

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE**

**Ciclo XXXI**

**Settore Concorsuale: 12/D1**

**Settore Scientifico Disciplinare: IUS/10**

**LE CONDIZIONI GENERALI DELL'AZIONE NEL PROCESSO  
AMMINISTRATIVO**

**Presentata da: Emanuele Picotti**

**Coordinatore Dottorato**

**Chiar.mo Prof. Andrea Morrone**

**Supervisore**

**Chiar.mo Prof. Franco Mastragostino**

**Co-supervisore**

**Chiar.mo Prof. Giuseppe Caia**

**Esame finale anno 2019**

**LE CONDIZIONI GENERALI**  
**DELL'AZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

<b>INTRODUZIONE</b>	p. 4
<b>CAPITOLO 1 – L'AZIONE E LE CONDIZIONI GENERALI DELL'AZIONE NEL PROCESSO CIVILE</b>	
1.1 <i>Il concetto di azione. Relatività e storicità del problema. Autonomia e astrattezza</i>	p. 7
1.2 <i>L'azione nella Costituzione e nel diritto positivo: l'azione come garanzia delle posizioni giuridiche sostanziali</i>	p. 16
1.3 <i>Nozione di processo e centralità della distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale</i>	p. 19
1.4 <i>Le condizioni generali dell'azione nel diritto processuale civile ed il loro carattere necessariamente assertivo. I presupposti processuali</i>	p. 23
1.4.1 <i>La legittimazione ad agire</i>	p. 26
1.4.2 <i>L'interesse ad agire. La scarsa precettività nel processo civile non ne svaluta la rilevanza sistematica. La teoria della meritevolezza della tutela richiesta: critica</i>	p. 28
<b>CAPITOLO 2 – IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA TUTELA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE</b>	
2.1 <i>Il “cambio di paradigma”: l'evoluzione della giustizia amministrativa e l'approdo a un sistema di diritto processuale</i>	p. 41
2.1.1 <i>Sintetica ricostruzione storica: dalle origini alla “giustizia nell'amministrazione”</i>	p. 42
2.1.2 <i>(segue) “Soggettivizzazione” e “costituzionalizzazione” del sistema</i>	p. 47
2.1.3 <i>(segue) Le recenti linee evolutive, tra giurisprudenza e legislatore</i>	p. 51
2.1.4 <i>Considerazioni intermedie</i>	p. 57
2.2 <i>Principi fondamentali di tutela delle posizioni soggettive nel processo amministrativo. Il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa e gli elementi di giurisdizione oggettiva</i>	p. 59
2.3 <i>L'“oggetto” del processo amministrativo: l'interesse legittimo e le nuove situazioni giuridiche meritevoli di tutela nel processo amministrativo.</i>	p. 69
2.4 <i>(segue) I diritti pubblici soggettivi e i subjektiven öffentlichen Rechten</i>	p. 76
2.5 <i>Considerazioni di sintesi e di prospettiva: le costanti trasformazioni del diritto e la continua emersione di nuove esigenze di tutela</i>	p. 79
<b>CAPITOLO 3 – PROPOSTA PER UNA RICOSTRUZIONE</b>	

## **SISTEMATICA DELLE CONDIZIONI GENERALI DELL'AZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

3.1	<i>La carenza di una sistematica delle condizioni dell'azione</i>	p. 85
3.1.1	<i>La legittimazione ad agire nell'attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale</i>	p. 89
3.1.2	<i>L'interesse ad agire nell'attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale</i>	p. 93
3.2	<i>Una proposta per una ricostruzione sistematica, che tenga conto dei convergenti approdi del modello processuale civile e dell'evoluzione del processo amministrativo</i>	p. 99

## **CAPITOLO 4 – VERIFICA DELLA TESI NEL DIRITTO VIVENTE**

4.1	<i>L'allargamento delle maglie della “legittimazione” nel diritto vivente conferma la necessità di un ripensamento delle condizioni dell'azione</i>	p. 104
4.2	<i>L'interesse strumentale</i>	p. 106
4.3	<i>In materia di gare d'appalto: la situazione giuridica soggettiva tutelata</i>	p. 108
4.3.1	<i>L'impugnabilità immediata dei bandi di gara</i>	p. 110
4.3.2	<i>Ricorso incidentale paralizzante e ricorsi vicendevolmente escludenti</i>	p. 115
4.3.3	<i>Il nuovo rito “superaccelerato”</i>	p. 129
4.4	<i>Gli interessi superindividuali e la legittimazione delle associazioni ambientaliste</i>	p. 133
4.5	<i>(segue) Il dibattito in Germania</i>	p. 139
4.6	<i>(segue) Considerazioni intermedie</i>	p. 144
4.7	<i>In materia urbanistico-edilizia: la vicinitas</i>	p. 147
4.8	<i>La legittimazione delle autorità indipendenti ad impugnare provvedimenti di altre PPAA</i>	p. 155

<b>CONCLUSIONI</b>	p. 160
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	p. 167

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro nasce dall'esigenza di comprendere i cambiamenti in atto del processo amministrativo, in punto di accesso alla tutela, rispetto ai quali frequentemente si legge di un fenomeno variegato ma costante di "allargamento della legittimazione".

Si è pertanto adottata un'ottica il più ampia possibile. In primo luogo, ci si è interrogati sulla nozione di azione, necessariamente in ambito processual-civilistico, poiché è in quell'ambito scientifico che si è sviluppato il dibattito sull'azione e, quindi, sulle sue condizioni; dibattito che si interseca, ora, con i più attuali e controversi temi dell'abuso del processo.

Nel secondo capitolo è stata ripercorsa, storicamente e per tratti essenziali, l'evoluzione della giustizia amministrativa. Il "riepilogo" è parso utile in quanto si è voluto far emergere una costante, nel sistema di tutela nei confronti del potere pubblico: il progressivo evolversi verso nuove forme di tutela. Lo strumento di giustizia si è cioè trasformato, nel tempo, per inseguire le emergenti esigenze sociali, approdando solo di recente all'affermazione della *pienezza della tutela giurisdizionale* del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione<sup>1</sup>. E questo, in uno con l'evoluzione della situazione giuridica soggettiva per eccellenza "oggetto" del processo amministrativo, l'interesse legittimo, cui oltre che un imprescindibile valore storico va ormai riconosciuta la piena dignità di figura di teoria generale, assimilabile e parificabile al diritto soggettivo dal punto di vista della sua tutela.

Emerge, altresì, come il processo amministrativo sconti un'eredità legata prima al modello del contenzioso amministrativo, quindi a quello dell'azione di annullamento del provvedimento, portando con sé ancora elementi di commistione tra diritto sostanziale e processuale, quando la distinzione tra il diritto primario e quello strumentale è ormai pacificamente acquisita dalla scienza processualistica. Ed infatti la scienza processualistica amministrativa è storicamente legata al diritto sostanziale (amministrativo), essendo stata intesa per lungo tempo quale «speciale istituto del diritto amministrativo» che «non può prescindere interamente da talune nozioni e principi del

---

<sup>1</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la justicia administrativa*, Madrid, 2007, trad. it. *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010, pp. 77-78.

diritto amministrativo»<sup>2</sup>. Sconta, tuttora, una forte dipendenza dal diritto sostanziale<sup>3</sup>. L'accesso alla giustizia amministrativa è in effetti garantito solo a chi sia titolare di una posizione soggettiva sostanziale, ciò che, tuttavia, contrasta con il concetto di azione, autonoma e astratta. La costruzione di una scienza autonoma dal diritto sostanziale – ovvero il passaggio dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo – appare tuttavia ormai obbligata, ed il processo civile costituisce dunque modello per il processo amministrativo, in quanto espressione di principi generali derivanti dalla scienza del processo<sup>4</sup>. Ciò, dunque, rende necessario inquadrare i temi della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica secondo gli schemi della scienza del processo, piuttosto che secondo gli schemi del diritto amministrativo sostanziale<sup>5</sup>. Rispetto al modello del processo civile vanno quindi consolidate le specificità proprie del processo amministrativo, specificità legate alla presenza di un *potere pubblico* nei rapporti sostanziali in conflitto e dunque nel processo<sup>6</sup>.

Ebbene, sembra logicamente corretto proporre, come tesi, la trasposizione dell'impostazione delle condizioni dell'azione del processo civile nel processo amministrativo (Capitolo 3). Le peculiarità proprie del “nuovo” processo amministrativo sembrano, del resto, riguardare solamente l'interesse ad agire, che rileva in misura maggiore rispetto al processo civile. Peculiarità legata, come emergerà, ai caratteri di differenziazione dei rapporti giuridici che vengono posti all'attenzione dei giudici.

Ci si è confrontati, dunque, con il dibattito amministrativistico italiano e con i suoi temi maggiormente discussi, più attuali e più concretamente frequenti nel diritto vivente, per verificare la bontà della proposta (Capitolo 4). Inevitabilmente, perciò, l'indagine è rimasta concentrata sulle sentenze costitutive e sono, altresì, rimasti sullo sfondo temi come l'azione di classe e il giudizio elettorale.

A fronte di un attuale quadro ricostruttivo quantomeno confuso, la tesi – che sembra potersi confermare dall'analisi svolta – permette, se non altro, di inquadrare le

---

<sup>2</sup> Si esprime in questi termini C. RIBOLZI, *L'azione nel diritto processuale amministrativo*, Milano, 1955, p. 13.

<sup>3</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 3 ss. e spec. p. 7.

<sup>4</sup> Cfr. G.P. CIRILLO, *La transizione dalla “giustizia amministrativa” al “diritto processuale amministrativo”*, in *Giur. Amm.*, IV, 2013, f. 7-8, p. 255.

<sup>5</sup> Cfr. M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, pp. 44-45.

<sup>6</sup> Cfr. G.P. CIRILLO, *La transizione*, cit., p. 255.

problematiche da una prospettiva più coerente e sistematica. Appare in effetti più adatta a descrivere le evoluzioni della incostante giurisprudenza in punto di “legittimazione” delle imprese nell’ambito degli contratti pubblici; garantisce, inoltre, l’accesso alla giustizia ai soggetti direttamente tutelati dal diritto europeo, e ciò, sempre nell’ottica della giurisdizione soggettiva. In relazione alle altre ipotesi prese in considerazione, fa emergere la pressante esigenza di definire la consistenza delle nuove posizioni giuridiche di diritto sostanziale, non ancora sistematizzate.

Trasversalmente, verranno approfonditi aspetti relativi alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive in Germania, ove vi è un sistema di giustizia amministrativa di stampo soggettivo: comparazione che permette di affrontare i temi con una più ampia visione e di confrontarsi direttamente, e in particolare, sulla questione della tutela degli interessi ambientali.

I temi incrociati, insomma, sono numerosi e diversificati, appartenendo altresì a discipline giuridiche differenti. Si è assunta, pertanto, una posizione che abbraccia i risultati degli studi classici sull’azione e, soprattutto, si è scelto di affrontare gli argomenti separando per quanto possibile aspetti processuali e sostanziali. La speranza è che i temi siano stati, di conseguenza, sufficientemente approfonditi e adeguatamente maneggiati.

Per certo, il lavoro non può che giungere a risultati parziali. Da una parte infatti la stringente attualità delle tematiche trattate emerge emblematicamente anche dalla circostanza che questa tesi resta “in attesa” di due decisioni della Corte di Giustizia, su rinvii pregiudiziali dei giudici amministrativi italiani, in relazione ai rapporti tra ricorso incidentale e principale (C-333/18) e compatibilità del rito superaccelerato con il diritto europeo (C-54/18). È inoltre recentissima una sentenza della stessa Corte di Giustizia riguardante l’impugnabilità diretta dei bandi di gara. Dall’altra, gli interrogativi che lascia aperti riguardano tanto il diritto sostanziale, quanto il diritto processuale: come sono definibili le emergenti situazioni giuridiche? Muta anche il concetto di azione?

## CAPITOLO 1 – L’AZIONE E LE CONDIZIONI GENERALI DELL’AZIONE NEL PROCESSO CIVILE

*1.1 Il concetto di azione. Relatività e storicità del problema. Autonomia e astrattezza – 1.2 L’azione nella Costituzione e nel diritto positivo: l’azione come garanzia delle posizioni giuridiche sostanziali – 1.3 Nozione di processo e centralità della distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale – 1.4 Le condizioni generali dell’azione nel diritto processuale civile ed il loro carattere necessariamente assertivo. I presupposti processuali – 1.4.1 La legittimazione ad agire – 1.4.2 L’interesse ad agire. La scarsa precettività nel processo civile non ne svaluta la rilevanza sistematica. La teoria della meritevolezza della tutela richiesta: critica*

*1.1 Il concetto di azione. Relatività e storicità del problema. Autonomia e astrattezza*

Il novero di costruzioni dottrinali che hanno tentato di definire l’azione è molto ampio e offre una vasta varietà di concezioni: azione come diritto soggettivo, come diritto potestativo, come pretesa, ecc. Varietà dovuta, in primo luogo, (a) a una questione di tipo terminologico, legata cioè all’uso che del termine *azione* può essere fatto, nonché alla variabilità dell’uso che lo stesso legislatore ne fa<sup>7</sup>.

La fluidità e l’incertezza del dibattito sono però correlate, soprattutto, alla (b) concezione che ogni Autore, in ogni epoca storica, ha del rapporto tra individuo e Stato, ovvero del rapporto tra diritto soggettivo e diritto oggettivo<sup>8</sup>. La dottrina, rilevando così il *problema dell’azione* (Calamandrei e Pekelis su tutti), ha affermato la *relatività* delle sue concezioni. È «vana fatica ricercare la *vera* definizione» di azione poiché questa riflette il rapporto tra interesse individuale e pubblico<sup>9</sup>. La problematica, essenzialmente, attiene alla questione se il processo sia un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli occasione per realizzare il diritto soggettivo, o se al contrario sia un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli occasione per realizzare il

---

<sup>7</sup> Cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, pp. 45-46; A. PEKELIS, *Azione (teoria moderna)* (voce), rist. in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, 30 ss.

<sup>8</sup> Cfr. R. ORESTANO, *L’azione in generale, a) Storia del problema* (voce), in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 791.

<sup>9</sup> P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 3.

diritto oggettivo<sup>10</sup>. Le soluzioni date dai giuristi riflettono –evidenza Calamandrei– il problema fondamentale dei rapporti tra cittadino e Stato, che non potrà mai avere soluzione univoca, anzi, e, a ben vedere, anche a causa «di una pluralità di soluzioni pratiche e spesso contraddittorie» che l'ordinamento si dà<sup>11</sup>. E dunque, in definitiva, «tutte le teorie dell'azione possono trovare la loro giustificazione e la loro corrispondenza in uno dei mutevoli aspetti della realtà storica, così ricca e complessa, che si muove intorno a noi»<sup>12</sup>. Vi è, in definitiva, «stretta dipendenza della soluzione, che si dà al problema dell'azione, da quella che si dà al problema dello Stato»<sup>13</sup>.

Da un'altra prospettiva ancora –individuata e sviluppata da Orestano–, (c) il problema dell'azione rifletterebbe la struttura della scienza giuridica, ancorata ai principi della logica classica e ai suoi procedimenti definitivi e universalizzanti, di entità che nella *realtà storica*, o ontologica, non sussistono. Il dibattito, pertanto, si è arricchito di diverse definizioni, o soluzioni, solo idealizzanti e creative. Tuttavia, non per questo le stesse perdono di valore, in quanto sono formule che certamente influiscono su quella stessa realtà storica, contribuendo così «all'incessante costruzione e all'incessante rinnovamento della scienza giuridica». Il dibattito e il problema dell'azione, in definitiva, si risolvono «nella sua storia, e meglio nella storia delle sue molteplici e mutevoli concezioni, identificandosi interamente in essa»<sup>14</sup>.

La *memorabile* trattazione di Orestano ha, di fatto, indicato la «svalutazione del ruolo che la teoria dell'azione svolge nello studio della giustizia civile»<sup>15</sup>. Nondimeno, è opportuno e proficuo, anche seguendo in questo Orestano, ripercorrere – sinteticamente– le più rilevanti tappe e ricostruzioni, al fine di verificare come si sia giunti agli attuali approdi, comprendere appieno il valore dei caratteri dell'autonomia e dell'astrattezza dell'azione, contestualizzare le costruzioni di Autori che rileveranno

---

<sup>10</sup> P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., p. 2.

<sup>11</sup> P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., p. 4.

<sup>12</sup> P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., p. 26.

<sup>13</sup> Così A. PEKELIS, *Azione (teoria moderna)* (voce), rist. in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 36.

<sup>14</sup> Cfr. R. ORESTANO, *L'azione*, cit., 810 ss. Le citazioni testuali sono a p. 816.

Una tale prospettiva si affaccia anche nel pensiero di Calamandrei: «[i]n materia giuridica, del resto, è assai difficile distinguere tra realtà e teoria: e spesso enunciare una teoria vuol dire creare una realtà» (cfr. P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., p. 16).

<sup>15</sup> Cfr. V. DENTI, *Azione, I) Diritto processuale civile* (voce), in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, p. 1 e già V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, pp. 47-48.



maggiormente nel proseguo della trattazione, nonché costituendo, tale concetto, il fulcro del diritto processuale e la misura della relazione tra diritto sostanziale e processuale<sup>16</sup>.

Il concetto di azione è rimasto a lungo tempo legato alla definizione dell'*actio* di Celso *nihil aliud est actio quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur* (l'azione non è altro che il diritto di far valere in giudizio quel che è dovuto), e il dibattito moderno si è sviluppato sulla base di questa formula. Con la teorizzazione e sistematizzazione dei diritti soggettivi in Germania, avvenuta a cavallo tra il XVIII e XIX secolo, è stata postulata la centralità dell'individuo il quale diviene, da *oggetto* del diritto, *soggetto*: il diritto è costruito in funzione delle sue libertà individuali, perdendosi così la centralità dello Stato. Si crea allora un dualismo tra diritto privato, costruito sul soggetto, e diritto pubblico (diritto oggettivo), che perde relativamente di importanza<sup>17</sup>. Il diritto non è più unitario e la nozione di Celso non è più adatta a descrivere, in termini privatistici, lo strumento di tutela (l'azione), le cui regole procedurali appartengono inevitabilmente al diritto pubblico<sup>18</sup>. Una vera e propria *frattura*, rispetto alla quale Savigny tenta una *saldatura* affermando la differenza tra diritto di agire in senso sostanziale, nascente dalla lesione del diritto e correlato al rapporto che si crea tra soggetto leso e danneggiante, e diritto di agire in senso formale, regolato dalle norme pubbliche di procedura<sup>19</sup>. Dunque: l'azione sarebbe lo stesso diritto soggettivo, che viene fatto valere in un determinato modo. Questa concezione –che postula quasi un'identità ontologica tra il diritto e l'azione– è legata a una visione precipuamente privatistica del processo, ma risulta ormai abbandonata<sup>20</sup>.

Nella metà del XIX secolo il contributo di Windscheid –e la successiva critica di Muther– hanno segnato, quasi convenzionalmente, la nascita della problematica moderna intorno all'azione<sup>21</sup>. Windscheid delinea l'azione come diritto autonomo e distinto dall'azione in senso sostanziale. La sua teoria prende le mosse da una supposta netta contrapposizione tra ordinamento giuridico romano e ordinamento giuridico moderno: nel primo sarebbe l'*actio* ad avere valore creativo e il diritto solo conseguenza

---

<sup>16</sup> Cfr. L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, p. 4.

<sup>17</sup> Cfr. R. ORESTANO, *L'azione*, cit., p. 788.

<sup>18</sup> Cfr. S. LA CHINA, *Norma giuridica (dir. proc. civ.)* (voce), in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 418 ss.

<sup>19</sup> Cfr. R. ORESTANO, *L'azione*, cit., 792 ss.

<sup>20</sup> Cfr. M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1946, p. 51.

<sup>21</sup> Cfr. anche C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, 2017, p. 62, nt. 30.

di questo, nel secondo invece sarebbe il diritto prioritario e creatore, anche, dell'azione<sup>22</sup>. L'Autore riprende la formula di Celso e definisce l'azione quale pretesa (*Anspruch*), tuttavia confondendo i piani del diritto processuale e del diritto sostanziale nel momento in cui attribuisce a tale concetto sia il potere di perseguire in giudizio quel che spetta al soggetto, sia lo stesso diritto sostanziale che il soggetto intende far valere<sup>23</sup>.

Nella visione di Muther, critica verso il pensiero di Windscheid –ma di cui condivide l'idea dell'autonomia dell'azione– questa corrisponde invece al diritto alla tutela giudiziaria, e soggetto passivo dell'azione è lo Stato. Tale prospettiva ha avuto, in particolare, il merito di illuminare la problematica dell'azione anche dal punto di vista del rapporto tra il privato e l'organo giurisdizionale, contribuendo in maniera decisiva allo sviluppo del dibattito successivo<sup>24</sup>.

Sulla scia del pensiero dei citati Autori si sviluppa infatti, nella scuola tedesca, la dottrina del *Rechtsschutzanspruch* (diritto alla tutela giuridica), elaborata in particolare da Wach. Questa dottrina ha avuto il merito di aver distinto l'azione dal diritto materiale (carattere di autonomia dell'azione); tuttavia, permane, in queste ricostruzioni, uno stretto legame con il diritto soggettivo in quanto la tutela giuridica spetterebbe solamente a chi ha ragione<sup>25</sup>.

Questi due caratteri dell'azione appartengono anche alla fondamentale costruzione dogmatica di Chiovenda, esposta nella celebre prolusione bolognese del 1903<sup>26</sup>. Il suo intento è di armonizzare il diritto oggettivo con il diritto soggettivo, dove il primo delinea la *volontà generale della legge* che è, appunto, generale e astratta e che si concretizza al verificarsi di determinati fatti, realizzando così la *volontà concreta della legge*, ovvero una volontà particolare di legge «che tende ad attuarsi nel caso singolo». Il diritto soggettivo costituisce dunque una volontà concreta di legge soggettivizzata ed il processo è volto ad accertare –e attuare– tale volontà concreta<sup>27</sup>. Il

---

<sup>22</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Introduzione*, in AA.VV., *Polemica intorno all'«actio» di Windscheid e Muther*, Firenze, 1954, p. XXIV.

<sup>23</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Introduzione*, cit., XXXV ss.

<sup>24</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Introduzione*, cit., XXXVIII ss.; R. ORESTANO, *L'azione*, cit., 796 ss.

<sup>25</sup> Cfr. M.T. ZANZUCCHI, *Diritto*, cit., p. 53.

<sup>26</sup> Ora in G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti (1903)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.

Per l'importanza che ha rivestito tale prolusione nel dibattito, cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2015, 169 ss.

<sup>27</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, pp. 2-3.

processo costituisce «un rapporto giuridico di diritto pubblico fra le parti e l'organo giurisdizionale», avente per oggetto «il [diverso, *ndr*] rapporto giuridico fra le parti dedotto in giudizio dall'attore»<sup>28</sup>. L'Autore, in questo quadro, ritiene che l'azione costituisca uno dei diritti spettanti a un soggetto e finalizzato alla realizzazione della volontà concreta di legge<sup>29</sup>, rifacendosi così in particolare alla teoria del *Rechtsschutzanspruch*: l'azione costituisce un diritto soggettivo, autonomo, diretto verso lo Stato (non verso l'obbligato), tendente non all'adempimento ma alla tutela giurisdizionale<sup>30</sup>. Chiovenda rileva inoltre la differente visione tra scuola germanica e scuola romana, dato che in quest'ultima «il rapporto collo Stato non è che un mezzo per ottenere certi effetti *contro l'avversario*» mentre nella prima è –anche– precipuo interesse dello Stato accertare chi ha ragione<sup>31</sup>. Il diritto d'azione viene ricondotto alla categoria dei diritti potestativi e si esaurisce nel potere di influire sulla condizione giuridica di un altro soggetto; consiste, secondo la sua definizione, *nel potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge*<sup>32</sup>, ovvero un modo di attuazione della volontà concreta alternativo all'adempimento di un'obbligazione; un diritto soggettivo d'azione distinto dal diritto soggettivo correlato all'obbligazione e che tuttavia tende al conseguimento del medesimo bene. L'azione, dunque, è regolata dalle norme processuali –di diritto pubblico–, distinte e separate da quelle che regolano l'obbligazione<sup>33</sup>. La teoria di Chiovenda trova, in definitiva, un punto di equilibrio tra interesse individuale e pubblico, in un'ottica di “coordinazione armonica” piuttosto che di subordinazione tra l'uno e l'altro: due interessi che infatti non possono –o non devono– essere considerati in contrasto l'uno con l'altro<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 5.

Sulla non più attualità del concetto di rapporto giuridico processuale, cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, cit., 14 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, 2017, pp. 37-38.

<sup>29</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 17.

<sup>30</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 18; P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., p. 10.

Chiovenda intendeva tracciare un solco netto con le teorie dell'azione avanzate dai civilisti del tempo che la intendevano ricompresa nel diritto soggettivo sostanziale: cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, cit., pp. 170-171.

<sup>31</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 19.

<sup>32</sup> Così G. CHIOVENDA, *L'azione*, cit., p. 6.

<sup>33</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 21 ss.

<sup>34</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La relatività*, cit., pp. 12-13. L'Autore sottolinea altresì la connessione del pensiero di Chiovenda con quello di Klein, che ritiene come il *valore pratico* dell'autorità statale si risolva nel momento della sua applicazione.

La teoria di colui che è considerato l'iniziatore della scienza processualistica italiana<sup>35</sup> è, a sua volta, fondamentale punto di riferimento per lo sviluppo del dibattito successivo. Se il carattere di autonomia, grazie al suo apporto, si impone nella maggior parte delle ricostruzioni sull'azione, si delinea invece una contrapposizione tra teorie dell'azione *in senso concreto* e *in senso astratto*. Mentre per le prime l'azione spetta solo quando questa è funzionale all'ottenimento di un provvedimento del giudice favorevole (impostazione chiovendiana), per le seconde il diritto d'azione spetta a prescindere da tale esito, poiché l'azione costituisce un diritto ad un provvedimento sul merito<sup>36</sup>. Ma in questo modo, è stato autorevolmente sostenuto, si confonderebbe l'azione come attività –che indica la mera possibilità di agire– e l'azione come diritto. La concezione astratta reciderebbe cioè ogni ponte con il diritto soggettivo, in quanto non più strumento volto a far vincere chi ha ragione, ma strumento al servizio, e allo stesso modo, anche di chi ha torto<sup>37</sup>. L'argomentazione –che aveva avuto particolare successo– è stata tuttavia superata<sup>38</sup>. La dottrina ha infatti ormai –quasi unanimemente– abbracciato la concezione astratta dell'azione, pur se non intesa in senso “radicale”<sup>39</sup>. E l'impostazione, ormai considerata come “classica”, delinea in questo modo l'azione; fondamentale, in tal senso, è stato il contributo di Liebman<sup>40</sup>.

Prima di illustrare la sua impostazione, appare opportuno riportare le linee generali del pensiero di altri autorevoli Autori. Per Redenti l'azione rientra tra i diritti soggettivi; azione che spetta ad alcuni legittimati, ai quali è attribuita la facoltà di attivare il processo. Si tratta di un diritto soggettivo particolare, «*che trova il suo posto nel campo e nel quadro delle sanzioni e non dei precetti delle norme giuridiche*», in quanto atto al conseguimento di una protezione soddisfattiva, sostitutiva o riparativa, e

---

<sup>35</sup> Cfr. V. DENTI, *Azione*, cit., p. 2.

<sup>36</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., 123 ss., che è critico verso la concezione astratta dell'azione: pp. 126-127.

<sup>37</sup> Questo il pensiero di Chiovenda e Calamandrei: cfr. P. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., p. 127.

<sup>38</sup> In particolare Furno ha ribattuto come anche il diritto di avere ragione sarebbe assurdo tanto quanto il diritto di avere torto: cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, p. 69.

<sup>39</sup> La concezione astratta deriva dal pensiero di Degenkolb, e in Italia, in particolare, di A. Rocco, Carnelutti, Betti, Zanzucchi, Furno: cfr. M.T. ZANZUCCHI, *Diritto*, cit., p. 53; E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., p. 61.

L'astrattezza dell'azione, se intesa in modo troppo generico –o radicale–, indicherebbe che sussiste un diritto spettante a *tutti* (cfr. art. 24 Cost.) di chiedere giustizia allo Stato; diritto che appare però indeterminato, senza particolari rapporti con una fattispecie concreta, nonché inesauribile e inconsumabile: cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., pp. 61-62.

<sup>40</sup> Cfr. V. DENTI, *Azione*, cit., p. 3.

non all'adempimento diretto. È un'azione-pretesa, in astratto corrispondente a un diritto, in concreto a una pretesa relativamente a una questione litigiosa<sup>41</sup>. Al diritto di una parte di provocare l'applicazione di una sanzione (ciò che l'Autore ritiene essere l'essenza del processo) corrisponde una *soggezione* altrui, «mentre il giudice non rappresenta che l'organo attraverso il quale questa soggezione si attua»<sup>42</sup>.

Per Carnelutti, invece, l'azione consisterebbe in un onere, ovvero in un potere-diritto del soggetto contrapposto al potere-dovere del giudice. La parte pone in essere una valutazione (economica) relativamente alla scelta tra il provocare il processo o il perdere la tutela dell'interesse<sup>43</sup>; interesse che definisce «posizione favorevole al soddisfacimento di un bisogno» che può essere realizzato attraverso un *bene*<sup>44</sup>. In quest'ottica, l'azione è dunque un potere relativo a una pubblica funzione: il processo. Processo che non persegue gli interessi individuali, bensì un interesse pubblico. Il processo, cioè, mediante l'interesse delle parti attua il suo scopo pubblico, ovvero sfrutta gli interessi privati in conflitto al fine di accertare l'interesse, appartenente alla società intera, a che sia data ragione a chi la ha<sup>45</sup>. L'azione spetta, nella concezione carneluttiana, a chiunque (diritto civico) –ed è formalmente distinta dal diritto soggettivo che si fa valere–; tuttavia, la *pretesa* –relativa alla situazione soggettiva– può essere fatta valere solamente dal medesimo soggetto titolare della stessa situazione soggettiva<sup>46</sup>.

Fazzalari delinea l'azione quale situazione soggettiva composita<sup>47</sup>. L'azione, cioè, sarebbe «l'insieme di poteri, delle facoltà, e dei doveri dell'attore nel processo»; tale *insieme* è «individuato e ridotto a unità [...] dal vincolo che coordina quei poteri, quelle facoltà e quei doveri nel procedimento, per essere ciascuno, direttamente o indirettamente, conseguenza di un altro e presupposto di un altro ancora»<sup>48</sup>. Tale schema risulta valido anche, peraltro, per il convenuto; permette, inoltre, di fornire una

---

<sup>41</sup> Cfr. E. REDENTI, *Diritto*, cit., 45 ss. e pp. 52-53. Distingue così due profili dell'azione: sostanziale e processuale. Cfr. sul punto anche L. MONACCIANI, *Azione*, cit., 20 ss.

<sup>42</sup> Cfr. E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939, p. 83.

<sup>43</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 409-410.

<sup>44</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 7.

<sup>45</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 214 ss. Cfr. anche 468 ss., ove l'Autore amplia le argomentazioni a favore di questa lettura in relazione al patrocinio dell'avvocato.

<sup>46</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, 1942, Roma, 6 ss. e pp. 292-293.

<sup>47</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 109 ss.

<sup>48</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Note*, cit., p. 112.

sintesi tra il profilo unitario e quello dinamico dell'azione. Una costruzione che dunque prende in considerazione l'intera fase processuale-procedimentale –non solo la fase di impulso<sup>49</sup>–.

Rimane ormai sostanzialmente isolata, invece, la teoria di Satta. Egli nega il dualismo tra diritto sostanziale e diritto d'azione poiché «l'azione non può essere intesa se non in una integrale visione dell'ordinamento giuridico, della quale costituisce il momento centrale ed essenziale, perché è solo per essa che si può parlare di giuridicità dell'ordinamento». Ed infatti «il diritto vive nel concreto [...] ed è chiaro che diritto soggettivo e diritto oggettivo nel concreto sono una cosa sola». Dunque, «poiché l'ordinamento [...] non può formarsi che attraverso l'adeguamento del soggetto e della sua azione alla volontà obbiettiva della norma, è semplicemente assurdo parlare di un diritto [...] esistente prima e al di fuori dell'azione». L'azione pertanto è *postulazione*, da parte del soggetto, di fronte a un giudice e ad un altro soggetto, di un giudizio, nel quale si afferma che l'ordinamento non si è concretato e che tale ordinamento si deve concretare in un certo modo. Non può dunque parlarsi, nella sua costruzione, di autonomia dell'azione, che ha solo contenuto sostanziale<sup>50</sup>.

Venendo dunque a Liebman, la sua prolusione torinese del 1949 vuole segnare il punto di incontro e di arrivo dell'evoluzione delle diverse dottrine dell'azione<sup>51</sup>. Lo scopo dichiarato dell'Autore è di raggiungere –o quantomeno tendere– all'unità e coerenza del sistema giuridico<sup>52</sup>. L'azione si presenta particolarmente problematica in quanto costituisce momento dinamico del diritto che si risolve nel processo, nel quale si incontrano il diritto sostanziale (che definisce l'oggetto) e processuale (che definisce la disciplina)<sup>53</sup>. L'Autore sottolinea, inoltre, il punto di vista parziale di diverse teorie, che prendono in considerazione il punto di vista del solo attore che ha ragione, mentre l'azione va concepita anche nel rapporto tra l'iniziativa del singolo e l'esercizio della

---

<sup>49</sup> A questa impostazione aderisce anche Mandrioli: C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., pp. 48-49. Per Denti resterebbe una nozione meramente descrittiva: cfr. V. DENTI, *Azione*, cit., p. 3. Cfr. su procedimento e processo E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 73 ss.

<sup>50</sup> Così S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, 109 ss. Cfr. criticamente sul pensiero di Satta, in particolare, E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., pp. 58-59.

<sup>51</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., p. 71. V. DENTI, *Azione*, cit., p. 1, indica come il completamento della *vicenda culturale* della problematica dell'azione vada individuato con la trattazione di Orestano (v. poco sopra).

