

Il contenzioso dei contratti pubblici in Italia e in Francia: una (prima) comparazione*.

di Luigi Viola
Consigliere del T.A.R. Toscana
Professore a contratto di diritto sportivo
presso l'Università degli Studi di Udine

Sommario: 1. Le difficoltà di una comparazione effettiva. 2. Comparare per unire: la legittimazione ad agire e la natura di giurisdizione oggettiva o soggettiva del processo in materia di contratti pubblici nell'ordinamento francese. 2.1. (segue): e nell'ordinamento italiano. 3. Comparare per dividere: i costi del giudizio. 4. Guardare all'Italia dalla Francia.

1. Le difficoltà di una comparazione effettiva.

Il recente (e ponderoso) volume di Laurence Folliot Lalliot e Simone Torricelli¹ sulla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici viene ad integrare sicuramente un'utile "banca dati" sulle soluzioni previste dai diversi ordinamenti ed una prima analisi delle tendenze di fondo che si evidenziano a livello, non solo europeo, ma anche in paesi di diversa tradizione giuridica.

Sotto il profilo metodologico, si tratta di un'opera moderna e che attribuisce considerazione a tutti i *formanti*² dell'esperienza giudica e, soprattutto, a quel formante particolarmente centrale nella materia che ci occupa costituito dall'interpretazione giurisprudenziale; in questa prospettiva e soprattutto per effetto della previa elaborazione di un *questionnaire pour les analyses nationales* veramente completo e comprendente tutti gli aspetti centrali per l'esame del fenomeno, l'obiettivo dell'opera è da considerarsi raggiunto, risultando ben evidenziati i punti di contatto (probabilmente più di quelli che ci si sarebbe aspettati) e di discordanza tra i diversi ordinamenti.

Vero è però che l'esercizio della comparazione assomiglia a volte ad una "fatica di Sisifo"; più si approfondisce l'analisi, non limitandosi alle assonanze/dissonanze più evidenti e più nasce la necessità (e la voglia) di approfondire un discorso che, necessariamente, diventa sempre più complicato e pieno di sfumature.

In questa prospettiva di ulteriore approfondimento di alcune caratteristiche dei sistemi italiano e francese già evidenziate (o parzialmente evidenziate, nel caso dei costi del giudizio) nel volume di Folliot Lalliot e Torricelli saranno proposti in questa pagine due (brevi) percorsi di approfondimento delle assonanze/dissonanze tra la disciplina italiana e quella francese in materia di contratti pubblici.

Per quello che riguarda le funzioni della comparazione, la dottrina comparatistica più avvertita ha rilevato come, «nel momento in cui mira ad accreditarsi attraverso i suoi scopi la comparazione giuridica am(i) presentarsi come comparazione che unisce: sembra essere questo il filo conduttore che attraversa molte vicende di questo campo del sapere, incluse quelle relative alla sua fase costitutiva. Ciò non toglie evidentemente che si possa parlare anche di una comparazione che divide, ovvero concepita per esaltare identità e dunque disunire³»; nel sostanziale rispetto di queste due diverse funzioni della comparazione giuridica, saranno proposti in queste pagine due percorsi tesi ad evidenziare, rispettivamente, una sostanziale convergenza tra ordinamento italiano e francese (sotto gli aspetti essenziali della legittimazione ad agire e della natura oggettiva o soggettiva del processo) e una profonda differenziazione (per quello che riguarda l'aspetto dei costi di giudizio e dell'accesso alla giustizia).

* Il presente scritto riproduce, con alcune modificazioni, la parte finale dell'intervento dell'autore al convegno svoltosi a Firenze l'8 marzo 2019 ad iniziativa della Società Toscana Avvocati Amministrativisti dal titolo "Il controllo sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione. A proposito di una recente ricerca comparatistica" e destinato alla presentazione del volume a cura di Laurence Folliot Lalliot e Simone Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

¹ L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruxelles, 2018

² Sull'utilizzo dei *formanti* nel diritto comparato è obbligatorio il riferimento a R. Sacco e P. Rossi, *Trattato di diritto comparato. Introduzione al diritto comparato*, Torino, VI ed. 2015, 55 e ss.; per una critica all'utilizzo della categoria dei formanti, si veda però A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, 150.

³ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 46.

Come dire, un quadro molto complicato in cui i due ordinamenti risultano molto più vicini sotto l'aspetto sistematico e molto più lontani sotto l'aspetto dell'accesso alla tutela giurisdizionale e che conferma quanto sopra rilevato in ordine alle difficoltà della comparazione giuridica.

2. Comparare per unire: la legittimazione ad agire e la natura di giurisdizione oggettiva o soggettiva del processo in materia di contratti pubblici nell'ordinamento francese.

L'esposizione dell'evoluzione della giurisprudenza francese in materia di tutela giurisdizionale nella materia dei contratti pubblici deve necessariamente partire dal dato storico e tradizionale che attribuiva al contenzioso di annullamento in questione natura di «*contentieux.....de nature objective*⁴», ovvero di processo «*fait à un acte, dans un but d'utilité générale et qui présente à ce titre un caractère d'ordre public*⁵».

In questa prospettiva ricostruttiva, la tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici non poteva pertanto investire direttamente il contratto, ma solo alcuni atti *détachables* dal contratto che assumevano carattere pubblicistico (deliberazioni amministrative di scelta del meccanismo di aggiudicazione; di selezione del contraente e, alla fine, di autorizzazione alla sottoscrizione del contratto con il contraente privato) ed apparivano sindacabili attraverso il normale ricorso *pour excès de pouvoir*: «*pendant longtemps, le droit français a refusé que les tiers puissent attaquer directement le contrat, ils devaient passer par une voie détournée, en formant un recours contre les actes administratifs « détachables » du contrat (délibération de l'assemblée locale autorisant l'exécutif à signer le contrat, décision du représentant de la personne publique de signer le contrat)*⁶».

La soluzione giurisprudenziale tradizionale⁷ dava però vita a «*des solutions très complexes sur les conséquences à tirer, sur le contrat, d'une éventuelle annulation de l'acte détachable*⁸» e, per di più, caratterizzate da evidenti limitazioni di tutela; del resto, già il *Commissaire du gouvernement* nell'*affaire Martin*, Romieu, aveva sottolineato, nelle sue conclusioni, come si trattasse di una soluzione spesso «*purement platonique*⁹», in considerazione del probabile intervento della decisione di annullamento dell'atto *détachable* dopo la stipulazione del contratto e della conseguente impossibilità (o estrema difficoltà) di ridiscutere in qualche modo l'atto negoziale.

Negli ultimi due decenni ed anche per l'influsso del diritto dell'Unione Europea¹⁰, la sistematica è però decisamente cambiata e i meccanismi di tutela si sono decisamente spostati dall'atto *détachable* al contratto; particolare importanza assume, al proposito, la giurisprudenza *Société Tropic Travaux Signalisation*¹¹ del 2007 che ha ammesso la possibilità, per i *candidats évincés*, di presentare un *recours de pleine juridiction*, impugnando direttamente il contratto (e non più solo l'atto *détachable*) e la giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne*¹² del 2014 che ha «*complètement réécrit le contentieux formé par les tiers au contrat*¹³» e viene ad integrare la sistematica che oggi trova applicazione da parte dei Giudici amministrativi francesi e con la quale è necessario “fare i conti” ai fini della presente comparazione.

⁴ S. Torricelli, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours*, in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 474.

⁵ C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, Paris, 2015, 99 e ss.

⁶ R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français*, in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 99; N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique*, in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 386; C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, cit., 116. Per i legami genetici tra la teoria francese degli atti *détachables* dal contratto e la teorica italiana dell'evidenza pubblica, è obbligatorio il riferimento al classico G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 3 e 18.

⁷ Risalente all'*arrêt Martin* del 1905 (C.E., 4 août 1905, Martin, in *Lebon*, 749).

⁸ R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français*, cit., 99.

⁹ Il passo sopra citato è richiamato da P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne*, in J.C. Bonichot, P. Cassia e B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, VI ed., 2018, § 9 (citazione dall'edizione digitale).

¹⁰ N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique*, cit., 386.

¹¹ C.E., ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, in *Lebon*, 360 ; *AJDA*, 2007, 1577 ; J.C. Bonichot, P. Cassia e B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, cit., § 70, con ampio commento di P. Cassia.

