente designati (Lazio e Lombardia). A questo si aggiunge la previsione di riti processuali alternativi e/o accelerati in determinate materie che solitamente coincidono con quelle della giurisdizione esclusiva e della competenza funzionale. L'ampliamento delle azioni oltre quella demolitoria di annullamento, ma anche di condanna al risarcimento del danno e all'adempimento, costituiscono ulteriore ventaglio di maggiore tutela. Inoltre vi è anche la previsione di regole stringenti nella redazione degli atti per assicurare la celerità del processo, nonché di strumenti deflattivi per ridurre il contenzioso e ci sono anche tecniche di redazione e tipologie di sentenze sempre in un'ottica volta ad assicurare la celerità delle decisioni. Infine, abbiamo anche il modello di un «giudice speciale» nei termini sopra delineati.

Ai rimedi giurisdizionali si affiancano quelli alternativi che permettono l'esercizio dell'azione in senso negativo, ossia il diritto di rinunciare all'azione davanti al giudice statale e di rivolgere la propria domanda di giustizia verso metodi diversi dalla giurisdizione (Lucattini, 2014)

Nel panorama delle vie alternative a quella giurisdizionale un ruolo importante può essere svolto dalla Pubblica Amministrazione stessa che può essere coinvolta in almeno quattro ambiti diversi assumendo il ruolo di parte auto o etero compositrice o di parte e al contempo organo giudicante o di parte giudicata da terzi o di terzo – organo giudicante (Giani, 2017).

Il primo ambito è riferibile alla stessa Amministrazione che compie quelle attività che la stessa svolge al proprio interno ricadenti nell'ambito dell'attività esecutiva, sia pure contenziosa, tese a risolvere un conflitto o trovare soluzione al problema amministrativo oggetto della decisione. Il secondo concerne i contenziosi amministrativi (i ricorsi) devoluti alla stessa amministrazione e che la riguardano. Il terzo ambito riguarda i casi in cui la soluzione stragiudiziale di una controversia tra privati è affidata alla Pubblica Amministrazione: come ad esempio la mediazione svolta dalla Camere di commercio. Il quarto ambito si riferisce alla risoluzione di conflitti di cui l'Amministrazione è parte ed è demandata a un soggetto terzo che può alternativamente essere o meno anche un'altra Amministrazione.

Tralasciando il secondo e il terzo aspetto, nel panorama degli strumenti di risoluzione alternativa (a quella giurisdizionale) delle controversie cui è parte la Pubblica Amministrazione, il legislatore ha aperto degli spazi non solo all'arbitrato ma anche a strumenti di etero e/o auto composizione o prevenzione delle controversie diversi sia dalla giurisdizione e sia dall'arbitrato.

Ci si riferisce agli strumenti generalmente definiti con il termine di ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) intesi come degli «equivalenti giurisdizionali» e che sono essenzialmente un concetto riassuntivo nel quale ricadono strumenti ben riconducibili al nostro ordinamento.

Si consideri i seguenti modelli: 1) la procedura di conciliazione prevista dall'art. 8, l. n. 146/1990, in materia di servizi pubblici essenziali; 2) il servizio di conciliazione per i clienti gas ed energia come da delibera ARERA 209/2016/E/com (Testo Integrato Conciliazione – TICO), che attua l'art. 2, c. 24, lett. b), l. n. 481/95 e l'art. 141, c.6, lett. c), del Codice del consumo; 3) l'art. 1, c. 11, l. n. 249/1997, in materia di controversie che vedono opposti gli utenti alle imprese titolari di licenza nel settore delle comunicazioni; 4) la procedura di tentativo di accordo bonario in materia di contratti pubblici dell'art. 205 c.c.p.; 5) la procedura di precontenzioso in sede di gara, attribuita alla competenza dell'ANAC (art. 212 c.c.p.). Diverse questioni sono inoltre offerte da altri procedimenti di eterocomposizione delle liti di natura *lato sensu* arbitrale quali l'arbitraggio e la perizia contrattuale, mentre la previsione nel codice dei contratti pubblici della transazione all'art. 208, ha significato occasione di discussione anche intorno ad essa in quanto costituisce l'archetipo degli strumenti di autocomposizione o prevenzione delle liti.