<sup>52</sup> Ciò che del resto guida –o dovrebbe guidare– qualunque tentativo di ricostruzione sistematica di istituti giuridici; cfr. ad es. S. SATTA, *Diritto*, cit., p. 109.

<sup>53</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., pp. 48-49.

giurisdizione da parte dello Stato, nonché considerando il punto di vista del convenuto<sup>54</sup>. Emerge, in tal modo, come l'azione non possa che consistere in un *diritto al mezzo* (o diritto strumentale), e non in un *diritto al fine*: l'azione permette di far valere le proprie ragioni nelle aule ove si esercita la giurisdizione. Non costituisce un potere di imporre alla controparte un effetto giuridico voluto, in quanto tale potestà spetta solamente allo Stato<sup>55</sup>. Si delineano così, con chiarezza, i caratteri di autonomia (dal diritto sostanziale) e di astrattezza dell'azione<sup>56</sup>. Il carattere di astrattezza<sup>57</sup>, come inteso da Liebman, non è quello "radicale"<sup>58</sup>, trattandosi piuttosto di un'astrattezza che si risolve nel carattere di *strumentalità* dell'azione rispetto al diritto sostanziale. Ed infatti l'azione «si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata, ed è il diritto ad ottenere che il giudice provveda a suo riguardo»<sup>59</sup>: «l'azione, come *diritto al processo e al giudizio di merito*, non garantisce un risultato favorevole del processo: il risultato del processo dipende dalla convinzione che il giudice si farà sulla fondatezza in fatto e in diritto della domanda proposta»<sup>60</sup>. L'azione, dunque, per *esistere*, è sottoposta ad alcune *condizioni*: l'interesse ad agire, la legittimazione ad agire e la possibilità giuridica<sup>61</sup>; condizioni dell'azione, appunto, che esattamente delineano i requisiti in assenza dei quali il giudice dovrà arrestarsi a una pronuncia di inammissibilità della domanda giudiziale, ovvero di difetto di azione, e in presenza dei quali egli potrà pronunciare anche nel merito<sup>62</sup>; condizioni che si risolvono nella loro affermazione, di modo da permettere a *tutti* l'esercizio dell'azione, senza tuttavia che questo si presenti totalmente slegato da una situazione sostanziale<sup>63</sup>.

Adottando dunque tale impostazione classica come riferimento (azione, autonoma e astratta, come diritto a una pronuncia di merito) si esamineranno le condizioni dell'azione, attraverso le quali il diritto vivente delinea la misura dell'accesso alla

---

<sup>54</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., pp. 52-53.

<sup>55</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., pp. 54-55.

<sup>56</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., 62 ss.

<sup>57</sup> Su astrattezza e concretezza cfr. anche R. ORESTANO, *L'azione*, cit., pp. 799-800 e 806-807.

<sup>58</sup> V. poco sopra, *sub nota* 39. L'astrattezza "radicale" è propugnata da Carnelutti: cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., p. 70.

<sup>59</sup> Così E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., p. 65.

<sup>60</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984, p. 134. Netta dunque la distanza dalla posizione chiovendiana.

<sup>61</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., pp. 65-66.

<sup>62</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 65.

<sup>63</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., pp. 54-55.

giustizia. Preliminarmente, è necessario analizzare i più rilevanti dati costituzionali e di diritto positivo relativi all'azione; dati che confermano l'opportunità di mantenere quest'ottica.

### 1.2 *L'azione nella Costituzione e nel diritto positivo: l'azione come garanzia delle posizioni giuridiche sostanziali*

L'art. 24 Costituzione, nell'affermare che «[t]utti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (comma 1), ha costituzionalizzato il diritto alla tutela giudiziaria dei diritti<sup>64</sup>, con una norma che (a) da un punto di vista, si potrebbe dire, soggettivo, è disposizione di garanzia posta a «suggello all'insieme dei “mezzi di garanzia dei diritti” ed alle norme organizzative, “destinate a dare concretezza alla tutela delle libertà”»; (b) da un punto di vista, invece, oggettivo, è da leggersi nel quadro dell'obbligo dello Stato di amministrare, e assicurare, la giurisdizione avanti a organi indipendenti e imparziali<sup>65</sup>.

Una norma di stampo liberale, a garanzia delle libertà affermate nella stessa Costituzione e a tutela di posizioni soggettive sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo; norma da leggersi in stretta connessione con l'art. 113 che specifica come questa tutela sia insopprimibile anche nei riguardi della PA, nell'ottica delle garanzie di legalità dello Stato liberale<sup>66</sup>. L'art. 24 intende, dunque, assicurare a tutti l'accesso incondizionato alla giustizia statale, in quanto presupposto di tutela dell'individuo<sup>67</sup>.

Tuttavia, la “costituzionalizzazione” dell'azione, che ha diviso la dottrina tra chi assegna all'art. 24 un portato meramente formale e chi vi legge una valenza sostanziale<sup>68</sup>, non ha caratterizzato l'azione in un senso o in un altro. L'art. 24, piuttosto, dispone una garanzia –di rango costituzionale– di una vera, adeguata e

---

<sup>64</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24* (voce), in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost., Art. 24-26*, Bologna, 1981, p. 2.

<sup>65</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., 1 ss. Cfr. anche A. POLICE, *Art. 24* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 502.

<sup>66</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., p. 4.

Cfr. anche V. CAIANIELLO, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e Soc.*, 1989, 565 ss. e spec. p. 572 dove, in riferimento alla legge del 1889 che istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato, sottolinea come quell'assetto della giustizia amministrativa «esprim[a] dunque una idea di libertà, che risiede appunto nel riconoscimento di quel diritto fondamentale che troverà suggello, sessantanni più tardi, nell'art. 24 Costituzione con le puntualizzazioni –dirette ad imprimere il carattere della generalità a questo tipo di tutela– contenute nell'art. 113 della Costituzione».

<sup>67</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., p. 5.

<sup>68</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., pp. 6-7.



concreta tutela delle istanze di fronte agli organi giurisdizionali, postulando così il principio di *effettività della tutela*<sup>69</sup>. L'art. 24 Cost. insomma stabilendo che *tutti possono agire* per la tutela dei propri diritti afferma cioè che «se qualcuno pensa di avere un diritto, il legislatore ordinario deve consentirgli di agire in giudizio»<sup>70</sup>.

Quanto alle posizioni soggettive “coperte” dall'art. 24, questo, nel consacrare la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, fornisce in realtà garanzia «a qualsiasi posizione di vantaggio, individuale o collettiva, comunque e da chiunque azionabile in giudizio»<sup>71</sup>. Ed in effetti, diversamente opinando, la *ratio* storico-politica sarebbe disattesa, nel momento in cui, qualora si ipotizzasse che l'articolo in esame avesse fornito protezione solamente alle menzionate situazioni di diritto soggettivo e interesse legittimo, avrebbe privato della stessa altre situazioni già allora protette dal diritto primario. Dunque, «il legislatore costituente, verosimilmente, [...] non ha inteso sancire alcuna discriminazione tra gli “interessi” tutelabili», rimettendone l'interpretazione alla giurisprudenza<sup>72</sup>. E tra questi interessi tutelabili rientrano, certamente, anche interessi collettivi e diffusi, postulati direttamente dalla Costituzione nel momento in cui riconosce al cittadino, anche nelle sue *formazioni sociali*, la protezione di beni o interessi superindividuali<sup>73</sup>. Insomma: anche da questa prospettiva il vero portato della disposizione costituzionale appare essere la garanzia dell'effettività della tutela<sup>74</sup>.

Il principio, del resto, va letto sistematicamente e integrato con l'art. 3, comma 2 (principio di eguaglianza sostanziale). Cosicché ogni garanzia processuale deve

---

<sup>69</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., pp. 9-10. Ritiene diversamente A. PROTO PISANI, *Art. 100* (voce), in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Libro I, Tomo II, Torino, 1973, p. 1049.

<sup>70</sup> «Ed in tale sede la parte dovrà ottenere dal giudice una risposta sul merito»: pertanto, secondo parte della dottrina, affermerebbe anche il carattere astratto dell'azione: cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 2017, p. 561. Similmente il pensiero di Cappelletti: «[c]on la forza innovatrice del precetto costituzionale deve misurarsi ora anche l'“azione”, non quale mero potere di mettere in moto il processo o “diritto-mezzo al provvedimento di merito”, bensì quale diritto di disporre attraverso il processo di rimedi costruiti in funzione dei bisogni che emergono nei diversi tipi di situazioni sostanziali, siano essi formalmente riconducibili alla categoria dei diritti soggettivi o a quella degli interessi legittimi» (così N. TROCKER, *Processo e Costituzione*, cit., p. 439), che tuttavia non sposa l'idea che l'art. 24 avrebbe caratterizzato l'azione in senso astratto (*ibidem*, p. 445).

<sup>71</sup> Così L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., p. 20.

<sup>72</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., p. 21.

<sup>73</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., 22 ss. V. sul punto *infra*, § 4.4, 4.5, 4.6.

<sup>74</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., p. 25.

esprimersi in particolar modo nella necessità di garantire la parità delle armi tra le parti, in un piano di “equilibrio dinamico” lungo tutta la fase processuale<sup>75</sup>.

L’art. 111 Cost. (nei suoi primi due commi, per quanto qui di interesse), come riformato dalla Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ha esplicitamente inserito in Costituzione il principio del giusto processo. Nel disporre che «[l]a giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» la norma si riferisce alle modalità della tutela in sede giudiziaria; tuttavia, non sembrerebbe aver introdotto novità nel quadro costituzionale poiché il principio era già desumibile dall’interpretazione degli artt. 24 e 3 Cost., nonché in considerazione delle norme sovranazionali (in particolare, art. 6 della Convenzione EDU<sup>76</sup>), di cui gli artt. 10 e 11, e quindi 117 Cost., danno pieno riconoscimento nell’ordinamento interno<sup>77</sup>.

Passando in rassegna i dati di diritto primario, rileva in primo luogo l’art. 2907 c.c., il cui portato va individuato nel generale divieto di autotutela da parte dei privati – divieto assistito da sanzione penale<sup>78</sup> – e, dunque, nel monopolio della giurisdizione da parte dello Stato<sup>79</sup>: «[a]lla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l’autorità giudiziaria».

---

<sup>75</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, cit., 26 ss.

<sup>76</sup> Sul punto cfr. N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2001, f. 2, 386 ss.

<sup>77</sup> E come l’interpretazione della Corte costituzionale aveva già affermato. Cfr. S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 1010 ss.; V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull’art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 42 ss.; A. ANDRONIO, *Art. 111* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2102 ss. e pp. 2110-2111. Caianiello sottolinea come l’intervento del legislatore costituzionale sia stato dovuto a una sostanziale e anomala intromissione della Corte nelle prerogative del legislatore ordinario: cfr. V. CAIANIELLO, *Riflessioni*, cit., 43 ss.; cfr. sul punto anche N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111*, cit., 392 ss.

Vi si legge comunque una portata, sotto alcuni profili, innovativa: cfr. V. CAIANIELLO, *Riflessioni*, cit., p. 63; N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111*, cit., 393 ss. e pp. 409-410; A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, 241 ss. Per Ghirga il nuovo art. 111 Cost. darebbe fondamento alla figura dell’abuso del diritto di agire: M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, pp. 130-131 imponendo un limite all’azione: la Costituzione esprimerebbe cioè non una garanzia all’azione senza confini, bensì imporrebbe alla stessa di perseguire solo determinati fini, che siano in particolare meritevoli di tutela (sulla teoria di Ghirga v. § 1.4.2).

<sup>78</sup> Cfr. G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2015, p. 13.

<sup>79</sup> Cfr. A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, Tomo I – *Disposizioni generali*, art. 2907-2909, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro sesto – Della tutela dei diritti*, Bologna, 1999, p.4 e p. 12.

La norma dispone, inoltre, il principio della domanda –principio contenuto altresì nella disposizione, del tutto simile, di cui all’art. 99 c.p.c.<sup>80</sup>– che indica come l’attivazione della funzione giurisdizionale spetti in via (tendenzialmente) esclusiva e libera al titolare del diritto leso<sup>81</sup>; principio della domanda che corrisponde al brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, per il quale spetta esclusivamente alla parte sia il potere di promuovere il processo, sia il potere di farlo cessare. L’iniziativa processuale costituisce per la parte, cioè, tanto un “diritto” quanto un “onere”<sup>82</sup>. Tramite la domanda giudiziale viene posto in essere l’esercizio dell’azione<sup>83</sup>, ponte tra diritto sostanziale e processo, e viene dato avvio all’intera vicenda processuale che si conclude con la sentenza, a sua volta ponte tra processo e diritto sostanziale<sup>84</sup>: «[l]a tutela giurisdizionale deve partire dalla realtà sostanziale ed alla realtà sostanziale deve tornare»<sup>85</sup>.

### 1.3 *Nozione di processo e centralità della distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale*

È opportuno, infine, fissare alcuni punti relativi alla fondamentale distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale: come visto, il concetto di azione è strettamente legato alla contrapposizione tra norma processuale e norma sostanziale, poiché rappresenta il primo –nonché particolarmente significativo– momento di raccordo tra i due sistemi normativi<sup>86</sup>.

Di particolare rilievo è l’apporto teorico di Fazzalari. Egli traccia, nel quadro della teoria generale del diritto, il concetto di *processo* quale sottospecie del *procedimento* – tale ricostruzione è ora generalmente acquisita dalla scienza giuridica<sup>87</sup>–. Il processo

---

<sup>80</sup> Le due norme vanno infatti lette in stretto collegamento, tanto che secondo parte della dottrina l’art. 2907 c.c. sarebbe “doppione” dell’art. 99 c.p.c.: cfr. N. SAPONE, *Art. 99* (voce), in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile, Art. 75-162*, Milano, 2012, p. 559.

<sup>81</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 2017, pp. 16-17.

<sup>82</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 1984, pp. 127-128.

<sup>83</sup> Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, cit., 185 ss.

<sup>84</sup> Cfr. N. SAPONE, *Art. 99*, cit., p. 559.

<sup>85</sup> Così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 2017, Milano, p. 7.

<sup>86</sup> Cfr. P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, p. 59.

<sup>87</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto*, cit., 414 ss.; cfr. anche R. POLI, *L’invalidità degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, f. 2, p. 353.

costituisce un procedimento caratterizzato dal *contraddittorio*<sup>88</sup>; principio del contraddittorio che ne costituisce *principio fondamentale, forza motrice, garanzia suprema*<sup>89</sup>: il processo ha, cioè, una struttura dialettica, che si esprime altresì nella sua dinamica<sup>90</sup>.

Il procedimento è definito secondo diverse prospettive: (a) una serie di *norme* che regolano una determinata condotta e che enunciano come presupposto del loro operare il compimento di un'attività regolata da altra norma della serie; (b) una sequenza di *atti*, previsti da queste norme; (c) da un punto di vista soggettivo, una serie di *posizioni soggettive* (poteri, doveri, facoltà), anch'esse tra loro collegate<sup>91</sup>. Il procedimento, infine, (d) si identifica nell'*atto* finale, suo epilogo, e che infatti risulta viziato se il procedimento non si è svolto regolarmente<sup>92</sup>.

Il contraddittorio, che caratterizza quel procedimento particolare chiamato processo, indica che gli atti che costituiscono il procedimento sono posti in essere anche dai soggetti che vi partecipano, non solo dall'autore dell'atto finale, in una simmetrica parità di posizioni. A ogni parte (contraddittore) è parallelamente garantita la possibilità di un insieme di scelte, reazioni e controlli, di cui l'autore dell'atto finale deve tenere conto: si tratta, cioè, non solo di partecipazione del soggetto, ma di una partecipazione in contraddittorio paritetico<sup>93</sup>. Una nozione in grado, in definitiva, di superare tentativi definitivi del processo che involgano valutazioni teleologiche<sup>94</sup>. Tali soggetti, che poi sono i destinatari degli effetti dell'atto finale, sono «individuati in via ipotetica, cioè

---

<sup>88</sup> Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale*, cit., p. 17: «[d]ire che le parti stanno esattamente sullo stesso piano, che le loro azioni e affermazioni hanno egual peso agli occhi del giudice, significa precisamente constatare che il processo giurisdizionale è l'organizzazione giuridica del contraddittorio: il processo è il contraddittorio nel suo svolgersi».

<sup>89</sup> Espressioni di Calamandrei: cfr. P. CALAMANDREI, *La dialettica del processo*, ora in *Opere Giuridiche*, I, Napoli, 1965, 678 ss. e spec. p. 678. E ancora, secondo il pensiero di Cappelletti, il processo costituisce la *consacrazione* del principio del contraddittorio: cfr. N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, f. 2, pp. 429-430.

<sup>90</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Processo (teoria generale)* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 1072.

<sup>91</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., 77 ss.

<sup>92</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., pp. 79-80.

<sup>93</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., 82 ss.

<sup>94</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, p. 84. Per Benvenuti in particolare vi è processo dove vi è conflitto di interessi: cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, f. 1, 118 ss.

stimando la loro posizione, all'inizio del processo, in base alla ipotesi che, alla fine, quell'atto venga emanato e li coinvolga»<sup>95</sup>.

E se il processo è modulo che è utilizzato anche fuori dall'ambito giurisdizionale, il processo per antonomasia è l'istituto che realizza la *giurisdizione*<sup>96</sup>. Ebbene, la *tutela giurisdizionale* dei diritti (art. 2907 c.c.), che dipende –assieme ai suoi limiti<sup>97</sup>– dalla libera volontà dell'interessato<sup>98</sup>, è tutela secondaria rispetto alla tutela primaria contenuta nelle norme sostanziali. Queste, nel determinare il carattere della giuridicità forniscono, appunto, tutela (primaria) giuridica. Tale carattere non è sempre sufficiente a evitare la lesione dei diritti e in generale delle posizioni sostanziali; è in tali casi che l'ordinamento mette a disposizione dei soggetti norme strumentali (processuali) atte a fornire la tutela (secondaria) giurisdizionale<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 85.

<sup>96</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Processo*, cit., p. 1074. Il *processo giurisdizionale* –o meglio i processi giurisdizionali: civile, penale, amministrativo, costituzionale– costituiscono sottospecie del genere processo: cfr. E. FAZZALARI, *Processo*, cit., 1068 ss.

Si rimanda, sulla nozione di giurisdizione, a C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)* (voce), in *Dig. Disc. Civ.*, IX, Torino, 1993, che pur rilevando la differenza strutturale tra le diverse tipologie di giurisdizione (cognizione, esecuzione, cautelare) definisce la giurisdizione –prendendo a parametro quella di cognizione– «quell'attività svolta dai giudici ordinari a seguito di una richiesta di tutela di un diritto o di modificazione di un diritto in situazione di contrasto o di un'esigenza obiettiva dell'ordinamento, e che è articolata in modo da sfociare in un provvedimento caratterizzato dall'incontrovertibilità propria del giudicato» (p. 150).

<sup>97</sup> In primo luogo quelli relativi a *petitum e causa petendi*. Cfr. anche artt. 99 e 112 c.p.c.

<sup>98</sup> Cfr. sul punto T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 744 ss. Cfr. anche Denti che rimanda al pensiero di Shapiro, il quale sottolinea come il cittadino, chiedendo la tutela, non ritiene di ricorrere ad un servizio pubblico (il servizio della giustizia) ma di difendere la propria sfera privata attraverso la garanzia delle procedure giudiziarie (cfr. V. DENTI, *Azione*, cit., p. 3).

<sup>99</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 6; F.P. LUIISO, *Diritto*, cit., pp. 3 ss.; *amplius* E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., 95 ss.

L'art. 2907 c.c. (assieme ai successivi artt. 2908 e 2909) sarebbe, pertanto, posto sistematicamente in un contesto totalmente errato, poiché il Titolo «Della tutela giurisdizionale dei diritti» (artt. 2907-2909) è inserito (a) nel Libro del Codice civile «Della tutela dei diritti», quasi che tale tutela sia della medesima specie della tutela primaria, di diritto sostanziale, dei diritti soggettivi contenuta nelle restanti parti del Libro. Ma anche (b) il contesto dell'intero Codice civile è fuorviante, poiché trattasi di norme di carattere giurisdizionale, da collocare sistematicamente nell'ambito della giurisdizione civile: «l'efficacia sostanziale dei provvedimenti giurisdizionali non è erogata dal diritto privato, ma è il risultato che la giurisdizione svolge nella sfera sostanziale in virtù di forza propria, dell'imperatività dei suoi provvedimenti»: così E. FAZZALARI, *II – Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 402 ss. (citazione testuale a p. 403); cfr. A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti, Tomo I – Disposizioni generali, art. 2907-2909*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro sesto – Della tutela dei diritti*, Bologna, 1999, pp. 3-4.

Le tre norme costituiscono, in ogni caso, «la testa di ponte, entro il c.c., del diritto processuale e della funzione giurisdizionale di cognizione e ne disegnano altresì l'intero arco funzionale: dalla azione al giudicato»: così C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 14.

Il dualismo emerge dal contenuto delle norme positive e in generale, nel nostro ordinamento<sup>100</sup>, si distinguono le une dalle altre proprio in base al carattere di strumentalità (o secondarietà) delle norme processuali rispetto alle norme sostanziali<sup>101</sup>. Il diritto processuale è finalizzato, infatti, a realizzare interessi che non sono tutelati dallo stesso diritto processuale<sup>102</sup>. Del resto, abbracciando una teoria monista, ovvero considerando che il giudice specifichi, o attui, o concretizzi l'astratto imperativo contenuto nella legge, si negherebbe al diritto sostanziale una piena operatività delle sue norme tra i soggetti, ovvero si negherebbe la sua stessa esistenza e giuridicità. Ma, piuttosto, «[p]rima della sentenza il diritto è *incerto*, non *inesistente*»<sup>103</sup>; “inesistenza” del diritto sostanziale che contraddirebbe lo stesso concetto di giurisdizione, che opera solo su situazioni sostanziali già svoltesi in concreto<sup>104</sup>.

Dualismo tra i due sistemi normativi non significa che questi sono avulsi l'uno dall'altro. Il diritto processuale è infatti *strumentale* al diritto sostanziale: due sistemi diversi ma pur sempre *interdipendenti*<sup>105</sup>.

Le norme di diritto processuale sono sempre ed inevitabilmente di diritto pubblico<sup>106</sup>, costituendo, la funzione giurisdizionale, prerogativa dello Stato<sup>107</sup>; funzione giurisdizionale che si attua mediante il (giusto) processo (art. 111 Cost.) e che è esercitata dai magistrati (art. 102 Cost.)<sup>108</sup>, su impulso di parti che intendono tutelare i

---

<sup>100</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Note*, cit., pp. 31-32; p. 50.

<sup>101</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 4, che sottolinea che «[p]reliminarmente a qualsiasi analisi è il porre in evidenza la differenza che esiste tra diritto sostanziale e diritto processuale».

<sup>102</sup> Cfr. M.T. ZANZUCCHI, *Diritto*, cit., p. 80. Nello stesso senso e ampiamente: S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981, 28 ss., il quale tuttavia giunge a negare un ruolo “creativo” della giurisdizione.

<sup>103</sup> Così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 79.

<sup>104</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Note*, cit., 20 ss.

<sup>105</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, pp. 5-6. Del resto, l'astrattezza dell'azione come intesa da Liebman riflette proprio una tale idea: v. *supra*, § 1.1.

<sup>106</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 559, che, nell'aderire alla teoria che intende l'azione quale diritto soggettivo (processuale), lo distingue chiaramente dal diritto soggettivo (sostanziale): «[e] ciò a differenza dell'*actio* romanistica o dell'*action* del *common law*, che sono posizioni tipiche poiché esprimono una saldatura fra statica e dinamica giuridica in un ordinamento non dualistico che ignora la contrapposizione fra norma sostanziale e norma processuale».

Cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., pp. 105-106.

<sup>107</sup> Cfr. A. BONSIGNORI, *Della tutela*, cit., p. 12.

<sup>108</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto*, cit., pp. 3-4. Cfr. sul punto anche G.F. RICCI, *Principi*, cit., 11 ss. e spec. 16 ss., che sottolinea altresì la centralità dell'*effettività* della tutela giurisdizionale nei rapporti tra diritto sostanziale e processuale.

propri diritti soggettivi e interessi legittimi (art. 24 Cost.). L'azione –con le sue condizioni–, è disciplinata dal diritto vigente nel momento in cui è proposta e dalla *lex fori*, anche se il rapporto sostanziale è regolato da legge anteriore: dunque, a prescindere da quale sia la legge del rapporto sostanziale<sup>109</sup>.

#### 1.4 *Le condizioni generali dell'azione nel diritto processuale civile e il loro carattere necessariamente assertivo. I presupposti processuali*

Chiarito che l'azione costituisce raccordo tra due sistemi di norme differenti; chiarito che l'accesso alla tutela giurisdizionale avviene attraverso l'azione, la cui disciplina spetta esclusivamente alla norma processuale<sup>110</sup>; chiarita altresì la funzione di garanzia dell'azione per le situazioni giuridiche soggettive, veniamo dunque ad analizzare le sue condizioni generali.

Il loro carattere è necessariamente assertivo, e questo perché «[s]e per accertare l'esistenza, in concreto, delle condizioni necessarie per la concessione della tutela da parte del giudice medesimo, ciò significa che *per l'instaurazione del processo stesso non è ovviamente richiesta la preventiva dimostrazione della esistenza della situazione giuridica*, nei confronti della quale il soggetto chiede un dato tipo di tutela giurisdizionale. [...] Ne consegue che *la esistenza della situazione giuridica, dedotta in giudizio, per invocarne la tutela, è disgiunta dal potere di iniziare il processo*, rendendo concreto il dovere del giudice di pronunciarsi, rispetto alla domanda che gli è stata presentata» (enfasi aggiunte)<sup>111</sup>. Si tratta dunque di requisiti intrinseci all'azione: condizioni dell'agire, che si caratterizzano perché nella domanda le stesse devono essere *affermate*: l'ordinamento processuale, cioè, non richiede che le stesse effettivamente sussistano, ma solo che queste siano prospettate<sup>112</sup>. Requisiti che devono essere propri

---

Il diritto processuale, in definitiva, si caratterizza perché: (a) è diritto pubblico, (b) è diritto pubblico dispositivo, (c) è diritto mezzo, o sostitutivo (secondario), tendente a realizzare interessi che non sono tutelati dallo stesso interesse processuale (cfr. M.T. ZANZUCCHI, *Diritto*, cit., p. 80).

<sup>109</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 32.

<sup>110</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto*, cit., p. 56.

<sup>111</sup> Così G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 13. Che prosegue: «[a]i fini della instaurazione del processo civile, interessa solo che, in astratto, la pronuncia di merito che il giudice emetterà, in seguito al processo stesso, sia suscettibile di esplicitare i propri effetti nell'ambito della sfera giuridica di chi chiede la tutela; al momento dell'inizio del processo è rilevante, quindi, la sola attività del soggetto che asserisce di essere titolare di un diritto e che intende "far valere in giudizio" il diritto stesso (art. 99 c.p.c.)».

<sup>112</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 52 e p. 54.

della domanda giudiziale; requisiti la cui latitudine indica, in definitiva, la misura dell'accesso alla tutela giurisdizionale che l'ordinamento oggettivo riconosce ai soggetti di diritto. Il giudice è chiamato, nel sindacare la sussistenza o meno delle condizioni dell'azione, a valutare l'*ipotetica accoglibilità* della domanda, ciò che implica, necessariamente, una valutazione su profili sostanziali della domanda – e non su profili, cioè, strettamente procedurali<sup>113</sup>.

Ci si concentrerà, nel proseguo, solamente sugli aspetti *attivi* delle condizioni dell'azione, evidentemente di maggior interesse ai fini della definizione delle modalità di accesso alla giustizia rispetto a quanto possa invece rilevare –s'intende, nella prospettiva che si adotta in questo lavoro– la posizione dei contraddittori.

Preliminarmente, è opportuno chiarire la distinzione da queste dei *presupposti processuali*. Tanto questi ultimi quanto le condizioni generali dell'azione costituiscono infatti requisiti che incidono sulla possibilità per l'organo giurisdizionale di emettere una pronuncia nel merito rispetto alla causa proposta avanti a sé; tanto che ancora si riscontra poca chiarezza o comunque non piena condivisione nella loro differenziazione o sistematizzazione<sup>114</sup>.

I presupposti processuali, come evidenziato del resto dalla stessa terminologia, sono requisiti riferiti al processo, e a loro volta possono essere distinti in presupposti di esistenza del processo e in presupposti di validità, o procedibilità, dello stesso. I primi si risolvono nel requisito-limite della necessità della sussistenza del potere giurisdizionale in capo al soggetto cui è rivolta la domanda –ciò che dunque permette a un processo di essere celebrato–. I secondi –che sono quelli cui generalmente ci si riferisce parlando di presupposti processuali– consistono in presupposti riferibili ai protagonisti del processo (competenza del giudice, capacità processuale delle parti, ...), nonché altri eventuali requisiti quali l'esperimento preventivo del tentativo di mediazione o della negoziazione assistita. Requisiti la cui sola sussistenza permette l'avanzare del processo verso la pronuncia di merito, dovendosi altrimenti arrestare lo stesso a una pronuncia sul processo<sup>115</sup>. Tra questi (e in particolare tra i presupposti processuali riferibili alle parti)

---

<sup>113</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 47.

<sup>114</sup> V. nota successiva. Con riferimento ai presupposti processuali nel processo amministrativo cfr. R. VILLATA, *Presupposti processuali*, III) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XXIV, 1991.

<sup>115</sup> Questa è la ricostruzione di Mandrioli: cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., 38 ss. Per Luiso i presupposti processuali si distinguono in presupposti relativi all'organo giudicante



rientra l'istituto della *legittimazione processuale* (*legitimatio ad processum*), che non va confusa, vista la somiglianza lessicale, con la legittimazione ad agire (*legitimatio ad causam*). Nella dottrina la legittimazione processuale si confonde altresì, e soprattutto, con la capacità processuale, tanto che in molte ricostruzioni vi è una sostanziale equiparazione dei due concetti<sup>116</sup>; tuttavia, mentre la capacità processuale d'agire costituisce «l'astratta idoneità del soggetto a compiere e a ricevere gli atti giuridici incidenti sulla propria sfera giuridica, la legittimazione [processuale] va riferita alla titolarità d'un potere e quindi d'una situazione giuridica che abilita il soggetto al compimento d'un atto» nel processo<sup>117</sup>.

Logicamente, l'«ostacolo» successivo che il processo incontra –per poter giungere alla pronuncia di merito– consiste nei requisiti che la domanda giudiziale deve, intrinsecamente, possedere: le condizioni dell'azione.

Sempre in ordine logico, dunque, la prima condizione dell'azione è la *possibilità giuridica*; questa tuttavia costituisce una condizione-limite, riferendosi alla mera sussistenza di una norma attributiva del diritto che si intende far valere, e che va prospettata nella domanda. Condizione-limite che potrebbe anche essere assorbita –peraltro– nell'interesse ad agire (se non sussiste una norma attributiva del diritto che si prospetta, non vi è interesse a proporre la domanda stessa), e che tuttavia in taluni casi potrebbe risultare anche di una certa utilità pratica<sup>118</sup>.

Quindi viene in rilievo la legittimazione ad agire, ovvero la riconducibilità del diritto al soggetto che propone l'azione, ed infine l'interesse ad agire. Queste ultime sono le condizioni dell'azione che verranno nel proseguo considerate, poiché sono le

---

(giurisdizione, competenza, ...), all'oggetto della controversia (cosa giudicata, litispendenza, ...) o alle parti, facendo rientrare in quest'ultima categoria tanto la capacità processuale e le questioni relative al contraddittorio, quanto la legittimazione e l'interesse ad agire: cfr. F.P. LUISO, *Diritto*, cit., p. 56. Cfr. *amplius*, nonché per una ricostruzione del fondamento storico-giuridico dei presupposti processuali: C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 357 ss., che fa rientrare sia quanto indicato come presupposti processuali che quanto indicato come condizioni generali dell'azione nella categoria delle condizioni di decidibilità della causa nel merito (cfr. anche p. 562).

<sup>116</sup> Cfr. ad esempio E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 78.

<sup>117</sup> Così F. TOMMASEO, *Legittimazione processuale, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, XVIII, 1990, p. 1, richiamando A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)* (voce), in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 43; cfr. anche V. DOMENICHELLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, 2005, p. 527.

<sup>118</sup> Come rileva Mandrioli: C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., pp. 49-50 e spec. nt. 4. Cfr. anche M. DE SIMONE, *Il ripido crinale fra interesse a ricorrere e possibilità giuridica*, in *Giur. Mer.*, 2008, f. 12, 3290 ss.

condizioni che, maggiormente, hanno interessato il dibattito processuale<sup>119</sup>; del resto, sono le condizioni che hanno la maggior utilità e i maggiori risvolti pratici, influenzando particolarmente l'azione. Solo la sussistenza di entrambe indica l'*esistenza dell'azione* e permette al giudice di decidere il merito della controversia.

#### 1.4.1 La legittimazione ad agire

La legittimazione ad agire (o *legitimatio ad causam*) concerne la titolarità del rapporto giuridico dedotto in giudizio<sup>120</sup>.

Riprendendo la già prefigurata nozione classica di legittimazione ad agire, questa consiste nell'*affermazione* dell'appartenenza soggettiva dell'azione in capo a colui che ha proposto la domanda. Questa nozione, condivisa dalla maggior parte della dottrina, riflette la concezione dell'azione come volta ad ottenere una sentenza di merito<sup>121</sup>. Si contrappone invece alla concezione chiovendiana per cui l'azione è volta ad ottenere un provvedimento favorevole<sup>122</sup>. In quest'ottica, la legittimazione richiederebbe identità tra i soggetti del processo e i soggetti del rapporto sostanziale controverso; nell'ottica classica tale identità è invece richiesta solo alla pronuncia nel merito del giudice<sup>123</sup>: la legittimazione ad avanzare una domanda in giudizio spetta, infatti, a chi si *dichiari* titolare di una posizione soggettiva, non a chi sia effettivamente titolare.

La copertura normativa è contenuta indirettamente nell'art. 81 c.p.c. che, disciplinando la sostituzione processuale, esclude che si possa far valere in giudizio un diritto altrui se non nei casi previsti dalla legge, ovvero dispone che vi debba essere

---

<sup>119</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., 135 ss. Così anche per Consolo: cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 559 ss. Nel processo amministrativo cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 193 ss.