¹² C.E. ass. 4 avr. 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, in *Lebon*, 70 ; *AJDA*, 2014, 1035 ; J.C. Bonichot, P. Cassia e B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, cit., § 9, con commento già citato di P. Cassia.

¹³ R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français*, cit., 99.

La svolta sistematica operata da *Département du Tarn-et-Garonne* non si ferma alla sostanziale conferma della precedente riscrittura della materia derivante dalla giurisprudenza *Société Tropic Travaux Signalisation* (ovvero, dello spostamento dell'oggetto della tutela dal sindacato dell'atto *détachable* in sede di *recours pour excès de pouvoir* all'impugnazione diretta del contratto in sede di *contentieux de pleine juridiction*) ma va certamente oltre, ridisegnando l'ambito dei vizi proponibili da parte del terzo e così incidendo anche sulla stessa struttura del contenzioso; in un contesto non esente da paradossi e contraddizioni¹⁴, appare, infatti, di tutta evidenza come la detta giurisprudenza abbia importato una sostanziale restrizione dei vizi di legittimità invocabili da parte del privato che si riducono, dall'estrema ampiezza propria dell'impostazione che applicava le categorie del *recours pour excès de pouvoir* (in buona sostanza, qualsiasi irregolarità dell'azione amministrativa), ai soli «vices «en rapport direct» avec l'intérêt lésé dont il se prévaut ou des vices d'une gravité telle que «le juge devrait les relever d'office». Ainsi, si le recours est formé par un candidat évincé, il ne pourra invoquer que des irrégularités tirées de la procédure de passation (ce qui correspond à des vices «en rapport direct » avec l'intérêt lésé dont il se prévaut)¹⁵».

Le conseguenze sistematiche della limitazione dei vizi prospettabili dal privato derivante dalla giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne* non sono quindi di poco momento ed hanno importato una sostanziale “riletatura” della tradizionale considerazione in termini di giurisdizione obiettiva del ricorso in materia di contratti pubblici (indiscussa quando il ricorso in materia contrattuale risultava perfettamente inquadrabile nelle categorie del *recours pour excès de pouvoir*) nei nuovi termini di «*contentieux subjectif, par lequel le tiers peut obtenir plusieurs choses. Pour comprendre cette nouvelle voie contentieuse, on envisagera successivement la recevabilité du recours, les moyens susceptibles d'être avancés et les conséquences d'un tel recours*¹⁶».

In buona sostanza, l'evoluzione della giurisprudenza francese in materia di tutela nella materia dei contratti pubblici degli ultimi due decenni ha importato la “storica” trasformazione di un ricorso, in precedenza, ricostruito nei termini tradizionali di *recours pour excès de pouvoir* a carattere obiettivo in *recours de pleine juridiction* a carattere subiettivo; una rivoluzione sistematica che avvicina l'ordinamento francese a quella che è la soluzione “tradizionale” dell'ordinamento italiano, fortemente orientato per il carattere subiettivo della giurisdizione amministrativa e, quindi, anche del contenzioso in materia di contratti pubblici (si veda però quanto rilevato al § successivo in ordine al “parallelo” processo di evoluzione dell'ordinamento italiano verso modelli di giurisdizione oggettiva).

Ricostruire la giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne* in termini esclusivi di giurisdizione subiettiva non sarebbe però del tutto corretto, dovendo trovare considerazione due importanti precisazioni contenute nella decisione.

La prima riguarda i vizi sollevabili da parte dei terzi che non si esauriscono solo ai vizi in rapporto diretto con l'interesse leso (secondo l'impostazione subiettiva sopra richiamata), ma ricomprendono anche i vizi «*d'une gravité telle que «le juge devrait les relever d'office»*; con tutta evidenza, si tratta di una precisazione che, pur

¹⁴ P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne, cit.*, rileva come la decisione sia stata accolta e pubblicizzata dallo stesso *Conseil d'État* come un sostanziale ampliamento dei mezzi di tutela del terzo, quando sono certamente presenti elementi restrittivi dell'ampiezza della tutela e non risulta estranea alla svolta giurisprudenziale la preoccupazione di non bloccare in sede giurisdizionale i “grandi progetti” della p.a.

¹⁵ R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français, cit.*, 100 ; N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique, cit.*, 403 rileva esattamente che «*en France, où la délimitation de l'intérêt à agir pourrait paraître plus large que dans d'autres pays, le Conseil d'État a volontairement restreint la recevabilité de ce recours, en corrélant l'efficacité des moyens soulevés à l'intérêt à agir. Ainsi, pour que la demande d'un tiers requérant aboutisse, ce dernier devra démontrer que l'illégalité soulevée est bien directement à l'origine de la lésion alléguée. Il faut une causalité directe entre la lésion et l'irrégularité. En France, comme dans l'ensemble des pays étudiés, la simple irrégularité n'est plus automatiquement sanctionnée par le juge. Cette pratique est d'ailleurs conforme aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne, qui juge que l'instance nationale compétente peut rejeter un recours au motif que le requérant n'a pas été lésé par la violation qu'il allègue*».

¹⁶ R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français, cit.*, 99; P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne, cit.*; C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif, cit.*, 106 ; N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique, cit.*, 412 che ulteriormente rileva che «*l'ouverture du prétoire du juge du contrat s'est cependant accompagnée d'une subjectivisation du recours pour tous les requérants à l'exception du Préfet. À la démonstration d'un intérêt suffisamment direct et conditionnant la recevabilité du recours, s'ajoute l'exigence de l'opérance des moyens invocables*».

in presenza di qualche incertezza in ordine ai vizi rilevabili d'ufficio¹⁷, evidenzia una certa qual contaminazione e compenetrazione tra i due modelli di tutela giurisdizionale¹⁸.

La seconda riguarda la presenza, nella sistematica della giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne*, di due tipologie di «*requérants (que) disposent de la faculté d'invoquer tout type d'irrégularité : le préfet et le membre de l'assemblée délibérante, qui apparaissent ainsi comme des requérants privilégiés*»; con riferimento a queste due tipologie di "terzi"¹⁹ (il *préfet*, per quello che riguarda gli atti delle collettività territoriali e «*les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernés*») «*l'intérêt pour agir est présumé*²⁰» in ragione del loro ruolo di «*garants de la légalité*²¹» e non trovano quindi applicazione le limitazioni di tutela prospettate, in linea generale, con riferimento agli altri possibili ricorrenti.

In buona sostanza, siamo in presenza di una tipologia particolare di ricorrenti con riferimento ai quali non trovano applicazioni le limitazioni dei vizi prospettabili in giudizio contemplate, in linea generale, dalla giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne* e che possono pertanto prospettare in giudizio l'intero spettro dei vizi di legittimità; di conseguenza, il relativo contenzioso continua ad essere ricostruito nei termini obiettivi del *recours pour excès de pouvoir*²², con qualche ulteriore potenziamento di grande importanza, come la sospensione automatica dell'atto fino alla decisione del giudice sull'istanza di sospensione (sempre che intervenga nel limite temporale massimo di un mese) ove la relativa domanda da parte del *préfet* sia stata presentata «*dans les dix jours à compter de la réception de l'acte*» (art. L 554-2 del *code de justice administrative*).

Sempre in termini di *recours pour excès de pouvoir* continuano poi a essere ricostruite alcune ipotesi particolari di impugnazione in materia di contratti della p.a., come quelle relative alle clausole contrattuali «*qui portent sur l'organisation d'un service public (clauses tarifaires, clauses relatives aux horaires du service ...)*. *Ces clauses sont considérées comme détachables du reste du contrat et elles peuvent être contestées directement par des tiers, sur le fondement d'un recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire d'un recours objectif*» o quelle relative ai «*contrats de recrutement d'agents publics... qu'en raison de la nature particulière de ces contrats, plaçant le cocontractant de l'administration dans une situation qui est plus réglementaire que véritablement contractuelle*²³» continua ad essere ricostruita, anche per analogia con la posizione dei funzionari pubblici, nei termini più tradizionali della giurisdizione obiettiva; la svolta verso una considerazione in termini di *recours de pleine juridiction* a carattere subiettivo operata dalla giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne* non è pertanto assoluta, ma temperata dalla previsione di diverse *enclaves* di giurisdizione obiettiva (le particolari ipotesi di impugnazione da parte dei *garants de la légalité*; l'impugnazione delle clausole dal contenuto sostanzialmente regolamentare da parte dei terzi; i *contrats de recrutement d'agents publics*).

