

L'impugnabilità di atti “preparatori” dell’Unione nel contesto di procedimenti amministrativi compositi. Note a margine di TAR Napoli, sent. 26 luglio 2023, n. 4478

Andrea Circolo (Ricercatore a tempo determinato di tipo A in diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Napoli Federico II) – 20 settembre 2023

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda. – 3. I fatti di causa. – 4. Alcune considerazioni critiche. – 5. Conclusioni.

1. Una recente sentenza del TAR Napoli offre una preziosa occasione per ritornare su un tema classico, ma ancora irrisolto; vale a dire le ricadute dei procedimenti amministrativi compositi sulla tutela giurisdizionale effettiva dei singoli ([TAR Campania-Napoli, III sez., 26 luglio 2023, n. 4478](#); per un inquadramento, H. C. H. HOFMANN, *Decision-making in EU Administrative Law – The Problem of Composite Procedures*, in *Administrative Law Review*, vol. 61, 2009, p. 199 ss.; H. C. H. HOFMANN, M. TIDGHI, *Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks*, in *European Public Law*, vol. 20, n. 1, 2014, p. 147 ss.). Nella fattispecie, il giudice napoletano ha dichiarato inammissibile un ricorso avverso un atto amministrativo interno che concludeva il procedimento, in ragione del fatto che l’atto “presupposto” adottato dall’istituzione dell’Unione avesse esaurito il potere discrezionale riservato all’autorità statale, riducendo il primo a mero atto esecutivo del secondo.

I procedimenti amministrativi compositi sono oggetto da tempo dell’attenzione degli studiosi del diritto amministrativo europeo, i quali hanno messo in rilievo come questi sollevino “problemi sconosciuti ai procedimenti che si svolgono interamente nell’ambito di un unico ordinamento giuridico” (B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, spec. p. 343 ss.; v. anche E. CHITI, G. DELLA CANANEA, *L’attività amministrativa*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, III ed., Milano, 2011, p. 103 ss.; J. ZILLER, *Concepts d’administration directe, d’administration indirecte et de co-administration et fondements du droit administratif européen*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (sous la direction de), *Traité de droit administratif européen*, Brussels, 2022, p. 297 ss.; tra le opere monografiche, G. MASTRODONATO, *I procedimenti*

amministrativi composti nel diritto comunitario, Bari, 2007; S. ALONSO DE LEÓN, *Composite Administrative Procedures in the EU*, Madrid, 2017).

Nello specifico, è stato evidenziato che la discontinuità nell'esercizio della funzione amministrativa che contraddistingue siffatti procedimenti non rende facilmente individuabili i criteri di attribuzione della responsabilità dell'atto e, di conseguenza, si ripercuote negativamente sulle esigenze di tutela dei singoli (H. C. H. HOFMANN, *Multi-Jurisdictional Composite Procedures - The Backbone to the EU's Single Regulatory Space*, in *University of Luxembourg Law Working Papers*, n. 3, 2019, spec. pp. 3 e 4).

In tale contesto, il caso preso in esame assume una particolare rilevanza, perché, come segnalato dal TAR Napoli, la questione oggetto del ricorso non era mai stata affrontata dalla giurisprudenza interna, né tantomeno dalla Corte di giustizia (v. M. ELIANTONIO, *Judicial Review in an Integrated Administration: the Case of 'Composite Procedures*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 7, n. 2, 2014, p. 84, che definiva situazioni come la fattispecie "not likely to occur"). Difatti, è la prima volta in cui il giudice amministrativo ha dovuto confrontarsi con un atto *intermedio*, quello dell'Unione, che *non conclude* il procedimento composito, ma lo *definisce* e, pertanto, non è classificabile come atto *endoprocedimentale*.

Il presente contributo mira, perciò, a ricostruire i passaggi salienti della pronuncia del TAR, per poi offrire alcune brevi riflessioni sullo stato attuale di incertezza che caratterizza i procedimenti amministrativi misti, in particolar modo nell'ipotesi in cui i relativi esiti siano messi in discussione dinanzi agli organi giurisdizionali.

2. Allo scopo di realizzare un progetto di interesse europeo, nella fattispecie una piattaforma digitale di servizi di trasporto multimodali secondo i moderni modelli della *Mobility-as-a-Service* (MaaS), le società ricorrenti hanno ottenuto un contributo destinato alle piccole e medie imprese per una cifra complessiva di 1 milione di euro, finanziato dal Fondo europeo di sviluppo regionale nell'ambito del Programma operativo regionale (POR) della Campania 2014-2020.