<sup>120</sup> Tanto dal lato attivo quanto dal lato passivo. Come già anticipato, non interesserà, nel proseguo, considerare anche la legittimazione ad agire passiva. Si rileva solamente la differenza tra questa e la legittimazione a contraddire, che consiste nel diritto di difendersi e spetta a qualunque soggetto che sia stato convenuto in giudizio; la legittimazione ad agire passiva, invece, è la «coincidenza tra colui contro il quale la domanda è proposta e colui che nella domanda è affermato soggetto passivo del diritto o comunque violatore del diritto»: così C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 54. Non distingue tra legittimazione ad agire passiva e legittimazione a contraddire: G. TOMEI, *Legittimazione ad agire* (voce), in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1974, 73 ss.

<sup>121</sup> Cfr. G. TOMEI, *Legittimazione*, cit., p. 67; E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., p. 22 ss. e 30 ss; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961, 210 ss.

Aderisce anche Fazzalari a questa concezione ma specifica come la legittimazione consista «nell'abilitazione delle parti stesse al compimento degli atti processuali, lungo tutto l'arco del processo sino alla sentenza di merito»: così E. FAZZALARI, *Note*, cit., p. 133.

<sup>122</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 59 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., 107 ss.

<sup>123</sup> Cfr. A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire* (voce), in *Dig. Disc. Priv.*, X, Torino, 1993, p. 524.

corrispondenza tra i soggetti del rapporto controverso e i soggetti del processo. La legittimazione deve dunque riferirsi a un diritto sostanziale, «ma la rilevanza del diritto sostanziale nel processo è solo formale, e si determina nel momento della domanda, concretandosi nell'invocazione della tutela per un diritto proprio, nell'affermazione di un diritto proprio, non nella effettiva titolarità, accertata dal giudice, del diritto che si fa valere»<sup>124</sup>. La legittimazione consiste, cioè, nella *titolarietà del potere di promuovere un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto*, secondo la prospettazione della parte<sup>125</sup>. L'effettiva titolarità della posizione soggettiva, invece, è questione di merito, che attiene alla fondatezza della domanda<sup>126</sup>.

Anche la giurisprudenza accoglie una tale concezione di *legitimatio ad causam*, sottolineandosi che trattasi di questione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio<sup>127</sup>. Distingue così chiaramente tra effettiva titolarità della posizione sostanziale, questione attinente al merito e che può essere dedotta e allegata solo dalle parti, e, appunto, titolarità della legittimazione ad agire<sup>128</sup>, la cui mancanza involge una sentenza in rito di inammissibilità della domanda, che non comporta formazione di giudicato<sup>129</sup>.

Diverse problematiche che coinvolgono la legittimazione ad agire nel processo civile riguardano aspetti che, nella presente trattazione, interessano relativamente: questioni relative all'azione surrogatoria<sup>130</sup>, alla sostituzione processuale<sup>131</sup>, alla legittimazione dei litisconsorti e degli intervenienti<sup>132</sup>; di particolare rilievo, invece, la questione della legittimazione dei portatori di interessi collettivi o diffusi su cui si rinvia ai successivi §§ 4.4, 4.5, 4.6.

Appare qui fondamentale, invece, rimarcare il carattere assertivo della legittimazione, che si contrappone con forza alla tradizionale – e sostanzialmente

---

<sup>124</sup> Così G. TOMEI, *Legittimazione*, cit., p. 67, il quale tuttavia non aderisce a tale ricostruzione.

<sup>125</sup> Ovvero la «coincidenza tra chi propone la domanda e colui che nella domanda stessa è affermato titolare del diritto»: C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 54.

<sup>126</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto*, cit., pp. 219-220; Cass. Civ., Sez. Un. Civ., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, f. 1, 234 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, 238 ss.

<sup>127</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 12 agosto 2016, n. 17092; Cass. Civ., Sez. III, Ord. 15 maggio 2018, n. 11744.

<sup>128</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un. Civ., 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, f. 1, 234 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Sulla titolarità*, cit., 238 ss.

<sup>129</sup> Cfr. A. ATTARDI, *Legittimazione*, cit., p. 532.

<sup>130</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 583 ss.

<sup>131</sup> Cfr. A. ATTARDI, *Legittimazione*, cit., p. 529.

<sup>132</sup> Cfr. G. TOMEI, *Legittimazione*, cit., 79 ss.; e ancora (86 ss.): legittimazione del PM, nell'esecuzione forzata, nei procedimenti sommari, ....

consolidata– concezione della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, nel quale la stessa è intesa quale titolarità dell'interesse sostanziale<sup>133</sup>; fondamentale, altresì, sottolineare la netta differenziazione dall'altra condizione dell'azione, l'interesse ad agire.

*1.4.2 L'interesse ad agire. La scarsa precettività nel processo civile non ne svaluta la rilevanza sistematica. La teoria della meritevolezza della tutela richiesta: critica*

L'art. 100 c.p.c., con una disposizione di carattere generale<sup>134</sup>, prevede che «[p]er proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse» e fonda la categoria dell'interesse ad agire<sup>135</sup>. Categoria che «misura l'idoneità della fattispecie dedotta in giudizio a formare oggetto dell'attività giurisdizionale e quindi la domanda come conforme agli scopi del diritto e perciò meritevole di essere presa in esame»<sup>136</sup>.

Mentre dunque la legittimazione ad agire concerne la (affermata) titolarità di una situazione giuridica, l'interesse ad agire contrassegna lo stato di fatto<sup>137</sup> attuale –cioè al momento del processo– rispetto a quella situazione vantata<sup>138</sup>. Stato di fatto che dev'essere di lesione o comunque di svantaggio verso l'affermata situazione giuridica sostanziale, poiché deve sussistere, appunto, un interesse a che tale lesione sia rimossa. L'interesse deve sussistere al fine dell'esercizio dell'azione poiché, altrimenti, l'azione non avrebbe alcuna utilità rispetto alla situazione giuridica sostanziale e il processo

---

<sup>133</sup> Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione processuale, II) Diritto processuale amministrativo* (voce), in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2.

<sup>134</sup> Ma che è sempre stata *oscura*, di interpretazione *particolarmente difficile e contrastata*: così A. PROTO PISANI, *Art. 100* (voce), cit., p. 1065.

<sup>135</sup> Per Liebman fornirebbe copertura normativa anche alla legittimazione ad agire: cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 133. Cfr. sul punto A. ATTARDI, *Interesse ad agire* (voce), in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, IX, 1993, p. 515-516.

Sulla portata dell'art. 100 c.p.c., che replica una previsione del previgente codice di procedura, vi è chi vi vede un principio generale per ogni tipo di processo e di atto da porre in essere, e chi invece ne limita fortemente la portata: cfr. sempre A. ATTARDI, *Interesse*, cit., p. 515.

<sup>136</sup> Così E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 138.

<sup>137</sup> Liebman lo indica quale *elemento materiale* del diritto d'azione: cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 136; *contra* A. ATTARDI, *Interesse*, cit., p. 516, che respinge la nozione di interesse materiale, perché in tal modo si costruirebbe l'azione sull'interesse ad agire e si finirebbe col ritenere che sia l'interesse del soggetto a segnare i presupposti e il contenuto del provvedimento del giudice, mentre – condivisibilmente – quest'Autore sottolinea come sia fondamentale anche l'altra condizione dell'azione (legittimazione ad agire) a delineare l'azione.

<sup>138</sup> Cfr. A. ATTARDI, *Legittimazione*, cit., p. 531.

sarebbe celebrato inutilmente. Emergono così i due aspetti più discussi dell'interesse ad agire, che si delinea infatti nel dibattito come *stato di lesione* della situazione soggettiva ovvero come *utilità* derivante dall'(eventuale) accoglimento della domanda, con funzione di filtro processuale<sup>139</sup>.

L'impostazione tradizionale e la giurisprudenza maggioritaria intendono dunque l'interesse ad agire come condizione dell'azione<sup>140</sup>, distinta nettamente dalla legittimazione ad agire. In quanto condizione dell'azione, anche l'interesse ad agire sussiste solo in quanto affermato –non concernendo il merito della controversia<sup>141</sup>–: la posizione giuridica sostanziale non va solo riferita soggettivamente (legittimazione ad agire) ma va anche affermata come *bisognevole di tutela*<sup>142</sup>. In definitiva, l'interesse ad agire è «il rapporto di utilità corrente tra la lesione del diritto, che è stata affermata, e il provvedimento di tutela giurisdizionale che viene domandato»<sup>143</sup>.

L'istituto ha destato una particolare attenzione da parte della dottrina –e della giurisprudenza–<sup>144</sup>; venendo anche autorevolmente messo in discussione, in particolare nella sua portata precettiva<sup>145</sup>, tanto che anche l'impostazione classica (Liebman) rileva come lo stesso *non sia molto appariscente* nelle azioni di condanna e costitutive, in quanto in tali tipi di azione sembra scontato che si affermi un diritto non soddisfatto. Ed è solo nelle azioni di accertamento che l'interesse ad agire acquista maggiore rilevanza pratica, configurandosi come incertezza o mera contestazione del diritto.

Rilevanza pratica forse davvero limitata: ciò che, tuttavia, non significa svalutazione dell'interesse ad agire il quale, sistematicamente, presenta specifica importanza, esprimendo –dal punto di vista soggettivo– l'imprescindibile momento

---

<sup>139</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, Trento, 2005, 5 ss.

<sup>140</sup> Sin dall'impostazione chiovendiana: cfr. B. SASSANI, *Interesse ad agire, I) Diritto processuale civile* (voce), in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, pp. 1-2.

<sup>141</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 591 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., 136 ss.

<sup>142</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., 50 ss.

<sup>143</sup> Così E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 138.

Opportuno specificare che deve intendersi “utilità sostanziale” –cioè riferita alla situazione giuridica sostanziale– e non dunque “utilità processuale”, ciò che si risolverebbe nell'indagine sul perseguimento dell'interesse in via diversa da quella processuale, ovvero si consideri il risultato atteso dal processo non altrimenti perseguibile (processo come *ultima ratio*): cfr. sul punto B. SASSANI, *Interesse*, cit., pp. 3-4.

<sup>144</sup> Cfr. V. ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., p. 222.

<sup>145</sup> Cfr. B. SASSANI, *Interesse*, cit., p. 1.

dinamico della giurisdizione<sup>146</sup>: a differenza di quanto accade nel processo amministrativo, nel quale la sua precettività appare ben maggiore<sup>147</sup>.

L'interesse ad agire sorge, storicamente, in Francia, nella cui cultura giuridica sono stati elaborati gli aforismi *pas d'intérêt pas d'action* e *l'intérêt est la mesure des actions*, ciò che indicava un generale limite alla possibilità per i privati di adire gli organi giurisdizionali con questioni *oziose o assolutamente irrilevanti*<sup>148</sup>. Nel dibattito italiano la questione dell'interesse ad agire viene sviluppata, a partire dalla prolusione chiovendiana, in stretta correlazione con la tematica dell'azione; in Germania, invece, si sviluppa indipendentemente da questa, e ivi si elabora la teoria del *Rechtsschutzbedürfnis* (bisogno di tutela giuridica) che prende vita nell'ambito del *Rechtsschutzanspruch* wachiano –costituendone presupposto teorico–<sup>149</sup>. In particolare, Wach pone al centro della sua teoria il *bisogno di tutela giuridica*, sostituendolo all'effettivo pregiudizio del diritto fatto valere in giudizio: uno stato di incertezza della pretesa (*Anspruch*) visto il pregiudizio che subisce l'attore<sup>150</sup>. Pur se nato in questo contesto, il *Rechtsschutzbedürfnis* “sopravvive” al tramonto della teoria del *Rechtsschutzanspruch* e ritrova, grazie in particolare al contributo di Schönke, fondamento dogmatico nel *Prozeßzweck* (scopo del processo): il bisogno di tutela giuridica così non è più presupposto di una pretesa del privato verso lo Stato, bensì costituisce una condizione di ammissibilità della domanda volta a realizzare lo scopo del processo; lo scopo del processo, infatti, non è la mera attuazione del diritto<sup>151</sup>. Tale concezione va calata nel contesto del nazionalsocialismo, che influisce notevolmente su questa dottrina e che delinea il processo all'opposto di un metodo di risoluzione di controversie private marcatamente liberale –contesto in cui era nato il

---

<sup>146</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, *Giurisdizione*, cit., p. 133; imprescindibile, s'intende, al di là dei casi di giurisdizione oggettiva: cfr. C. MANDRIOLI, *Giurisdizione*, pp.134-135.

<sup>147</sup> V. *infra*, § 3.1.2.

<sup>148</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, Trento, 2005, 22 ss., spec. p. 25. Cfr. anche V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1961, p. 278, che sottolinea il «carattere meramente descrittivo della formula»; ciò che comportava di «sussumere nella categoria questioni di legittimazione ad agire o di esistenza della norma concreta di legge». Tuttavia – come già sottolineato – «non può darsi confusione fra le tre condizioni dell'azione».

<sup>149</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 31 ss. e 35 ss.

<sup>150</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., pp. 36-37.

<sup>151</sup> Cfr. A. SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica*, trad. it. F. CARNELUTTI in *Riv. Dir. Proc.*, 1948, 132 ss.; cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 38 ss.

Cfr., di commento (critico) al contributo di Schönke, E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, I, Milano, 1957, 227 ss.

*Rechtsschutzanspruch*–; le parti sono ora considerate al servizio di un processo teleologicamente orientato e volto a far emergere una “verità” funzionale alla tutela e all’attuazione dell’interesse del *Volk* (popolo), di cui il *Führer* è ultimo depositario. Attraverso clausole generali –quali il *Rechtsschutzbedürfnis*–, che il giudice riempiva (anche) secondo direttive ministeriali, il processo poteva così realizzare il suo (nuovo) scopo<sup>152</sup>. L’interesse ad agire si risolse dunque, di fatto, in uno strumento arbitrario di compressione delle garanzie giurisdizionali<sup>153</sup>, sino a trasformarsi in una clausola senza un preciso confine, e che tuttavia sopravvisse anche una volta superato quel contesto storico-culturale<sup>154</sup>.

Proprio il contributo di Schönke sarà, inoltre, ispiratore della teorica di Stein, il quale per primo legge la figura dell’interesse ad agire secondo la chiave del principio di economia processuale; e ciò, nonostante tra le due concezioni –bisogno di tutela giuridica e principio di economia processuale– non appaia alcun legame di un certo rilievo, operando le stesse su piani diversi: il primo è considerato in riferimento a esigenze di tutela del soggetto, il secondo legato a esigenze di risparmio di attività giurisdizionale<sup>155</sup>.

Nel dibattito italiano, diversi Autori non attribuiscono alcun valore o rilievo all’interesse ad agire. La più celebre posizione in tal senso è quella di Redenti, che ritiene l’interesse «fin dall’origine *elemento integrante* essenziale anzi primordiale, non solo del diritto soggettivo primario sottostante, ma anche dell’azione»: dunque, non potrebbe darsi azione senza interesse, ma tale interesse non è un elemento distinto e diverso e, qualora avesse rilevanza, costituirebbe solamente la *quinta ruota del carro*<sup>156</sup>. Anche Satta nega *consistenza* a un interesse di tipo esclusivamente processuale, che ritiene inconcepibile se distinto dall’interesse sul piano sostanziale: dunque, l’art. 100

---

<sup>152</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 46 ss.

<sup>153</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 60 ss.

<sup>154</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 66 ss. Del resto, Schönke attinge anche alla teoria di Klein – che delinea il processo quale strumento volto al benessere sociale–, il cui stampo tuttavia è prettamente liberale (cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 71 ss.).

<sup>155</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 76 ss.

<sup>156</sup> Cfr. E. REDENTI, *Diritto*, cit., pp. 62-63. Condividono tale impostazione Monteleone (G. MONTELEONE, *Manuale*, cit., pp. 182-183) e Allorio (E. ALLORIO, *Bisogno*, cit., 227 ss.). Per quest’ultimo Autore, in particolare, la nozione di interesse ad agire sarebbe *puramente illusoria*: la valutazione della sussistenza dell’interesse sarebbe già stata effettuata dal legislatore, nel momento in cui ha predisposto una forma di protezione giuridica (cfr. in particolare pp. 229-230). Anche Lanfranchi, Punzi e Garbagnati si esprimono nello stesso senso: cfr., per i riferimenti bibliografici, M.F. GHIRGA, *Interesse ad agire [dir. proc. civ.]*, in <http://www.treccani.it/>, *Diritto on line*, 2015.

c.p.c. non avrebbe alcuna portata precettiva<sup>157</sup>. Sassani, pur condividendo le linee generali dell'impostazione di Redenti, assegna all'interesse *ex art. 100 c.p.c.* una funzione strumentale rispetto all'esercizio dell'azione, da valutarsi sul piano degli effetti materiali conseguenti all'accoglimento<sup>158</sup>.

La portata precettiva riconosciuta alla norma dalla dottrina appare –come anticipato– di non grande rilievo. Attardi vi riconosce un rilievo generale, ritenendo importante salvare la portata dell'art. 100 c.p.c. e distinguendolo dalla legittimazione ad agire; tuttavia ne riconosce valore pratico nelle sole domande di accertamento e cautelari<sup>159</sup>. Per Andrioli la nozione di interesse ad agire troverebbe campo di applicazione nelle sole azioni atipiche, dovendo necessariamente svelare quale utilità possa derivare al privato all'accoglimento della domanda; mentre nelle azioni tipiche la valutazione sull'interesse sarebbe vincolata alla verifica della sussistenza dei presupposti legali dell'azione. In ogni caso, egli ritiene che l'interesse ad agire vada nettamente distinto dalle altre condizioni dell'azione e, del pari, dall'interesse che costituisce il contenuto sostanziale del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, in quanto categorie di diritto sostanziale<sup>160</sup>.

Del resto, come già sottolineato, anche nella ricostruzione di Liebman la più rilevante portata dell'interesse ad agire è circoscritta alle azioni di mero accertamento. Sembra tuttavia, a chi scrive, che questa debba essere considerata una mera conseguenza, relativa alla tipologia di azione, che nemmeno, peraltro, può essere considerata assoluta. Come illustrato da Consolo, infatti, non sussisterebbe –ad esempio– l'interesse ad agire nel caso di azione di condanna nella quale lo stesso attore non sostenga che ci sia stato inadempimento. Per quest'Autore, l'interesse ad agire si specifica e si atteggia diversamente in relazione ad ogni tipologia d'azione<sup>161</sup>. Sassani, del resto, ne predica la precettività assegnandogli una funzione *insurrogabile*, poiché

---

<sup>157</sup> Cfr. S. SATTA, *Art. 100* (voce), in S. SATTA (a cura di), *Commentario al Codice di procedura civile*, I, 1966, Milano, 340 ss.

<sup>158</sup> Cfr. B. SASSANI, *Interesse*, cit., *passim*; B. SASSANI, *Note*, cit., p. 118.

<sup>159</sup> Cfr. A. ATTARDI, *Interesse*, cit., 524 ss. Cfr. *amplius* A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.

<sup>160</sup> Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 278 ss. L'Autore si rifà alla nozione chiovendiana di interesse ad agire.

<sup>161</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 593 ss., anche per altri esempi relativi a diverse tipologie di azione. Cfr. sul punto anche M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 98 ss.



«impone il rispetto, nel caso concreto, dell'effettività della relazione da mezzo a fine stabilita dall'ordinamento tra la tutela esperita e l'interesse tutelato»<sup>162</sup>.

Liebman, peraltro, sottolinea un altro aspetto di particolare rilievo, correlando l'interesse ad agire al principio di atipicità dell'azione; principio cardine del sistema processuale moderno. In particolare, egli sottolinea come il giudice, a fronte dell'iniziativa processuale attorea, sia solamente onerato a «giudicare se la domanda ha fondamento nei fatti affermati e provati in giudizio, senza bisogno di alcun riferimento ad un'azione tipica. Questa è appunto la regola del diritto vigente, in cui il richiamo alle tradizionali figure delle azioni concesse a difesa dei diritti soggettivi ha valore meramente esemplificativo»: l'attore è libero di configurare la domanda come preferisce, «purché sussista in concreto l'interesse ad agire» (oltre alla possibilità giuridica e, si aggiunge, la legittimazione ad agire). Il significato dell'interesse ad agire sarebbe anche quello, dunque, di «liberare l'azione dalla necessità di venire riferita a un diritto soggettivo o ad una sanzione tipica»: «[i]l diritto moderno non si esprime in un sistema di azioni, bensì in un sistema di diritti, cui soccorre l'azione quando ve ne sia bisogno»<sup>163</sup>.

Ciò chiarito, prevale l'orientamento dottrinale che configura l'interesse ad agire, più che come stato di lesione, come *filtro processuale* volto ad evitare inutile dispendio di attività giurisdizionale (principio di economia processuale)<sup>164</sup>. In questo senso si esprime anche Luiso, che ne riconosce una funzione parallela (e altrettanto rilevante) rispetto a quella della legittimazione ad agire, dandone peso in quanto figura utile ad evitare che il giudice entri nel merito di una questione che non presenterebbe alcuna utilità per chi l'ha proposta. L'Autore illustra bene lo iato con il merito della controversia –ciò che è comune ad entrambe le condizioni dell'azione–: anche in caso di fondatezza della questione l'azione può essere dichiarata inammissibile, operando la condizione dell'azione su un differente piano<sup>165</sup>. Specifica Sassani come non basti, effettivamente, la sussistenza di uno schema idoneo a tutelare un soggetto: è necessario

---

<sup>162</sup> Cfr. B. SASSANI, *Interesse*, cit., p. 5.

<sup>163</sup> Così E.T. LIEBMAN, *L'azione*, cit., p. 58. Argomentazione utilizzata anche da Sassani per “recuperare” il valore dell'art. 100 c.p.c.: B. SASSANI, *Interesse*, cit., p. 4.

<sup>164</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 115 ss. L'Autore è molto critico verso questa ricostruzione: cfr. 118 ss. Egli propone una concezione di interesse ad agire come criterio di accesso selettivo alla tutela dichiarativa su singoli profili di un rapporto giuridico (137 ss.), e ne illustra le possibili ricadute positive nel diritto processuale civile internazionale ed europeo (171 ss.).

<sup>165</sup> Cfr. F.P. LUISO, *Diritto*, cit., 224 ss.

dimostrare anche che l'accoglimento della domanda non lascerebbe l'attore nella stessa situazione in cui si trovava prima del processo<sup>166</sup>.

L'art. 100 c.p.c., ancora, è stato oggetto di una lettura volta ad ampliarne la portata: non designerebbe quindi solamente l'interesse ad agire, bensì costituirebbe anche criterio per valutare profili di *abuso del processo* (e, più precisamente, di *abuso dell'azione*). Si tratta, in particolare, della teoria avanzata da Ghirga, mossa dall'intento di fornire una cornice giuridica adatta a leggere il crescente ricorso, da parte della giurisprudenza, alla *vischiosa* nozione di abuso del processo<sup>167</sup> –tema paradigmatico è quello dell'azionabilità frazionata del credito<sup>168</sup>–. A suo avviso, l'art. 100 c.p.c. fonderebbe anche un'ulteriore –e innovativa– condizione dell'azione: la *meritevolezza della tutela richiesta*<sup>169</sup>.

La ricostruzione prende spunto, e si basa, (a) sul pensiero di Carnelutti, nel momento in cui questi ritiene come anche agli atti processuali debba essere attribuito il *requisito teleologico*; ciò che corrisponderebbe alla *causa* civilistica. Più precisamente, l'art. 100 c.p.c. affermerebbe la natura causale della domanda. In realtà, rileva lo stesso Autore, il vizio della domanda –o dell'atto– senza causa si risolve nei rimedi propri degli atti processuali, trattandosi di atti inseriti nel contesto procedimentale del processo; ovvero e in definitiva, non rilevano se la sentenza (provvedimento finale del processo) passa in giudicato<sup>170</sup>.

Dato questo presupposto, Ghirga sostiene la (b) rilevanza dello *scopo* nella disciplina degli atti processuali, ciò che confermerebbe la necessità di utilizzare l'istituto della causa in relazione all'azione. In particolare, quantomeno per l'azione

---

<sup>166</sup> Cfr. B. SASSANI, *Interesse*, cit., p. 5.

<sup>167</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., 175 ss. È la stessa Autrice a definire in tal modo l'abuso del processo: cfr. M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, p. 15. Sull'abuso del processo cfr. M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1997, 435 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, f. 1, 117 ss. Nel processo amministrativo: G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

<sup>168</sup> E ancora, in tema di impugnativa di delibere assembleari, disconoscimento di paternità e procreazione assistita. Cfr. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 601 ss. Più recenti tematiche in cui si fa riferimento a questa controversa nozione, sia da parte del legislatore che soprattutto della giurisprudenza, sono la ricusazione e astensione del giudice, in materia di ragionevole durata del processo, di giurisdizione, di sanzioni *ex art. 96 c.p.c.*, di impugnazioni: cfr. M.F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, f. 2, 445 ss.

<sup>169</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit.

<sup>170</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., pp. 324-325.

giudiziale l'art. 100 c.p.c. richiederebbe l'elemento causale<sup>171</sup>. Dunque, l'Autrice (c) pone al centro della sua proposta la clausola dell'art. 1322 c.c., che esprime il principio di autonomia contrattuale. La norma inoltre, come noto, richiede che per la stipula di contratti atipici sia necessario perseguire interessi meritevoli di tutela, delineando così l'istituto della causa del contratto –da valutarsi in chiave concreta, come gli approdi del dibattito civilistico indicano–; causa che è dunque lecita nel momento in cui non contrasta con l'ordinamento giuridico<sup>172</sup>. Ebbene la causa può –o meglio deve, ad avviso dell'Autrice– essere trasposta all'azione processuale. Un passaggio che appare importante, del suo ragionamento, va individuato nella (d) considerazione per cui l'azione sarebbe «riconducibile ad un atto di disposizione del proprio diritto»; ed è esattamente ciò che giustificerebbe l'uso della causa in concreto contrattuale, o meglio di una corrispondente categoria dal contenuto omogeneo –ma fondata sull'art. 100 c.p.c.– quale condizione dell'azione processuale<sup>173</sup>: «il processo è uno strumento attraverso il quale ottenere una regolamentazione dei rapporti giuridici, così come lo è il negozio»<sup>174</sup>.

Tale lettura dell'art. 100 c.p.c. si renderebbe necessaria tanto (e) alla luce degli artt. 24 e 111 Cost. che imporrebbero una lettura costituzionalmente orientata dello stesso e delinearrebbero un diritto di azione limitato –ovvero, proponendo una lettura delle disposizioni costituzionali non solo in ottica garantistica<sup>175</sup>–, quanto al fine di recuperare (f) la scarsa precettività dell'art. 100 c.p.c.<sup>176</sup>. Per l'Autrice, peraltro, (g) il requisito causale costituirebbe ottima clausola-ponte per trasporre nel processo le istanze economico-sociali che emergono dalla società e di cui il diritto vivente deve necessariamente tenere conto nella sua costante evoluzione<sup>177</sup>.

La teoria proposta, tuttavia, non appare condivisibile sotto molteplici aspetti.

Innanzitutto –e principalmente– alla luce dell'evoluzione delle teorie dell'azione non appare corretto l'utilizzo di categorie di diritto sostanziale per risolvere questioni di

---

<sup>171</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., pp. 90-91.

<sup>172</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., pp. 152-153.

<sup>173</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., p. 156.

<sup>174</sup> Così M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., p. 136.

<sup>175</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., pp. 130-131.

<sup>176</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., 167 ss.

<sup>177</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., p. 173. Cfr. a p. 153 per simili considerazioni con riguardo alla funzione della causa nel diritto sostanziale.

diritto processuale, dovendosi ribadire la distinzione netta tra sistema normativo primario e secondario<sup>178</sup>.

Inoltre, (a) al di là del fatto che lo stesso Carnelutti svaluta la rilevanza pratica del requisito causale-teleologico dell'atto processuale, egli sostiene anche come *non sia dubitabile* che la causa costituirebbe requisito dell'atto processuale; tuttavia, appare piuttosto preferibile dubitarne: Redenti del resto sostiene che «se si volesse trasportare od estendere agli atti processuali la terminologia corrente, in uso per gli atti di diritto sostanziale [...] il riferimento alla funzione [degli atti processuali, ndr] ne rappresenta la causa (ragione e scopo), in astratto se si guarda ai moduli, e in concreto se si guarda agli atti effettivamente compiuti». Ma, prosegue, «le nozioni che corrispondono a quei due termini, di cui così largamente si usa e si abusa, trasportate fuori dal campo dei contratti (dove trovano una base positiva nella legge), perdono ogni precisione di contorni e diventano fomite di discussioni accademiche, piuttosto che un sicuro ausilio per l'intelligenza e la rappresentazione dei fenomeni e delle loro discipline. Sembra preferibile pertanto non servirsene a proposito degli atti processuali se non come riferimenti approssimativi ad altri fenomeni»<sup>179</sup>. Ed infatti, (b) «connotato essenziale dell'atto processuale [...] è dato dal suo inserimento nella serie effettuale del procedimento, e quindi, dall'*assenza di una efficacia autonoma*, per il suo riflettersi necessariamente sull'esercizio dei poteri decisorii dell'organo giurisdizionale» (enfasi aggiunta)<sup>180</sup>. Ciò esclude che l'atto processuale possa essere portatore di una normatività della medesima specie della normatività dell'atto negoziale (sostanziale); l'unica normatività che può essere riconosciuta all'atto processuale può essere colta solo nell'ottica del suo inserimento nella serie procedimentale e, quindi, nell'effetto processuale<sup>181</sup> –coerente con tale ragionamento, del resto, è quanto asserisce Carnelutti in relazione alle conseguenze degli atti processuali viziati da mancanza di causa–. Ed infatti la natura –e la disciplina positiva– dell'atto processuale non permettono di

---

<sup>178</sup> V. *supra* § 1.3.

<sup>179</sup> Cfr. E. REDENTI, *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 113; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto*, cit., p. 402.

<sup>180</sup> Così V. DENTI, *Procedimento civile (atti del)* (voce), in *Dig. Disc. Civ.*, XVIII, Torino, 1996, p. 554.

<sup>181</sup> Cfr. V. DENTI, *Procedimento*, cit., p. 554. Si v. *supra* § 1.3 con riferimento al processo quale sottospecie del procedimento. Ciò, al di là degli effetti sostanziali (ad esempio sulla prescrizione) che l'esercizio dell'azione provoca.

rendere *minimamente applicabile la disciplina dei negozi giuridici privati*<sup>182</sup>. Ghirga, al contrario, attribuisce la causa (civilistica) agli atti processuali sul (solo) presupposto della rilevanza della *volontà* dei soggetti –ovvero dello *scopo*–, anche se intrisa del formalismo tipico degli atti processuali<sup>183</sup>.

Nemmeno, con riferimento al requisito causale che dovrebbe sussistere in relazione all'azione, la tesi sembra convincente. Sul punto –centrale del suo ragionamento<sup>184</sup>– l'Autrice si rifà al pensiero di Cappelletti e di Micheli. Il primo sostiene l'importanza dell'*apporto causale* rilevando che «almeno per un fondamentale atto processuale, la domanda giudiziale, la legge prescrive un elemento causale (art. 100 c.p.c.; art. 24, comma 1° Costituzione)<sup>185</sup> e richiama, allo stesso tempo Micheli. Questi, tuttavia, pur asserendo la rilevanza dell'indagine sull'elemento causale rispetto alla domanda introduttiva –nonostante rispetto agli atti processuali in genere ciò sarebbe da escludersi, dati i caratteri di tipicità e formalità– la risolve nell'elemento della *causa petendi*: «rispetto alla domanda introduttiva si è individuato l'elemento causale dell'atto nella *causa petendi*, talché almeno per quell'atto la indagine sull'elemento causale appare rilevante» –ed infatti, quest'Autore non richiama l'art. 100 c.p.c.<sup>186</sup>–. Dunque non sembra che tale argomentazione sia atta a giustificare la trasposizione nel processo di quell'istituto di diritto sostanziale.

Inoltre, il punto indicato *sub (d)* sembrerebbe implicare l'adesione a teorie dell'azione che non ne declinerebbero la sua autonomia dal diritto soggettivo. La critica –mossa anche da Tropea e Verde– è decisamente respinta da Ghirga<sup>187</sup>. Sul punto l'Autrice contesta in particolare quanto sostenuto da Verde, per il quale «[l]e teorie che danno fiato all'abuso del processo in forma generalizzata, a ben vedere, celebrano la morte dell'autonomo diritto di azione e di difesa, tutto riconducendo al diritto

---

<sup>182</sup> Cfr. V. DENTI, *Procedimento*, cit., p. 554.

<sup>183</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., 155 ss.

Cfr. su formalismo, caratteri degli atti processuali e rilevanza dello scopo, M.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., pp. 202-203; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., 477 ss. Il paragrafo del volume appena citato è emblematicamente titolato «[l]a dettagliata disciplina delle forme come sostitutivo della disciplina della formazione della volontà e della causa degli atti processuali»; cfr. anche la nt. 9 a p. 480.

<sup>184</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., p. 90, nt. 2 e anche M.F. GHIRGA, *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, f. 2, p. 374.

<sup>185</sup> Così M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, p. 403.

<sup>186</sup> Cfr. G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, pp. 261-262.

<sup>187</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *A proposito*, cit., p. 376.

sostanziale», fornendo quale esempio le molte pronunce attuali della Cassazione, nelle quali è valorizzato un interesse che «non è più l'interesse a una pronuncia o il bisogno di una pronuncia quale che sia, ma l'interesse o il bisogno di una pronuncia favorevole (così rimanendo, l'interesse ed il bisogno di tutela, imprigionati nella norma sostanziale e comunque da questa assorbiti)»<sup>188</sup>. Tuttavia, tali questioni sembrano concernere il carattere di concretezza/astrattezza dell'azione (azione come diritto ad avere ragione contrapposto ad azione come diritto a una pronuncia di merito) piuttosto che quello di autonomia dell'azione<sup>189</sup>: pur, certo, essendo l'astrattezza correlata all'autonomia<sup>190</sup>, i due sono caratteri che, come illustrato nella ricostruzione qui fornita<sup>191</sup>, sono emersi in contesti differenti e riguardano aspetti differenti.