La sostanziale dialettica tra due poli caratterizzati dalla natura soggettiva (tutti i terzi interessati a contestare il contratto) e oggettiva (il *préfet* e gli altri garanti della legalità) è poi confermata anche dai due "riti speciali"

¹⁷ P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne, cit.*; ad esempio, R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français, cit.*, 100 considera sicuramente prospettabili dal terzo e rilevabili d'ufficio le questioni di competenza.

¹⁸ N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique, cit.*, 411-412 : «*cette action ouverte, tant en faveur des requérants classiques que sont les candidats évincés, qu'en faveur d'autres tiers, reprend ainsi des caractéristiques du contentieux objectif de la légalité et du contentieux subjectif de pleine juridiction*». In questa prospettiva, ben si apprezza la rilevanza di S. Torricelli, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours, cit.*, 475 in ordine allo «*schématisme de cette distinction, et de sa perte progressive de pertinence par rapport à des systèmes de contentieux qui apparaissent de plus en plus complexes et nuancés, on ne peut pas non plus l'appliquer au droit de l'Union européenne*».

¹⁹ P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne, cit.* rileva esattamente come, con riferimento ai membri delle collettività locali stipulanti il contratto, non si possa parlare, a rigore, di terzi; la vicenda giurisdizionale che ha dato origine a C.E. ass. 4 avr. 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, è stata originata proprio dal ricorso di un consigliere della collettività territoriale che aveva stipulato il contratto.

²⁰ Le citazioni sono da R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français, cit.*, 100; nello stesso senso, si vedano N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique, cit.*, 403; P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne, cit.*

²¹ N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique, cit.*, 412.

²² R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français, cit.*, 100; nello stesso senso, si vedano N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique, cit.*, 403 e 412; P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne, cit.*; D. Bailleul, *Le procès administratif*, Paris, 2014, 25 giustamente rileva l'esistenza «*à côté du recours pour excès de pouvoir « classique » du déféré préfectoral... qui se présente comme une variété du premier*».

²³ Le due ultime citazioni sono da R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français, cit.*, 102.

in materia contrattuale previsti dal *code de justice administrative*; per quello che riguarda il *référé précontractuel*, l'art. L 551-10 del *code de justice administrative* prevede, infatti, una legittimazione alla proposizione del ricorso ripartita tra i due diversi poli, costituiti dai terzi «*qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésés par le manquement invoqué*» e il «*représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local*» o sia comunque intervenuta una decisione della Commissione Europea che abbia constatato una violazione grave delle obbligazioni di pubblicità o messa in concorrenza (con l'unica eccezione dei contratti conclusi dallo Stato)²⁴; sostanzialmente analoga, è poi la disciplina prevista, per il *référé contractuel*, dall'art. L 551-14 del *code de justice administrative*, con l'unica eccezione dell'omessa menzione del caso dell'intervento di una decisione della Commissione Europea.

Anche in questo caso, la dottrina²⁵ ha dovuto quindi utilizzare schemi diversificati tra un contenzioso di natura subiettiva (quello dei terzi interessati a concludere il contratto²⁶) e un contenzioso (quello proposto dal *représentant de l'Etat*) che continua a mantenere una struttura obiettiva.

L'approdo attuale del sistema francese è pertanto sostanzialmente costituito da un sistema “misto”, diversificato tra i due diversi poli costituiti dal contenzioso di natura subiettiva del terzo interessato al contratto (temperato, nella struttura di *Département du Tarn-et-Garonne*, dalla possibilità di dedurre in giudizio i vizi più gravi sollevabili d'ufficio) e dal contenzioso di natura obiettiva azionato dai garanti della legalità come il *préfet*, o i membri dell'organo deliberante della comunità locale interessata al contratto; un sistema misto che va sicuramente oltre gli schemi del diritto comunitario (che non impone la necessità di legittimazione speciali o la previsione di *enclaves* di contenzioso caratterizzate dal carattere obiettivo) e che probabilmente risponde all'esigenza di un controllo più stringente del rispetto, da parte delle comunità locali, delle norme in materia di contrattualistica pubblica.

Ma è poi veramente necessario (o anche solo opportuno) mantenere questa *enclave* di diritto obiettivo e le connesse legittimazioni speciali all'impugnazione all'interno di una materia ormai orientata verso l'impostazione opposta? E, soprattutto, sono ancora utili i poteri di intervento e legittimazione all'impugnazione dell'organo pubblico (nel caso francese, il *préfet*) e quali sono i benefici che derivano da una simile soluzione? Al di là di ogni considerazione in ordine all'impatto quantitativo del controllo da parte dei prefetti degli atti in materia contrattuale delle collettività locali²⁷, appare di immediata evidenza come si tratti di un meccanismo che può svolgere utili funzioni, non solo se attivato d'ufficio, ma anche (e forse soprattutto) se attivato da un'istanza/denuncia da parte di un privato²⁸.

In questa prospettiva, la legittimazione del *préfet* può, infatti, assumere, sia un ruolo di “chiusura” del sistema,

²⁴ In questo caso, la legittimazione è riconosciuta, ai sensi dell'art. R 551-3 del *code de justice administrative*, al «*préfet lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une collectivité territoriale, par un établissement public local ou par une personne morale de droit privé pour le compte de l'une de ces personnes publiques*» o al «*ministre compétent*» negli altri casi.

²⁵ R. Noguellou, *France. Le contentieux contractuel en droit français*, cit., 97; N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique*, cit., 403 e 412.

²⁶ Anche per effetto della giurisprudenza *SMIRGEOMES* (C.E., sect., 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe, dite «SMIRGEOMES»*, in *Lebon*, 324; *AJDA*, 2008, 1855; J.C. Bonichot, P. Cassia e B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, cit., § 17 con approfondito commento di B. Poujade) che ha escluso «*qu'une entreprise puisse se prévaloir de tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, l'entreprise candidate ne peut se prévaloir devant le juge du référé que des manquements susceptibles de l'avoir lésée ou qui risquent de la léser*» (N. Aoudjhane, *Les recours des tiers contre la formation du contrat de la commande publique*, cit., 403, nota 93).

²⁷ P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne*, cit. richiama un rapporto della Corte dei Conti che riporta una media del 24% di atti controllati nel periodo 2011-2014; poco per un francese (da cui la conclusione che «*les collectivités locales n'ont, en réalité, pas grand-chose à redouter des représentants de l'État dans le département*») ma forse molto per l'Italia che sostanzialmente ha smantellato tutti i controlli. Anche D. Bailleul, *Le procès administratif*, cit., 25 conclude per l'aleatorietà di un controllo che, in realtà, visto con occhi “italiani”, è già un buon risultato.

²⁸ Anche per effetto del fatto che, nell'ordinamento francese, la richiesta di intervento del *préfet* è assimilata ad un *recours gracieux* e quindi interrompe il termine per la proposizione del ricorso: C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, cit., 160.

potendo rimediare ad alcune restrizioni di tutela²⁹, sia una funzione di sostanziale “surrogazione” delle imprese (soprattutto piccole) che hanno “paura” di presentare ricorso *«par crainte de mise au ban, tant par les autres entreprises que par la collectivité elle-même»*³⁰; e, proprio in questa prospettiva, la dottrina ha ritenuto di dover sottolineare *«les effets pervers de la fameuse jurisprudence Brasseur (1991) qui permet au représentant de l'État de refuser de déférer au juge un acte illégal en lui reconnaissant un large pouvoir d'appréciation pour opposer son refus et surtout interdisant tout recours du particuliers ou de l'entreprise contre le refus préfectoral d'intervenir»*³¹.

In altre parole, il mondo delle imprese non è fatto solo di imprese coraggiose e disposte ad assumersi anche il ruolo di *watchdog* degli interessi della collettività, ma anche di imprese (spesso piccole) che operano in contesti territoriali difficili; ed in questa prospettiva ed in simili contesti, la possibilità di sollecitare l'intervento del *préfet* può indubbiamente assumere un ruolo di più agevole tutela del fascio di interessi pubblici e privati interessati dalla vicenda contrattuale.

2.1. (segue): e nell'ordinamento italiano.

Esattamente opposto rispetto all'evoluzione dell'ordinamento francese sopra tratteggiata risulta il percorso del diritto italiano in materia di tutela giurisdizionale in materia di contrattualistica pubblica.