Nondimeno, a seguito di un controllo da parte della Commissione europea, l'aiuto concesso alla società Metoda, mandataria dell'ATI di scopo con le altre imprese coinvolte, è stato ritenuto irregolare, dal momento che la società in questione non rispettava le condizioni per essere considerata una PMI, come tassativamente previsto dal POR. Con la relazione finale di *audit* n. ARES/2022/6485966, del 20 settembre 2022, la Commissione ha quindi ritenuto che il progetto non fosse ammissibile a finanziamento. L'atto non è stato notificato al beneficiario dall'aiuto, quanto solamente alla Regione Campania, alla quale la Commissione ha concesso un termine di tre mesi affinché procedesse con il recupero delle somme corrisposte.

Sulla base di quanto descritto nella relazione, la Direzione generale Università, Ricerca e Innovazione della Giunta regionale della Campania ha adottato un decreto dirigenziale (n. 5, del 13 gennaio 2023), evidenziando la non idoneità del beneficiario a partecipare al programma di finanziamento e

ordinando la restituzione delle somme indebitamente percepite. Il gruppo di società ha dunque proposto ricorso al TAR Napoli per l'annullamento del decreto dirigenziale e, come di consueto, di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali.

3. All'esito dell'analisi delle questioni rilevanti, il TAR Napoli ha dichiarato inammissibile il ricorso, precisando che, nell'ambito di un procedimento amministrativo composito, quale quello di specie, il decreto dirigenziale della Regione Campania è da considerarsi un mero atto confermativo della relazione della Commissione, anche se conclude formalmente il procedimento; viceversa, la relazione, pur essendo un atto presupposto rispetto al decreto, rappresenta il provvedimento effettivamente "definitivo", impugnabile, per evidenti ragioni di competenza, solamente dinanzi al giudice dell'Unione.

Una rapida sintesi dei passaggi interpretativi proposti dal TAR pare utile al fine di contestualizzare il *decisum* della pronuncia e di comprendere appieno gli aspetti critici relativi al funzionamento dei procedimenti misti.

Sin da subito, il giudice amministrativo ha assimilato il procedimento amministrativo oggetto del ricorso alla categoria dei procedimenti compositi, definiti come un nuovo modello di organizzazione della funzione amministrativa nel quale "le autorità dell'Unione e quelle di uno Stato membro, o di diversi Stati membri, operano in connessione tra loro e in modo complementare, con funzioni distinte ed interdipendenti, presupponendosi un rapporto di integrazione tra ordinamenti per la concorrenza di diversi centri di poteri".

Di seguito, il Collegio ha evidenziato come, in tali procedimenti, la classificazione degli atti amministrativi prodotti nell'esercizio della funzione pubblica non possa seguire necessariamente gli schemi classici, ma presenti peculiarità proprie, come l'alterazione dell'ordine procedimentale e, soprattutto, la minore rilevanza del provvedimento finale rispetto agli altri atti.

In particolare, secondo il TAR Napoli, nelle ipotesi in cui il procedimento si concluda formalmente con un atto di un'autorità nazionale (c.d. "top-down"), ma ove l'atto amministrativo dell'Unione posseda una rilevanza esterna tale da non poter essere ridotto a mero atto endoprocedimentale, questioni come l'impugnabilità e l'individuazione della giurisdizione non possono essere decise sulla base della distinzione tradizionale tra atti interni del procedimento e provvedimento conclusivo, ma vanno valutate alla luce dell'effettiva incidenza dell'atto rispetto al risultato finale. Su queste basi, il giudice amministrativo ha individuato, nella relazione della Commissione, l'atto produttivo di effetti nei confronti del beneficiario, facendo leva sulla circostanza che, a prescindere dal suo posizionamento temporale nella linea procedimentale, esso è del tutto vincolante per l'autorità nazionale e non può considerarsi, perciò, un atto preparatorio. Così, dal momento che il giudice competente a valutare la legittimità degli atti di un procedimento composito è quello dell'ordinamento a cui appartiene l'autorità amministrativa che esercita il potere decisionale effettivo, il TAR Napoli ha concluso nel senso che

soltanto il giudice dell'Unione era in grado di esercitare, nella fattispecie, un controllo di legittimità sul procedimento di revoca dell'aiuto.