Fermo restando che, come appena esposto, non si condivide l'impostazione teorica della teoria qui criticata, si ritiene che potrebbe comunque ipoteticamente interpretarsi l'art. 100 c.p.c. *attuando* alle risultanze del dibattito sulla causa civilistica<sup>192</sup>, senza operare l'operazione logica qui contestata. Ciò effettivamente potrebbe (c) permettere un controllo sugli interessi meritevoli di tutela che possono essere perseguiti dall'azione, e che siano così «*tutti quelli che, pur privi di positiva utilità sociale, non siano neppure socialmente dannosi e perciò illeciti*»<sup>193</sup>. Dunque, (f) un'interpretazione dell'art. 100 c.p.c. in questo senso potrebbe anche essere utilizzata, in riferimento all'azione, per tener conto «di quelli che sono i valori e i principi espressi nella sua globalità dall'ordinamento giuridico»<sup>194</sup>.

Ma non potrebbe, a questo punto, bastare l'argomentazione per cui (e) la rilevata scarsa precettività dell'art. 100 c.p.c. possa giustificare un tale approdo. Innanzitutto, l'art. 100 c.p.c. ha una portata di sistema –sopra illustrata– che non è assolutamente trascurabile, ma anzi centrale<sup>195</sup>. La sua precettività, peraltro, pur se limitata nel processo civile, è certamente molto maggiore nel processo amministrativo –come si

---

<sup>188</sup> Cfr. G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, f. 4-5, p. 1087. Sostanzialmente allo stesso modo argomenta Tropea: G. TROPEA, *L'abuso*, cit., 291 ss.

<sup>189</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *A proposito*, cit., p. 384 e p. 386.

<sup>190</sup> Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 63.

<sup>191</sup> V. *supra*, § 1.1.

<sup>192</sup> Da ultimo, cfr. Corte Cass., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437.

<sup>193</sup> Così V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, pp. 345-346. La citazione testuale è a p. 346. Cfr. anche M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1987, 419 ss.

<sup>194</sup> Così M.F. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., p. 173.

<sup>195</sup> *Contra* M.F. GHIRGA, *A proposito*, cit., p. 385.

vedrà più avanti—; e piuttosto e più opportunamente, le risultanze del dibattito processual-amministrativo sull’interesse ad agire potrebbero aiutare a superare le problematiche intorno all’interesse ad agire nel processo civile e relative all’abuso del processo. Ad esempio, l’azione con cui si esercita una domanda di credito frazionato – fermo restando che non può considerarsi in assoluto inammissibile<sup>196</sup> – potrebbe risolversi nella carenza del carattere di attualità dell’interesse ad agire. Del resto, la giurisprudenza che ha accolto la categoria dell’abuso del processo non è stata in grado di tracciare, ancora, con chiarezza le conseguenze processuali che deriverebbero dall’uso di questa categoria<sup>197</sup>.

Inoltre, l’uso di una categoria come quella della meritevolezza nel processo si risolverebbe in una sua concezione teleologica, che non pare adatto a un sistema di norme strumentale alla tutela di norme primarie<sup>198</sup>. Sul piano processuale l’uso di tali clausole rischierebbe di trasformarsi in categoria troppo aperta e idonea a riempirsi ideologicamente. E i rischi, dal punto di vista delle conseguenze, possono potenzialmente anche giungere ad essere quelli segnalati da Marinelli, che traccia un parallelo tra la clausola della meritevolezza della tutela con quell’idea di interesse ad agire che, nel periodo nazionalsocialista, aveva portato al risultato di una compressione arbitraria delle tutele giurisdizionali (*Prozeßzweck*, v. poco sopra)<sup>199</sup>.

Per finire, si consideri come laddove sia stata riconosciuta rilevanza a comportamenti processuali “abusivi”, nella specie omissivi –si fa riferimento alla questione della pregiudizialità mascherata nel processo amministrativo–, il legislatore è intervenuto precisamente ed espressamente, sanzionando il comportamento (art. 30,

---

<sup>196</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., p. 602.

<sup>197</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 601 ss. Cfr. anche G. TROPEA, *L’abuso*, cit., p. 676.

Per Luiso la questione del credito frazionato può risolversi in relazione alla eventuale insussistenza della *causa petendi*: cfr. F.P. LUISO, *Diritto*, cit., p. 59; cfr. anche C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., pp. 172-173.

<sup>198</sup> V. *supra* § 1.3. Similmente, Tropea evidenzia come l’approdo alla teoria della meritevolezza della tutela imponga che il processo debba connotarsi in termini valoriali: ciò che tuttavia spetta al diritto sostanziale, non a un diritto che detta le regole del processo, istituto di garanzia del primo: cfr. G. TROPEA, *(In)certezza del diritto e stato giurisdizionale: il caso dell’abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, Saggio sullo stato costituzionale, Torino, 2015)*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, f. 3, p. 1096.

<sup>199</sup> Cfr. M. MARINELLI, *La clausola*, cit., 81 ss. e spec. pp. 85-86 nt. 218.

comma 3, c.p.a.)<sup>200</sup>, allo stesso modo, del resto, di come è intervenuto in altri casi (ad es., art. 96 c.p.c.).

Per quanto concerne la giurisdizione amministrativa, il problema dell'abuso del processo non sembrerebbe, al momento, aver coinvolto anche questioni relative alle regole dell'accesso alla giustizia e dunque riguardanti l'azione processuale amministrativa<sup>201</sup>, pur se deve considerarsi quanto affermato dall'Adunanza Plenaria che, *obiter dictum*, ritiene coerenti con il vaglio di meritevolezza dell'azione le proprie conclusioni in tema di condizioni dell'azione<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Cfr. M.F. GHIRGA, *A proposito*, cit., 391 ss. Sulla pregiudizialità amministrativa cfr. P. POZZANI, *Proposte definitorie circa la pregiudizialità amministrativa in senso sostanziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2018, f. 1, 259 ss.

<sup>201</sup> Cfr., sull'abuso nel processo amministrativo, oltre alla monografia di Tropea (G. TROPEA, *L'abuso*, cit., 2015), G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 1, 1 ss.; S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, f. 4, 1203 ss.; F. CORTESE, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, f. 10, 959 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)* (voce), in *Enc. Dir. Annali*, 2.1, 2008, 1 ss.

<sup>202</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, punto in diritto 8.3.4., lett. c)



## CAPITOLO 2 – IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA TUTELA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

*2.1 Il “cambio di paradigma”: l’evoluzione della giustizia amministrativa e l’approdo a un sistema di diritto processuale – 2.1.1 Sintetica ricostruzione storica: dalle origini alla “giustizia nell’amministrazione” – 2.1.2 (segue) “Soggettivizzazione” e “costituzionalizzazione” del sistema – 2.1.3 (segue) Le recenti linee evolutive, tra giurisprudenza e legislatore – 2.1.4 Considerazioni intermedie – 2.2 Principi fondamentali di tutela delle posizioni soggettive nel processo amministrativo. Il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa e gli elementi di giurisdizione oggettiva – 2.3 L’“oggetto” del processo amministrativo: l’interesse legittimo e le nuove situazioni giuridiche meritevoli di tutela nel processo amministrativo. – 2.4 (segue) I diritti pubblici soggettivi e i subjektiven öffentlichen Rechten – 2.5 Considerazioni di sintesi e di prospettiva: le costanti trasformazioni del diritto e la continua emersione di nuove esigenze di tutela*

*2.1 Il “cambio di paradigma”: l’evoluzione della giustizia amministrativa e l’approdo a un sistema di diritto processuale*

Si è illustrato, nel primo capitolo, il concetto di azione nel suo sviluppo all’interno del dibattito processual-civilistico. Occorre, a questo punto, confrontarsi con il processo amministrativo al fine di verificare, e far emergere, le sue linee evolutive in punto di approdo al modello processuale –ciò che rende indispensabile il dialogo con il processo civile– e di ampliamento del novero delle situazioni giuridiche soggettive tutelate da questo strumento di giurisdizione. Appare perciò ora opportuno ripercorrere la lunga, e non lineare<sup>203</sup>, evoluzione storica della *giustizia amministrativa*<sup>204</sup>. Illustrando le linee di

---

<sup>203</sup> Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, II – La giustizia amministrativa*, Milano, 1958, p. 9; Giannini e Piras definiscono l’evoluzione storica della giustizia amministrativa «una commedia degli equivoci», poiché «i disegni del legislatore si sono realizzati sempre in modo diverso dal previsto, e il legislatore ha costantemente omesso di stabilire i presupposti di diritto sostanziale delle norme di diritto processuale che andava a dettare» (M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 293).

<sup>204</sup> Cfr. F. SAIITA, *Art. 113 (voce)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, Torino, 2006, p. 2137.

Clarich sottolinea la *necessità* di dar conto dell’evoluzione storica della giustizia amministrativa, poiché «la visione diacronica è funzionale a quella sincronica e a quella prospettica» (così M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Tratt. Dir. Amm.*, II, Milano, 2003, p. 2032).

In termini più generali, deve affermarsi che lo studio del diritto non può prescindere da un inquadramento storico (Maserà): il senso di un’istituzione «può cogliersi integralmente nella connessione del presente con il passato» (Romeo), ed è del resto necessario «volgere uno sguardo al passato se si vuole immaginare il futuro» (Salvatore; i riferimenti sono rispettivamente a S. R. MASERA, *La supremazia della legge ed il valore del diritto nel giudizio amministrativo*, in E. GARCÍA DE

costante sviluppo dei suoi istituti, verrà messo in luce il passaggio al *diritto processuale amministrativo*, con una disamina che non terrà particolarmente conto degli aspetti organizzativi degli organi di giustizia amministrativa, ma con una prospettiva, piuttosto, rivolta all'evoluzione delle posizioni (giuridiche) soggettive ed agli aspetti funzionali del sistema della loro tutela.

Del pari, ci si concentrerà sull'evoluzione delle situazioni giuridiche soggettive cui il processo amministrativo è preposto. Emerge un parallelismo tra lo strumento volto alla realizzazione della giurisdizione amministrativa e l'allargamento della latitudine delle situazioni giuridiche soggettive che nel tempo hanno trovato riconoscimento e tutela, fornendo infine una prospettiva utile al riconoscimento delle situazioni soggettive cui l'ordinamento intende accordare, evolutivamente, tutela giuridica.

### *2.1.1 Sintetica ricostruzione storica: dalle origini alla "giustizia nell'amministrazione"*

I primi istituti di giustizia amministrativa –intesa nella sua accezione soggettiva, includendo in tale espressione i ricorsi amministrativi e i mezzi di tutela di fronte agli organi giurisdizionali amministrativi e ordinari<sup>205</sup>– hanno tratto origine con la nascita dello Stato moderno, e in particolare nel momento in cui questo si è autolimitato e ha riconosciuto le esigenze di tutela delle libertà dei cittadini di fronte all'autorità pubblica<sup>206</sup>. Più precisamente, con le Costituzioni rivoluzionarie francesi l'*amministrazione* viene sottoposta alla legge, dando così vita al *diritto amministrativo*<sup>207</sup>. Era lo Stato che poneva un freno al proprio potere e, riconoscendo al

---

ENTERRIA, *Las transformaciones*, cit., p. XVII; G. ROMEO, *La giustizia amministrativa: passato, presente e futuro*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, f. 1, p. 271; P. SALVATORE, *Il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 204: la riforma del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, 2012, p. 566).

Si consideri, non da ultimo, che la Legge di abolizione del contenzioso amministrativo del 1865 è ancora vigente (cfr. F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Annale ISAP*, 2015, p. 242). Cfr. anche S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 55 ss.

<sup>205</sup> Cfr. M. CLARICH, *La giustizia*, cit., p. 2026 ss.; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 2 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 509. Cfr. inoltre M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 21 ss.

<sup>206</sup> Cfr. S. LICCIARDIELLO, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 6.

<sup>207</sup> Si rimanda alla voce enciclopedica di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. Giur.*, XII, Milano, 1964, 855 ss. e spec. 860 ss. Cfr. G. MORBIDELLI, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012, p. 8.

tempo stesso i diritti dei singoli, accordava a loro tutela giuridica avverso gli atti amministrativi<sup>208</sup>. Emergeva, allo stesso tempo, l'esigenza di evitare il controllo giudiziario sull'azione dell'amministrazione<sup>209</sup>: in ossequio al principio di separazione dei poteri veniva, perciò, riconosciuto all'amministrazione stessa il ruolo di garantire di tale tutela –dal suo interno– anche perché –si riteneva– *giudicare l'amministrazione significa amministrare*<sup>210</sup>.

Il primo modello di riferimento della giustizia amministrativa è quello francese del *contentieux administratif*<sup>211</sup>. Questo sistema prevedeva che le decisioni sui ricorsi sulla legalità degli atti amministrativi (paradigmatico è il ricorso per *excès de pouvoir*) venissero prese dalle autorità amministrative competenti, previo parere di organi consultivi, interni all'apparato amministrativo ma non investiti di funzioni di amministrazione attiva: i Consigli di Prefettura e, soprattutto, il *Conseil d'Etat*<sup>212</sup>. Nonostante, infatti, con la Rivoluzione Francese (fine '700), si sia affermato il principio di separazione dei poteri<sup>213</sup>, il modello era basato sulle perduranti esigenze di autonomia dell'esecutivo –che non poteva sopportare interferenze dal potere giudiziario– nonché sulla diffidenza nei confronti della magistratura –considerata reazionaria in quanto appannaggio della classe aristocratica<sup>214</sup>–. Nel tempo tuttavia il *Conseil d'Etat* ha acquisito sempre maggiore autorevolezza, fino a vedersi riconosciuta la competenza anche formale in ordine alle decisioni sui ricorsi (1872), trasformandosi così in un vero

---

Ciò che caratterizza uno Stato è proprio l'amministrazione (Ranelletti): è l'organizzazione amministrativa e, secondo la visione weberiana, il corpo permanente di personale che permette a un ordinamento giuridico territoriale di qualificarsi come Stato (G. MORBIDELLI, *Il diritto*, cit., pp. 10-11). Più diffusamente cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto*, cit., 855 ss., che precisa come l'organizzazione di un ordinamento non sia sinonimo di organizzazione amministrativa (p. 857).

<sup>208</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952, pp. 402-403.

<sup>209</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., pp. 28-29.

<sup>210</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 30; S. LICCIARDIELLO, cit., p. 8.

La tutela avverso gli atti illegittimi della PA era stata affidata ad organi specializzati dell'amministrazione. In ragione della specialità del giudicante, si sono sviluppati principi e regole a loro volta speciali e derogatorie rispetto al diritto comune. La specialità era giustificata dal presupposto per cui l'amministrazione è volta alla cura dell'interesse pubblico, ciò che giustifica un sistema di privilegi di cui la PA è portatrice; privilegi che costituiscono altresì eredità dell'*ancien régime* (cfr. G. MORBIDELLI, *Il diritto*, cit., p. 9).

<sup>211</sup> Già sorto nell'epoca dell'*ancien régime*: cfr. G. ZANOBINI, *Corso*, cit., pp. 10-11; F. SAITTA, *Art. 113*, cit., pp. 2137-2138.

<sup>212</sup> Istituito nel 1799; cfr. G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa (Storia)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 504.

<sup>213</sup> Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Giustizia*, cit., p. 504.

<sup>214</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 8.

e proprio organo giurisdizionale (passaggio dalla *justice retenue* alla *justice déléguée*)<sup>215</sup>.

Anche nell'Italia pre-unitaria il modello di riferimento era stato quello francese del contenzioso amministrativo<sup>216</sup>, ma a seguito dell'unificazione nazionale (1861) prevalsero le tesi secondo le quali, in un'ottica maggiormente garantista, era necessario affidare la cognizione sulle controversie nei confronti della Pubblica Amministrazione ai giudici (ordinari), in quanto in grado di assicurare una più marcata imparzialità della decisione<sup>217</sup>: un sistema, cioè, a *giurisdizione unica*, il cui riferimento era costituito dall'ordinamento belga<sup>218</sup>.

Con la fondamentale Legge 20 marzo 1865, n. 2248<sup>219</sup> veniva così (ri)disegnato l'assetto della giustizia amministrativa italiana. In particolare l'Allegato E (cd. Legge di abolizione del contenzioso amministrativo – L.A.C.), all'art. 1, aboliva i «tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo»; mentre con l'art. 2 devolveva «alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa». Gli «affari non compresi» erano invece attribuiti alla decisione dell'autorità amministrativa (art. 3).

In tal modo la magistratura ordinaria vedeva ampliata la propria giurisdizione, divenendo giudice di ogni controversia concernente *diritti soggettivi*<sup>220</sup>, anche nel caso in cui la PA fosse coinvolta nella controversia. Il provvedimento amministrativo restava invece sullo sfondo, poiché l'oggetto del sindacato giurisdizionale era proprio il diritto soggettivo dedotto (cfr. art. 4, comma 1)<sup>221</sup>. L'annullamento del provvedimento

---

<sup>215</sup> Cfr. G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 11 ss; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., pp. 9-10.

<sup>216</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 14.

<sup>217</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 18.

<sup>218</sup> Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Giustizia*, cit., p. 506; M. CLARICH, *La giustizia*, cit., p. 2037.

Il modello di giurisdizione unica non sembra più essere presente nel panorama degli ordinamenti attuali: cfr. L. MAZZAROLLI, *Prospettive della giustizia amministrativa: un'introduzione al dibattito*, in *Dir. Soc.*, 1997, 283 ss.

<sup>219</sup> Nel suo insieme la Legge intese unificare l'ordinamento amministrativo italiano, abrogando altresì le discipline degli Stati preunitari ancora in vigore: cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 18 ss. Più diffusamente, sulle disposizioni relative alla giustizia amministrativa, cfr. F. MERUSI, *Consiglio*, cit., 225 ss.

<sup>220</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, p. 4.

<sup>221</sup> Cfr. F. SAITTA, *Art. 113*, cit., p. 2140.

rimaneva di competenza della Pubblica Amministrazione, onerata a conformarsi alla decisione del giudice<sup>222</sup>.

Una tale impostazione non poteva tuttavia pregiudicare le prerogative dell'amministrazione: permaneva infatti una "zona franca" –di cd. amministrazione pura– non sindacabile dal giudice ordinario<sup>223</sup>. Ma l'ampiezza di questa "zona franca", corrispondente dal punto di vista soggettivo agli *affari non compresi* di cui all'art. 3<sup>224</sup>, si rivelò nell'applicazione giurisprudenziale troppo vasta.

Il giudice ordinario si dimostrò infatti *timido* nell'applicare le nuove disposizioni<sup>225</sup> e ciò avvenne anche perché il Consiglio di Stato, che decideva sui conflitti di attribuzione, riconobbe in pochi casi la competenza del giudice (ordinario)<sup>226</sup>. Elaborò invece una tesi secondo la quale, in presenza di un provvedimento amministrativo discrezionale, la posizione soggettiva corrispondente non potesse consistere in una posizione di diritto soggettivo; e ciò, nonostante la previsione letterale dell'art. 2, seconda parte che, si ricorda, stabiliva la competenza del giudice ordinario «ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»<sup>227</sup>. Allo stesso tempo, anche la tutela prevista per gli "affari non compresi" non venne adeguatamente sviluppata<sup>228</sup>, e la doverosità dell'annullamento del provvedimento in capo alla PA –a seguito della pronuncia del giudice ordinario– non era accompagnata da un meccanismo che costringesse la stessa ad adeguarsi alle statuizioni del giudice ordinario<sup>229</sup>. L'attività amministrativa dello

---

<sup>222</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 24. Al Consiglio di Stato –la cui disciplina è stata rinnovata per mezzo dell'Allegato D alla stessa L. n. 2248/1865– era, inoltre, attribuito il compito di risolvere i conflitti di attribuzione tra organo amministrativo e organo giurisdizionale: cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 20.

Il Consiglio di Stato è stato istituito nel 1831 nel Regno di Sardegna con competenze consultive. Competenze giurisdizionali gli sono state attribuite per la prima volta nel 1859: cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 3, pp. 763-764.

<sup>223</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., 78 ss; Pene Vidari in proposito rileva: «anche se poteva esserci una riduzione degli interessi protetti sul piano quantitativo, alla classe politica ed ai giuristi del tempo ben più significativo in senso garantistico sembrava però il salto qualitativo previsto attraverso le garanzie offerte dal procedimento davanti al giudice ordinario» (G.S. PENE VIDARI, *Giustizia*, cit., p. 507).

<sup>224</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 81.

<sup>225</sup> Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Giustizia*, cit., p. 507. Nigro sottolinea altresì come la "timidità" del giudice fosse da ricondurre all'estrazione sociale della magistratura: M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 87.

<sup>226</sup> Cfr. F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, XIX, 1970, 599 ss.

<sup>227</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 6; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 26.

<sup>228</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 25.

<sup>229</sup> Cfr. N. SAIITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2018, p. 4.

Stato, inoltre, andava ad ampliarsi notevolmente, con ciò riducendo ulteriormente gli spazi dei diritti soggettivi tutelabili dal giudice (ordinario)<sup>230</sup>.

In definitiva, nonostante l'impianto della normativa del 1865 risultasse astrattamente idoneo a creare un sistema efficace di tutela per il privato<sup>231</sup>, la giustizia nei confronti del potere amministrativo, di fatto, risultò decisamente più compressa rispetto a quanto avveniva con il sistema del contenzioso amministrativo<sup>232</sup>.

Fu sulla spinta del movimento "per la giustizia nell'amministrazione", promosso in particolar modo da Silvio Spaventa, che si riformò nuovamente il sistema di garanzie nei confronti del potere pubblico<sup>233</sup>. Nel celebre discorso pronunciato a Bergamo il 7 maggio 1880, Silvio Spaventa sottolineava la fondamentale importanza, o meglio la necessità, di permettere la verifica del comportamento della PA<sup>234</sup>, e dunque di sottoporre al sindacato di una *vera magistratura* ogni ambito dell'amministrazione, pur con organi differenziati: l'azione amministrativa –afferitava– deve essere sottoposta alla supremazia della legge<sup>235</sup>, e la protezione giuridica del cittadino di fronte alle sempre maggiori dimensioni del potere pubblico –al pari della protezione in campo civile– dev'essere «intera, eguale, imparziale, accessibile a tutti». Non si suggeriva tuttavia di intervenire rovesciando l'impianto teorico della legge del 1865, bensì *completandolo*<sup>236</sup>, attraverso l'innovazione degli organi deputati alle decisioni sugli "affari non compresi" (in primo luogo il Consiglio di Stato) e la predisposizione di effettivi strumenti di tutela per gli interessi diversi dai diritti soggettivi<sup>237</sup>.

Con Legge 31 marzo 1889, n. 5992, emanata sotto il Governo Crispi, venne dunque istituita la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, cui furono assegnate

---

<sup>230</sup> Cfr. C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 35; G.S. PENE VIDARI, *Giustizia*, cit., p. 507. Sulle criticità della L.A.C. cfr. anche F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, f. 1, 123 ss.

<sup>231</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 86; F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 122.

<sup>232</sup> Cfr. C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 36; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 30.

<sup>233</sup> Il Legislatore aveva tentato di porre un primo rimedio con la Legge 31 marzo 1877, n. 3761, devolvendo la decisione sui conflitti di attribuzione alla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, anziché al Consiglio di Stato. Ciò tuttavia non comportò mutamenti di rilievo, perché le decisioni della Suprema Corte rimasero nel solco dell'indirizzo interpretativo già sviluppato dal Consiglio di Stato: cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 27.

<sup>234</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 17-18.

<sup>235</sup> Cfr. sul punto anche E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones*, cit., pp. 9-10.

<sup>236</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 9.

<sup>237</sup> Cfr. S. SPAVENTA, *La Giustizia nell'Amministrazione*, in *Discorsi Parlamentari di Silvio Spaventa*, Roma, 1913, 550 ss., la citazione testuale è a p. 552; cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 30.

competenze in merito alla decisione dei ricorsi «per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge»<sup>238</sup>, proposti «contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante» e «che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali o giuridici»<sup>239</sup> (art. 3). Con tale norma la tutela diveniva tutela –di tipo impugnatorio– *contro il provvedimento amministrativo*, annullabile dal Consiglio di Stato, organo interno all'Amministrazione e di nuovo unico titolare del potere di decidere delle controversie coinvolgenti lo stesso potere pubblico<sup>240</sup>.

La risistemazione della materia, tuttavia, comportava non pochi dubbi relativi alla natura del Consiglio di Stato<sup>241</sup>, che fu riconosciuto quale organo di tipo giurisdizionale solo in un momento successivo: prima, in un'ampia accezione, dalla dottrina<sup>242</sup>; quindi anche dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite (competenti a decidere sui conflitti di attribuzione); infine, la Legge 7 marzo 1907, n. 62<sup>243</sup> ne ha sancito il carattere giurisdizionale. Si è attuato così il passaggio al *sistema dualistico*, caratterizzato dalla circostanza per cui la tutela nei confronti dell'amministrazione è ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>244</sup>.

### 2.1.2 (segue) “Soggettivizzazione” e “costituzionalizzazione” del sistema

La L.A.C. e la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato costituiscono, tuttora, i *pilastri fondamentali* della giustizia amministrativa italiana<sup>245</sup>.

Era ancora necessaria, tuttavia, una consistente opera giurisprudenziale per poter consolidare il sistema. Prima questione atteneva alla natura della giurisdizione. In un

---

<sup>238</sup> I tre vizi di legittimità del provvedimento costituiscono *limiti interni* alla giurisdizione; tra questi, di particolare rilievo il vizio di eccesso di potere che –declinato nei primi tempi in termini di *sviamento di potere*, sulla base della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*– ha consentito l'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo permettendogli di sanzionare l'uso gravemente scorretto del potere discrezionale: cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 30; R. CARANTA, *Cultural tradition and Policy Preferences in Italian Administrative Law*, in M. RUFFERT, *Administrative Law in Europe: between common principles and national traditions*, Groningen, 2013, 78 ss.; M. CLARICH, *La giustizia*, cit., pp. 2059-2060.

<sup>239</sup> Tali ricorsi non devono in ogni caso essere «di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o giudici speciali».

<sup>240</sup> Talune competenze di primo grado erano riservate alle Giunte provinciali amministrative.

<sup>241</sup> Cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 6.

<sup>242</sup> Cfr. M. CLARICH, *La giustizia*, cit., pp. 2054-2055.

<sup>243</sup> Che ha istituito altresì la V Sezione del Consiglio di Stato; cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., pp. 12-13.

<sup>244</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., pp. 10-11.

<sup>245</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 3.

primo momento prevalse la tesi per la quale la giurisdizione del giudice amministrativo fosse di carattere *oggettivo*<sup>246</sup>. E ciò perché gli *affari* (o *interessi*) su cui il giudice amministrativo era chiamato a decidere non potevano avere natura di diritti soggettivi – uniche situazione giuridiche soggettive allora (ri)conosciute e dunque tutelabili, innanzi al giudice ordinario<sup>247</sup> –: vi era competenza dell'autorità giudiziaria solamente a difesa di diritti soggettivi, e il binomio diritto soggettivo (tutelato)-interesse semplice (non tutelato giurisdizionalmente) era divenuto, prima dell'emanazione della L. n. 5992/1889, un *dogma incontrastato*<sup>248</sup>.

In via generale, tuttavia, deve affermarsi che il provvedimento non può che incidere su posizioni individuali: l'art. 3 della L. n. 5992/1889 legava strettamente l'impugnabilità del provvedimento alla sussistenza di un *interesse* riconducibile a un determinato soggetto (o ente)<sup>249</sup>. Dunque, la norma citata andava, inevitabilmente, a incidere su una situazione giuridica che al tempo stesso doveva risultare differenziata rispetto al diritto soggettivo.

È questo il passaggio logico da cui prenderà vita la figura dell'*interesse legittimo*, concepito all'inizio quale interesse mero, non direttamente ma solo *occasionalmente protetto*: la posizione giuridica del privato riceveva una tutela solo riflessa, e precisamente nel momento in cui il giudice garantiva la legalità dell'amministrazione, da realizzarsi tramite lo scrutinio sulla legittimità del provvedimento impugnato<sup>250</sup>. Si riteneva, cioè, che l'esercizio corretto del potere amministrativo permettesse la soddisfazione dell'interesse del privato<sup>251</sup>.

Tuttavia, in tal modo, furono poste le premesse necessarie per individuare una nuova situazione giuridica soggettiva<sup>252</sup>: anche l'interesse legittimo, che era riconducibile a un soggetto, risultava ormai meritevole di protezione; ed è stato tramite questo passaggio che il processo amministrativo si è evoluto verso un modello di *giurisdizione soggettiva*<sup>253</sup>.

---

<sup>246</sup> Sui caratteri della giurisdizione oggettiva cfr. E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 68 ss.

<sup>247</sup> Cfr. A. ZITO, in F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 80.

<sup>248</sup> Così F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., p. 403.

<sup>249</sup> Cfr. F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit., 602 ss.

<sup>250</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 14.

<sup>251</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., p. 405.

<sup>252</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., p. 20, richiamando il pensiero di Giannini (nt. 44).

<sup>253</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 15.



Gli interessi legittimi (ovvero: gli *affari non compresi ex art. 3 L.A.C. e interessi ex art. 3 L. n. 5992/1889* che non siano interessi semplici)<sup>254</sup> ricevevano ora, grazie alle riforme del 1889 e del 1907, una forma di tutela giurisdizionale<sup>255</sup>. Conseguentemente, il riparto di giurisdizione si fondò sulla distinzione della posizione giuridica soggettiva in capo al privato, criterio pertanto direttamente riconducibile all'art. 3 L.A.C.<sup>256</sup>. Il giudice ordinario era ed è dunque titolare delle controversie aventi ad oggetto *diritti soggettivi*; il giudice amministrativo di quelle riguardanti gli *interessi legittimi* (giurisdizione *generale di legittimità*).

La distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi tuttavia risulta, come del resto risultava già allora, particolarmente complessa. Dalla sintetica analisi sin qui effettuata, del resto, emerge come tale figura sia il frutto di una costruzione giurisprudenziale-dottrinale, elaborata al fine di fornire tutela a posizioni soggettive che non trovavano altrimenti protezione<sup>257</sup>, in un'ottica che appare, cioè, rimediale<sup>258</sup>. Del resto, vista la rilevanza prima processuale, e solo successivamente anche sostanziale, dell'interesse legittimo, è stato sostenuto che la sua nascita rifletteva in qualche modo la concezione dell'*actio* romana: prima dell'attribuzione del diritto, l'ordinamento giuridico riconosce l'azione –ovvero la tipologia particolare di azione– atta a soddisfare la ragione del soggetto<sup>259</sup>.

A riconferma della difficoltà di tracciare il confine tra interesse legittimo e diritto soggettivo fu elaborato un ulteriore criterio, introdotto per la prima volta con Legge 23 dicembre 1923, n. 2840<sup>260</sup>, che operava per *materia*. Le *particolari* materie nelle quali la distinzione interessi legittimi-diritti soggettivi si rivela(va) particolarmente

---

<sup>254</sup> Cfr. V.E. ORLANDO, *Principi*, cit., p. 404; in senso parzialmente differente V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., pp. 113-114.

<sup>255</sup> Seppur differenziata da quella dei diritti soggettivi: cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., 171 ss.

<sup>256</sup> Cfr. M. CLARICH, *La giustizia*, cit., p. 2040.

<sup>257</sup> Cfr. L. MAZZAROLLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., p. 468. Romeo definisce l'interesse legittimo «un'astrazione, un espediente [...] che ha consentito la trasposizione in sede giurisdizionale dell'antagonismo, mai risolto, tra interesse particolare e interesse generale» (G. ROMEO, *La giustizia*, cit., p. 274).

<sup>258</sup> Risulta tuttora in dubbio, per parte della dottrina, la sua dimensione ontologica o di teoria generale del diritto: cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., p. XVIII.

<sup>259</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., p. 8.

<sup>260</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 101; F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., 15 ss.; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 36 ss.

complicata<sup>261</sup> vengono così attribuite dal legislatore alla giurisdizione amministrativa cd. *esclusiva*<sup>262</sup>.

La Carta Costituzionale non riformò le linee generali del sistema di giustizia amministrativa: nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente prevalsero posizioni di continuità con il sistema vigente, a scapito delle proposte di Calamandrei, che propugnava la giurisdizione unica, e di Mortati, che voleva riferire la giurisdizione amministrativa a tutti i rapporti riconducibili alle pubbliche amministrazioni, superando così il problematico criterio della posizione giuridica protetta<sup>263</sup>. La Carta ha dunque "costituzionalizzato" il sistema<sup>264</sup> (teoria della recezione), ponendo in essere una scelta che appare ispirata a ragioni di carattere più pratico che dogmatico<sup>265</sup>. Ed infatti l'esperienza storica aveva dimostrato come, nonostante la "degradazione" della posizione soggettiva, solo il giudice amministrativo permetteva, al privato cittadino, di ottenere l'annullamento di provvedimenti amministrativi illegittimi<sup>266</sup>.

Passando a una rapida rassegna delle norme costituzionali, il già ricordato art. 24 afferma la possibilità, per *tutti*, di *agire in giudizio* a difesa dei *propri* diritti soggettivi e interessi legittimi. L'art. 103 dichiara la giurisdizione del Consiglio di Stato, assieme agli altri organi di giustizia amministrativa, per la tutela *nei confronti della pubblica amministrazione* degli interessi legittimi e, nelle particolari materie che indica la legge,

---

<sup>261</sup> Tra queste si annoverava, in primo luogo, il pubblico impiego.

<sup>262</sup> Ciò che costituì un'innovazione fondamentale poiché il Legislatore «provvide a concentrare in un unico giudice casi di connessione fra atto amministrativo ed obbligazione, ma non più per proteggere l'amministrazione, e perciò il potere esecutivo, dall'ingerenza del giudiziario, bensì per risparmiare al cittadino un duplice giudizio per questioni connesse», così F. MERUSI, *Consiglio*, cit., p. 250, richiamato anche da F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 132.

<sup>263</sup> Cfr. A. BARBERA, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Rass. Parl.*, 2006, p. 369. Diffusamente sul dibattito in assemblea costituente cfr. D. NOCILLA, *La giustizia amministrativa all'assemblea costituente*, in AA.VV., *Il Consiglio*, cit., 317 ss.