Il punto di partenza è, infatti, costituito da una sistematica tradizionalmente organizzata sulla tutela di situazioni soggettive e, quindi, sulla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa³²; in una situazione di questo tipo, la recezione delle prescrizioni comunitarie in materia di effettività della tutela in materia di contratti pubblici è pertanto risultata estremamente agevole ed ha importato modificazioni sostanzialmente limitate all'aspetto “quantitativo” relativo all'individuazione delle situazioni giuridiche tutelate ed alle modalità di tutela: *«cela n'a pas entraîné de grands débats dans le système italien (qui est, justement, un système où le contentieux a une nature subjective), pour la simple raison que l'idée que les candidats à une procédure de passation étaient titulaires de situations subjectives protégées était déjà acquise. La transposition du droit européen a eu comme conséquence la multiplication et le renforcement de ces situations subjectives : son impact est certes remarquable, mais alors seulement du point de vue quantitatif»*³³.

Ne è derivata un'impostazione complessiva in piena linea con la sistematica comunitaria³⁴ e tutta giocata sull'attribuzione ai terzi lesi dall'attività di aggiudicazione illegittima del ruolo ulteriore di tutela degli interessi “diffusi” della collettività in materia e di guardiani (*watchdog*) del rispetto delle regole: *«la possibilité pour les tiers lésés d'exercer des voies de recours, déjà prévue au niveau national (à la faveur des dispositions portant réglementation de la comptabilité publique) et ensuite réaffirmée au niveau européen, vise à opérer un contrôle (relativement) « diffus » du respect des règles communautaires par les entités adjudicatrices, en transformant chaque opérateur économique concerné en gardien de l'application effective de la réglementation de la commande publique»*³⁵; per di più, si tratta di un'impostazione che si inserisce

²⁹ Ad esempio, permettendo l'impugnazione immediata di atti *détachables* prima della sottoscrizione del contratto o proponendo l'impugnazione in luogo di soggetti non più ritenuti legittimati all'impugnazione dopo *Département du Tarn-et-Garonne*: P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne*, cit.

³⁰ F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, Paris, VII ed. 2016, Parte II, Cap. 2 (citazioni dall'edizione digitale); anche D. Bailleul, *Le procès administratif*, cit., 25 rileva come si tratti di un *«levier intéressant pour les particuliers désireux de contester un acte administratif sans s'exposer eux-mêmes dans un procès contre une collectivités»*.

³¹ F. Linditch, *Le droit des marchés publics*, cit., che aggiunge *«cet arrêt, rendu au nom de l'exception de recours parallèle, repose en fait sur la fiction qui voudrait que l'entreprise ou l'administré dispose d'une réelle possibilité de contester directement devant les tribunaux l'acte pour lequel il souhaitait voir intervenir les services de de l'État. Il conviendrait pourtant de mieux prendre en considération la réalité des motifs qui font qu'une entreprise, plutôt que d'agir elle-même, et de s'exposer ainsi à des mesures de rétorsion lors des prochaines consultations, préfère demander aux services chargés du contrôle de légalité d'intervenir»*; sull'*exception de recours parallèle* e sulla giurisprudenza *Brasseur* si rinvia a C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, cit., 161 e 187.

³² A mero titolo di esempio, si richiama l'impostazione di V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino, 1997, 92 e ss., spesso vivacemente polemica nei confronti delle impostazioni dottrinali (e delle innovazioni legislative) orientate per il carattere obiettivo della giurisdizione amministrativa.

³³ S. Torricelli, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours*, in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 478.

³⁴ S. Torricelli, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours*, cit., 476 rileva, infatti, esattamente che *«le droit européen s'appuie sur les particuliers, qui, poussés par la volonté égoïste de protéger leurs intérêts, vont participer à un système articulé de garantie de la légalité, en tant que sujets qualifiés qui peuvent susciter le contrôle d'un organisme tiers»*.

³⁵ B. Marchetti, *Italie / Italy. Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie*,

tanto agevolmente nelle categorie più tradizionali dell'ordinamento processuale amministrativo italiano da indurre a guardare quasi con sospetto anche le modificazioni normative tendenti ad attribuire all'A.N.A.C. poteri di intervento in materia, ritenute in grado di privare «*les sujets les plus proches de la procédure de passation et les entreprises lésées par l'illégalité de leur rôle naturel de gardiens (watchdog) du respect des règles*»³⁶.

Con tutta evidenza, si tratta però di un modello che non risulta del tutto esente da contraddizioni e da aspetti problematici di non facile soluzione.

Sotto il profilo più generale, risulta, infatti, quasi impossibile non rilevare l'aspetto paradossale (o, se si vuole, "schizofrenico") derivante dall'attribuzione alle imprese partecipanti alla gara del ruolo aggiuntivo di "cani da guardia" dell'interesse pubblico, quando poi il dibattito politico e giornalistico continua ad individuare nell'eccessiva propensione dei concorrenti non aggiudicatari a ricorrere in sede giurisdizionale (e nel conseguente "governo dei giudici") una delle cause più importanti di inefficienza del sistema³⁷ e, soprattutto, il legislatore continua ad escogitare sempre nuovi sistemi (soprattutto, aumentando gli oneri fiscali e prevedendo nuovi oneri di impugnazione anticipata) per scoraggiare la proposizione dei ricorsi.

Di conseguenza e sotto il profilo più direttamente applicativo, appare sempre più evidente l'estrema inefficienza di un sistema che pretende sostanzialmente troppo dalle imprese interessate alle procedure di gara, caricandole di un compito sempre più gravoso, sia per i notevoli oneri fiscali (si veda, al proposito, quanto rilevato al § successivo) e per la complessa disciplina processuale (oggi ulteriormente complicata dall'inserimento nel sistema del rito "superspeciale" di cui all'art. 120, comma 2-*bis* del c.p.a.), sia per alcune indubitabili restrizioni di tutela che rendono difficoltoso il controllo di alcuni aspetti della materia: «non si può pretendere che siano i cittadini, per mezzo dei loro ricorsi, a costituire i "gendarmi" dell'ordinamento e le uniche vestali dello stesso. Anche perché in taluni casi – e soprattutto nei provvedimenti a più elevato contenuto organizzativo (si pensi agli affidamenti *in house*, alle proroghe delle concessioni, dei contratti, ecc.)- è difficile ipotizzare la lesione di posizioni sostanziali di singoli cittadini o imprese private, che rimangono del tutto estranei a tali vicende»³⁸.

Siamo quindi in presenza di un modello tutto incentrato sulla natura di giurisdizione soggettiva della giurisdizione amministrativa che non contraddice sostanzialmente le coordinate di fondo del nostro sistema e che ben si inserisce nella modellistica comunitaria, ma che evidenzia qualche paradosso e, soprattutto, un qualche grado di inefficienza, soprattutto, sotto il profilo della concreta operatività del meccanismo di controllo e della natura effettiva e non meramente "declamatoria" dell'intero meccanismo.

Una sostanziale innovazione è però derivata dall'art. 35, 1° comma del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv., con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214; si tratta del cd. decreto "salva Italia") che ha inserito un nuovo articolo 21-*bis* alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 (norme per la tutela della concorrenza e del mercato) che ha attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la legittimazione «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» (primo comma della disposizione); in buona sostanza, una norma che attribuisce una legittimazione speciale all'impugnazione e che si inserisce in una tendenza che ha trovato espressione in previsioni normative (si vedano la previsione dell'art. 6, 10° comma della l. 9 maggio 1989, n. 168, relativa all'impugnazione da parte del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca degli Statuti delle Università e l'art. 52, 4° comma del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, relativo all'impugnazione, da parte del Ministero delle finanze, dei regolamenti sulle entrate tributarie degli enti locali) e tentativi non arrivati a buon fine (come il disegno di legge discusso durante la XI legislatura che conferiva al Prefetto il potere di proporre ricorso al T.A.R. per l'annullamento degli atti illegittimi dell'ente locale o l'art. 3 del d.l. 8 marzo 1993, n. 54, poi non convertito *in parte qua*, che conferiva al procuratore regionale della Corte dei

in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 153.

³⁶ B. Marchetti, *Italie / Italy. Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie*, cit., 166.

³⁷ Per una confutazione, anche sotto il profilo statistico, della *vulgata* giornalistica che spesso individua nella giustizia amministrativa la causa prima di inefficienza del sistema, si veda Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa (a cura di), *Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini*, Milano, 2017.