In assenza di precedenti giurisprudenziali simili, il giudice amministrativo ha richiamato, per analogia, numerose pronunce della Corte concernenti sì procedimenti misti, ma sviluppati secondo dinamiche differenti: da una parte, quelli in cui la decisione dell'organo comunitario è vincolata dall'atto emanato dall'amministrazione nazionale (tra tutte, sentenza del 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli/Commissione*, spec. punti 10 e 11); dall'altra, quelli in cui le autorità statali intervengono nella fase preparatoria, ma il potere decisionale è riservato alle istituzioni dell'Unione (ad es., sentenza della Corte del 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Svezia/Commissione*, spec. punti 93 e 94).

Con particolare riferimento a quest'ultimo procedimento, il più simile a quello di specie in ragione del fatto che il potere effettivo è esercitato dall'istituzione dell'Unione, il TAR ha citato, in più di un passaggio, la sentenza *Berlusconi e Fininvest* (19 dicembre 2018, causa C-219/17), ove, su domanda pregiudiziale del Consiglio di Stato, la Corte di giustizia aveva stabilito che l'art. 263 TFUE osta a che gli organi giurisdizionali nazionali esercitino un controllo di legittimità sugli atti di avvio, preparatori o di proposta non vincolante adottati dalle autorità nazionali, qualora essi siano "tappa di un procedimento nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale" (punto 43).

Rilevata la propria incompetenza in via assoluta a statuire, il giudice amministrativo non si è limitato a dichiarare inammissibile il ricorso, ma ha altresì aggiunto come, in tale circostanza, una *translatio iudicii* non fosse possibile, dal momento che ciò è consentito "soltanto nell'ambito delle questioni di riparto di giurisdizione tra i giudici appartenenti alle varie giurisdizioni interne all'ordinamento nazionale", mentre la competenza della Corte di giustizia "esorbita dalla nozione, tutta di diritto positivo, di questione di giurisdizione".

4. La ricostruzione proposta dal TAR Napoli con riguardo alla disciplina dei procedimenti compositi appare, almeno in punto di diritto, coerente e dimostra una conoscenza approfondita della relativa giurisprudenza della Corte. Eppure, ad una più attenta lettura, la pronuncia solleva taluni dubbi che, prima ancora di riguardare il suo contenuto, attengono al fenomeno giuridico in sé del procedimento amministrativo multilivello. Infatti, il grado di integrazione che connota oggi il rapporto tra l'ordinamento dell'Unione e quello nazionale sembra notevolmente ridursi con riguardo alle regole del procedimento amministrativo e del diritto processuale, nonché, alla relazione tra le due discipline, che appaiono tutt'altro che "vasi comunicanti". Il mancato coordinamento tra i due livelli sembra accentuarsi ancor più nel funzionamento dei procedimenti compositi e dei relativi rimedi giurisdizionali, poiché l'approccio fondato sulla sussidiarietà finisce, in realtà, per sacrificare i diritti dei singoli sull'altare dell'autonomia amministrativa e processuale.

Nella fattispecie in esame, un primo elemento di incongruenza riguarda la mancata comunicazione al ricorrente dell'atto dell'Unione. Tenuto conto che la relazione di *audit* della Commissione deve considerarsi un atto definitivo a tutti gli effetti, pare lecito interrogarsi sul perché un atto di tale portata non venga notificato al destinatario, ma acquisisca rilevanza esterna soltanto successivamente, nella specie una volta introdotto il processo dinanzi al giudice nazionale. È vero che, come noto, il diritto dell'Unione consente ai singoli di proporre un'azione di annullamento anche in caso di mancata pubblicazione o notificazione dell'atto ritenuto illegittimo, ovvero entro due mesi dal giorno in cui il ricorrente ne abbia avuto effettiva conoscenza (v. sentenza del 17 maggio 2017, cause riunite da C-337/16 P a C-339/16 P, [Portogallo c. Commissione](#), punto 34); è altrettanto vero, tuttavia, che gli obblighi di buona amministrazione e di leale cooperazione ai quali sono sottoposte sia le istituzioni dell'Unione, che le amministrazioni nazionali nell'attuazione del diritto dell'UE (v. sentenza del 22 settembre 2022, causa C-159/21, [Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság e a.](#), punti 34 e 35), avrebbero dovuto spingere la Commissione e la Regione Campania a mettere i beneficiari immediatamente a conoscenza di una decisione tanto rilevante come quella in parola. Più precisamente, la prima avrebbe dovuto notificarla alla società contestualmente alla sua comunicazione alla Regione. Dal suo canto, in assenza di tale notifica, la Regione avrebbe dovuto rendere la relazione disponibile al beneficiario al momento dell'adozione dell'atto conclusivo del procedimento; al contrario, come emerge dai fatti di causa, essa ha adottato un provvedimento di diniego nei confronti di un'istanza di accesso agli atti presentata dal ricorrente.