La panoramica dei modelli alternativi può dirsi sufficientemente completa. Sullo sfondo troviamo un numero eterogeneo di rimedi e tecniche. Si tratta di cogliere le necessità concrete che non necessariamente si trovano nella durata dei processi. Ora che il problema della durata è stato risolto ne emergono altri che prima erano secondari rispetto alla durata come la tecnicità di certe controversie che mettono in risalto i limiti strutturali del processo amministrativo o del giudicante stesso che decide di non ricorrere alla consulenza tecnica o che emana sentenze prive di effetto conformativo rimettendo la ri-decisione al Regolatore o all'Amministrazione. Oppure ne emergono nuovi come la stessa eccessiva rapidità del processo.

È ancora attuale una giustizia amministrativa? È la domanda che negli anni Ottanta del Secolo scorso si era posto Nigro, uno dei massimi studiosi del diritto amministrativo. Ha allora senso che continui a sussistere una giurisdizione speciale o è divenuta inadeguata e se ne richiede un'altra (in ulteriore) specialità a quella amministrativa? Credo che le vie siano (solo) due: sfatare la giurisdizione amministrativa e scegliere la via monistica della giurisdizione

unica come ciclicamente annunciano i politici nei loro programmi oppure, e questa è la via plausibile, sfatare il mito dell'unità della giurisdizione in una prospettiva di arricchimento delle garanzie giurisdizionali dei singoli e di effettività di tutela (Bachelet, 1969).

La giustizia amministrativa lungi dal creare aree di privilegio giurisdizionale per le Pubbliche Amministrazioni, ha infatti ampliato le opportunità di tutela dei singoli e consente di giungere fino al nocciolo della sfera amministrativa, cioè alla discrezionalità (Chiti, 2006). Il riconoscimento di queste importanti opportunità della giustizia amministrativa, come nota la dottrina, è venuto anche dall'ordinamento inglese, segnato per quasi un secolo dall'anatema di Dicey contro il diritto amministrativo e qualsiasi forma di tutela diversa da quella ordinaria affidata alle corti comuni (Chiti, 2006; Cassese, 1990).

L'aspetto forse va colto nel nuovo ruolo che il giudice amministrativo è chiamato ad assumere, quello del *juge économiste* in quanto giudicare spesso richiede l'utilizzo degli strumenti dell'economista piuttosto che quelli del giurista burocrate (Napolitano, 2011). Tuttavia è da notare che giudicare per il mercato non significa ancora soddisfare gli interessi della collettività, e pertanto si rende necessario un maggiore confronto dialettico e un potenziamento di sedi partecipative come di recente è stato avviato con l'istituto del dibattito pubblico di cui all'art. 22 del codice dei contratti pubblici sebbene in forma embrionale e depotenziata rispetto alle aspettative. È la sede precontenziosa (procedimentale) e quella paracontenziosa che andrebbero ulteriormente potenziate al fine di prevenire ed evitare lo scontro davanti ai giudici.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Alpa G. (1987), *La natura giuridica del danno ambientale*, «Riv. trim. appalti», pp. 1140-1160.
- Bachelet V. (1969), *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano.
- Cassese S. (1990), *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 19, Giuffrè, Milano, pp. 5-82.
- Chiti M.P. (2006), *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli “altri”* «ASTRID – Rassegna» n. 35, pp. 1-32.
- Clarich M. (2007), *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, «Diritto pubblico, Rivista fondata da Andrea Orsi Battaglini», 1, pp. 219-240.
- Clarich M. (2017), *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna.
- Cintioli F. (2012), *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, «federalismi.it» n. 12, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=20213>
- Di Pirro M. (2007), *Responsabilità civile, Responsabilità civile*, EGS, Napoli.
- Ferraro L. (2012), *Costituzione, tutela del paesaggio e fonti di energia rinnovabili*, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0359\\_ferraro.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0359_ferraro.pdf)
- Giani L. (2017), “Gli strumenti di giustizia alternativa”, in: Scoca, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, pp. 699-723.
- Giovagnoli R. (2012), *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21 bis legge n. 287/1990*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Lucattini S. (2013), *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino.

- Maddalena P. (1987), *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, «Riv. crit. dir. priv.», pp. 440-475.
- Napolitano G. (2011), *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, «Giorn. dir. Amm.», pp. 667-682.
- Nigro M. (1983), *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, «Foro It.», V, pp. 249-261.
- Pacelli F. (1934), *Le acque pubbliche*, 3<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova.
- Palazzolo S. (1990), *La giustizia in tema di acque pubbliche*, «CS», pp. 1725-1750.
- Police A. (2015), *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2015-3\\_16.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-3_16.pdf).
- Scoca S.S. (2012), *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, «Dir. Proc. Amm.», n. 4, pp. 1397-1452.