³⁸ G. Greco, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 705.

conti analogo potere di proporre ricorso davanti al TAR avverso atti e provvedimenti illegittimi delle p.a.³⁹⁾ finalizzati all'introduzione nell'ordinamento giurisdizionale amministrativo di poteri speciali di impugnazione tendenti a temperare l'impostazione soggettivistica dello stesso con elementi di giurisdizione oggettiva.

Con tutta evidenza, si tratta di una norma innovativa per l'ordinamento italiano e che ha sostanzialmente "sparigliato le carte" del sistema, originando una serie di difficoltà interpretative.

La prima (che più direttamente interessa nella materia che ci occupa) riguarda la possibilità di riportare alla previsione in materia di legittimazione all'impugnazione di cui all'art. 21-*bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287 anche gli atti relativi alla materia dei contratti pubblici.

A questo proposito, l'interpretazione più ampia tendente ad estendere la legittimazione speciale all'impugnazione prevista dalla norma anche agli atti delle «procedure concorsuali, ivi comprese quelle che, pur formalmente rispettose del sistema pro-concorrenziale, integrino nei contenuti delle regole di ammissione e/o di selezione o nella loro concreta attuazione una violazione delle sue norme formali e/o sostanziali, eludendone i principi informativi⁴⁰⁾ è contrastata da un'interpretazione più restrittiva fondata, in buona sostanza, sull'impossibilità di riportare la contrattualistica pubblica alla sola materia della tutela della concorrenza e del mercato⁴¹⁾ e sulla necessità di limitare in qualche modo l'operatività di «un potere di azione oltretutto sterminato, se consideriamo il numero di stazioni appaltanti ed il numero di contratti pubblici⁴²⁾; al di là della rilevazione relativa alla notevole estensione del possibile ambito di intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (rilevazione che non sembra confermata dall'esperienza pratica, che non registra per nulla un'esplosione dei contenziosi in materia), non mancano già contributi giurisprudenziali⁴³⁾ che hanno optato per la tesi più estensiva (ad avviso di chi scrive, meglio argomentata e fondata sull'indubbio dato testuale di cui all'art. 21-*bis*, 3° comma della l. 10 ottobre 1990, n. 287) che estende la legittimazione in questione anche agli atti relativi alle procedure di affidamento di contratti pubblici.

Ancora più contrastata risulta poi la problematica (centrale ai fini che ci occupano) relativa alla natura di giurisdizione oggettiva o soggettiva del sindacato del Giudice amministrativo nei ricorsi proposti ai sensi dell'art. 21-*bis*, 3° comma della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

A questo proposito, un primo orientamento più aderente all'impostazione tradizionale del nostro sistema di tutela giurisdizionale amministrativa ha ritenuto di poter escludere qualche dubbio di compatibilità con le

³⁹⁾ M.A. Sandulli, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/Eventi/_evento/_Convegno20130228Sandulli, 3 riporta ulteriore precedente storico: «non sembra in proposito inutile rilevare che, nel parere (n. 123 del 12 luglio 1999) espresso quasi quindici anni fa sul Regolamento di attuazione della c.d. "legge Merloni" (legge quadro in materia di lavori pubblici), l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, di fronte alla richiesta dell'allora Autorità di Vigilanza per i lavori pubblici di ottenere una legittimazione ad impugnare in via giurisdizionale gli atti di affidamento ritenuti illegittimi, osservò sì che "l'attribuzione di un generale potere di legittimazione ad impugnare gli atti delle stazioni appaltanti verrebbe a configurare una sorta di azione pubblica nell'interesse della legge, in contrasto con i principi generali del nostro ordinamento che richiedono – a parte i settori della giurisdizione penale e contabile – che l'azione giudiziaria trovi comunque un collegamento, sia pure amplissimo, con un interesse del soggetto agente protetto sia direttamente (diritto soggettivo) sia occasionalmente (interesse legittimo)", ma concluse poi nel senso che "una simile azione non può che essere disposta per legge", senza fare alcun riferimento alla compatibilità costituzionale di tale ipotesi».

⁴⁰⁾ M.A. Sandulli, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, cit., 12 che rileva, del tutto esattamente, come «in senso favorevole a tale possibilità di ricorso oper(i) ... il rinvio all'intero titolo V del libro IV del c.p.a., che, salvo l'art. 119, si occupa proprio del contenzioso in materia di appalti pubblici»; per l'applicabilità della previsione anche alla materia che ci occupa sembra implicitamente orientata anche B. Marchetti, *Italie / Italy. Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie*, cit., 158.

⁴¹⁾ «Le norme in discussione hanno uno spettro teleologico ben più vasto. Resta in primo piano la tutela dell'imparzialità dell'azione amministrativa, nonché del buon andamento in tutte le sue accezioni, così come sono in primo piano i suoi numerosi sottoprincipi, non ultimo, specie ai nostri giorni, quello della economicità e parsimoniosa utilizzazione delle risorse pubbliche. Assume rilevanza persino la tutela dell'ambiente e la realizzazione di fini di rilievo sociale»: F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *www.federalismi*, 2012, 33.

⁴²⁾ F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., 34 che richiama ulteriormente i rischi derivanti da possibili interferenze con i compiti dell'A.N.A.C. e la considerevole «espansione della sfera pubblica» che ne deriverebbe.

⁴³⁾ T.A.R. Toscana, sez. I, 7 dicembre 2017, n.1521, in *Foro amm.*, 2017, 12, 2451.

previsioni costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa (indubbiamente orientate per la natura di giurisdizione soggettiva) della norma attraverso l'attribuzione all'A.G.C.M. dell'interesse sostanziale al rispetto delle norme in materia di concorrenza: «la critica di coerenza costituzionale del potere di legittimazione ad agire delle Autorità indipendenti a tutela degli interessi ad esse specificamente affidati è a mio avviso superabile con la considerazione.....che esse sono per legge affidatarie della tutela dell'interesse al corretto andamento del settore vigilato, interesse che per l'AGCM si identifica nella tutela della concorrenza, sicché sono effettivamente portatrici di interessi sostanziali protetti dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizzano in capo ad esse e ne ricevono immediata lesione anche nel caso degli atti a contenuto normativo o generale, riducendosi (fino ad oggi) gli ostacoli al suo accesso diretto alla giustizia non tanto nella inconfigurabilità in capo alla stessa di un interesse sostanziale, “qualificato” in quanto fatto oggetto di una particolare considerazione dall'ordinamento e per questo differenziato da quello della generalità degli altri soggetti, ma, se mai, nella difficoltà di configurare in capo all'Autorità un interesse processuale, consistente, come noto, nella possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto e attuale dalla decisione⁴⁴».

Decisamente più aderente alla strutturazione della previsione normativa di cui all'art. 21-*bis*, 3° comma della l. 10 ottobre 1990, n. 287 risulta però, almeno ad avviso di chi scrive, l'altra impostazione dottrinale che ha concluso per la natura di giurisdizione obiettiva della previsione, ritenendo troppo ampia e generica l'operazione di soggettivizzazione sopra richiamata⁴⁵ e ravvisando tutti i caratteri costitutivi della giurisdizione oggettiva nel fatto stesso che «l'azione può dispiegarsi senza che sussista l'interesse al ricorso quale sua condizione. Ne segue ulteriormente che la tradizionale analisi sulla lesività dell'atto amministrativo non dovrà neppure essere esercitata⁴⁶»; del resto, anche l'idea di una giurisdizione amministrativa oggettiva, per quanto recessiva, non appare del tutto estranea al nostro sistema, essendo stata ben presente nei dibattiti dottrinali all'origine del nostro sistema e continuando a serpeggiare in alcune costruzioni giurisprudenziali (come quella relativa all'impugnazione dei regolamenti)⁴⁷ e, aggiungiamo noi, in alcune previsioni normative che trovano continua applicazione (i già citati artt. 6, 10° comma della l. 9 maggio 1989, n. 168 e 52, 4° comma del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446).

Dal canto suo, la giurisprudenza appare divisa tra contributi giurisprudenziali⁴⁸ che hanno espressamente condiviso la “tranquillizzante” lettura in termini di giurisdizione soggettiva della previsione ed altre decisioni che hanno, più pragmaticamente, preferito concentrarsi sugli aspetti applicativi della disposizione⁴⁹.