Un secondo aspetto che suscita perplessità riguarda il ragionamento seguito dal TAR Napoli, che, a tratti, risulta estremamente sintetico (talvolta persino superficiale).

Pur avendo, a giusta ragione, ritenuto di non essere giurisdicante, manca nella sua ricostruzione ogni riferimento al rispetto delle condizioni [Plaumann](#) da parte del beneficiario dell'aiuto (sul tema, in via generale, si rimandi a G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, IV ed., Napoli, 2023, p. 381 ss.) che, invece, avrebbero dovute essere attentamente scrutinate per assicurarsi che al singolo fosse assicurata una tutela adeguata ed effettiva. Vale a dire che, quantunque non sia possibile indicare con certezza quale strada avrebbe seguito il TAR in caso di un atto dell'Unione non ricorribile dai singoli, la semplicità del percorso logico - argomentativo fa sorgere più di un dubbio sulla consapevolezza dei rimedi da riconoscere ai singoli, persone fisiche e/o giuridiche.

Vero è che, nell'ipotesi di specie, è indiscutibile che la relazione della Commissione riguardi direttamente e individualmente il ricorrente; e che, in ogni caso, la Corte da sempre sostiene che un atto intermedio produttivo di effetti giuridici autonomi sia impugnabile qualora non sia possibile rimediare all'illegittimità contestata tramite un ricorso avverso la decisione finale di cui esso costituisce un momento preparatorio (sentenze del 3 giugno 2021, causa C-650/18, [Ungheria c. Parlamento](#), punti 46-48 e del 6 ottobre 2021, causa

C-431/20 P, [Tognoli e a. c. Parlamento](#), punti 41-43; cfr. anche le sentenze del 9 ottobre 2001, causa C-400/99, *Italia/Commissione*, spec. punto 63 e del 13 ottobre 2011, cause riunite C-463/10 P e C-475/10 P, *Deutsche Post e Germania/Commissione*, spec. punto 56).

Tuttavia, sarebbe parso più opportuno che il giudice amministrativo avesse precisato espressamente tale circostanza, poiché, viceversa, se l'atto dell'Unione non fosse stato impugnabile per carenza di legittimazione del ricorrente ex art. 263 TFUE, il TAR non avrebbe potuto dichiararsi incompetente. Difatti, come la Corte ha ricordato nel caso [Greenpeace France](#), ove l'atto dell'Unione era riferito ad una generalità di consociati (sentenza del 1° marzo 2000, causa C-6/99), qualora "l'attuazione amministrativa di una decisione comunitaria spetti alle autorità nazionali, la tutela giurisdizionale garantita dal diritto comunitario comporta il diritto per i singoli di contestare incidentalmente la legittimità di tale decisione dinanzi al giudice nazionale e di domandare a quest'ultimo di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali di validità della detta decisione" (punto 54).

Da ultimo, ulteriori perplessità sorgono con riguardo alle conclusioni cui giunge il TAR: "in definitiva [...] spetta al giudice dell'Unione, a titolo della sua competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'articolo 263 TFUE, pronunciarsi sulla legittimità delle statuizioni adottate dall'istituzione dell'Unione ed esaminare [...] gli eventuali vizi dei conseguenti atti provenienti dall'autorità nazionale adottati in esecuzione".

Ad onor del vero, il TAR si è limitato ad un "copia e incolla" del punto 44 della sentenza *Berlusconi e Fininvest*, ove si legge che compete alla Corte esaminare "gli eventuali vizi degli atti preparatori o delle proposte provenienti dalle autorità nazionali di natura tale da inficiare la validità di detta decisione finale". Orientamento che sembra, però, contrastare apertamente con una giurisprudenza antica e consolidata, secondo cui "il giudice dell'Unione non è competente a pronunciarsi sulla legittimità di un atto adottato da un'autorità nazionale" (sentenza del 17 settembre 2014, causa C-562/12, [Liivimaa Lihaveis](#), punto 48; ma v., in tempi più risalenti, la sentenza della Corte dell'11 aprile 1973, causa 76/72, *Michel S. c. Fonds national de reclassement social des handicapés*, punto 5, nonché le conclusioni dell'avv. gen. Warner, dell'11 giugno 1974, causa 9/74, *Casagrande*, p. 782). Peraltro, verrebbe così riconosciuta alla Corte di giustizia la competenza a valutare la legittimità di atti nazionali (ancorché esecutivi, preparatori, presupposti o consequenziali a quelli dell'Unione), mentre, al contrario, ai giudici nazionali è fatto assoluto divieto di accertare l'invalidità degli atti delle istituzioni dell'Unione (tra le tante, v. sentenze della Corte del 22 ottobre 1987, causa 314/85, [Foto-Frost](#), punto 15; del 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA e ELFAA*, punti 27-30; e del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Parlamento e Consiglio*, punto 95).