<sup>264</sup> Cfr. G. ZANOBINI, *Corso*, cit., p. 50; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, f. 4, p. 911; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 38. Per Nigro il portato costituzionale ha consolidato il sistema e rinnovato lo spirito degli istituti (M. NIGRO, *Giustizia*, cit., pp. 101-102); Clarich sottolinea che le disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa «hanno avuto un impatto concreto [...] più sugli aspetti organizzativi del sistema che su quelli funzionali» (M. CLARICH, *La giustizia*, cit., p. 2069).

Portata innovativa ha in ogni caso il comma 3 dell'art. 113 nello stabilire che al giudice ordinario, sulla base di una norma di rango primario, possa essere attribuito il potere di annullare gli atti amministrativi: per Nigro la previsione comporta l'abrogazione dell'art. 4, comma 2, L.A.C. (cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 102).

<sup>265</sup> Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 133. Diffusamente e criticamente sul punto cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, *passim*.

<sup>266</sup> Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 130; del pari, anche negli anni del fascismo il Consiglio di Stato aveva dimostrato particolare indipendenza ed autorevolezza: cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 745.

dei diritti soggettivi. L'art. 113 afferma la tutelabilità giurisdizionale di tali situazioni giuridiche soggettive avverso *gli atti* della PA, tutelabilità che non può essere limitata o esclusa per determinati mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti; stabilisce, infine, che spetta al Legislatore ordinario stabilire quali organi giurisdizionali siano competenti ad annullare gli atti della PA, con ciò aprendo alla possibilità che tale compito possa essere attribuito anche alla giurisdizione ordinaria<sup>267</sup>.

La Costituzione, pertanto, ha “fotografato” e confermato la situazione allora esistente; allo stesso tempo ha riconosciuto –ovvero affermato– la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, trattando le due posizioni giuridiche nel medesimo modo, in quanto le ha rese oggetto della *stessa garanzia di tutela giurisdizionale*<sup>268</sup>; così come le due tipologie di giurisdizione sono state collocate sullo stesso piano<sup>269</sup>.

Un'adeguata interpretazione delle norme ha dunque permesso, nel tempo, l'evoluzione della giustizia amministrativa nel senso dell'*effettività* della tutela<sup>270</sup>, ancorando a tali disposizioni l'affermazione dell'*azione*<sup>271</sup>, nonché la *pienezza* e la *generalità* della tutela, (anche) per tutte le controversie che coinvolgono la Pubblica Amministrazione<sup>272</sup>. Rileverà la Corte Costituzionale, infatti, che se è vero che «la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi»<sup>273</sup>.

### 2.1.3 (segue) *Le recenti linee evolutive, tra giurisprudenza e legislatore*

---

<sup>267</sup> Cfr. M. CLARICH, *La giustizia*, cit., p. 2072. Altre norme costituzionali di rilievo sono: l'art. 100, a norma del quale «[i]l Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione» e di cui va assicurata l'indipendenza di fronte al Governo; l'art. 111, che prevede la ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato esclusivamente per motivi inerenti alla giurisdizione; l'art. 125, che prevede l'istituzione di *organi di giustizia amministrativa di primo grado*.

<sup>268</sup> Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia*, cit., p. 562.

<sup>269</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 77; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, f. 5, pp. 1707-1708.

<sup>270</sup> Cfr. F.G. COCA, *Giustizia*, cit., p. 22.

<sup>271</sup> Cfr. M. CLARICH, *La giustizia*, cit., p. 2072.

<sup>272</sup> Cfr. F.G. COCA, *Giustizia*, cit., p. 22; F. SAITTA, *Art. 113*, cit., 2143 ss.

<sup>273</sup> Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77.

Né nei decenni precedenti all'entrata in vigore della Costituzione né in quelli successivi il Legislatore è intervenuto diffusamente sulla disciplina del processo amministrativo<sup>274</sup>, e ciò non accadde nemmeno con la legge istitutiva dei TT.AA.RR. del 1971<sup>275</sup>. L'evoluzione del sistema di tutele è stata sviluppata, pertanto, dalla giurisprudenza costituzionale<sup>276</sup> e amministrativa<sup>277</sup>: dato, del resto, che conferma un costante andamento<sup>278</sup>. L'opera del Consiglio di Stato – da sempre ispirata, tanto nella sua veste giurisdizionale quanto in quella consultiva, alla finalità di tutela della legge e di consolidamento dell'ordinamento e caratterizzata da una spiccata attenzione alla “ragion pratica”<sup>279</sup> – ha elaborato una serie di regole che si sono consolidate nel diritto vivente anche processuale<sup>280</sup>. Nel far ciò ha spesso attinto anche ai principi del diritto comunitario e investito di rinvii pregiudiziali la Corte di Giustizia<sup>281</sup>. Anche la Corte Costituzionale è stata destinataria di numerosi rinvii da parte del giudice amministrativo e relativi a questioni processuali, che hanno contribuito ulteriormente all'evoluzione del sistema promossa dal Giudice delle Leggi<sup>282</sup>.

Gli interventi del Legislatore seguivano, nel loro complesso, una tendenza –sin dalla Legge istitutiva dei TT.AA.RR. del 1971– all'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>283</sup>, con ciò utilizzando sempre più il

---

<sup>274</sup> Se non per riordinare la materia con il Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (di seguito indicato anche come “T.U. C.d.S.”). Cfr. F.G. SCOCA, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 2, pp. 371-372.

<sup>275</sup> Legge 6 dicembre 1971, n. 1034; cfr. M. CLARICH, *La giustizia*, cit., p. 2072. Cfr. F. BENVENUTI, *Giustizia*, cit., 594 ss. sull'importanza di organi di giurisdizione amministrativa decentrati.

Un altro provvedimento di rilievo è il D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, recante «Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi».

<sup>276</sup> Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale cfr. F.G. SCOCA, *Il contributo*, cit., p. 372.

<sup>277</sup> Per un'analisi della giurisprudenza amministrativa cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo*, cit., 763 ss.; con riguardo al periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione cfr. 782 ss.

<sup>278</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., 6 ss.

<sup>279</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo*, cit., p. 767. La particolare attenzione alla ragion pratica può essere correlata alle modalità di selezione dei giudici amministrativi, su cui cfr. C.E. GALLO, *Manuale*, cit., pp. 41-42.

<sup>280</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo*, cit., pp. 788-789; F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., 27 ss.

<sup>281</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo*, cit., p. 786.

<sup>282</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo*, cit., p. 784: «attraverso lo strumento del rinvio alla Corte Costituzionale, il giudice amministrativo contribuisce alla “depurazione” di tante aree dalle leggi amministrative non coerenti con i principi di piena tutela giurisdizionale, di imparzialità, di buon andamento, di responsabilità etc., il che non ha avuto solo un effetto abrogativo, ma anche additivo di principi». Cfr. inoltre F.G. SCOCA, *Il contributo*, cit., p. 372.

<sup>283</sup> Una seconda tendenza di intervento ha riguardato l'accelerazione del rito processuale: cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Le trasformazioni nella giustizia amministrativa: dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il Consiglio*, cit., p. 511.

criterio di riparto fondato sulla materia, anziché sulla qualificazione della situazione giuridica protetta<sup>284</sup>. Tale tipologia di giurisdizione ha permesso il radicamento, nel processo amministrativo, della necessità di garantire la *pienezza della tutela giuridica*, quantomeno con riguardo ai diritti soggettivi<sup>285</sup>. E lo sviluppo in questo senso della giurisdizione esclusiva si è rilevato fattore che ha effettivamente contribuito all'evoluzione dell'intero sistema delle tutele<sup>286</sup>.

Un passaggio fondamentale nell'evoluzione della giustizia amministrativa si è in particolare avuto con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, 22 luglio 1999 n. 500, che, nel superare un proprio consolidato indirizzo giurisprudenziale<sup>287</sup>, ha affermato che il danno ingiusto prescinde dalla qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal cittadino: anche la lesione di un interesse legittimo può integrare il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c.<sup>288</sup>.

Tale mutamento di indirizzo era fortemente invocato dalla dottrina, già intaccato dalla stessa giurisprudenza di legittimità<sup>289</sup> e costituzionale, nonché sospinto proprio da interventi legislativi in materia di giurisdizione esclusiva<sup>290</sup>. Una sollecitazione importante venne anche dall'ordinamento comunitario e dall'emanazione della Direttiva n. 89/665/CEE (Direttiva ricorsi), che aveva previsto la risarcibilità dei danni per violazione di disposizioni comunitarie<sup>291</sup>: in attuazione della Direttiva citata l'art. 13 della L. 19 febbraio 1992, n. 142, ha infatti stabilito la risarcibilità del danno per una lesione dovuta ad «atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di

---

<sup>284</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 30.

<sup>285</sup> Cfr. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, f. 4, 623 ss.

<sup>286</sup> Cfr. in questo senso gli spunti di V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione*, cit., pp. 644-645. Casetta sottolinea proprio che «[l']aumento delle materie riservate alla giurisdizione esclusiva viene a modificare in modo incisivo la fisionomia del giudice amministrativo» fino ad attribuirle un ruolo «concorrente» rispetto a quello del giudice ordinario (cfr. E. CASETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, f. 3, p. 692).

<sup>287</sup> Cfr. G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Padova, 2001, 102 ss. È stato tuttavia sottolineato come, più che di un cambiamento radicale di indirizzo, si tratti di una pronuncia che da un punto di vista pratico avrebbe avuto un rilievo circoscritto; in ogni caso, «[c]iò che conta è comunque che il vecchio indirizzo sia stato rovesciato»: così F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 13, nt. 1 e p. 15, nt. 5.

<sup>288</sup> Cfr., per tutti, U. FANTIGROSSI, *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017.

<sup>289</sup> Cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, pp. 22-23.

<sup>290</sup> Cfr. G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia*, cit., p. 104.

<sup>291</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Interesse*, cit., 284 ss.

appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento», così sostanzialmente introducendo una deroga, nel settore degli appalti pubblici, alla regola dell'irrisarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi<sup>292</sup>. Regola che era stata, sino ad allora, costantemente ribadita, anche se già scalfita da pronunce che “mascheravano” gli interessi legittimi in diritti soggettivi<sup>293</sup>.

La sentenza n. 500/99 ha rinforzato e generalizzato dunque la tutela anche dell'interesse legittimo e superato così uno dei profili di maggiore differenziazione con il diritto soggettivo<sup>294</sup>. La sentenza risulta fondamentale –quantomeno da un punto di vista generale<sup>295</sup>–, altresì, poiché viene così attuato il portato costituzionale (artt. 24, 103 e 113 Cost.) che pretende parità di trattamento –nel senso di garanzia di pari tutela giurisdizionale “sostanziale”– tanto per il diritto soggettivo quanto per l'interesse legittimo<sup>296</sup>. È particolarmente significativo il passaggio delle Sezioni Unite in cui viene sottolineato come lo stato precedente alla sentenza in commento comportasse una «notevole limitazione della responsabilità della P.A. nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica che [ha] determinato diminuzioni o pregiudizi alla sfera patrimoniale del privato. Ma *una siffatta isola di immunità e di privilegio*, va ancora rilevato, *mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia*» (enfasi aggiunte)<sup>297</sup>.

Con Legge 21 luglio 2000, n. 205, il Legislatore è poi intervenuto diffusamente sulla disciplina processuale, introducendo diverse innovazioni di rilievo. In particolare è stata prevista la possibilità di agire, anche di fronte al giudice amministrativo, per il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi; sono stati potenziati i poteri istruttori del giudice ed ampliata la disciplina della tutela cautelare; sono state, inoltre,

---

<sup>292</sup> Cfr. F. MASTRAGOSTINO, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 494 ss.

<sup>293</sup> Cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Esercizio illegittimo della funzione amministrativa e principio di responsabilità*, in A. ZANOTTI (a cura di), *Il principio giuridico di responsabilità*, Bologna, 2014, p. 69.

<sup>294</sup> Cfr. R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro It.*, 1999, II, f. 11, 3211 ss.

<sup>295</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., p. 296.

<sup>296</sup> Cfr. G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia*, cit., 108 ss.

<sup>297</sup> Così la sentenza Cass. Civ., Sez. Un., n. 500/1999, par. 3.3. Cfr. G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia*, cit., p. 111; S. LICCIARDIELLO, in AA.VV., *Percorsi*, cit., p. 23.

assegnate ulteriori materie alla giurisdizione esclusiva (pubblici servizi, urbanistica e edilizia)<sup>298</sup>.

Quanto in particolare all'assegnazione di cd. *blocchi di materie* alla giurisdizione esclusiva, la Legge n. 205/2000 ha riproposto disposizioni previste nel D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il quale era tuttavia stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega<sup>299</sup>. Il trasferimento di materie –dunque avvenuto con L. n. 205/2000– fu tuttavia nuovamente bocciato dalla Corte Costituzionale, che con la fondamentale Sentenza 6 luglio 2004 n. 204, ha tracciato i limiti della giurisdizione, *spazzando via* nettamente le diverse tesi che proponevano di fondare il criterio di riparto sui blocchi di materia, o non ancorato alla situazione soggettiva azionata, ovvero legato esclusivamente a una scelta discrezionale del legislatore, ovvero ancora che configurava il giudice amministrativo quale giudice soltanto dell'interesse pubblico<sup>300</sup>. Ebbene, il Giudice delle Leggi ha affermato che perché vi possa essere materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, deve trattarsi di una materia nella quale sia coinvolto l'*esercizio del potere pubblico*, non essendo sufficiente che la PA sia meramente una parte del rapporto dedotto in giudizio. Il giudice amministrativo è, in definitiva, il giudice dell'esercizio del potere autoritativo della PA, cui corrisponde, dal lato "passivo", l'interesse legittimo del privato, ovvero un diritto soggettivo ma solo nel caso in cui questo sia connesso all'esercizio di un potere autoritativo della PA e riguardi una materia assegnata alla giurisdizione esclusiva<sup>301</sup>. L'indirizzo è stato consolidato dalla giurisprudenza (costituzionale) successiva, con la precisazione (Corte Cost., sentenza 11 maggio 2006 n. 191) che la giurisdizione sui diritti soggettivi può riguardare comportamenti *riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere* della PA (ora art. 7, comma 1, c.p.a.)<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> Ulteriori disposizioni di rilievo hanno ad oggetto i riti speciali; cfr. su questa legge G. GIOVANNINI, *Luci e ombre nella legge n. 205/2000 di riforma della giustizia amministrativa*, in *Corr. Giur.*, 2000, f. 12, 1545 ss.

<sup>299</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2000, n. 292; N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 9-10.

<sup>300</sup> Cfr. R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, ora in R. VILLATA, *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2009, p. 2.

<sup>301</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 133.

<sup>302</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., pp. 110-111; L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, f. 1, 214 ss.

Giurisprudenza in parte mutata: la Corte Costituzionale ha successivamente ammesso la possibilità che la giurisdizione esclusiva possa avere ad oggetto anche soltanto diritti soggettivi, pur se entro certi limiti

Non ogni esercizio di potere pubblico (e non ogni interesse legittimo), in quanto in parte restano assorbiti nella *materia* tributaria. La relativa giurisdizione, a differenza di quella amministrativa, opera appunto per materia, avendo ad oggetto i *tributi di ogni genere e specie*, vale a dire le controversie relative ad atti impositivi individuali e concreti –a prescindere dalla natura della situazione soggettiva lesa–. Appartiene, invece, sempre alla giurisdizione amministrativa la cognizione sull’impugnazione di regolamenti e atti generali, pur se di carattere tributario<sup>303</sup>.

La stratificazione normativa e giurisprudenziale delle regole del processo amministrativo ha imposto un riordino che comportasse stabilità e certezza: una disciplina scritta, organica e completa che è stata posta in essere con l’opera di *codificazione*<sup>304</sup> di cui al D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del Processo Amministrativo – c.p.a.). Il Codice, nel suo complesso, ha operato un *riassetto* della normativa «al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele» (art. 44 della Legge 18 giugno 2009 n. 69, contenente la delega al Governo)<sup>305</sup>.

Seppur trattasi di una codificazione che, più che innovare, consacra e consolida principi e norme, anche di diritto vivente, già esistenti<sup>306</sup>, la nuova disciplina –ispirata ai principi dell’*effettività* della tutela (art. 1 c.p.a.) e del *giusto processo* (art. 2 c.p.a.), con i corollari principi della parità delle parti e del contraddittorio<sup>307</sup> – ha inteso compiere un «salto di qualità nella protezione giurisdizionale, attraverso il completamento del processo che conduce alla configurazione della giurisdizione amministrativa come una

---

(Corte Cost., 5 febbraio 2010 n. 3). Il c.p.a. ha quindi fornito un’elencazione delle materie di giurisdizione esclusiva, ciò che illumina l’assenza di una ricostruzione sistematica e di un nucleo ricostruttivo (cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., 55 ss., con richiamo, alle pp. 57-58, a Romano Tassone).

<sup>303</sup> Cfr. F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2017, 16 ss. La scelta di affidare tali controversie ai “giudici speciali del contenzioso tributario” si accompagna a ragioni storiche, nonché legate all’ingente numero di ricorsi proposti: cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 61.

<sup>304</sup> Sull’opera di codificazione del processo amministrativo cfr. A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, f. 1, 100 ss.

<sup>305</sup> Sulla legge delega e sui successivi e più recenti interventi legislativi cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., 13 ss.

<sup>306</sup> Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, 93 ss.

<sup>307</sup> Cfr. C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 39. Si rinvia più diffusamente al § 2.2.



giurisdizione piena»<sup>308</sup>: risultato che può essere garantito solo attraverso strumenti processuali idonei a soddisfare la pretesa della parte<sup>309</sup>. Il Codice consacra pertanto la pienezza della tutela giurisdizionale, facendo ormai venir meno anche la distanza tra le diverse tipologie di giurisdizione, in favore di un modello tendenzialmente unico e generale<sup>310</sup>.

La delega ha previsto il *coordinamento* delle norme processuali con il Codice di procedura civile<sup>311</sup>, con ciò indicando il processo civile quale modello processuale di riferimento<sup>312</sup>; un coordinamento che si riflette, oltre che sul rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., sulla struttura stessa del codice che «[abbandona] la prospettiva tradizionale della giustizia amministrativa e [fa] propria quella che caratterizza il codice di procedura civile, basata sull'autonomia dell'azione dalla situazione sostanziale»<sup>313</sup>. Viene così delineato «un processo a cognizione tendenzialmente piena, con una pluralità di azioni, con un arricchito strumentario istruttorio, con poteri decisorici articolati e modellati sulla domanda»<sup>314</sup>.

#### 2.1.4

#### Considerazioni intermedie

---

<sup>308</sup> Così A. PAJNO, *Il Codice*, cit., p. 131.

<sup>309</sup> Cfr. l'art. 44, comma 2, lett. b), n. 4) della L. n. 69/2009 e F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., 37 ss.

<sup>310</sup> Si sarebbe ormai compiuta, infatti, la “missione storica” della giurisdizione esclusiva: cfr. A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, 2017, p. 38; A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato e incerto futuro*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, 2011, p. 109.

<sup>311</sup> In quanto espressione di principi generali: art. 39 c.p.a. Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 242 ss.; E. FOLLIERI, *Due passi in avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. It.*, 2015, f. 10, p. 2196.

<sup>312</sup> Cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., 17 ss.

<sup>313</sup> Così A. PAJNO, *Il Codice*, cit., p. 120.

<sup>314</sup> Così F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 135.

È comune l'opinione per cui il Codice ha fornito una buona disciplina al processo, che tuttavia deve essere colta e sviluppata compiutamente per permettere il pieno raggiungimento dell'effettività della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della PA: cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 162; M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, f. 11, p. 1121 e p. 1128.

Un esempio di disciplina non sufficientemente chiara e sviluppata è quello delle azioni. Nello schema di decreto delegato era previsto infatti un ampio catalogo, successivamente ridotto. Ed è tuttora dibattuto in dottrina se sia, o meno, codificato il principio di atipicità delle azioni, ritenuto operante dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato anche sulla base dei principi e criteri della legge delega (Ad. Plen., sentenza 23 marzo 2011 n. 3): cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 38. Per un quadro completo del dibattito: R. DE NICTOLIS, *Le azioni*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, 573 ss.

È emerso, in questa ricostruzione, come il processo amministrativo sia il frutto di una stratificazione progressiva, mai “rivoluzionaria”, nella quale può cogliersi un filo conduttore nel costante emergere di nuove situazioni da tutelare nei confronti del potere pubblico, quindi assorbite nel sistema di giustizia amministrativa come situazioni tutelate tramite nuove tecniche di tutela<sup>315</sup>.

Il sistema si è in effetti evoluto e adattato nel tempo<sup>316</sup> perseguendo il costante obiettivo della *garanzia della giustizia nei confronti del potere pubblico*. Ed infatti, ciò che è imprescindibile per un ordinamento democratico è la *garanzia ed ampiezza di questa tutela*, piuttosto che i concetti, e le forme, attraverso cui questa viene realizzata<sup>317</sup>.

Essere giudice della funzione pubblica non significa conseguire l’interesse pubblico, ovvero non significa assicurare il perseguimento dell’interesse curato dalla PA; significa piuttosto, nella lettura della Corte Costituzionale, essere giudice *del potere* della PA. Il giudice amministrativo è, cioè, l’unico giudice che può conoscere del suo potere: per tale motivo non è sufficiente la qualifica di una parte processuale quale PA per radicare la giurisdizione amministrativa<sup>318</sup>. Come, del resto, non sembra più potersi affermare che sia l’interesse legittimo il criterio di attribuzione (generale) della giurisdizione amministrativa: il criterio che attiene al riparto giurisdizione, ormai, sembra basato sulla presenza del potere amministrativo<sup>319</sup>.

Se, in definitiva, è pur vero che la giustizia amministrativa nasce nell’Ottocento come “prolungamento” dell’attività amministrativa, finalizzata alla tutela della stessa azione amministrativa, la sua evoluzione –lenta e stratificata– è ormai giunta a un vero e proprio rovesciamento, che si è progressivamente realizzato attraverso l’istituzione della IV Sezione, la previsione dell’art. 24 Costituzione, la sentenza n. 500/1999 e infine il Codice, sempre con il costante collante dottrinale e giurisprudenziale. Siamo certamente

---

<sup>315</sup> Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 115 ss. e p. 117.

<sup>316</sup> Con una positiva duttilità che sembra possa cogliersi solamente nei sistemi a giurisdizione dualistica: cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., pp. 119-120.

<sup>317</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 53. Considerazione da condividere anche a livello comparato: cfr. L. MEDINA ALCOZ, *Legittimazione a ricorrere e situazioni soggettive negli ordinamenti europei*, in AA.VV., *Colloquio sull’interesse legittimo*, Napoli, 2014, p. 56; D. SORACE in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, p. VIII.

<sup>318</sup> Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191.

<sup>319</sup> In questi termini si è espresso Franco Gaetano Scoca in occasione del suo intervento alla presentazione del suo volume “Interesse legittimo. Storia e teoria”, che si è tenuta presso la SPISA, Bologna, il 19 febbraio 2018; cfr. anche A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto*, cit., p. 35.

di fronte, oggi, a un nuovo *paradigma* che ha al centro la tutela delle posizioni sostanziali<sup>320</sup> che interagiscono con il potere pubblico<sup>321</sup> e la pienezza della tutela stessa. Con ciò, la giurisdizione amministrativa mantiene comunque la propria specialità, pur se da intendersi ormai in modo diverso<sup>322</sup>.

È tramite il *processo amministrativo* che si attua questa *giurisdizione*. La giurisdizione amministrativa non è più realizzata attraverso quel *sistema di giustizia* nei confronti del potere pubblico, bensì attraverso lo strumento del processo. Il *cambio di paradigma*<sup>323</sup> che si è realizzato è stato dunque il passaggio *dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*<sup>324</sup>. Appare perciò non solo opportuno, ma anche necessario, trarre da questa impostazione coerenti conseguenze, a partire dalla configurazione delle condizioni generali dell'azione che, come autorevolmente rimarcato, ancora non ha raggiunto una sua autonoma strutturazione<sup>325</sup>.

## 2.2 *Principi fondamentali di tutela delle posizioni soggettive nel processo amministrativo. Il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa e gli elementi di giurisdizione oggettiva*

Il processo amministrativo appartiene alla figura generale del processo e gli sono pertanto proprie tutte le sue caratteristiche: contraddittorio tra le parti, indipendenza del giudice rispetto alla realtà sostanziale –la quale costituisce il presupposto del processo

---

<sup>320</sup> Cfr. ancora Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204: il giudice amministrativo ha «piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865», passaggio richiamato già *supra*.

<sup>321</sup> Alberto Romano, proponendo il superamento dell'attuale criterio di riparto tra giurisdizioni fondato sulla distinzione interesse legittimo-diritto soggettivo, suggerisce di adottare una regola basata sulla sussistenza, o meno, del potere dell'amministrazione; regola che sarebbe peraltro compatibile con il dettato costituzionale (A. ROMANO, *Conclusioni*, in AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014, p. 202). Ciò sembrerebbe, in effetti, riflettere esattamente l'esigenza di garanzia di tutela nei confronti del potere pubblico, di cui la giustizia amministrativa si è sempre fatta carico.

<sup>322</sup> Cfr. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, f. 1, pp. 138-139.

<sup>323</sup> Il riferimento è a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones*, cit.

<sup>324</sup> Cfr. G.P. CIRILLO, *La transizione*, cit., 251 ss. La giurisdizione, in ogni caso, non esaurisce le modalità di composizione dei conflitti tra privato e PA: cfr. sul tema G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e le tendenze*, Milano, 1989; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il conflitto tra Pubblica Amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, Napoli, 2018.

<sup>325</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 194.

ed è dedotta in lite–, irrevocabilità della decisione<sup>326</sup>. Si tratta dunque di un processo giurisdizionale distinto, ma pariordinato, al processo civile<sup>327</sup>.

Occorre analizzare, allora, i principi generali di maggior interesse in punto di tutela delle posizioni soggettive; principi che costituiscono “valvole” aperte verso la realtà sociale e che permettono di adeguare costantemente il diritto positivo alle finalità fondamentali che il legislatore ha voluto conseguire con la codificazione, vale a dire la tutela effettiva delle posizioni del cittadino<sup>328</sup>.

Il punto di riferimento è costituito dai primi due articoli del c.p.a., che richiamano esplicitamente la *pienezza* e l'*effettività* della tutela ed il principio del *giusto processo*.

L'art. 1 afferma che il processo «assicura una tutela piena ed effettiva», e rinvia ai «principi della Costituzione e del diritto europeo» declinandoli in funzione di tale primario obiettivo.

Dunque, tra i principi costituzionali assume rilievo in primo luogo il principio della *generalità della tutela*, garantita dall'*azione* (art. 24 Cost.), che è assicurato a *tutti* e a protezione di *diritti soggettivi e interessi legittimi*; tutela che dev'essere *piena* –tanto nel processo civile quanto nel processo amministrativo<sup>329</sup>. Norma che in uno con l'art. 103 Cost. esprime la garanzia costituzionale delle posizioni soggettive riconducibili sia all'interesse legittimo sia ai diritti soggettivi<sup>330</sup>. Nello stesso solco l'art. 113 Cost. esprime, nel suo complesso, la necessità che la qualità di pubblica amministrazione di una parte processuale non comporti alcuna limitazione alla tutela giurisdizionale del privato<sup>331</sup>. La pienezza richiede che il processo assicuri ogni forma di tutela possibile, che infatti «non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione» (art.

---

<sup>326</sup> Cfr. E. FAZZALARI, *Processo*, cit., 1068 ss. e p. 1075. Caianiello specifica che caratteri generali del processo sono: la legittimazione a partecipare al processo di tutti coloro che saranno coinvolti dalla decisione, l'instaurazione del contraddittorio sin dal momento iniziale, la tendenziale immodificabilità dell'oggetto del processo, la pubblicità degli atti, il diritto di allegazione di prove, la motivazione della pronuncia: cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., p. 12. V. inoltre *supra*, § 1.3.

<sup>327</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., p. 12. Il Codice del processo amministrativo ha infatti incluso nella disciplina i principi cardine del processo, peraltro enunciando nei primi articoli –con un approccio originale– i suoi principi generali: G.P. CIRILLO, *La transizione*, cit., pp. 258-259.

<sup>328</sup> Si esprime in questi termini R. CHIEPPA, *Art. 1* (voce), in R. CHIEPPA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, p. 4.

<sup>329</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 95 ss.

<sup>330</sup> Cfr. A. POLICE, *Art. 103* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 1989 ss.

<sup>331</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., pp. 106-107.

113, comma 2, Cost.)<sup>332</sup>. L'effettività esprime dunque la necessità che la giurisdizione amministrativa garantisca la piena soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente<sup>333</sup>, dovendo il giudice tendere, per quanto possibile, ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio nonché a garantire la soddisfazione della stessa pretesa<sup>334</sup>.

Il richiamo al diritto europeo da parte dell'art. 1 c.p.a. va inteso come riferito tanto al diritto dell'Unione Europea quanto al diritto della Convenzione EDU e della giurisprudenza relativa<sup>335</sup>. Della Convenzione EDU rileva, in particolare, l'art. 6 –per il quale «ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale, costituito dalla legge»–, norma di riferimento anche per la Corte di Giustizia UE sino alla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), il cui art. 47 espressamente contiene il principio dell'effettività della tutela<sup>336</sup>. Ma anche il TUE dispone tale principio, in particolare all'art. 19 ove è affermato che «[g]li Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

Come corollario del principio di effettività della tutela va inoltre indicato *il principio della tendenziale massima accessibilità alla tutela nel merito*<sup>337</sup>: le parti hanno (tendenzialmente) diritto ad ottenere una risposta in ordine al bene della vita oggetto della controversia (sentenza di merito), in quanto le disposizioni di carattere processuale

---

<sup>332</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 173; anche da qui deriva il principio di atipicità delle azioni.

<sup>333</sup> Cfr. FRENI F., *Art. 1* (voce), in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, p. 59. Sull'effettività della tutela cfr. altresì R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2013, n. 9.

<sup>334</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *Art. 1*, cit., pp. 4-5.

<sup>335</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 87; R. CHIEPPA, *Art. 1*, cit., 5 ss.

<sup>336</sup> Questo il testo: «[o]gni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare [...]».

Sulla base di questa norma e delle tradizioni costituzionali comuni tra gli Stati Membri, la giurisprudenza comunitaria ha infatti potuto affermare uno *standard minimo* di tutela delle situazioni giuridiche sostanziali, ciò che costituisce un differente aspetto del principio di effettività: cfr. F. FRENI, *Art. 1*, cit., p. 57.

<sup>337</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 164.

–che comportino una decisione di inammissibilità, improcedibilità o irricevibilità (sentenza di rito)– non devono essere lette come fini a se stesse, bensì sempre in ottica funzionale alla migliore qualità della decisione che si riverbera sul piano sostanziale<sup>338</sup>. Il principio era espressamente previsto, nella prima stesura del Codice curata dalla Commissione speciale prima che venisse espunto dal Governo<sup>339</sup>, ma può ritenersi operante nel processo amministrativo grazie all’opera giurisprudenziale<sup>340</sup>.

Venendo, quindi, all’art. 2 c.p.a., questo afferma il principio del *giusto processo* (art. 111 Cost.), nozione che comprende tutte le garanzie di equità e di efficienza coesenziali all’esercizio della funzione giurisdizionale, ovvero una serie di principi che sono sia strutturali che funzionali; tra questi ultimi, anche la generalità della tutela giurisdizionale e la sua pienezza –che abbiamo visto essere riconducibili anche al principio di effettività<sup>341</sup>.

Tra i principi strutturali rileva in particolare il principio del contraddittorio<sup>342</sup>, che esprime la *parità* tra le parti, da intendersi in termini di *parità delle armi* processuali<sup>343</sup>. Nel diritto sostanziale amministrativo il “rapporto giuridico” non è, tuttavia, di tipo

---

<sup>338</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., pp. 173-174, che richiama Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, di cui si riporta un significativo passaggio: «[a]l principio per cui le disposizioni processuali non sono fini a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente –nel regolare questioni di rito– il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all’individuazione del giudice competente –volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall’altro lato, l’idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito– non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al “bene della vita” oggetto della loro contesa. Il medesimo principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono che si ispiri la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi allorché una causa, instaurata presso un giudice, debba essere decisa, a seguito di declinatoria della giurisdizione, da altro giudice».

<sup>339</sup> L’art. 5 della bozza, rubricato «Diritto alla decisione di merito», disponeva che «[i]l giudice assicura, nel rispetto delle regole del processo, il diritto delle parti alla decisione di merito»: cfr. R. CHIEPPA (a cura di), *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012, p. 76; N. PORTALURI, *Le «macchine pigre» ed un codice ben temperato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010, p. 4.

<sup>340</sup> Cfr. A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. It.*, 2014, f. 1, p. 151, nt. 14.

<sup>341</sup> In proposito rileva Stefano Salvatore Scoca: «[i]l d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.) detta la disciplina del processo amministrativo declamando i principi che presiedono al suo svolgimento. E così, all’art. 1 campeggia l’enunciazione del principio di effettività della tutela che –stando alla norma– va inquadrato secondo le disposizioni costituzionali e comunitarie; mentre all’art. 2 è enunciato il principio del giusto processo. Sembra che, nella formulazione codicistica, e da quanto emerge dalla *Relazione introduttiva generale al codice del processo amministrativo*, il principio del giusto processo attenga alla “forma” processuale, mentre l’effettività al contenuto della tutela elargibile in forza di esso. Il c.p.a. pare scindere i due principi, con il che si potrebbe ritenere che il legislatore attribuisca una diversa preordinazione funzionale dell’uno e dell’altro» (S.S. SCOCA, *L’effettività della tutela nell’azione di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 4, p. 1397).

<sup>342</sup> Oltre ai principi di precostituzione, indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice.

<sup>343</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 104 ss.

paritario. Anche chi (Feliciano Benvenuti) ha da sempre auspicato il raggiungimento di un tale traguardo ha, del resto, sempre riconosciuto la *dinamica verticale* del potere, caratterizzata dall'autoritarità del potere amministrativo nei confronti del privato<sup>344</sup>. Il principio del contraddittorio processuale, tuttavia, impone che lo squilibrio in favore della pubblica amministrazione che soffre il privato sul piano sostanziale non possa riverberarsi nel processo: posizione e poteri delle parti devono essere disegnati in modo assolutamente equivalente<sup>345</sup>.