La decisa apertura per una tutela importata a modelli diversi da quello della giurisdizione soggettiva proprio

⁴⁴ M.A. Sandulli, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, cit., 6; nello stesso senso sembrerebbe essere orientata anche B. Marchetti, *Italie / Italy. Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie*, cit., 158 che parla, con riferimento all'A.G.C.M., di «un intérêt à agir spécial».

⁴⁵ «Non è possibile ritenere che l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) 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 di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto Se nascesse la tentazione di sostenere che in questo modello è pur sempre presente l'interesse legittimo, personificato in capo ad AGCM quale ente collettivo (sulla falsariga della costruzione che dato ingresso agli interessi diffusi nel processo amministrativo), probabilmente avremmo concesso così tanto alla nozione da privarla di qualsiasi contenuto giuridicamente rilevante»: F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., 16; nello stesso senso è orientato anche R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'Agcm ex art. 21 bis l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in www.federalismi.it, 2012, 4.

⁴⁶ F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., 16.

⁴⁷ F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, cit., 3 e ss.

⁴⁸ Soprattutto, T.A.R. Toscana, sez. I, 7 dicembre 2017, n.1521, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 6 maggio 2013, n.4451, in *Diritto com. e degli scambi internazionali*, 2013, 3, 485, con nota di Troianiello; *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 5, 1562 e 1592 con nota di Cappai; sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 5, 1587, con nota di Cappai.

⁴⁹ Come, ad esempio, C.G.A., sez. giurisd., 9 ottobre 2017, n. 428, in *Foro amm.*, 2017, 10, 2075 o Cons. Stato sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 323, in *Foro it.*, 2016, 4, III, 200, con nota di Condorelli.

della tradizione italiana risulta poi confermata dal nuovo art. 211, comma 1-*bis* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (aggiunto dall'art. 52-*ter*, 1° comma del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96) che ha espressamente conferito all'A.N.A.C. la legittimazione «ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture⁵⁰».

Con tutta evidenza, si tratta di una norma destinata a superare il dibattito in ordine alla legittimazione dell'A.G.C.M. a proporre impugnazione nella materia dei contratti della p.a. (legittimazione ormai probabilmente superata dalla norma specifica in materia di legittimazione dell'A.N.A.C.) e che si presenta suscettibile della “doppia lettura” in termini di giurisdizione soggettiva (secondo la costruzione più tranquillizzante sopra richiamata) o, al contrario, oggettiva già emersa nel dibattito relativo alla precedente previsione di cui di cui all'art. 21-*bis*, 3° comma della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

Al di là del condivisibile tentativo di leggere le previsioni in discorso in termini più “tradizionali” e compatibili con la sostanzialmente incontrastata impostazione soggettivistica del nostro processo amministrativo (adattamento forse necessario per permettere un migliore inserimento nella sistematica tradizionale di previsioni sicuramente innovative), appare immediatamente evidente come le previsioni normative ormai vi siano e trovino applicazione anche nella materia della contrattualistica pubblica, senza necessità di alcuna verifica in ordine alla sussistenza originaria di un qualche interesse all'impugnazione; la sostanza è pertanto quella della giurisdizione oggettiva e si può ben perdonare a giuristi educati sotto il dogma della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa di usare una finzione (la soggettivazione in capo all'A.G.C.M. o oggi all'A.N.A.C. di un interesse alla tutela del mercato e della concorrenza tanto generico da risultare forse dogmaticamente inutile), ovvero uno strumento tipico dei momenti di trasformazione degli istituti giuridici⁵¹.

Quello che conta ai fini della nostra analisi è che l'approdo finale della sistematica italiana in materia di legittimazione al ricorso non è diverso da quello francese ed è costituito da un *mix* di soggettivo (la legittimazione alla proposizione del ricorso in capo ai soggetti privati che, oltre a soddisfare il proprio interesse personale, diventano *matchdog* dell'interesse pubblico) e oggettivo (la proposizione del ricorso da parte di soggetti pubblici come il Prefetto o i «*membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernés*» nell'ordinamento francese o l'Autorità nazionale anticorruzione nell'ordinamento italiano, che non devono dimostrare un particolare interesse a ricorrere); pur partendo da punti di partenza opposti, il punto di approdo finale è pertanto lo stesso (o assai simile) ed è costituito dal tentativo di compenetrare e far convivere sistematiche opposte, nella prospettiva di un sostanziale potenziamento delle funzioni di controllo in un settore altamente delicato.

Sotto il profilo funzionale, sostanzialmente analogo a quanto già rilevato con riferimento all'ordinamento francese, risulta poi il meccanismo di operatività che permette sostanzialmente anche a chi abbia un interesse diretto alla vicenda di scegliere la strada, certo più tortuosa ma che evita di esporsi personalmente, della richiesta di intervento dell'A.N.A.C.; l'utilità del meccanismo è pertanto la stessa.

Sotto altro profilo, l'evoluzione sopra tratteggiata dell'ordinamento italiano presenta interessanti analogie anche con l'ordinamento svizzero che, analogamente, attribuisce alla *Commission fédérale de la concurrence* (cd. *ComCo*) la legittimazione ad impugnare, nell'interesse della legge, gli atti «*en matière de marchés publics cantonaux*», ma al solo fine di «*faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché*⁵²»; al di là delle restrizioni di tutela presenti nell'ordinamento svizzero, si tratta certamente di una soluzione che presenta numerosi punti di contatto con la soluzione italiana, soprattutto per quello che riguarda l'attribuzione della legittimazione ad un'Autorità amministrativa indipendente.

L'analisi si conclude quindi con l'evidenziazione di una tendenza di fondo verso una contaminazione di modelli che trova espressione in un *mix* di legittimazioni processuali e di modelli improntati a diverse logiche

⁵⁰ Con deliberazione del 13 giugno 2018, l'Autorità nazionale anticorruzione ha regolamentato, ai sensi dell'art. 211, comma 1-*quater* del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (sempre aggiunto dall'art. 52-*ter*, 1° comma del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. in l. 21 giugno 2017, n. 96), anche l'esercizio del potere di impugnazione.

⁵¹ Sul ruolo della finzione nel ragionamento giuridico è obbligatorio il riferimento a Y. Thomas, *Fictio legis*, Macerata, trad. it. 2011.

⁵² Sul potere in questione, si rinvia a É. Poltier, *Suisse / Switzerland. Le règlement des litiges liés aux contrats publics en Suisse*, in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 365 e 367.

ricostruttive; come rilevato al § 1, siamo pertanto in presenza di «una comparazione per unire», ovvero di una comparazione tesa ad evidenziare un processo di sostanziale convergenza tra più ordinamenti che va peraltro anche oltre l'influsso unificante del diritto comunitario (che, come già rilevato, non impone l'utilizzazione di forme di giurisdizione oggettiva) e può, forse, trovare utilizzazione anche all'interno dei singoli ordinamenti per giustificare apparenti “strappi” alla tradizione (come il potere di legittimazione attribuito all'A.G.C.M.) che, in realtà, si inseriscono in movimenti evolutivi più ampi e forse più comprensibili all'esito dell'analisi comparatistica.

3. Comparare per dividere: i costi del giudizio.

La dottrina più avvertita ha ampiamente rilevato la necessità che la comparazione giuridica utilizzi anche lo strumentario concettuale dell'analisi economica del diritto, ritenendo che da «una simile combinazione il diritto comparato (possa trarre) giovamento perché acquisisce nuovi spunti per raffrontare diritti a partire dalla loro funzione, sviluppando così il metodo funzionale.....se la comparazione consiste nel confronto degli stati di due oggetti su una proprietà, l'analisi economica consente di descrivere quegli stati in modo preciso, ovvero di misurare in modo affidabile le identità e differenze tra costruzioni giuridiche con riferimento ad una loro specifica caratteristica: la funzione cui assolvono⁵³».

Si tratta di un'impostazione che non è certamente estranea all'opera di Laurence Folliot Lalliot e Simone Torricelli vista l'inclusione, già nel *questionnaire pour les analyses nationales* destinato ad uniformare i contributi da inserire nel volume, di un punto 1.9 («est-ce que le recours est subordonné au paiement d'une taxe ? Quel est son montant ? Que se passe-t-il si la taxe n'est pas payée ?») destinato alla problematica delle (eventuali) tasse di ricorso, del loro importo e delle conseguenze del mancato pagamento degli oneri fiscali.