La pronuncia e le sue contraddizioni (palesi e latenti) danno la misura delle difficoltà che i procedimenti amministrativi compositi continuano a creare non soltanto ai giudici nazionali, quanto pure alla Corte di giustizia. Come è stato attentamente rilevato in dottrina, l'approccio del giudice dell'Unione al tema

sembra “difettare di un disegno unitario” e concentrarsi unicamente sulla risoluzione dei casi di specie di volta in volta sottoposti, piuttosto che fornire soluzioni generali che appaiano coerenti con l’intero sistema (in questi termini, F. SPITALERI, *L’incidenza del diritto comunitario sugli atti nazionali definitivi*, in ID. (a cura di), *L’incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009, p. 11; v. anche le conclusioni dell’avv. gen. Campos Sánchez-Bordona, del 27 giugno 2018, alla causa [*Berlusconi e Fininvest*](#), cit., punto 59).

Insomma, la vicenda di specie e la sua risoluzione da parte del TAR fanno nascere molti più dubbi di quanto contribuiscano a “spazzar via”. Per queste ragioni, sarebbe apparso più opportuno se il giudice amministrativo avesse operato un rinvio di interpretazione alla Corte, al pari di quanto fatto dal Consiglio di Stato, in circostanze simili, nel citato caso *Berlusconi e Fininvest*. Una domanda pregiudiziale, vertente sull’art. 263 TFUE, avrebbe consentito al TAR di garantire maggiore certezza rispetto a questioni a cui egli stesso riconosce il carattere della “novità”; parimenti, il rinvio avrebbe giovato all’intero ordinamento dell’Unione, creando un precedente utile in materia che avrebbe potuto indirizzare sia i giudici del nostro ordinamento, che quelli degli altri 26 Stati membri, nella risoluzione di analoghe controversie future.

5. La sentenza del TAR Napoli è solo l’ultimo episodio di una saga giurisprudenziale che segnala, da tempo, notevoli criticità nell’inquadramento del fenomeno dei procedimenti amministrativi compositi all’interno del rapporto tra ordinamento dell’Unione e ordinamenti nazionali.

In particolare, se sembra ormai consacrato, in diversi settori del diritto dell’UE, un modello di gestione amministrativa che coinvolge regolarmente sia gli organi dell’Unione che le autorità nazionali, non è possibile rilevare un livello di integrazione simile anche tra i sistemi giurisdizionali dei due livelli. L’impossibilità da parte del ricorrente di usufruire della *translatio iudicii* per riassumere il giudizio dinanzi alla Corte di giustizia, così da rimanere in termini, è solo uno degli aspetti che lo mette in luce.

Per evitare scenari simili, in dottrina è stato proposto di abbandonare il criterio dell’effettività del potere decisionale nell’individuazione della giurisdizione competente e di consentire al ricorrente di impugnare dinanzi ad ambo i giudici i relativi atti del procedimento (H. C. H. HOFMANN, *Multi-Jurisdictional Composite Procedures*, cit., pp. 25 e 26). Scelte di questo tipo sembrano, però, trascinare con sé rischi altrettanto irriducibili, come possibili contrasti di giudicato tra sentenze nazionali e sentenze della Corte, un significativo rallentamento processuale e un considerevole aggravio di spese per le parti.

Sembra più plausibile, invece, un intervento a monte, a livello del procedimento, attraverso l’adozione di linee-guida che indirizzino i singoli sull’andamento di tali procedimenti. Simili orientamenti, seppur di natura non vincolante, potrebbero assicurare maggiore certezza con riguardo, ad es., ai criteri di imputabilità degli atti adottati nei due livelli (mediante la ricognizione della giurisprudenza della Corte e la predisposizione di un elenco

di casi pratici); agli obblighi procedurali ricadenti in capo ai diversi organi nazionali e dell'Unione; ai diritti dei soggetti interessati rispetto allo svolgimento e ai risultati del procedimento, sia in fase precontenziosa, che contenziosa. Regole più chiare e precise sull'individuazione dell'organo effettivamente competente nell'ambito del procedimento composito avrebbero consentito al ricorrente, ad es., di presentare una richiesta di accesso agli atti direttamente alla Commissione, anziché alla Regione Campania, per poter impugnare tempestivamente la relazione di *audit*.