Infine, tra i principi costituzionali –indirettamente richiamati dall'art. 1 c.p.a., pur se sempre in funzione dell'effettività della tutela– andrebbe, altresì, annoverato il principio per cui gli organi della giustizia amministrativa hanno il compito di realizzare la *giustizia nell'amministrazione* (art. 100 Cost.). Ciò indicherebbe che il giudice amministrativo nelle controversie tra PA e amministrati non possa interferire nella sfera delle prerogative della PA –ad esclusione dei casi eccezionali di giurisdizione di merito–, ma che allo stesso tempo debba tener conto dei riflessi sull'interesse pubblico<sup>346</sup>, vista la particolare funzione conformativa: queste sono «caratteristiche coesenziali ed intrinseche del giudizio amministrativo, che storicamente discendono dalla sua genesi originaria quale “prolungamento” dell'attività amministrativa»<sup>347</sup>. Il giudice amministrativo, dunque, in quanto *giudice naturale della funzione pubblica*, dovrebbe consentire il rapido e sicuro raggiungimento dell'interesse pubblico<sup>348</sup>.

---

<sup>344</sup> Cfr. L. FERRARA, *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, p. 1010 e nt. 7.

<sup>345</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., pp. 169-170; F. FRENI, *Art. 1*, cit., pp. 70-71; A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 105.

<sup>346</sup> Il che implicherebbe un richiamo ai principi di imparzialità e buon andamento della PA (art. 97 Cost.).

<sup>347</sup> Così R. GRECO, *Le ragioni di un codice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010. In senso ancora più esplicito Romeo: «[n]on c'è rottura, ma continuità tra azione amministrativa e giustizia amministrativa. Ciò significa che la giustizia amministrativa, per essere correttamente compresa, deve essere sempre pensata insieme con l'amministrazione, di cui costituisce il necessario completamento. Vi è un rapporto ininterrotto, stretto ed intenso tra giustizia amministrativa e l'amministrazione che alla prima offre il materiale disponibile, partecipando della sua funzione giurisdizionale» (G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, f. 3, p. 690).

<sup>348</sup> Cfr. P. DE LISE, *Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, 2010, reperibile in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), richiamato da N. PORTALURI, *Le «macchine pigre»*, cit., p. 7.

Certamente la giurisdizione di merito costituisce deroga al *limite esterno* della riserva di amministrazione<sup>349</sup>. Del pari, la giurisdizione amministrativa influisce sulla successiva attività della PA, tenuta a conformarsi all'operato del giudice.

Ciò tuttavia non può comportare il risultato per cui la giurisdizione (amministrativa) costituisca il luogo di composizione di interessi pubblici e privati – ovvero costituisca “prolungamento” dell'attività amministrativa– che vanno vagliati, invece, nell'ambito dell'azione amministrativa. In primo luogo perché, dai lavori preparatori della Costituzione, emerge che l'art. 100 non regola la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato<sup>350</sup>. Ragioni di carattere sistematico, inoltre, impongono che la giurisdizione resti nettamente separata dall'amministrazione: «[c]iò che offende la giurisdizione non è solo che atti d'esercizio di altre funzioni violino la sua sfera d'attribuzione (riserva di giurisdizione: artt. 102-103 Cost.), ma anche l'essere chiamata dal legislatore a sostituire frequentemente l'amministrazione, anche solo per atti vincolati»<sup>351</sup>. La funzione giurisdizionale non è istituzionalmente volta alla *cura* delle posizioni giuridiche: al contrario, questo è compito precipuo dell'amministrazione, che deve comporre e tutelare l'interesse pubblico<sup>352</sup>. La giurisdizione interviene solo successivamente. Ha un mero carattere «correttivo, di verifica della conformità della scelta interpretativa a tal fine adottata» dall'amministrazione: «un intervento che deve restare eccezionale e *ex post*, proprio per assicurare la terzietà della giurisdizione»<sup>353</sup>, un intervento, cioè, che si rende necessario solo per riparare agli aspetti patologici dell'azione amministrativa<sup>354</sup>: giudicare l'amministrazione non significa più amministrare. E del resto, l'evoluzione tracciata, che ha portato all'approdo al modello

---

<sup>349</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., pp. 297-298.

<sup>350</sup> Cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana – illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, 315 ss.; M. DE ROSA, B.G. MATTARELLA, *Art. 100* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, 1944 ss.

<sup>351</sup> Così R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, p. 1005.

<sup>352</sup> M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 2004, 314 ss.

<sup>353</sup> Così R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, pp. 1006-1007.

<sup>354</sup> Cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, f. 3, p. 788.



processuale, indica lo stesso esito: trattasi di tutela secondaria, spettando alla norma primaria regolare l'interesse pubblico (o meglio: gli interessi pubblici)<sup>355</sup>.

L'impianto dei principi costituzionali conferma, dunque, che la giurisdizione amministrativa è caratterizzata da una natura soggettiva. Ed infatti il giudizio è promosso «dal soggetto titolare dell'interesse particolare» che «anche durante lo svolgimento della causa [...] conserva la piena disponibilità del giudizio»: ciò «dimostra che il Legislatore, istituendo la giurisdizione amministrativa, ha avuto come scopo immediato la tutela degli interessi particolari, allo stesso modo che, con la giurisdizione ordinaria, vengono tutelati i diritti soggettivi»<sup>356</sup>. In questo, il sistema italiano è accomunato a quello tedesco, nel quale è centrale la tutela delle posizioni dei singoli –cioè dei loro diritti pubblici soggettivi<sup>357</sup>–.

La giurisdizione amministrativa, tuttavia, ha sempre sperimentato una forte tensione tra il fine del controllo della legalità (dell'azione amministrativa, giurisdizione oggettiva<sup>358</sup>) e quello della tutela delle situazioni giuridiche soggettive (giurisdizione soggettiva). Tensione generalmente riconosciuta dalla dottrina e dimostrata dalla constatazione per cui convivrebbero, nel nostro processo, elementi propri dell'uno e dell'altro tipo di giurisdizione; ciò che sarebbe fonte di una contraddizione che necessita di essere risolta<sup>359</sup>.

La tendenza verso la giurisdizione oggettiva sembra permanere nell'ordinamento processuale amministrativo, sia perché «il processo consent[e] di censurare alcune norme [...] che non proteggono in modo diretto l'interesse di parte», sia perché sono presenti «ipotesi, pure eccezionali, in cui la legittimazione ad agire spetta ad un organo

---

<sup>355</sup> V. anche *supra*, § 2.1.

<sup>356</sup> E ciò «è confermato oggi dall'art. 113 della Costituzione che pone sullo stesso piano, ai fini della tutela giurisdizionale, i diritti e gli interessi legittimi»: così G. ZANOBINI, *Corso*, cit., p. 122.

<sup>357</sup> Cfr. M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli, 2013, 182 ss.; R. ARNOLD, *Legittimazione a ricorrere e situazioni soggettive nell'ordinamento tedesco*, in AA.VV., *Colloquio*, cit., 57 ss.

<sup>358</sup> Cfr. sul tema, in generale, il fondamentale contributo di Mazzaroli: L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, f. 1, 1 ss.

<sup>359</sup> Cfr. M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, p. 1131.

pubblico». Il processo amministrativo, cioè, «sicuramente mira anche a tutelare la legalità dell'azione amministrativa»<sup>360</sup>.

Questa tensione –o contraddizione– tra il fine di tutela della legalità e quello di tutela della posizione soggettiva andrebbe tuttavia drasticamente ridimensionata, a partire dalla considerazione per cui «ogni giurisdizione, anche quella civile, ha questa duplice funzione, intesa ad affermare la volontà della legge nel caso concreto, per la tutela dei diritti violati di singoli soggetti nell'ambito dei rapporti nei quali si svolge la vita di relazione, ma allo stesso tempo, intesa ad assicurare, nell'interesse generale, l'ordinato svolgersi della vita sociale»; duplice funzione particolarmente evidente nel processo amministrativo solamente perché, in definitiva, l'agire della pubblica amministrazione è sottoposto alla legge in ogni sua manifestazione<sup>361</sup>. Ed infatti già Giannini osservava che «l'opinione secondo cui l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo giova alla pubblica amministrazione è un'affermazione che ha lo stesso valore di quella, che potrebbe pur perfettamente esser fatta, che l'annullamento di negozi privati giova alla sicurezza dei rapporti interprivati»<sup>362</sup>.

Giurisdizione oggettiva, del resto, in senso stretto significherebbe slegare il sistema giurisdizionale dall'azione riconosciuta in capo ai soggetti: la giurisdizione è pienamente oggettiva solo quando l'azione, come nell'ordinamento penale, spetta ad un

---

<sup>360</sup> Così E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, f. 3, p. 699. Sui diversi profili di giurisdizione oggettiva che emergono nel dibattito attuale cfr. F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, *passim*.

<sup>361</sup> Così V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, p. 85.

Del resto, rileva Clarich che «riconoscere una impostazione squisitamente soggettiva del processo amministrativo, non significa ritenere indispensabile sempre e necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva di tipo sostanziale correlata al processo instaurato. Nel diritto processuale civile, del quale mai è stata messa in dubbio la natura soggettiva, i casi di legittimazione *ex lege*, ai quali fa riferimento sia l'art. 69 cod. proc. civ. a proposito dell'azione del pubblico ministero e sia altre disposizioni del codice civile e di leggi speciali, non hanno dato origine a una discussione in ordine a se e a quale tipo di situazione giuridica soggettiva si imputi al soggetto al quale la legge attribuisce il potere di iniziativa processuale»: M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in *Conc. Merc.*, 2013, f. 1, p. 866.

<sup>362</sup> Così M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, p. 130. In questo, egli segnalava un processo di avvicinamento tra processo civile e processo amministrativo, «quantomeno per ciò che attiene all'oggetto del giudizio e alla domanda giudiziale. Si tende così a identificare il potere di azione e il potere di ricorso, e a negare validità al problema della tutela dell'interesse pubblico ottenuta mediante lo strumento del processo amministrativo».

organo pubblico<sup>363</sup>, vincolato alla regola dell'obbligatorietà, che costituisce mero impulso all'instaurazione del giudizio, per cui una volta esercitata, sarà attribuito al giudice l'accertamento dei fatti controversi e la valutazione delle prove, strutturandosi il processo, dunque, in maniera del tutto differente<sup>364</sup>.

È dunque e va ampiamente riconosciuto che il processo amministrativo realizza, o deve realizzare, una giurisdizione di stampo soggettivo<sup>365</sup>. È tale carattere che permette di garantire la pienezza della tutela: «[i]l processo di diritto soggettivo serve a fornire tutela “giusta” alle situazioni giuridiche soggettive»<sup>366</sup>, permettendo l'arricchimento degli stessi mezzi di tutela nei confronti del potere della PA e conseguentemente degli strumenti a disposizione del giudice<sup>367</sup>. E del resto «nel momento in cui le due situazioni giuridiche soggettive [diritto soggettivo e interesse legittimo, *ndr*], in punto di pienezza della tutela, sono state integralmente equiparate, così come vuole la Costituzione la concezione oggettiva della tutela lascia definitivamente il campo a quella soggettiva»<sup>368</sup>.

Anche in un'ottica diacronica si è assistito a un'evoluzione della giustizia amministrativa che ha evidenziato tali tratti. La presenza di istituti “oggettivistici” e la tendenza verso tale carattere della giurisdizione si distinguono per la finalità della tutela della legalità dell'agire della pubblica amministrazione, in cui dunque il cittadino agisce come una sorta di pubblico ministero, come teorizzato da Hauriou in Francia con riguardo al ricorso per *excès de pouvoir*, ma come testimoniano pure le prime teorizzazioni dell'interesse legittimo in Italia che lo configuravano quale interesse solo occasionalmente protetto. La soggettivizzazione del processo è invece foriera

---

<sup>363</sup> Cfr. C. RIBOLZI, *L'azione*, cit., pp. 90-91, nt. 9.

<sup>364</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione*, cit., pp. 107-108. In realtà, l'attuale modello processuale penale (non più inquisitorio, ma divenuto largamente di tipo accusatorio) richiede pur sempre un contributo attivo delle parti nella deduzione degli elementi di prova ed anche nella scelta di possibili riti alternativi al giudizio dibattimentale.

<sup>365</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, p. 129, spec. nt. 40 e V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., 104 ss.; N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 85; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, f. 3, 630 ss. e nt. 39.

<sup>366</sup> Così F.G. COCA, *Giustizia*, cit., p. 172.

<sup>367</sup> Cfr. V. DOMENICHELLI, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili*, cit., p. 327.

<sup>368</sup> Cfr. G.P. CIRILLO, *La transizione*, cit., p. 254.

dell'incremento dei modelli di tutela nei confronti del potere pubblico<sup>369</sup> e realizza un nuovo modello di giudizio, delineando il ricorso quale *diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, di qualsiasi "diritto materiale" di cui sia titolare il cittadino*. La giustizia amministrativa non è quindi uno strumento utile allo Stato per verificare e garantire la legalità della propria azione –se non indirettamente–, né serve ad assicurare l'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento; si tratta invece di uno strumento a disposizione del cittadino titolare di diritti, a cui va garantita l'effettività della tutela<sup>370</sup>. Uno strumento, dunque, dove due pretese contrapposte necessitano di un confronto giudiziale nel rispetto della parità delle armi: in definitiva, un *processo*, posto sullo stesso piano del processo civile<sup>371</sup>.

L'importanza di un tale approdo è testimoniata anche, in ottica comparata, dal fatto che con riguardo al tipico modello di giurisdizione oggettiva (ricorso per *excès de pouvoir* francese) le imprescindibili esigenze di tutela delle situazioni controverse spingono verso una soggettivizzazione del contenzioso giurisdizionale, anche sulla spinta del diritto europeo e della Corte EDU. Il ricorso per *excès de pouvoir* non è più volto, cioè, esclusivamente alla tutela della legalità oggettiva, ma anche e sempre più a protezione effettiva dell'interesse delle parti<sup>372</sup>.

D'altra parte, carattere soggettivo del processo non significa che lo stesso non persegua anche la garanzia della legalità nell'ordinamento giuridico amministrativo, come è testimoniato anche dal sistema tedesco –modello tipicamente di giurisdizione soggettiva– in cui la garanzia per le posizioni soggettive dei privati non implica che lo stesso non sia volto (anche) all'accertamento della legalità dell'azione amministrativa:

---

<sup>369</sup> Come sottolineato da Domenichelli, che mette in luce come la trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa abbia portato a un «arricchimento dei modelli di tutela nei confronti dell'attività (e dell'inerzia) dell'amministrazione, quindi l'incremento delle azioni e delle modalità con cui il giudice può esprimere la sua valutazione dell'atto o del comportamento dell'amministrazione»: così V. DOMENICHELLI, *La trasformazione*, cit., p. 329.

<sup>370</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Conc. Merc.*, 2013, p. 114.

<sup>371</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones*, cit., 65 ss. V. anche *supra*, § 1.3.

<sup>372</sup> García de Enterría illuminava la questione in questi termini già nel 1999, ritenendo che il ricorso per *excès de pouvoir* avesse cessato di essere rimedio di diritto oggettivo per divenire inequivocabilmente rimedio di diritto soggettivo: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones*, cit., pp. 68-69, spec. n. 2. Cfr. anche B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, f. 1, p. 84; C. BROYELLE, *Il ricorso per «excès de pouvoir»*, in AA.VV., *Colloquio*, p. 45; M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., 234 ss.

le due esigenze, pur distinte, non sono affatto inconciliabili o incompatibili<sup>373</sup>. Interesse pubblico e interesse privato che, come ricordava Chiovenda in relazione al processo civile, non devono essere letti in contrasto e uno in subordinazione all'altro, bensì in un'ottica di reciproca e proficua coordinazione<sup>374</sup>.

Nello stesso senso va letta l'influenza del diritto europeo –e in particolare dell'UE– che, soprattutto nel settore dei contratti pubblici, promuove il più ampio accesso possibile alle Corti<sup>375</sup>, favorendo così «un “controllo diffuso” sull'applicazione del diritto europeo, e dunque –in ultima analisi– l'effettività delle sue norme»<sup>376</sup>.

Questa connotazione, in ogni caso, non toglie che possano permanere nel processo *elementi* di giurisdizione oggettiva. La garanzia costituzionale delle posizioni soggettive, infatti, non esclude che non possa esservi nel processo anche la tutela non di posizioni soggettive sostanziali, come conferma parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>377</sup>.

### 2.3 *L'“oggetto” del processo amministrativo: l'interesse legittimo e le nuove situazioni giuridiche meritevoli di tutela*

Il passaggio della giurisdizione amministrativa da giudizio *sull'atto* a giudizio *sul rapporto*, o cd. di spettanza del bene della vita, è altro dato ormai acquisito nel sistema processuale amministrativo. La tutela che in origine l'ordinamento offriva era

---

<sup>373</sup> Cfr. B. MARCHETTI, *Il giudice*, cit., 94 ss. e spec. pp. 98-99.

<sup>374</sup> V. *supra*, § 1.1. Da neo Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi ha aperto così la sua relazione: «La ragion d'essere del giudice amministrativo è assicurare la tutela dei cittadini nei confronti del potere pubblico e garantire la legalità nell'ordinamento»: cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019, p. 7.

<sup>375</sup> Cfr. art. 19 TUE: «[g]li Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

<sup>376</sup> Cfr. B. MARCHETTI, *Il giudice*, cit., 99 ss.; la citazione testuale è a p. 101.

Più in generale, l'influenza del diritto UE sui sistemi processuali degli Stati Membri è tale da rendere questi funzionali alla garanzia dell'effettività delle libertà fondamentali, secondo un rapporto sostanzialmente di sussidiarietà: cfr. A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, f. 2, pp. 612-613.

<sup>377</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione*, cit., 97 ss.; in giurisprudenza Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4134: «in materia di legittimazione ad agire la regola fondamentale è quella sancita dall'art. 81 c.p.c., secondo cui per agire in giudizio bisogna essere portatori di un interesse personale proprio, salvi i casi in cui la legge espressamente preveda la legittimazione a difendere interessi altrui o collettivi o generali». Nello stesso senso M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, f. 3, 979 ss.

Ma Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9 afferma *obiter dictum* che «non è possibile sostenere una esegesi della disciplina delle condizioni dell'azione che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità» (punto in diritto 8.3.4., lett. d).

esclusivamente di tipo impugnatorio: i ricorsi erano proponibili solo *contro atti e provvedimenti*<sup>378</sup>. Al centro del processo vi era dunque l'atto amministrativo<sup>379</sup>, momento e luogo di sintesi del rapporto tra il cittadino e la pubblica amministrazione, costituente «formale enunciazione autoritativa della volontà dello Stato nel caso concreto»<sup>380</sup>. La tutela impugnatoria comportava però un valore esclusivamente *rescindente* della sentenza, risultato che tuttavia è *inimmaginabile*, poiché il giudice interviene su un assetto di interessi che viene da lui stesso ridisegnato, e che influisce non solo sull'esercizio passato dell'attività amministrativa, avendo effetti conformativi sulla stessa che non possono essere disattesi<sup>381</sup>. Tale ragione *intrinseca* di crisi del modello è stata accompagnata altresì da ragioni *estrinseche*, legate all'evoluzione dell'organizzazione della PA e all'emergere delle esigenze di effettività della tutela<sup>382</sup>. E in particolare, sono state le esigenze di tutela emergenti dalle controversie –di giurisdizione esclusiva– riguardanti diritti soggettivi<sup>383</sup>, nonché dai giudizi aventi ad oggetto il silenzio della PA<sup>384</sup>, che hanno favorito, nel diritto vivente, il superamento del modello; dunque, l'atto impugnabile per vizi di legittimità è quello che incide sulla situazione giuridica lesa, non tanto quello individuabile per proprie caratteristiche formali<sup>385</sup>.

L'evoluzione del processo amministrativo conferma come il *protagonista* del processo non possa più essere considerato il provvedimento<sup>386</sup>. Lo sviluppo di alcuni istituti processuali indica questa linea evolutiva: i motivi aggiunti, che possono essere utilizzati per impugnare provvedimenti connessi alla situazione giuridica lesa oggetto

---

<sup>378</sup> Art. 3, L. n. 5992/1889. In questo senso S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 339 ss.

<sup>379</sup> «[I]n esso “campeggia” l'atto amministrativo»: così M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 293; correlativamente l'azione di annullamento è considerata –ancora– la *regina* delle azioni (e anche dopo il Codice): cfr. M. CLARICH, *Le azioni*, cit., p. 1127.

<sup>380</sup> Così M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, p. 735, riprendendo la definizione di Otto Mayer.

<sup>381</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., pp. 306-307; nello stesso senso F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 159.

<sup>382</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., pp. 307-308.

<sup>383</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., p. 438. V. anche *supra*, § 2.1.3.

<sup>384</sup> Cfr. S. GIACCHETTI, *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1488; V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., 490 ss.

<sup>385</sup> Cfr. S. GIACCHETTI, *L'oggetto*, cit., p. 1489; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione*, cit., 254 ss.

<sup>386</sup> Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Le trasformazioni*, cit., p. 514, ma anche F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 134.

della domanda proposta con ricorso<sup>387</sup>; la possibilità di impugnare provvedimenti diversi da quello impugnato in via principale da parte del ricorrente incidentale<sup>388</sup>, provvedimenti infatti che devono essere «correlati con la vicenda sostanziale in contestazione»<sup>389</sup>, o nei confronti di atti che permettano di «neutralizzare o contestare la pretesa del ricorrente»<sup>390</sup>; la tutela cautelare approdata al principio dell'atipicità delle misure cautelari<sup>391</sup>.

Illuminano questa prospettiva, inoltre, la possibilità di proporre condanna al risarcimento del danno causato dall'atto illegittimo<sup>392</sup>, ed il principio (giurisprudenziale) dell'atipicità dell'azione: «[c]on l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo deve ritenersi superato, anche in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44 comma 2 lett. b) n. 4, l. 18 giugno 2009, n. 69, l'orientamento tradizionale che riservava la tutela dell'interesse legittimo al solo processo impugnatorio-annullatorio, essendo ora codificata l'esperibilità di azioni tese ad ottenere pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa»; dunque: «segue da ciò la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto, teso a verificarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati e con salvezza del riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione soccombente, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale azionata»<sup>393</sup>.

Si è realizzato, pertanto, un vero e proprio cambio di prospettiva: la giurisdizione amministrativa non ruota più attorno ai provvedimenti viziati per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere, bensì alle «controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»

---

<sup>387</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, f. 4, pp. 699-700.

<sup>388</sup> Cfr. sul punto V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., 684 ss. Il ricorso incidentale è disciplinato dall'art. 42 c.p.a.

<sup>389</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2002, n. 6259, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 2893.

<sup>390</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 13 dicembre 1999, n. 1853, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 1878.

<sup>391</sup> Art. 55 c.p.a.; cfr. E. FOLLIERI, in F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 360.

<sup>392</sup> Cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 48-49.

<sup>393</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

(art. 7 c.p.a.). Il protagonista del processo amministrativo è divenuta la *posizione soggettiva*, lesa dall'esercizio (o mancato esercizio) del potere della PA<sup>394</sup>; e ciò, sia che si tratti di interesse legittimo, sia che si tratti di diritto soggettivo, situazioni giuridiche ormai perfettamente parificate tra loro, in punto di relativa tutela, dalla Costituzione, dall'opera dottrinale e giurisprudenziale e dal Legislatore.

Occorre, dunque, verificare quali siano, e in cosa consistano, le situazioni giuridiche soggettive<sup>395</sup> rilevanti per il processo amministrativo, che secondo la classica bipartizione<sup>396</sup> sono l'interesse legittimo e il diritto soggettivo.

L'origine delle due posizioni giuridiche va posta in relazione con l'approvazione dell'Allegato E della L.A.C. e con l'interpretazione che venne data alle formule «diritti civili e politici» e «affari non compresi»<sup>397</sup>. La prima indicava una situazione di carattere sostanziale; la seconda scaturiva dalla differenziazione tra interesse semplice e interesse legittimo, figura strumentale considerata mero “pretesto” per far valere l'invalidità dei provvedimenti amministrativi e che solo nel tempo ha acquisito valenza sostanziale<sup>398</sup>. L'interesse legittimo è diventato centrale nel nostro ordinamento di giustizia amministrativa, nonostante la nozione sia fondata su «scelte del legislatore e indirizzi che storicamente [ne] hanno determinato il sorgere e l'affermarsi» e non avrebbe dunque –secondo parte della dottrina– un fondamento di teoria generale<sup>399</sup>. È in ogni caso innegabile il suo valore storico<sup>400</sup>, avendo permesso la soggettivizzazione della giustizia amministrativa<sup>401</sup> e lo sviluppo di un sistema di tutele che risulta, in definitiva, piuttosto avanzato<sup>402</sup>; né da questa figura può prescindersi, data altresì

---

<sup>394</sup> Cfr. R. CAPONIGRO, *Il principio*, cit., 1707 ss.

<sup>395</sup> Sulle situazioni giuridiche soggettive cfr. A. ROMANO, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I – Parte generale*, Bologna, 2005, 160 ss. Giannini intende per situazioni giuridiche soggettive «le qualificazioni del modo di essere della volontà di un soggetto, che l'ordinamento giuridico adotta per definire il comportamento nei confronti di altro soggetto» (M.S. GIANNINI, *La giustizia*, cit., 19 ss.). Cfr. anche S. CASSARINO, *Le situazioni*, cit.; G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 173 ss.

<sup>396</sup> Cfr. A. ZITO, in F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 79.

<sup>397</sup> V. *supra*, § 2.1.1.

<sup>398</sup> Cfr. A. ROMANO, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I – Parte generale*, cit., p. 208-209.

<sup>399</sup> Così A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 50. V. anche *supra* § 2.1.2.

<sup>400</sup> Cfr. L. MARUOTTI, *L'interesse legittimo pilastro del sistema democratico*, in F. FRANCIOSI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Profili*, cit., 285 ss.

<sup>401</sup> V. *supra* § 2.2. Non solo: la figura dell'interesse legittimo avrebbe, altresì, contribuito allo sviluppo di importanti diritti nell'ordinamento europeo: cfr. R. CARANTA, *Cultural tradition*, cit., p. 72 e p. 75.

<sup>402</sup> Se non più efficace rispetto altri ordinamenti europei: cfr. S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, p. 75.



l'esplicita previsione costituzionale<sup>403</sup>. Del pari, tuttavia, non possono più giustificarsi forme di tutela meno intense rispetto a quelle del diritto soggettivo<sup>404</sup>, nonostante a un tale approdo si sia giunti solo di recente. L'interesse legittimo, al pari del diritto soggettivo, è un "interesse protetto"; riceve, pertanto, qualificazione di situazione giuridica soggettiva pur non consistendo in un diritto soggettivo<sup>405</sup>.

L'interesse legittimo è concepito, secondo l'impostazione che appare ora prevalente<sup>406</sup>, quale interesse posto a tutela di un effettivo bene della vita; tuttavia, il bene della vita è protetto solamente in modo *strumentale*. Ed è solo nella cifra della modalità di tutela che l'ordinamento offre che si differenzerebbe dal diritto soggettivo. L'interesse legittimo consisterebbe pertanto, secondo la nota definizione di Nigro, in

---

Nello stesso senso si è espresso, nell'intervento tenuto alla presentazione del volume di Franco Gaetano Scoca "Interesse legittimo. Storia e teoria", che si è tenuta presso la SP.I.S.A., Bologna, il 19 febbraio 2018, Giuseppe Morbidelli, sottolineando come attraverso la costruzione dell'interesse legittimo la cultura giuridica non si sia *rassegnata* al potere amministrativo, contrapponendo così tali approdi alla nota espressione di Mancini («ch'ei si rassegni»). Cfr. però F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., p. 144.

<sup>403</sup> In cui è riconosciuto al pari del diritto soggettivo: cfr. artt. 24, 103, 113 Cost. Cfr. R. CARANTA, *Cultural tradition*, cit., p. 73; L. MAZZAROLLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., pp. 465-466.

<sup>404</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 53.

<sup>405</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., 399 ss.

<sup>406</sup> Le prime tesi (Meucci, Ranalletti), cui va attribuita la "scoperta" dell'interesse legittimo, indicano che l'interesse legittimo consiste in un *interesse occasionalmente protetto*: una situazione cioè tutelata solo *accidentalmente* e nella misura in cui è tutelato l'interesse pubblico. L'impostazione di Ranalletti, che elaborò nel corso degli anni una teoria che abbracciava tanto la figura dell'interesse occasionalmente protetto, quanto quella del *diritto affievolito*, fu quella che prevalse tra la gran parte della dottrina, pur se con le dovute differenziazioni. Il superamento di tale concezione avviene sulla scorta dell'opinione di Guicciardi, che afferma la necessità di riconoscere pienamente detti interessi quali meritevoli di tutela: nell'ordinamento giuridico vi possono essere solo interessi riconosciuti e tutelati; altrimenti, si tratta di interessi semplici, di mero fatto. Si sviluppano, da una parte, le tesi che lo configurano solamente in relazione all'adozione di un provvedimento amministrativo. A queste sono collegate le tesi che lo intendono quale *interesse meramente di tipo processuale* (Guicciardi), ovvero quale potere di reazione al provvedimento al fine di azionare una pretesa processuale o più semplicemente ad annullare il provvedimento –che nasce dunque solo con la sua emanazione– ne riconoscono però anche una valenza sostanziale, e dunque un rilievo anche extraprocessuale (Berti, Alb. Romano, Piras).

Ma l'insoddisfazione per queste tesi sta nel fatto che non possono così venire spiegati e giustificati tutti quei poteri e facoltà dei privati volti a influire sull'esercizio stesso del potere amministrativo, in particolare nella fase procedimentale. Dall'altra parte, vengono elaborate quelle teorie volte a valorizzare proprio tali aspetti e a collocare l'interesse legittimo tra le situazioni giuridiche soggettive. In primo luogo sono state avanzate le tesi che lo configurano quale interesse solo di tipo strumentale, alla legittimità del comportamento dell'amministrazione, e che è riferito a un determinato soggetto sulla base di un interesse materiale (Casetta) ovvero di un diritto soggettivo (Cannada Bartoli). La strumentalità dell'interesse risiede nel fatto che la protezione non è assicurata al bene della vita, bensì appunto alla *legittimità dell'azione amministrativa*, dunque si configura quale interesse alla legittimità del comportamento della PA (Caianiello), ovvero –secondo un'altra impostazione– al provvedimento (o alla mancanza del provvedimento; Scoca). Si approda, così, all'attuale nozione. Cfr. diffusamente F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., *passim*.

una *situazione di vantaggio* per un soggetto in ordine a un bene della vita oggetto di potere amministrativo, e che consta dell'attribuzione allo stesso soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere amministrativo: un carattere, dunque, che è mediato ed eventuale. Il bene della vita, in definitiva, potrebbe anche risultare *fisiologicamente insoddisfatto*<sup>407</sup>.

Questa è l'opinione ribadita e precisata da Scoca, che ne declina il carattere strumentale –rispetto al raggiungimento del bene della vita<sup>408</sup>– ponendo la teoria a confronto con quella cd. *finale* di –tra gli altri– Greco<sup>409</sup>. Per il primo tutti i partecipanti ad una gara pubblica sono titolari di un interesse legittimo, e lo stesso dunque risulta esistente anche qualora non sia stata vinta la gara e il bene della vita non sia stato soddisfatto; per il secondo invece l'interesse legittimo resta in capo al solo vincitore. In tale secondo caso, l'interesse legittimo si configura quale fattispecie “a formazione progressiva”, ciò che giustifica i poteri attribuiti al soggetto nel procedimento amministrativo<sup>410</sup>. Secondo l'impostazione strumentale, invece, ai poteri procedurali corrispondono vere e proprie situazioni giuridiche soggettive (interessi legittimi)<sup>411</sup>. La differenza tra le due teorie, tuttavia, sembra solo di carattere descrittivo, poiché la tutela che offre la teoria strumentale non è certo di diversa intensità; entrambi gli Autori, del resto, concordano nel ritenere “astrattamente ammissibili” entrambe le teorie; ma su questo non concorda invece Villata che rifiuta la costruzione di Greco aderendo al pensiero di Scoca e Nigro<sup>412</sup>.

Va sottolineato un altro aspetto. La teoria di Nigro –cd. *normativa*– è basata sul presupposto per cui la cura di un interesse pubblico affidata alla PA consiste in una valutazione comparativa di diversi interessi che di volta in volta vengono in rilievo, sia

---

<sup>407</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., 125 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, pp. 21-22.

<sup>408</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo*, cit., 410 ss.

<sup>409</sup> Cfr. G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, f. 3, 479 ss. nonché G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2014, f. 4, 585 ss. Cfr. anche E. PICOZZA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, pp. 38-39, sostenitore della teoria finale.

<sup>410</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., 414 ss.

<sup>411</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., p. 415.

<sup>412</sup> Cfr. R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, f. 2, 360 ss. Similmente, tra gli altri, Trimarchi Banfi: F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della “vicinitas”*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, f. 3, 771 ss.

pubblici (primari o secondari), che privati. È la stessa *norma giuridica*, cioè, che considera la consistenza degli interessi –anche privati– coinvolti, ciò trovando anche conferma nel catalogo dei poteri attribuiti ai cittadini nel corso del procedimento amministrativo. In definitiva, l’interesse legittimo è connotato in senso sostanziale e consiste in un *interesse* al bene della vita direttamente protetto dall’ordinamento; la sua cura, tuttavia, è affidata all’intervento –più o meno vincolato, e che si atteggia in maniera diversa a seconda del caso di specie– del potere amministrativo: ed è solo questa la caratteristica che lo distingue, in ultima analisi, dal diritto soggettivo.

Il soddisfacimento della posizione soggettiva, in ogni caso, non può essere incompleto. Gli strumenti della giustizia amministrativa e, prima, del procedimento amministrativo) assicurano –o meglio, dovrebbero assicurare– una soddisfazione completa della pretesa sostanziale. Anche l’interesse legittimo, al pari del diritto soggettivo, pretende perciò una soddisfazione piena. Ed in effetti la giustizia amministrativa –nella sua lunga evoluzione– ha «ridotto, se non del tutto abbattuto, il divario tra diritto soggettivo ed interesse legittimo»<sup>413</sup>.