Ed in effetti si tratta di una problematica della massima importanza, vista la rilevanza che la problematica relativa ai costi di giustizia assume ai fini dell'efficacia complessiva di un sistema di tutela giurisdizionale, sia in termini “generalisti” (venendo a determinare la complessiva “accessibilità” o meno degli utenti ad un sistema di tutela giurisdizionale), sia per l'effetto della complessiva “selezione” nell'accesso alla giustizia (con riferimento, agli interessi tutelabili, che si restringono agli interessi di maggiore rilievo economico ed alla “platea” dei possibili ricorrenti) che deriva dalla previsione di alti costi di giudizio⁵⁴; un ruolo quindi di sostanziale “filtro” nell'accesso alle aule di giustizia che assume indubbiamente una grande importanza ai fini dell'individuazione del concreto modo di operare di un sistema di tutela giurisdizionale.

In questa prospettiva (spesso utilizzata da chi scrive, ma certo non estranea all'impostazione della ricerca di Folliot Lalliot e Torricelli, visto il già richiamato punto 1.9 del *questionnaire*), l'analisi relativa all'Italia del volume non poteva non registrare la politica di alti costi di accesso alla giustizia amministrativa (ma non solo) seguita dall'Italia negli ultimi anni che ha raggiunto livelli veramente preoccupanti nel contenzioso dei contratti pubblici, con le relative problematiche che hanno interessato anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁵: «les coûts d'un litige en matière de contrats publics sont plutôt élevés : afin de juguler la tendance à une forte augmentation des recours relevant de la juridiction administrative en cette matière, depuis 2012, une nouvelle contribution unifiée doit être versée au moment du dépôt du recours. Par rapport aux autres contentieux, pour lesquels la contribution unifiée est fixée à 600 €, pour le contentieux des contrats publics la contribution est au minimum de 2000 €. Elle peut être portée à 4000 € et 6000 € en fonction de la valeur du marché⁵⁶».

⁵³ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 162, con un condivisibile quadro delle problematiche che originano dalla combinazione tra analisi economica del diritto (soprattutto nell'impostazione statunitense) e comparazione giuridica.

⁵⁴ Per l'approfondimento di queste problematiche, impossibile in questa sede, si vedano, soprattutto, L. Viola, *Introduzione breve all'analisi economica della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giurisd. amm.*, 2006, II, 331; Id., *Giurisdizione condizionata e azione risarcitoria nei confronti della p.a: le incertezze della Corte costituzionale*, *ivi*, 2008, 219; F. Saitta, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, in A.I.P.D.A. (Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 285 e ss.

⁵⁵ C.G.U.E. sez. V, 6 ottobre 2015, n.61 in causa C-61/14 in *Foro it.*, 2015, parte IV, col. 522; *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, 6, 1479; per un commento all'ordinanza di rimessione si veda A. Daidone, *L'effettività della tutela giurisdizionale e la misura del contributo unificato nella materia dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, 478 e ss.

⁵⁶ B. Marchetti, *Italie / Italy. Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie*, cit., 158.

Sicuramente, uno degli effetti positivi (secondo la logica: mal comune, mezzo gaudio) dell'analisi comparatistica è costituito dalla rilevazione che non si tratta di una tendenza solo italiana, ma che è presente anche in altri Stati come, ad esempio, la Germania⁵⁷ o la Grecia⁵⁸ con analoga (se non maggiore) funzione disincentivante del ricorso alla tutela giurisdizionale nella materia dei contratti pubblici; del resto, che si tratti di una disciplina non dettata solo da logiche fiscali, ma anche dall'evidente finalità di «*juguler la tendance à une forte augmentation des recours relevant de la juridiction administrative en cette matière*»⁵⁹ appare tanto evidente da non richiedere particolari giustificazioni.

Nessun particolare dato relativo agli oneri fiscali del processo è però contenuto nella “scheda” di Rozen Noguellou dedicata al sistema francese e si tratta di un'omissione di facile comprensione ove si consideri il fatto che si tratta proprio di uno di quegli Stati che hanno optato per un regime di completa gratuità dell'accesso alla giustizia; un dato strutturale (se si eccettua un limitato periodo di tempo che ha conosciuto una tassa di ricorso di importo limitatissimo⁶⁰) dell'intero sistema processuale francese che certo giustifica la singolare “dimenticanza” nell'evidenziazione di una particolarità che avrebbe però meritato di essere comunque sottolineata, proprio perché determina una delle caratteristiche di un sistema di tutela giurisdizionale, sotto il profilo essenziale dell'accesso alla giustizia e della selezione degli interessi azionati in giudizio.

Mentre l'analisi condotta al paragrafo precedente ha confermato un sostanziale processo di convergenza tra i sistemi italiano e francese che sembrano sempre più avvicinarsi (anche se partiti da impostazioni fortemente divergenti, se non opposte), l'analisi dei due sistemi sotto il profilo dei costi di giustizia evidenzia una più facile accessibilità del Giudice amministrativo francese che si contrappone ad una netta politica di chiusura e selezione degli interessi tutelati che è incessabilmente perseguita dal legislatore italiano e subita da operatori e utenti del servizio giustizia; del resto, si tratta di una di quelle caratteristiche che è facilmente constatabile da chiunque abbia modo di assistere ad udienze del Giudice amministrativo francese in cui sono portate all'attenzione del giudicante controversie, anche in materia contrattuale, di limitato valore economico e che in Italia avrebbero trovato un sostanziale ostacolo nel “filtro” costituito dagli alti costi del contributo unificato.

Non si tratta poi di una politica francese di gratuità/bassi costi di accesso alla giustizia che si ferma alla problematica degli oneri fiscali; una considerazione piena dei costi di accesso alla giustizia nella prospettiva dell'analisi economica del diritto deve, infatti, considerare, non solo gli oneri fiscali, ma anche gli altri costi, diretti e indiretti, che derivano dalla complessiva disciplina processuale come, ad es., quelli derivanti dalla necessità di utilizzare il patrocinio dell'avvocato, dalle tariffe professionali o da altre particolarità del sistema processuale (come quella relativa all'obbligo di utilizzare un domiciliatario o i costi indiretti derivanti dall'avvento del processo telematico⁶¹).

In questa prospettiva (sostanzialmente non considerata dall'analisi di Folliot Lalliot e Torricelli), la politica di sostanziale obbligatorietà del patrocinio dell'avvocato (con la limitatissima eccezione costituita dall'art. 23 c.p.a.) propria della tradizione italiana si contrappone alla soluzione tradizionale dell'ordinamento francese che non richiede in primo grado il patrocinio dell'avvocato con riferimento ai ricorsi *pour excès de pouvoir* (cd.

⁵⁷ U. Stelkens, *Allemagne / Germany. Le contrôle et le contentieux des contrats publics en Allemagne*, in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 45 ove però non è chiaro se si tratti di una tassa o di una sanzione processuale applicata al soccombente.

⁵⁸ E. Koutoupa-Rengakou, *Grèce / Greece. Le règlement des litiges liés aux contrats publics en Grèce*, in L. Folliot-Lalliot e S. Torricelli, *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, cit., 138: «*le requérant doit payer une somme s'élevant à 0,5 % de la valeur du marché, mais sans dépasser un montant de 15.000 €, ni être inférieur à un montant de 600 € (article 363)*».

⁵⁹ B. Marchetti, *Italie / Italy. Spécialité du contentieux et recherche des remèdes alternatifs dans le secteur des contrats publics en Italie*, cit., 158; del tutto condivisibile risulta l'osservazione di S. Torricelli, *Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours*, cit., 481: «*L'insuffisance de la jurisprudence européenne sur cette question des frais de recours, offre aux États un moyen simple et efficace pour soustraire leurs Administrations au contrôle de leurs décisions contractuelles*».

⁶⁰ F. Volpe, *Una storia francese (ancora sul contributo unificato)*, in www.lexitalia.it, 2014, 1.

⁶¹ Per un'analisi delle relative problematiche dopo l'entrata in vigore del P.A.T. si rinvia a L. Viola, *Diritto e tecnica nel processo amministrativo telematico*, in www.federalismi.it, 2016, 22, 2; Id., *Giusto processo e processo amministrativo telematico: un rapporto difficile*, in *Urb. e appalti*, 2017, 2, 181; Id., *I diversi modi di guardare al P.A.T. e le strategie di adattamento dell'ambiente forense*, in www.lexItalia.it, 2018, 4; Id., *Le dottrine del processo amministrativo telematico*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa*, 2018, 3, 263 e ss.

ricorsi REP) e ad almeno una parte dei ricorsi *de pleine juridiction* (cd. ricorsi RPC)⁶².

Anche dopo la “soggettivizzazione” del processo richiamata al § 2, si tratta di una scelta che è stata poi parzialmente mantenuta; l’obbligo di utilizzare il patrocinio dell’avvocato sostanzialmente previsto dall’art. R 431-2 del *code de justice administrative* (trattandosi indubbiamente di controversie “né d’un contrat”) è, infatti, temperato dalle previsioni dei numeri 1 e 5 dell’art. R 431-3 del *code* che escludono l’obbligo di utilizzare il patrocinio tecnico nell’ipotesi in cui si tratti di controversie «dans lesquels le défendeur est une collectivité territoriale, un établissement public en relevant ou un établissement public de santé»; del tutto esattamente, la dottrina ha pertanto rilevato come uno dei (tanti) effetti indiretti della giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne* sia quello di restringere l’accesso alla giustizia da parte dei cittadini, visto l’obbligo delle parti, quando si tratti di amministrazioni diverse da quelle previste dall’art. R 431-3 del *code de justice administrative*, di «recourir aux services d’un avocat, ce qui est de nature à fortement limiter les saisines des tribunaux administratifs⁶³».

In buona sostanza, siamo pertanto in presenza di una disciplina processuale che esclude dall’obbligo di munirsi del patrocinio tecnico nel corso dei giudizi di primo grado, una buona fetta del contenzioso, vista l’ampiezza dell’eccezione prevista dall’art. R 431-3 del *code de justice administrative* (comprendente, soprattutto, tutte le collettività territoriali e le amministrazioni sanitarie) e che viene considerevolmente a ridurre i costi dell’accesso alla giustizia; anche in questo caso, una soluzione notevolmente diversa da quella prevista dall’ordinamento italiano e che è abbastanza facile riscontrare nell’esperienza concreta del processo amministrativo francese in cui sono certamente presenti contenziosi di primo grado, anche in materia contrattuale, proposti senza patrocinio di avvocato.

In conclusione, l’approfondimento dell’analisi comparatistica condotto con l’apporto (minimo) dell’analisi economica del diritto evidenzia, al contrario di quanto rilevato ai §§ precedenti, una sostanziale differenziazione tra l’ordinamento francese e quello italiano sotto il profilo essenziale dei costi di accesso alla giustizia; certamente l’ordinamento francese segue una politica caratterizzata da bassi costi di accesso alla giustizia (soprattutto in primo grado) che appare all’opposto della soluzione “schizofrenica” seguita dall’ordinamento italiano che, da un lato, affida ai privati il compito di “guardiani” della correttezza delle procedure anche nell’interesse pubblico, ma poi imbecca una politica di aumento dei costi di accesso alla giustizia destinata inevitabilmente a restringere l’ambito del controllo, rendendo sostanzialmente impossibile o molto difficoltosa ai privati la proposizione dell’azione giurisdizionale.

Con riferimento all’aspetto dei costi dei giudizi, la comparazione tra la disciplina francese in materia di tutela giurisdizionale nei contratti pubblici e quella italiana evidenzia pertanto un contesto che può essere riportato alla definizione di «comparare per dividere» richiamata al § 1, ovvero ad una «comparazione giuridica post-moderna (che) mira... a richiamare l’attenzione dello studioso sui molteplici nessi tra le costruzioni tecnico-giuridiche e il contesto in cui sono maturate... un contesto che è (certamente) storico⁶⁴»; e in questa (diversa) prospettiva estremamente sensibile alle “identità” dei singoli diritti, il punto relativo ai costi di giudizio ed alla diversa accessibilità del sistema di giustizia amministrativa da parte dei cittadini costituisce sicuramente un (forte) punto di contrasto e differenziazione tra i due sistemi.

4. Guardare all’Italia dalla Francia.

Le (breve) considerazioni articolate nei §§ precedenti hanno già evidenziato quale sia l’angolo visuale (certo particolare) utilizzato da chi scrive nel guardare al diritto amministrativo francese.

In alcuni precedenti scritti⁶⁵, questo modo di vedere è stato sintetizzato, richiamando un breve scritto di Italo Calvino intitolato *Eremita a Parigi*⁶⁶; per Italo Calvino, Parigi era, infatti, il luogo in cui era più facile estraniarsi

⁶² C. Barray-P. X. Boyer, *Contentieux administratif*, cit., 209; D. Bailleul, *Le procès administratif*, cit., 40.

⁶³ P. Cassia, *Commento a C.E. ass. 4 avr. 2014, Département du Tarn-et-Garonne*, cit.; ovviamente non sono soggetti all’obbligo di utilizzare il patrocinio dell’avvocato i ricorsi proposti da altri soggetti privati («membres de l’organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernés») che, secondo la sistematica della giurisprudenza *Département du Tarn-et-Garonne*, continuano a seguire le regole proprie del *recours pour excès de pouvoir* (che non richiede, in primo grado, il patrocinio dell’avvocato).

⁶⁴ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 6e e ss., con ampi approfondimenti sul tema.

⁶⁵ L. Viola, *Eremita a Parigi: la giustizia amministrativa francese vista da un magistrato italiano*, in *Giurisd. amm.*, 2012, II, 20-28; *www.federalismi.it*, 2011, 26; Id., *Il Giudice amministrativo e la tutela dei diritti dei detenuti negli ordinamenti italiano e francese*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 10, LXVII.

⁶⁶ I. Calvino, *Eremita a Parigi*, ora in *Romanzi e racconti*, Milano, vol. III, 1994, 102 e ss.; la prima pubblicazione dello

dalle cose italiane e scrivere di altri luoghi italiani che costituivano il suo *paesaggio interiore*; «bisogna che un luogo diventi un paesaggio interiore, perché la immaginazione prenda ad abitare quel luogo, a farne il suo teatro⁶⁷»; fatte le debite proporzioni, scrivere di cose francesi costituisce anche per chi scrive l'occasione per ritornare su un paesaggio interiore tutto italiano, caratterizzato da una ben diversa problematicità e, soprattutto, da un certo senso di insoddisfazione per gli strumenti di tutela attualmente a disposizione del giudice italiano in materia di contenzioso dei contratti pubblici.

Credo che si tratti di un modo di guardare ad una giurisdizione straniera che vada benissimo anche per le problematiche sommariamente trattate in queste pagine; il tempo⁶⁸ e gli strumenti di conoscenza sono troppo limitati per appropriarsi totalmente di un sistema giuridico e farlo diventare il proprio *paesaggio interiore*; è però molto facile farsi un'idea delle differenti soluzioni date ad alcuni problemi centrali dagli altri ordinamenti e porle a confronto, a volte anche in modo polemico o impietoso, con le soluzioni italiane.

In buona sostanza, quindi, il nostro *paesaggio interiore* resta sempre italiano e la “dislocazione” all'estero permette di meglio comprendere alcuni meccanismi, spesso non ben “oleati” del nostro sistema giuridico; si parla e si scrive, quindi, di Francia, ma l'obiettivo principale resta l'Italia.

scritto è del 1974. In un'intervista di Calvino a Daniele Del Giudice (*Un altrove da cui guardare l'universo*, in *Paese Sera* del 7 gennaio 1978; oggi citato in I. Calvino, *Romanzi e racconti*, cit., 1212) è meglio chiarito il senso dello scritto: «ecco, negli anni '70 sono stato soprattutto l'eremita. In disparte, ma mica lontanissimo L'eremita ha la città sullo sfondo, per me la città resta l'Italia».

⁶⁷ I. Calvino, *Eremita a Parigi*, cit., 102.

⁶⁸ La rilevanza dell'elemento tempo è testimoniata dal fatto che lo stesso Calvino ha successivamente pubblicato (pur senza modificare il suo giudizio precedente in ordine all'impossibilità di raccontare Parigi) alcuni scritti, come *La poubelle agrée* (in *Romanzi e racconti*, cit., 59 e ss.; lo scritto è del 1977) o i capitoli parigini di *Palomar* (oggi in I. Calvino, *Romanzi e racconti*, Milano, Mondadori, vol. II, 1992, 930), che evidenziano un “paesaggio interiore” ormai esteso anche alla Francia e a Parigi.