Ed è su questo piano che la linea di distinzione tra le due situazioni giuridiche soggettive sfuma, sino –secondo autorevole dottrina– a divenire *sottile, esangue e asfittica*<sup>414</sup>: «è difficile, in questo contesto, continuare a giustificare la differenza sostanziale tra diritto soggettivo e interesse legittimo. [...] Entrambe le figure racchiudono una tutela esaustiva, di “spettanza” del bene della vita. La differenza tra di loro non riguarda più la tutela della “spettanza”, ma il modo di essere della tutela. In altre parole, la tutela (dell’uno e dell’altro) appartiene allo stesso tipo, ma viene erogata in maniera diversa»<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> Così R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, p. 1724. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

<sup>414</sup> Cfr. A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la Legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, f. 3, 616 ss.

<sup>415</sup> Così G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 3, p. 699.

Nigro del resto sottolinea che «è difficilissimo stabilire se, in una concreta situazione, si sia in presenza di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo» (M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 171). Alberto Romano, pur riconoscendo il valore storico e ideologico del criterio di distinzione tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, lo ritiene *oscuro e irrilevante*, ritenendo arbitraria la linea concettuale di distinzione tra le due posizioni giuridiche soggettive (A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria*, cit., 616 ss.).

Per Franco Bassi «non dovrebbe essere difficile nell’ambito del nostro ordinamento statale operare in linea di principio una linea di discriminazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi»: infatti «[p]remesso che in entrambe le ipotesi alla base vi è uno stato di bisogno del singolo soggetto che

Si consideri poi come, da un punto di vista sostanziale, la differenza tra le due figure si attenui ancora nel momento in cui la PA si trova ad esercitare un'attività vincolata; anche quando, cioè, il soddisfacimento dell'interesse legittimo non è correlato all'esercizio di un potere discrezionale della PA. E ciò comporta –pur se non secondo l'opinione di tutti– che «se l'attività è vincolata si deve riconoscere che la legge prevede e quindi garantisce direttamente al cittadino un determinato risultato e, in questo modo, almeno sul piano del diritto sostanziale, la distinzione rispetto alle obbligazioni scompare»<sup>416</sup>.

Del pari, sembra ormai innegabile la natura di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo<sup>417</sup>. Le due situazioni giuridiche soggettive in considerazione – diritto soggettivo e interesse legittimo– differiscono in quanto l'interesse legittimo è *correlato* con il potere pubblico: un soggetto può esserne portatore solo nei confronti della Pubblica Amministrazione, o meglio a fronte dell'esercizio (o mancato esercizio) di un potere pubblico –cioè attribuito a una PA–, e non ne può essere invece portatore nei confronti della generalità dei consociati, caratteristica tipica del diritto soggettivo<sup>418</sup>. Il titolare dell'interesse legittimo è cioè portatore di una serie di facoltà che influiscono sull'esercizio del potere amministrativo a vantaggio del bene della vita cui aspira<sup>419</sup>. Diritto soggettivo e interesse legittimo, pertanto, sono entrambe figure *soggettive e individuali*, che delineano entrambe situazioni meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

#### 2.4 (segue) I diritti pubblici soggettivi (subjektiven öffentlichen Rechte)

---

reclama soddisfazione e che l'ordinamento statale reputa trattarsi di esigenze meritevoli di tutela, riteniamo che si sia in presenza di un diritto soggettivo allorquando dall'esame della legislazione vigente emerga la sussistenza di una norma giuridica la cui attuazione tenda in modo diretto e precipuo alla tutela di un dato interesse e quindi al soddisfacimento del bisogno di cui il primo è espressione. Viceversa l'interesse legittimo sarà ipotizzabile allorquando la situazione di bisogno non riceva tutela ad hoc, ma possa ottenere soddisfacimento solamente in modo indiretto attraverso un esercizio pienamente legittimo del potere amministrativo». Certo è che, tuttavia, «altro è enunciare un criterio generale ed altro è attuarlo in concreto. Le difficoltà del caso singolo potranno rendere molto spesso arduo e talora addirittura impossibile pervenire a conclusioni sicure»: così F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, f. 2, p. 196.

<sup>416</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 51.

Per parte della dottrina (Capaccioli, Orsi Battaglini), tuttavia, non è configurabile un interesse legittimo a fronte dell'esercizio di attività vincolata da parte della PA: cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse*, cit., p. 435.

<sup>417</sup> Cfr. A. ZITO, in F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 80; M. CLARICH, *Manuale*, cit., 133 ss.

<sup>418</sup> Cfr. L. MAZZAROLLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I – Parte generale*, cit., p. 928.

<sup>419</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 133.

Appare utile riprendere alcune linee di comparazione con il sistema tedesco, a noi vicino in quanto abbraccia una concezione marcatamente soggettiva del processo amministrativo<sup>420</sup>. Verrà messo in luce, inoltre, come anche in questo ordinamento la nozione della situazione giuridica soggettiva fondamentale sia profondamente mutata nel tempo. Il presente paragrafo costituirà, inoltre, utile premessa di inquadramento del sistema tedesco, che verrà sviluppato *infra* in relazione al dibattito sugli interessi ambientali<sup>421</sup>.

Nell'ordinamento tedesco la tutela della posizione giuridica soggettiva è centrale: la salvaguardia della "legalità oggettiva" è effetto solo secondario<sup>422</sup> rispetto, cioè, allo scopo di tutela della posizione del singolo, individuata nel diritto pubblico soggettivo (*subjektives öffentliches Recht*).

La teoria del *subjektives öffentliches Recht*, derivata dal diritto civile<sup>423</sup>, è stata riordinata grazie al fondamentale apporto di Jellinek<sup>424</sup>, per il quale i diritti pubblici soggettivi consistono essenzialmente nella *potestà giuridica di volere rivolta ad un interesse* che si esercita nei confronti di terzi. Il diritto, astratto e potenziale, si concretizza ed attualizza nella pretesa giuridica (*Anspruch*)<sup>425</sup>. La distinzione tra diritti *privati* soggettivi e diritti *pubblici* soggettivi viene individuata nella distinzione tra *licere (dürfen)* e *posse (können)*, dove il primo indica le facoltà che un individuo possiede "naturalmente" e il secondo ciò che è permesso dalle norme dello Stato<sup>426</sup>. Nel diritto privato, il diritto soggettivo concerne facoltà naturali, cioè che esistono di fatto; nel diritto pubblico il diritto corrisponde invece alla facoltà di azionare norme giuridiche nell'interesse individuale, al fine di ottenerne riconoscimento o protezione giuridica: il diritto pubblico soggettivo consiste cioè nell'ampliamento della libertà umana e il suo

---

<sup>420</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Conclusioni*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia*, cit., p. 227, che sottolinea come la comparazione sia proficua perché permette agli ordinamenti giuridici di imparare gli uni dagli altri con riflessi che non sono solo "meramente" scientifici.

<sup>421</sup> V. *infra*, § 4.5.

<sup>422</sup> La dottrina tedesca parla di *Nebeneffekt*: cfr. M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., p. 195.

<sup>423</sup> Cfr. I. KRAFT, *Die Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts nach deutschem Recht*, in W. KLUTH, K. RENNERT (a cura di), *Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht*, Halle, 2008, p. 13.

<sup>424</sup> Cfr. E. CASETTA, *Diritti pubblici subbietivi* (voce), in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 791-792; G. RUGGE, *L'uropeizzazione del diritto pubblico tedesco: l'accesso alla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, f. 3-4, p. 596.

<sup>425</sup> Cfr. G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, 1912, pp. 60-61.

<sup>426</sup> Cfr. G. JELLINEK, *System*, cit., 61 ss.

esercizio è esplicazione di attività soltanto giuridica<sup>427</sup>. Il diritto pubblico soggettivo, pertanto, proviene dallo Stato ed è attribuito da questo<sup>428</sup> ai cittadini, non più considerati sudditi perché titolari di piena personalità giuridica, seppur sempre nel quadro della teoria dell'autolimitazione dello Stato<sup>429</sup>. La teoria costituisce in definitiva un *tentativo riuscito* di bilanciamento tra sovranità statale e priorità dei diritti, tuttavia ormai non più soddisfacente<sup>430</sup>.

Infatti, la teoria ha perso di interesse alla luce delle critiche che hanno sottolineato come «al diritto soggettivo non si addic[a] la distinzione fra pubblico e privato»<sup>431</sup> in quanto le situazioni soggettive sono le medesime in tutte le partizioni della normazione positiva, variando solamente la misura con cui ciascuna partizione le impiega: il diritto soggettivo non possiede peculiarità nel campo del diritto pubblico<sup>432</sup>. Inoltre, eventi storici del '900 (in particolare i totalitarismi e la seconda Guerra mondiale) hanno riportato al centro il primato della persona e la tutela dei diritti fondamentali, proclamati dalle Costituzioni del secondo dopoguerra come garanzie a limitazione del potere statale ma comunque da questo protetti<sup>433</sup>.

La teoria perciò *inesorabilmente declina* in favore del modello dei diritti fondamentali<sup>434</sup>. Ciononostante, essa è stata –storicamente– motore dello sviluppo, in Germania, dei tribunali amministrativi, competenti a tutelare i diritti pubblici soggettivi<sup>435</sup>. Ed infatti, il sistema tedesco di diritto pubblico accoglie tuttora la nozione di diritto pubblico soggettivo. La sua concezione si è in effetti modificata e sviluppata nel tempo ed attualmente la teoria più accreditata è la cd. *Kombinationstheorie*, per la quale si è in presenza di un diritto pubblico soggettivo nel momento in cui una norma giuridica ha come *scopo* la protezione dell'interesse di un soggetto e la stessa conferisce

---

<sup>427</sup> Cfr. S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897, p. 126.

<sup>428</sup> Cfr. A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. 7, Torino, 2017, p. 266.

<sup>429</sup> Cfr. G. STELLA, *Sovranità e diritti*, Torino, 2013, 59 ss.

<sup>430</sup> Cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, pp. 14-15.

<sup>431</sup> Così E. CASETTA, *Diritti*, cit., p. 796; cfr. anche A. CELOTTO, *Diritti*, cit., p. 277.

<sup>432</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, p. 69.

<sup>433</sup> Cfr. A. CELOTTO, *Diritti*, cit., p. 267.

<sup>434</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 334 ss. Per quest'Autore la teoria dei diritti pubblici soggettivi è essenzialmente ancorata a idee antilibertarie, se non proprio autoritarie (cfr. p. XI). Cfr. anche A. BARBERA, *Art. 2* (voce), in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna-Roma, 1975, 62 ss.

<sup>435</sup> Cfr. G. RUGGE, *L'uropeizzazione*, cit., p. 597.

a quest'ultimo un potere di diritto o volontà (*Rechts- oder Willensmacht*) volto a far valere questo interesse<sup>436</sup>. L'individuazione del *subjektives öffentliches Recht* è dunque affidata all'interpretazione della legge. Il diritto pubblico tutela l'interesse pubblico, ma non esclude che anche posizioni individuali non debbano risultare rilevanti per l'ordinamento, quando si allineino con l'interesse pubblico<sup>437</sup>. È dunque configurabile un diritto pubblico soggettivo qualora una norma giuridica sia stata emanata non solo nell'interesse pubblico, bensì anche a tutela dell'interesse privato, interesse privato che deve risultare protetto direttamente dalla norma. La nozione indica, in definitiva, la titolarità di un potere giuridico del singolo volto ad ottenere un determinato comportamento da parte dello Stato, comportamento che persegua (anche) il suo interesse individuale<sup>438</sup>.

Questa impostazione, dunque, rispecchia quella prospettiva che concepisce il cittadino, nei suoi rapporti con lo Stato, non quale semplice destinatario passivo di norme ed azioni, ma quale soggetto attivo titolare di diritti: prospettiva espressione dell'art. 1 del *Grundgesetz*, che sancisce l'invulnerabilità della dignità dell'uomo e il riconoscimento dei diritti umani inviolabili e fondamentali, cui i poteri dello Stato sono vincolati<sup>439</sup>. Prospettiva, del resto, che appartiene in genere agli ordinamenti costituzionali occidentali, compreso quello italiano che esprime il principio personalista (art. 2 Cost.)<sup>440</sup>.

## 2.5 *Considerazioni di sintesi e di prospettiva: le costanti trasformazioni del diritto e la continua emersione di nuove esigenze di tutela*

In definitiva, l'analisi condotta in questo capitolo mette in luce come l'evoluzione della giustizia amministrativa dimostri che al perseguimento dell'obiettivo dell'effettività della tutela non è più di ostacolo il principio di separazione dei poteri<sup>441</sup>

---

<sup>436</sup> Cfr. W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, Heidelberg, 2017, § 496.

<sup>437</sup> I. KRAFT, *Die Konzeption*, cit., p. 14.

<sup>438</sup> Cfr. K.F. GÄRDITZ, *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen*, Köln, 2013, p. 214; M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., pp. 196-197; G. RUGGE, *L'uropeizzazione*, cit., p. 596.

<sup>439</sup> Cfr. W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., § 496.

<sup>440</sup> Cfr. E. ROSSI, *Art. 2* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 42.

<sup>441</sup> V. *supra*, § 2.1.1.

né il riparto di giurisdizione<sup>442</sup>, e non lo è nemmeno la consistenza giuridica della situazione giuridica tutelata<sup>443</sup>.

In un'ottica evolutiva va quindi messo in luce come siano i cambiamenti sociali, economici e politici, sulla base di esperienze culturali e storiche, che fanno nascere i bisogni dei consociati, destinati ancora a modificarsi con il tempo. Bisogni che nascono dalla società, e che entrano perciò nel mondo del diritto non solo nell'interesse dei singoli, bensì anche nell'interesse di tutti i consociati<sup>444</sup>, in un contesto sempre in movimento e caratterizzato dalla *fluidità* dei corpi sociali e istituzionali<sup>445</sup>.

L'attuale contesto socio-economico globale<sup>446</sup> –che non può essere pretermesso– ridisegna, continuamente, l'assetto della realtà e dell'ordinamento giuridico<sup>447</sup>. La globalizzazione, in particolare, ha messo in crisi il modello statale quale produttore esclusivo della norma giuridica<sup>448</sup>. Questi fenomeni, in uno con una forte integrazione europea, risultano forieri di un *più sfumato concetto di soggettività*, in quanto proiettato alla tutela di comuni ed emergenti valori, tra cui l'ambiente e la concorrenza<sup>449</sup>.

Individuando simili accadimenti, e pur in un'ottica diversa, Alberto Romano suggeriva il superamento dell'inquadramento dell'interesse legittimo tra le situazioni giuridiche soggettive, proponendo che «anche tutti gli altri interessi che parimenti paiano meritevoli della stessa tutela, nel processo amministrativo possano trovarli, pur se sostanzialmente protetti come situazione soggettiva non possano dirsi»<sup>450</sup>. Ora, è la stessa nozione di interesse legittimo che richiede un allineamento tra interesse pubblico e privato, affinché il bene della vita possa trovare piena soddisfazione<sup>451</sup>.

---

<sup>442</sup> V. *supra*, § 2.2.

<sup>443</sup> Cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000, p. 20. V. anche *supra*, § 2.3.

<sup>444</sup> Cfr. F. BASSI, *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 1994, f. 1, pp. 107-108.

<sup>445</sup> Cfr. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2017*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, f. 2, p. 147.

<sup>446</sup> Cfr. G. ROMEO, *La giustizia*, cit., 281 ss.

<sup>447</sup> Cfr. A. PAJNO, *Trasformazioni della Giustizia Amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017.

<sup>448</sup> Cfr. P. LICCARDO, *Identità e contingenza del processo civile telematico*, in S. ZAN (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia. L'evoluzione del processo civile telematico*, Bologna, 2005, 31 ss. Cfr., sullo “spazio giuridico globale”, L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018.

<sup>449</sup> Cfr. M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., pp. 316-317.

<sup>450</sup> Così A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pp. 311-312.

<sup>451</sup> Nonchè, similmente, quella di *subjektives öffentlich Recht*; cfr. R. CARANTA, *Cultural tradition*, cit., p. 74.



Più che di situazioni giuridiche soggettive, dunque, potrebbe parlarsi, nel processo amministrativo, di *situazioni meritevoli di tutela* –ovvero ancora di *situazioni soggettive fondamentali*<sup>452</sup>–, che l’ordinamento, di volta in volta, individua, «ravvisando cioè più ampie cerchie di interessi protetti da norme sostanziali, specie in relazione con gli sviluppi politici e culturali più significativi del nostro tempo, e dunque tutelabili per questa ragione nel processo amministrativo nei confronti di atti che quelle norme di protezione violassero»<sup>453</sup>. Volendo invece restare nel solco della valorizzazione della categoria dell’interesse legittimo, appare in definitiva necessario ampliarne la latitudine, ricomprendendo al suo interno ogni *situazione (giuridica) meritevole di tutela* –correlata a un potere pubblico– che l’ordinamento (nazionale o europeo) ritenga tale<sup>454</sup>.

Al centro, dunque, vi è la situazione (giuridica) meritevole di tutela, che emerge da una realtà sociale in continuo movimento, corpo particolarmente dinamico che necessita perciò di chiavi di lettura adatte a leggerne i cambiamenti<sup>455</sup>. Situazioni che, conseguentemente, sono in *perenne trasformazione*, in uno con il potere pubblico, e rispetto a queste lo strumento processuale deve essere in grado di adattarsi.

Evoluzione che trova, altresì, conferma in quegli eventi di *pluralizzazione* dell’amministrazione<sup>456</sup>, ovvero della trasformazione dell’Amministrazione da “soggetto totale” a “soggetto parziale”<sup>457</sup>, che necessita sempre più del contributo di diversi attori per la definizione stessa dell’interesse pubblico che, nel procedimento, richiede la composizione di *diversi* interessi pubblici, posti in capo a diverse autorità, nonché di interessi privati, in rapporto variabile tra loro<sup>458</sup>.

---

<sup>452</sup> Espressione utilizzata da Pajno: cfr. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2017*, cit., p. 149.

<sup>453</sup> Così A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 319.

<sup>454</sup> Cfr. anche M. NIGRO, *Giustizia*, cit., 133 ss. e spec. p. 137. In senso critico L. MAZZAROLLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., 478 ss.

<sup>455</sup> Cfr. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2017*, cit., p. 148, con richiami al pensiero di Sabino Cassese, di cui cfr. S. CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, f. 2, 176 ss.

<sup>456</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 307; A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2017*, cit., pp. 147-148.

<sup>457</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (voce), *Agg. II*, in *Enc. Dir.*, 1998, p. 969 e nt. 3.

<sup>458</sup> Diffusamente sul punto F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 1999, 1261 ss. Cfr. di recente A. CIOFFI, *Interesse generale e legittimazione oggettiva*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili*, cit., p. 292, che suggerisce di mantenere una distinzione tra interesse pubblico, riferibile alle PA, e interesse generale, espressione di un’esigenza universale: «[s]e si accoglie la distinzione tra interessi, forse il dibattito si semplifica, perché non si tratta di una metamorfosi della giurisdizione, ma si tratta di distinguere tra interesse generale e

Appare dunque opportuno considerare tutte le *situazioni giuridiche meritevoli di tutela*, categoria nella quale cioè confluiscono gli interessi legittimi, i diritti soggettivi ed ogni altra ed eventuale nuova situazione soggettiva di cui la costante evoluzione dell'ordinamento richiede tutela.

In tal modo si può permettere la centrale finalità di tutela del cittadino e delle emergenti posizioni sostanziali<sup>459</sup>, finalità costantemente perseguita dalla giustizia amministrativa. La situazione giuridica tutelata è altresì *soggettiva*, seppur in taluni casi nel senso di cui si è appreso dato conto, quando cioè l'interesse tutelato tende ad allinearsi con gli interessi della generalità dei consociati. Trattasi di interesse, in ogni caso, che di volta in volta è riferibile a un determinato soggetto, trovando così una forma di tutela tramite una sua "soggettivizzazione".

Un tale approdo non comprometterebbe, pertanto, il carattere soggettivo del processo amministrativo<sup>460</sup>, anzi. Si tratterà, piuttosto, di tracciare le linee di evoluzione, nello stesso senso, della legittimazione al ricorso e della sistematica delle condizioni generali dell'azione nel processo amministrativo<sup>461</sup>.

La validità di tale ricostruzione sembra trovare ulteriore conferma nell'evoluzione, nell'ambito civilistico, dell'area della risarcibilità del danno ingiusto, in cui dalla lesione del diritto assoluto, e passando per la lesione del diritto soggettivo, si è giunti a riconoscere l'ingiustizia del danno anche in relazione alla lesione di interessi non protetti quali diritti soggettivi<sup>462</sup>. La garanzia costituzionale della tutela di interessi legittimi e di diritti soggettivi non significa, cioè, che anche "altri" interessi non possano e non debbano essere tutelati; si tratta, come si è già detto, di una garanzia solo minima<sup>463</sup>. La giurisprudenza del giudice ordinario ha già affermato e confermato la possibilità di accedere alla giurisdizione per la protezione di interessi giuridicamente rilevanti, anche se diversi dai diritti soggettivi e dagli interessi legittimi; lo stesso,

---

interesse pubblico dell'amministrazione. Semplicemente, l'interesse generale è azionabile solo in presenza d'una norma apposita, perché esprime la volontà della legge e un'esigenza universale, mentre l'interesse pubblico specifico è azionabile a scelta dell'amministrazione, perché esprime una sua esigenza, ed è già attribuito ad essa, insito com'è nel potere amministrativo, in particolari sue materie».

<sup>459</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *Art. 1*, cit., p. 4.

<sup>460</sup> A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 316.

<sup>461</sup> Sistematica ancora assente: cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 194; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 4 nt. 2.

<sup>462</sup> Cfr. F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. Impr.*, 1985, f. 1, 1 ss.; F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. Impr.*, 2008, f. 1, 73 ss.

<sup>463</sup> V. *supra*, § 2.2.

pertanto, dovrebbe essere garantito anche nel processo amministrativo. E questo tanto più in relazione alle necessità derivanti dall'ordinamento europeo, che in ottica rimediabile e non basata sul previo riconoscimento di situazione giuridiche soggettive, impone comunque la tutela di determinati valori e situazioni giuridiche, le quali devono dunque essere individuate dall'interprete italiano<sup>464</sup>.

È infatti attraverso l'opera fondamentale della giurisprudenza, le spinte del legislatore e le linee riordinatrici della dottrina che può continuare l'evoluzione e l'adattamento del diritto ai cambiamenti sociali. Sono, in definitiva, i *rimedi* che –in continuità storica con l'evoluzione del sistema di tutele (si veda proprio il caso dell'interesse legittimo<sup>465</sup>)– hanno delineato (come tuttora accade) le posizioni giuridiche meritevoli di tutela<sup>466</sup>. Il processo, in questo senso, esprimerebbe (anche) una sua *funzione sociale*, in cui emergono e si scontrano le istanze che nascono nella società<sup>467</sup>.

Del resto questa esigenza sembra riflettere, in una più ampia ottica di interpretazione e dogmatica giuridica, un approccio dottrinale che dovrebbe sollecitare «un confronto costante del sistema giuridico col suo ambiente rappresentato dalla società umana, dai bisogni e dalle valutazioni che in essa storicamente si esprimono»<sup>468</sup>; si rende necessario, cioè, adottare un criterio metodologico –o dogmatico<sup>469</sup>– che

---

<sup>464</sup> Cfr. C. CACCIAVILLANI, *La giurisdizione amministrativa*, in B. SASSANI, R. VILLATA, C. BENETAZZO (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 130-131.

<sup>465</sup> V. *supra*, § 2.3.

<sup>466</sup> Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia*, cit., p. 140.

<sup>467</sup> Per questa prospettiva riferita al processo civile cfr. A. CARRATTA, *La «funzione sociale»*, cit., pp. 613-614.

<sup>468</sup> Cfr. L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 85.

<sup>469</sup> L'utilità dell'uso di un criterio dogmatico è condivisa in particolare da De Pretis che, nel recensire l'opera di Schmidt-Aßmann (E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, 2013, nella quale l'Autore propone una “nuova dogmatica” per il diritto pubblico) ne sottolinea la virtuosa prospettiva sistematica e funzionalistica. Ed infatti «[l]a destrutturazione dei sistemi giuridici, la loro rapidissima mutevolezza, l'apertura reciproca e la complessità spesso disordinata che ne deriva, rendono oggi ancora più prezioso l'impiego di una tecnica rigorosa di strutturazione e razionalizzazione del dato giuridico. Tanto più preziosa in quanto non sia più chiusa in sé stessa, ma aperta a includere, oltre lo specifico giuridico, dati di altre scienze, elastica nella definizione del suo oggetto e proiettata a obiettivi di sempre maggiore concretezza ed effettività» (così D. DE PRETIS, *Una dogmatica «riformata» del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, f. 1, p. 16; si cfr. anche gli altri contributi di De Lucia, Merusi, Cassese, del *Simposio: a proposito di «Verwaltungsrechtliche Dogmatik» di Eberhard Schmidt-Assmann*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, f. 1, 1 ss.)

permetta di «assicurare una “rezezione controllata” delle valutazioni sociali nell’ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche»<sup>470</sup>.

Da una parte, dunque, in perfetta continuità storica con l’evoluzione del processo amministrativo, vanno tenute presente queste emergenti esigenze; e dall’altra, considerando le regole del modello processuale di riferimento, verranno tracciate, nel prossimo capitolo, i tratti delle condizioni dell’azione ed avanzata una proposta, che permetta di assicurare tali tutele.

---

<sup>470</sup> Cfr. L. MENGONI, *Interpretazione*, cit., p. 87. Mengoni, in tale saggio, esprime la necessità del superamento della “vecchia” dogmatica pandettistica, chiusa ai valori metalegislativi e postulante un’indipendenza assoluta della norma dal caso concreto, in favore di un approccio ermeneutico e dogmatico che valorizzi la stretta connessione della norma con la realtà sociale. Con riguardo all’approccio ermeneutico chiarisce che «[l]a norma giuridica è sempre bisognosa di interpretazione dovendo essere applicata a un caso concreto, e dunque in funzione di un interesse pratico, non semplicemente di un interesse di conoscenza: sta qui la ragione della falsità del brocardo *in claris non fit interpretatio*, formulato come regola ermeneutica» (p. 83). Tracciando poi il ruolo della dogmatica afferma che «[d]ogmatizzare un principio giuridico o un concetto o un modello di decisione vuol dire metterlo fuori discussione, stabilizzarlo in vista di un vincolo autoritativo di applicazione a casi futuri, dopo che su di esso si è formato, attraverso la prassi, un accordo intersoggettivo che ne assicura la razionalità. Certo si tratta di una stabilizzazione relativa, soggetta alla temporalità, condizionata dall’evoluzione della realtà sociale e della sensibilità ai valori che in essa si riflette». Pertanto «l’interazione tra ermeneutica e dogmatica giuridica, tra pensiero problematico e pensiero sistematico, corrisponde alla “dialettica del tempo breve e del tempo lungo”» (pp. 88-89).

## CAPITOLO 3 – PROPOSTA PER UNA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DELLE CONDIZIONI GENERALI DELL’AZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

*3.1 La carenza di una sistematica delle condizioni dell’azione – 3.1.1 La legittimazione ad agire nell’attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale – 3.1.2 L’interesse ad agire nell’attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale – 3.2 Una proposta per una ricostruzione sistematica, che tenga conto dei convergenti approdi del modello processuale civile e dell’evoluzione del processo amministrativo*

### *3.1 La carenza di una sistematica delle condizioni dell’azione*

L’azione processuale (Capitolo 1) è dunque il mezzo attraverso il quale è possibile introdurre la tutela delle diverse situazioni giuridiche soggettive rilevanti per la giurisdizione amministrativa (Capitolo 2). È dunque opportuno, a questo punto, verificare che le sue condizioni siano conformi al modello processuale di riferimento nonché adeguate allo scopo.

A ben vedere gli approdi del dibattito sul concetto di azione non hanno, però, inciso sulle regole del processo amministrativo, né si è sviluppato, nella dottrina, un dibattito sull’azione nel processo amministrativo<sup>471</sup>.

Preliminarmente, va specificato che in questo campo parlare di *diritto al ricorso* (giurisdizionale amministrativo) o di (diritto di) azione è congruente<sup>472</sup>, essendo il ricorso l’unico mezzo esperibile di fronte al giudice amministrativo (atto privo di *vocatio in ius*<sup>473</sup>); ma può (e deve) parlarsi anche di *azione* costituendo, il ricorso, l’equivalente della domanda nel processo civile. Le condizioni dell’azione, nel processo amministrativo, sono conseguentemente indicate anche come legittimazione a ricorrere o interesse a ricorrere.

---

<sup>471</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., 104 ss.; sembrano isolati, oltre a questo, i lavori di Piraino e Ribolzi (S. PIRAINO, *L’azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981; C. RIBOLZI, *L’azione*, cit., 1955).

<sup>472</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., 547 ss.; C. RIBOLZI, *L’azione*, cit., p. 83.

<sup>473</sup> Questo da una parte è dovuto alle note ragioni storiche per cui il processo amministrativo è stato esclusivamente impugnatorio di un provvedimento amministrativo; dall’altra dev’essere ormai considerata una differenza solo formale: il processo amministrativo non è più mera reazione a un provvedimento lesivo ma domanda di riconoscimento di fondatezza di una pretesa sostanziale: cfr. P. MALANETTO, *Fase introduttiva del giudizio di primo grado*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo*, cit., pp. 263-264.

Per una prima verifica e una valutazione dello stato attuale del diritto vivente sulle condizioni dell'azione nel processo amministrativo, basti confrontarsi con alcune recenti massime del Consiglio di Stato.

L'Adunanza Plenaria, nella sentenza che al momento sarebbe la più accreditata con riguardo alla ricostruzione delle condizioni dell'azione (sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, che riprende principi della sentenza della stessa AP, 7 aprile 2011, n. 4), afferma che

«l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta –sulla falsariga del processo civile– a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla *causa petendi* della domanda e non *secundum eventum litis*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione –cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo–; II) l'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la *legitimatio ad causam* (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo)».

Se a una rapida lettura sembrerebbe che le categorie processuali siano ben delineate in questa massima, a ben vedere, non sono chiaramente tracciati i caratteri della condizione *sub I*): in particolare, non risulta chiaro se la situazione giuridica soggettiva debba sussistere effettivamente o meno, ai fini della titolarità dell'azione. Emerge, dalla lettura della sentenza, che tale condizione corrisponderebbe alla “legittimazione al ricorso”, consistente nella titolarità di una posizione giuridica sostanziale<sup>474</sup>.

Conclusione che è confermata anche da altre pronunce. La VI Sezione, nella sentenza n. 5065/2012 afferma che:

«[i]l processo amministrativo, che viene attivato su impulso di parte, richiede la presenza di una posizione legittimante in rapporto alla procedura contestata, nonché di un interesse

---

<sup>474</sup> Cfr. punto in diritto 8.3.4.

concreto ed attuale, che deve persistere fino al termine del giudizio. In base ai principi generalmente affermati in materia, l'azione di annullamento innanzi al giudice amministrativo è subordinata alla sussistenza di tre condizioni: a) la titolarità di una posizione giuridica, in astratto configurabile come interesse legittimo, inteso come posizione qualificata –di tipo oppositivo o pretensivo– che distingue il soggetto dal *quisque de populo* in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa; b) l'interesse ad agire, ovvero la concreta ed attuale possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 cod. proc. civ.; c) la legittimazione attiva o passiva (c.d. *legitimatio ad causam*) di chi agisce o resiste in giudizio, in quanto titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo»<sup>475</sup>. Non sembra esserci traccia, nemmeno in questa pronuncia, della possibilità giuridica: qui si considera la “titolarità effettiva di una situazione giuridica sostanziale” una condizione dell'azione –che appare peraltro, corrispondente alla *legitimatio ad causam* come intesa dallo stesso giudice. Tuttavia, in altra occasione, il Consiglio di Stato ha definito il *titolo o possibilità giuridica dell'azione* «la posizione giuridica configurata in astratto da una norma come di interesse legittimo, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo»<sup>476</sup>;

affermazione che sembrerebbe far intendere che anche nella massima prima citata il giudice intendesse in realtà la possibilità giuridica –a riconferma, si veda la massima dell'AP n. 9/2014–. Ci si limita, al momento, a sottolineare la marcata commistione tra diversi concetti, e addirittura –a quanto appare– tra *titolo* e *titolarità* di una posizione sostanziale. Proseguendo le annotazioni alla pronuncia n. 5065/2015, si rimarca come la legittimazione ad agire sia intesa come effettiva titolarità del rapporto giuridico controverso –a differenza di quanto accade nel processo civile. Si segnala, inoltre, la particolare rilevanza assegnata all'interesse ad agire, che tuttavia non appare predicato in termini di assertività.

Ma la giurisprudenza prende le direzioni più varie. Si legge ancora, nella giurisprudenza più recente, che

---

<sup>475</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5065.

<sup>476</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 30 ottobre 2010, n. 8365; ma v. anche l'ultima massima che si commenta poco *infra*.

«la legittimazione a proporre il ricorso va valutata in relazione alla posizione “afferzata”, mentre costituisce disamina di merito il vaglio sulla effettiva sussistenza del detto interesse; è stato infatti condivisibilmente affermato in giurisprudenza che la legittimazione all’azione nel processo amministrativo si fonda sulla titolarità dell’interesse sostanziale dedotto in giudizio e che si assume lesa, sorgendo il diritto al ricorso in conseguenza della lesione attuale di un interesse sostanziale e tendendo ad un provvedimento del giudice idoneo, se favorevole, a rimuovere tale lesione; pertanto condizioni soggettive per agire in giudizio sono la legittimazione processuale e l’interesse a ricorrere, spettando, nel giudizio impugnatorio, la prima a colui che afferma di essere titolare della situazione giuridica sostanziale di cui lamenta l’ingiusta lesione per effetto del provvedimento amministrativo, mentre l’interesse al ricorso consiste nel vantaggio pratico e concreto che può derivare al ricorrente dall’accoglimento dell’impugnativa; l’interesse a ricorrere postula, quindi, che l’atto impugnato abbia prodotto in via diretta una lesione attuale della posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio»<sup>477</sup>.

Questa massima sembrerebbe riflettere quella che –si ritiene– debba essere la concezione della legittimazione ad agire; tuttavia, trattandosi di sentenza non definitiva, non può verificarsi l’effettivo e corretto intendimento della categoria in termini assertivi<sup>478</sup>: del resto, non è chiaro come la lamentala “relativa all’ingiusta lesione per effetto del provvedimento amministrativo” incida sulla condizione dell’azione in parola. Va segnalato, inoltre, un non corretto utilizzo del termine “legittimazione processuale”, che sembra in questo caso considerato equivalente a “legittimazione ad agire” –ma trattasi, come visto, di concetto differente<sup>479</sup>–; peraltro, sembra che con “legittimazione all’azione” il giudice abbia voluto intendere una generica globale situazione che fonderebbe la titolarità dell’azione. Quanto all’interesse ad agire, emerge anche qua la particolare rilevanza che a questa condizione viene data, ma anche in questo caso l’aspetto assertivo sembra assente: al contrario, si parla di effettiva lesione come atto a fondare l’interesse ad agire.

Ancora, si legge che

---

<sup>477</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3321.

<sup>478</sup> Mancano, peraltro, precisi riferimenti giurisprudenziali nonostante il giudice dichiarò di richiamare altra giurisprudenza.

<sup>479</sup> V. *supra*, § 1.4.



«[n]el processo amministrativo la legittimazione a ricorrere (titolo o possibilità giuridica dell'azione) coincide con la titolarità di una situazione giuridica soggettiva qualificata e tutelata dall'ordinamento; è dunque titolato ad accedere a una decisione di merito del giudice chi, essendo portatore di una situazione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento, si distingue dalla collettività indifferenziata dei cittadini; egli solo è titolare di un interesse legittimo, che è quanto assume leso dall'esercizio della potestà pubblica per illegittimità del provvedimento amministrativo»<sup>480</sup>.

Emerge anche in questa massima quella (tipica e) particolare distanza dagli approdi del dibattito processuale civile; nello specifico, la legittimazione ad agire è intesa quale effettiva titolarità della posizione giuridica sostanziale. Non si distingue, inoltre, l'interesse ad agire. Vi è una totale confusione tra la *possibilità giuridica* e la legittimazione ad agire; piuttosto, sembra che in questo caso il giudice parli genericamente di “legittimazione a ricorrere” come di una globale situazione che fonda il diritto al ricorso giurisdizionale amministrativo, e che può essere indicata anche come “titolo o possibilità giuridica dell'azione” –similmente a quanto rilevato poco sopra con riguardo alla locuzione “legittimazione all'azione”.

Emerge immediatamente un primo dato, rimarcato in genere anche dalla dottrina: la commistione e confusione di concetti<sup>481</sup>. Si riscontra, comunemente, una criticabile tendenza ad individuare una generale “legittimazione a proporre il ricorso” e dunque un uso di termini atecnici che non permettono di distinguere chiaramente le condizioni dell'azione: al contrario, la tendenza è a individuare una generica e generale posizione globale atta a fondare l'ammissibilità dell'azione<sup>482</sup>.

Già questi primi dati confermano come le nozioni di legittimazione ad agire e interesse ad agire «risult[i]no distanti da quelle raggiunte per il processo civile»: «la

---

<sup>480</sup> Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2018, n. 3923.

<sup>481</sup> Rilevano tale confusione, ad esempio, E. FOLLIERI, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia*, cit., pp. 297-298; V. DOMENICHELLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., pp. 522-523; M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, cit., 747 ss.

<sup>482</sup> Cfr. R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 473 che individuava similissime problematiche: «la giurisprudenza amministrativa confonde molto frequentemente l'interesse materiale con quello processuale, e viceversa, utilizzando ora l'uno ora l'altro quale fattore di legittimazione all'impugnazione, pur continuando a proclamare che essi devono essere tenuti distinti e che anzi devono essere contestualmente presenti, in quanti condizioni dell'azione processuale amministrativa»; per altri riferimenti cfr. nt. 26.

giurisprudenza amministrativa è tuttora ferma nelle sue posizioni e la stessa dottrina sul processo amministrativo non sembra ancora riuscita a elaborare una sistematica alternativa»<sup>483</sup>.

Prima di analizzare il generale atteggiarsi della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, va chiarito che nel processo amministrativo –nonostante anche qui non si registri un'univocità di vedute nelle posizioni dottrinali e giurisprudenziali<sup>484</sup>– vale la distinzione fra condizioni dell'azione e presupposti processuali, che costituisce conseguenza dell'intendere l'azione come “diritto” a una pronuncia di merito, e dunque delle condizioni dell'azione come condizioni per la pronuncia di una sentenza di merito<sup>485</sup>.

### 3.1.1 *La legittimazione ad agire nell'attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale*

Nel processo amministrativo, la legittimazione ad agire è genericamente e tradizionalmente intesa, anziché in termini di *affermazione* della titolarità di una situazione giuridica sostanziale<sup>486</sup>, quale sua *effettiva* titolarità: la legittimazione, dunque, coincide con l'interesse protetto<sup>487</sup>. «Pertanto il giudice amministrativo, quando accerta che il ricorrente non è titolare di tale posizione qualificata, dichiara il ricorso inammissibile, e non infondato» nel merito<sup>488</sup>. E in effetti, come emerge dalle massime appena sopra illustrate (§ 3.1), seppur sembra essere richiesta l'affermazione della titolarità di una posizione sostanziale (“*legitimatio ad causam*”), la giurisprudenza richiede anche la sua effettiva titolarità (“titolo o possibilità giuridica”).

Rimarca in effetti Cerulli Irelli come, nel processo amministrativo, preliminare all'accertamento della fondatezza nel merito del ricorso sarebbe proprio l'accertamento

---

<sup>483</sup> Così A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 194.

<sup>484</sup> Cfr. R. VILLATA, *Presupposti processuali*, III) *Diritto processuale amministrativo* (voce), in *Enc. Giur.*, XXIV, 1991, pp. 1-2; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di stato e ai giudici sottostanti*, Napoli, 1963, 195 ss.

<sup>485</sup> V. *supra*, 1.4. Cfr. R. VILLATA, *Presupposti*, cit., p. 4; E. FOLLIERI, in F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., 293 ss.

<sup>486</sup> V. *supra*, § 1.4.1.

<sup>487</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 194; C.E. GALLO, *Manuale*, cit., p. 84; N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 98-99; R. FERRARA, *Interesse*, cit., p. 471. Cfr. anche M. SILVESTRI, *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, f. 3, pp. 948-949, che parla di “legittimazione sostanziale”.

<sup>488</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 194; ivi anche la citazione testuale.

della titolarità della posizione soggettiva, avendo il giudizio amministrativo ad oggetto la legittimità o meno dell'esercizio del potere<sup>489</sup>.

Solo isolatamente, nella dottrina (Follieri, Domenicelli<sup>490</sup>) e nella giurisprudenza<sup>491</sup>, la legittimazione ad agire viene declinata in termini di affermazione. Specifica Villata che, in realtà, il carattere assertivo della condizione dell'azione in parola sarebbe solo spostato su un diverso elemento: la (il)legittimità del provvedimento amministrativo<sup>492</sup>. Similmente, Casetta sottolinea come potrebbe accedersi alla concezione della legittimazione ad agire come prospettazione solo nel momento in cui si intendesse l'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva a soddisfazione necessaria del bene della vita<sup>493</sup>.

Ebbene, nel modello processuale su cui il processo amministrativo si è originariamente delineato, di impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo, non può darsi alcuna "situazione legittimante" se non vi è provvedimento illegittimo: alla legittimità del provvedimento amministrativo non corrisponde alcuna lesione di situazioni giuridiche soggettive (tendenzialmente di interesse legittimo)<sup>494</sup>. Anche in questo può dunque notarsi quella commistione di elementi di diritto processuale e sostanziale che caratterizza tali aspetti del processo amministrativo: il contenzioso amministrativo –da cui origina il modello– è volto infatti all'ottenimento di un

---

<sup>489</sup> «Nel processo amministrativo (nel quale l'accoglimento del ricorso e perciò l'accertamento siccome fondata della domanda dell'attore dipende a sua volta dall'accertamento dell'illegittimo esercizio del potere nei limiti dei motivi dedotti) l'individuazione della sussistenza della situazione protetta in capo all'attore, è momento ben distinto dall'accertamento della fondatezza del ricorso (cioè del giudizio di merito); perché quest'ultimo si identifica, appunto, nell'accertamento della legittimità o meno dell'episodio di esercizio del potere di cui si tratta. Una volta stabilito che il soggetto vanta una situazione protetta a fronte di quell'episodio di esercizio del potere, si passa a valutare se questo si è svolto *injure* (come preteso dal ricorrente) ovvero *iure*, cioè legittimamente, e in tale secondo caso, la situazione protetta resta necessariamente insoddisfatta»: così V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione*, cit., p. 91.

<sup>490</sup> Cfr. E. FOLLIERI, in F.G. COCA, *Giustizia*, cit., pp. 297-298; V. DOMENICHELLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., pp. 522-523.

<sup>491</sup> Si veda la massima sopra riportata (Cons. Stato, n. 3321/2018) nonché T.A.R. Lazio, Sez. I, 20 giugno 1991, n. 1099, citata da V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., p. 596, nt. 153.

<sup>492</sup> Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione processuale, II) Diritto processuale amministrativo* (voce), in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2, il quale richiama la ricostruzione di Sandulli, che distingueva anche tra affermazione della titolarità della posizione sostanziale –requisito di proponibilità del ricorso– ed effettiva appartenenza della posizione sostanziale al ricorrente –condizione dell'azione: legittimazione ad agire–, entrambe considerate dall'Autore questioni preliminari alla trattazione di merito: cfr. A.M. SANDULLI, *Il giudizio*, cit., p. 210.

<sup>493</sup> Cfr. E. CASETTA, *Manuale*, cit., pp. 872-873. Saitta individua inoltre una serie di *posizioni legittimanti differenziate* che permettano di abilitare un soggetto ad agire in giudizio: N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 99.

<sup>494</sup> Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione*, cit., p. 2.

provvedimento amministrativo e dunque il diritto al ricorso si sostanzia nella proiezione dell'interesse sostanziale; il che equivale a dire che non sarebbe concepibile la scissione dell'azione dal diritto sostanziale, ovvero una nozione autonoma di azione<sup>495</sup>.

Non sembra che questo modello di legittimazione possa in sé essere ritenuto convincente: innanzitutto, l'autonomia dell'azione è ormai un dato acquisito dalla scienza del processo. Inoltre, se mentre nel processo civile «il riconoscimento della titolarità del diritto coincide con la verifica della fondatezza della domanda», nel processo amministrativo «l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale, sibbene dall'illegittimità del provvedimento impugnato»<sup>496</sup>. Il che è come dire che la legittimazione sarebbe riconosciuta solo nel momento in cui è riconosciuta l'illegittimità del provvedimento; ciò che, tuttavia, costituisce questione di fondatezza della domanda (merito) e ciò che, in ultima analisi, condurrebbe ad accogliere una concezione di azione *concreta* (l'azione spetta solo a chi ha ragione)<sup>497</sup>.

Questo esito, che appare come un vero e proprio cortocircuito, è strettamente legato a quanto già rilevato: il campeggiare nel processo del provvedimento (*rectius*: del potere) amministrativo<sup>498</sup>. Intendere invece “correttamente” la legittimazione in termini di affermazione della titolarità della situazione giuridica sostanziale e non di effettiva titolarità della stessa si risolverebbe facilmente ed esattamente nell'affermazione della titolarità di quella *posizione di vantaggio*, che è costituita dai poteri strumentali al soddisfacimento del bene della vita, quando trattasi di interesse legittimo, oppure di un diritto soggettivo, od ancora di altra situazione giuridica meritevole di tutela<sup>499</sup>.

Si vuole sottolineare, in definitiva, che ai fini della legittimazione ad agire (ma, in generale, della titolarità dell'azione) non dovrebbe importare l'atteggiarsi del contraddittore, ovvero dell'autorità che esercita il potere pubblico; ché la legittimità o meno del suo esplicarsi è questione esclusivamente di merito.

Quanto illustrato rappresenta le linee generali che si riscontrano nella prevalente giurisprudenza amministrativa; tuttavia, il diritto vivente si specifica e differenzia nei diversi campi: contratti pubblici, urbanistica ed edilizia, ambiente, tutela di interessi

---

<sup>495</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., pp. 596-597.

<sup>496</sup> Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione*, cit., p. 2.

<sup>497</sup> V. *supra*, § 1.1 e 1.2.

<sup>498</sup> V. *supra*, § 2.3.

<sup>499</sup> V. *supra*, § 2.5.

collettivi e diffusi, legittimazione straordinaria delle autorità amministrative indipendenti. Per una trattazione più specifica di tutti questi aspetti, si rinvia ai rispettivi paragrafi dell'ultimo capitolo.

### 3.1.2 *L'interesse ad agire nell'attuale quadro dottrinale e giurisprudenziale*

L'interesse ad agire trova fondamento normativo, anche per il processo amministrativo, nell'art. 100 c.p.c. –ora tramite l'art. 39 c.p.a.<sup>500</sup>–. In questo processo ha però una rilevanza pratica molto maggiore di quanto non avvenga nel processo civile: la casistica giurisprudenziale è infatti particolarmente, e da sempre, di vaste proporzioni<sup>501</sup>.

Già la dottrina amministrativistica ha distinto l'interesse ad agire dall'interesse sostanziale (situazione giuridica sostanziale: in particolare, interesse legittimo)<sup>502</sup>. Ed infatti «può accadere che il titolare dell'interesse legittimo leso non possa trarre più alcuna utilità dalla pronuncia favorevole sulla questione oggetto del ricorso, sulla affermata lesione dell'interesse legittimo»<sup>503</sup>. Alessi in particolare distingue i due interessi, individuando un *interesse processuale* quale riflesso dell'*interesse strumentale* alla eliminazione del provvedimento impugnato<sup>504</sup>. Virga considera l'interesse a ricorrere condizione del ricorso, che «va tenuto nettamente distinto dall'interesse

---

<sup>500</sup> Cfr. G. MONTEDORO, *Le azioni nel processo amministrativo nel prisma dell'interesse ad agire*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, Padova, 2014, pp. 182-183.

<sup>501</sup> Cfr. R. VILLATA, *Interesse ad agire, II) Diritto processuale amministrativo* (voce), in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, pp. 1-2.

Spampinato, tuttavia, sottolinea lo scarso interesse della dottrina amministrativistica per tale categoria: cfr. B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 5; cfr. la nt. 1 per richiami bibliografici.

<sup>502</sup> Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, II, Milano, 1978, p. 844; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrativa*, Milano, 2003, p. 115. Cfr. anche G. MONTEDORO, *Le azioni*, cit., 181 ss.

<sup>503</sup> Così S. LESSONA, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1955, p. 124, che prosegue asserendo come possa accadere «che se si riconosce l'esistenza dell'interesse al ricorso si afferma con ciò implicitamente ma necessariamente l'esistenza di un interesse legittimo oggetto del ricorso; che se si nega l'esistenza dell'interesse al ricorso, non per questo si nega anche necessariamente l'esistenza dell'interesse oggetto del ricorso».

<sup>504</sup> Interesse processuale che considera ponte tra interesse sostanziale e interesse strumentale (identificando pertanto tre distinti "interessi"). Questo nell'ottica di un processo volto a tutelare, da un punto di vista oggettivo, la legalità dell'atto amministrativo e, da un punto di vista soggettivo, meri interessi di fatto dei privati: cfr. R. ALESSI, *Principi*, cit., p. 844 nonché 574 ss.; cfr. anche R. ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. Giur.*, 1943, 132 ss.

legittimo, perché esso va valutato sotto il profilo strettamente processuale, a differenza dell'interesse legittimo, che ha natura sostanziale»<sup>505</sup>.

La rilevanza autonoma della categoria, tuttavia, non è questione pacifica in dottrina<sup>506</sup> –e, del resto, ciò è similmente accaduto nella dottrina processualcivilistica<sup>507</sup>–. Emblematica in questo senso è l'opinione di Guicciardi, che intende la nozione di interesse legittimo quale interesse solo processuale, nell'ottica di una concezione oggettiva del processo amministrativo<sup>508</sup>. Ancora, Giannini rileva come nel processo amministrativo l'interesse ad agire sarebbe *ridondante*, poiché tutti i casi «in cui la giurisprudenza dichiara inammissibile il ricorso per mancanza di interesse a ricorrere possono essere più semplicemente spiegati come casi di mancanza d'interesse legittimo»<sup>509</sup>.

Anche più di recente, la categoria dell'interesse a ricorrere è stata ritenuta (Spampinato) *non utile*: interesse a ricorrere e interesse legittimo, sul piano logico, costituirebbero lo stesso fenomeno visto da diverse angolazioni; sul piano giuridico, la differenza sarebbe indifferente, attenendo solamente ai criteri da adottare per accertare la tutelabilità o meno di un interesse sostanziale<sup>510</sup>. Ciò peraltro costituirebbe conseguenza dell'evoluzione del processo in *giurisdizione soggettiva e sul fatto* (o sul rapporto): la nozione di interesse a ricorrere era prima basata sulla tipica azione di annullamento; concerne invece ora la tutela di un bene della vita che è protetto solo incertamente (strumentalità dell'interesse legittimo) e questo comporterebbe, dunque, che l'accertamento del giudice sugli elementi relativi al bene della vita si risolverebbe in un'indagine sui fatti costitutivi, impeditivi o estintivi relativi al bene della vita alla base dell'interesse legittimo<sup>511</sup>. Tali valutazioni, tuttavia, sembrerebbero piuttosto rientrare

---

<sup>505</sup> Così P. VIRGA, *La tutela*, cit., p. 115.

<sup>506</sup> Come segnala V. DOMENICHELLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., p. 528. Cfr. anche, più di recente, E. D'APUZZO, *Profili della cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo*, Napoli, 2017, 79 ss.

<sup>507</sup> Cfr. R. VILLATA, *Interesse*, cit., p. 2.

<sup>508</sup> Cfr. B. SPAMPINATO, *L'interesse*, cit., p. 13.

<sup>509</sup> Così M.S. GIANNINI, *La giustizia*, cit., p. 142; la posizione dell'Autore è legata a una concezione strumentale dell'interesse legittimo che si manifesterebbe «nell'esperimento di misure le quali portano al risultato di restaurare la situazione che esisteva prima del provvedimento amministrativo viziato. Uno dei modi con cui l'interesse legittimo si manifesta è quello di proporre il ricorso» (M.S. GIANNINI, *La giustizia*, cit., p. 142).

<sup>510</sup> Cfr. B. SPAMPINATO, *L'interesse*, cit., 74 ss.

<sup>511</sup> Cfr. B. SPAMPINATO, *L'interesse*, cit., 89 ss. e 229 ss.

nel novero delle questioni che il giudice deve affrontare nel merito. Sembra mancare, in questa dottrina, un approccio che distingua nettamente gli elementi del diritto processuale e quelli del diritto sostanziale<sup>512</sup>; e del resto, la stessa si basa sulla differente consistenza delle figure dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo, anziché, dunque, sui punti in comune tra le due situazioni giuridiche.

Tutte queste teorie, accompagnate da una giurisprudenza che talvolta confonde l'interesse processuale e l'interesse materiale<sup>513</sup>, in definitiva non appaiono più compatibili con l'ormai riconosciuta ed autonoma rilevanza dell'interesse legittimo nel campo del diritto sostanziale<sup>514</sup>: gli approdi della dottrina sostanzialistica sull'interesse legittimo permettono di parificarlo –processualmente– al diritto soggettivo<sup>515</sup>. Certo è che, come sottolinea Domenichelli, anche se nominalmente e in linea di principio i due concetti vengono, e in genere, distinti, «nella concreta applicazione di tale principio si trascorre dall'uno all'altro rendendone incerti i confini»<sup>516</sup>.

Seguendo dunque l'impostazione della presente indagine, l'interesse ad agire costituisce istituto autonomo anche dalla legittimazione ad agire, di cui condivide la natura di condizione dell'azione; impostazione comune anche in chi ha incentrato gli studi su questi argomenti partendo dall'azione (Piraino e Ribolzi<sup>517</sup>). Insomma, una “doppia autonomia”; “doppia autonomia” che tuttavia non può essere considerata espressione di un concetto giuridicamente valido, in quanto confonde evidentemente i piani del diritto processuale e del diritto sostanziale, ma che costituisce locuzione utile

---

<sup>512</sup> Cfr. nello stesso senso L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., p. 130, nt. 49. Cfr. su tali questioni: V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., 549 ss.

<sup>513</sup> La confusione tra i due istituti sembra potersi legare anche alla formulazione dell'art. 26 T.U. C.d.S., che così recita: «[s]petta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, *che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici*» (enfasi aggiunte). Similmente l'art. 4 Legge TAR: «[n]elle materie indicate negli articoli 2 e 3 la competenza spetta ai tribunali amministrativi regionali per *i ricorsi aventi ad oggetto diritti ed interessi di persone fisiche o giuridiche*, la cui tutela non sia attribuita all'autorità giudiziaria ordinaria, o ad altri organi di giurisdizione» (enfasi aggiunte). Cfr. anche R. FERRARA, *Interesse*, cit., p. 473.

<sup>514</sup> Come ribadito da Villata, Caianiello, Virga: cfr. R. VILLATA, *Interesse*, cit., p. 3; V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., 579 ss. Cfr. anche A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 511; A.M. SANDULLI, *Il giudizio*, cit., p. 223.

<sup>515</sup> V. *supra*, § 2.5.

<sup>516</sup> Cfr. V. DOMENICHELLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., p. 528.

<sup>517</sup> Cfr. S. PIRAINO, *L'azione*, cit., 211 ss.; C. RIBOLZI, *L'azione*, cit., 116 ss. e pp. 165-166.

per rimarcare i convergenti approdi delle due scienze che richiedono entrambe il riconoscimento dell'autonomia dall'interesse legittimo e dalla legittimazione ad agire.

Da un altro punto di vista, altra recente dottrina (Perfetti) ha messo in discussione tale istituto nel processo amministrativo, ma in correlazione al diritto d'azione. L'interesse ad agire (e del pari la legittimazione ad agire) sarebbe infatti del tutto *assorbito* nel diritto d'azione, da questi considerato un diritto inviolabile della persona; non vi potrebbe essere, dunque, difetto di interesse ad agire ma solamente carenza dell'azione: «i giudizi di meritevolezza, pertinenza, utilità dell'azione debbono essere assorbiti in parte (il primo) nel giudizio relativo alla sussistenza e pertinenza della posizione soggettiva sostanziale ed in parte (i restanti) in quello sulla sussistenza delle prerogative processuali»<sup>518</sup>. Giudizi che, tuttavia, sembrano semplicemente spostare le indagini su presupposti processuali e condizioni dell'azione su categorie non chiaramente definibili. Del resto, l'Autore indica –quale conseguenza sul piano processuale– che l'eventuale carenza del diritto d'azione sarebbe contenuto in una sentenza, in rito, di inammissibilità. Questo costituirebbe però, ed esattamente, il medesimo esito in caso di carenza delle condizioni dell'azione (salva l'improcedibilità per *sopravvenuta* carenza d'interesse)<sup>519</sup>. Non sembra condivisibile questa ricostruzione, anche perché l'azione, come prospettata da Perfetti, perderebbe il suo carattere astratto: la sussistenza o meno dello stesso diritto di azione viene, di fatto, assorbita nella valutazione sulla sussistenza della posizione giuridica sostanziale. Più precisamente, sembrerebbe condurre agli esiti delle teorie dell'azione in senso concreto, ove questa spetta, infatti, a chi ha ragione –ovvero, nell'ottica di Perfetti, solo se sussiste una posizione giuridica sostanziale–<sup>520</sup>. Del resto, giunge all'esito di negare che l'azione

---

<sup>518</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., 256 ss. e 275 ss.; la citazione testuale è a p. 276.

<sup>519</sup> Cfr. ora art. 35 c.p.a.; del resto, la mancanza di una condizione dell'azione si risolve nell'inesistenza dell'azione.

<sup>520</sup> E ciò sulla base di una lettura dell'art. 24 Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») che valorizza i lemmi *per* e *propri*, nonché sulla base di quest'articolo costituzionale in stretta relazione con l'art. 2 Cost., che indicherebbe come il diritto di azione costituisca un diritto inviolabile «rispetto al quale incombe un obbligo di effettiva realizzazione in capo allo Stato». Tale ricostruzione sarebbe, secondo l'Autore, l'unica che permetterebbe il pieno superamento della teoria dei diritti pubblici soggettivi: cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., 241 ss.; la citazione testuale è a p. 253. Si preferisce tuttavia la lettura delle norme costituzionali sopra esposta, § 1.2.



possa essere atipica<sup>521</sup>, carattere invece riconosciuto dalla scienza processualistica ormai trasversalmente<sup>522</sup>.

Venendo dunque ai caratteri della condizione dell'azione in esame il ricorrente è onerato di dimostrare, ai fini della sussistenza dell'interesse ad agire, il "risultato utile" che potrebbe conseguire all'accoglimento della propria domanda, alla luce dello stato di lesione che caratterizza la sua posizione. L'utilità che può essere rappresentata e portata all'attenzione del giudice ha una latitudine piuttosto articolata, e può essere definita quale il vantaggio che può derivare dalla pronuncia del giudice. Può essere un vantaggio anche solo *morale* –non meramente patrimoniale– e può altresì essere anche solo *strumentale* –vantaggio solo eventuale in quanto legato all'esperimento di futura (ed eventuale) attività della PA<sup>523</sup>–. Anche nel processo amministrativo ha rilievo l'elemento della *lesione* della posizione giuridica; la dottrina più attenta ha dunque sottolineato come sia necessaria una doppia verifica con riguardo all'interesse ad agire: perché sussista l'interesse ad agire dev'essere indagata tanto la lesione della sfera patrimoniale o morale, quanto il vantaggio conseguibile dall'eventuale accoglimento dell'azione<sup>524</sup>.

Si legge che l'interesse ad agire dev'essere *personale, diretto, attuale e concreto*<sup>525</sup>; caratteri che a prima vista appaiono facilmente ricostruibili ma che tuttavia si prestano a diverse interpretazioni. Il vantaggio che il ricorrente deve dimostrare deve riferirsi *direttamente*<sup>526</sup> alla propria posizione giuridica *personale*. Ma la personalità –si condivide sul punto il pensiero di Villata e di Domenichelli<sup>527</sup>– non sembra vada riferita all'interesse ad agire; trattasi, piuttosto, di questione di legittimazione ad agire: del resto, correlate a questo carattere sono le questioni relative alla tutela di interessi collettivi e diffusi<sup>528</sup>. L'*attualità* indica che non è sufficiente indicare una mera

---

<sup>521</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., 269 ss.

<sup>522</sup> V. *supra* § 1.4.2 e 2.1.3. Cfr. anche la critica di Villata: R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, f. 2, pp. 312-313.

<sup>523</sup> Si rinvia, sull'interesse strumentale, al corrispondente paragrafo: v. *infra*, § 4.2.

<sup>524</sup> Cfr. R. VILLATA, *Interesse*, cit., pp. 3-4.

<sup>525</sup> Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 197 ss.; R. VILLATA, *Interesse*, cit., pp. 4-5; N. SAITTA, *Sistema*, cit., 86 ss.

<sup>526</sup> Per altri, tuttavia, *interesse diretto* indicherebbe la relazione con l'interesse leso (Alessi), o, ancora, che la lesione deriverebbe direttamente dal provvedimento impugnato (Giannini, Caianiello, Satta, Villata): cfr. R. VILLATA, *Interesse*, cit., p. 4.

<sup>527</sup> Che non ne tratta tra i requisiti dell'interesse ad agire; v. poco *infra*.

<sup>528</sup> Cfr. R. VILLATA, *Interesse*, cit., p. 4.

eventualità, o ipotesi, di lesione, e che essa deve nondimeno sussistere sino al momento della pronuncia<sup>529</sup>; mentre la *concretezza* si riferirebbe «a un pregiudizio concretamente verificatosi a danno del ricorrente»<sup>530</sup>. La definizione di quest'ultimo carattere sembra tuttavia corrispondere ad aspetti dell'attualità dell'interesse; ragione per la quale (forse) Villata non considera tale carattere<sup>531</sup>.

Riassumendo e giungendo a una sintesi, si condivide l'impostazione di chi (Domenichelli) –sottolineandone il carattere assertivo– individua un doppio, ma collegato, profilo: concretezza e attualità della lesione da una parte, utilità o vantaggio derivante dalla pronuncia di accoglimento della domanda dall'altra<sup>532</sup>.

Tali requisiti contraddistinguono ora l'interesse ad agire, come visto. Sandulli, tuttavia, declinava la personalità e l'attualità in relazione all'*interesse giuridico sostanziale*<sup>533</sup>; Lessona, del pari, pur distinguendo (come visto poco sopra) l'*interesse al ricorso* dall'*interesse oggetto del ricorso*, affermava come dovesse essere quest'ultimo diretto e la sua lesione attuale e concreta<sup>534</sup>. Ed effettivamente, questi elementi appaiono tipicamente attribuibili alla lesione di una posizione sostanziale<sup>535</sup>. Sembra, dunque, potersi affermare che gli stessi siano “nati” “nel diritto sostanziale”, ovvero che si tratti di qualità relative alla lesione di un interesse sostanziale, alla cui presenza era possibile esperire il ricorso di annullamento del provvedimento. Tuttavia, ciò non toglie che gli stessi ora possano –e debbano– essere configurati in relazione alla *prospettazione* della lesione<sup>536</sup>.

Si legano, all'interesse ad agire, una serie di questioni relative all'impugnabilità o meno di alcune tipologie di provvedimenti: endoprocedimentali, esecutivi, confermativi, normativi, etc., che tuttavia, in questa sede, non interessano in quanto non relativi ad aspetti soggettivi della tutela giurisdizionale.

---

<sup>529</sup> Cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 90-91; R. VILLATA, *Interesse*, cit., p. 5.

<sup>530</sup> Così A. TRAVI, *Lezioni*, cit., p. 197; N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 91-92.

<sup>531</sup> Cfr. R. VILLATA, *Interesse*, cit.

<sup>532</sup> Cfr. V. DOMENICHELLI, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, cit., 527 ss. Nello stesso senso E. FOLLIERI, in F.G. SCOCA, *Giustizia*, cit., p. 300.

<sup>533</sup> Cfr. A.M. SANDULLI, *Il giudizio*, cit., 212 ss.

<sup>534</sup> Cfr. S. LESSONA, *Giustizia*, cit., pp. 122-123.

<sup>535</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., p. 194.

<sup>536</sup> E del resto, anche con riguardo al processo civile, si affermava che l'interesse ad agire dovesse essere concreto ed attuale: cfr. F. CARPI, V. COLESANTI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 1984, p. 149.

### 3.2 *Una proposta per una ricostruzione sistematica, che tenga conto dei convergenti approdi del modello processuale civile e dell'evoluzione del processo amministrativo*

Lo stato del dibattito e la concezione delle condizioni dell'azione che si sono appena esposti appaiono legati (a), come già evidenziato, all'incertezza storica, ma in realtà ancora attuale, sulla nozione della tipica situazione giuridica sostanziale oggetto del processo amministrativo, l'interesse legittimo –tanto che, secondo parte della dottrina, l'interesse legittimo si manifestava attivamente solo nel processo<sup>537</sup>; (b), come, del pari già evidenziato, al *campeggiare* in questo dell'atto amministrativo<sup>538</sup> – ciò che, tuttavia, non corrisponde più a realtà–; (c), come già rilevato, infine, al mancato sviluppo di un dibattito sull'azione nel processo amministrativo<sup>539</sup>.

Del resto, per affrontare le tematiche in discussione, appare necessario un approccio –quale quello adottato– che coinvolga anche l'interesse legittimo e in generale le situazioni sostanziali tutelabili davanti al giudice amministrativo: «l'interesse legittimo, la legittimazione a ricorrere e l'interesse al ricorso compongono un mosaico con tre tessere, nel quale la prima a dover essere posta è proprio quella dell'interesse legittimo»<sup>540</sup>; ma trattasi di un mosaico che ora va scomposto, ad avviso di chi scrive, attraverso la lente processualistica e dunque separando nettamente gli aspetti sostanziali e processuali: ciò che permetterà di illuminare dal “giusto” punto di vista le problematiche coinvolte.

Quanto ai primi due punti –(a) e (b)– si tratta, in sostanza, di ragioni storiche il cui esito è stato una commistione di concetti di diritto sostanziale con concetti di diritto processuale; ragioni storiche ormai e tuttavia evidentemente superate dall'evoluzione della giustizia amministrativa<sup>541</sup>. La scienza del diritto processuale amministrativo impone la distinzione tra diritto sostanziale e processuale; necessariamente, è dunque

---

<sup>537</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., p. 549; L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., 137 ss. V. *supra*, § 2.3, 3.1.

<sup>538</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 293. V. *supra*, § 2.3.

<sup>539</sup> V. *supra*, § 3.1.

<sup>540</sup> Così R. FERRARA, *Interesse*, cit., p. 469.

<sup>541</sup> V. *supra*, § 2.

più vicina al diritto processuale civile che al diritto (sostanziale) amministrativo (art. 39 c.p.a.)<sup>542</sup>.

Le questioni in esame sono, in particolare, strettamente legate alla genesi del processo amministrativo, nato essenzialmente dal procedimento contenzioso amministrativo: il processo amministrativo si è caratterizzato e sviluppato intorno all'azione tipica di impugnazione dell'atto amministrativo<sup>543</sup>, avente ad oggetto la legittimità dell'atto amministrativo e non una situazione giuridica sostanziale<sup>544</sup>. Ma il diritto a ricorrere, nel contenzioso amministrativo, costituisce proiezione del diritto sostanziale del soggetto, finalizzato “meramente” ad ottenere il corretto (ri)esercizio del potere pubblico, e solo di riflesso al soddisfacimento dell'interesse personale<sup>545</sup>. In quest'ottica, è perciò necessario verificare che sussista effettivamente il diritto sostanziale del privato, che solo in quanto tale può costringere la PA al (ri)esercizio del potere. Tale circostanza ha comportato la mancanza di un approccio che scindesse il diritto d'azione dal diritto sostanziale –di conseguenza una oggettiva difficoltà nel tracciare i caratteri delle condizioni generali dell'azione nel processo amministrativo, oggetto specifico della presente ricerca<sup>546</sup>–. Il superamento di questo originario modello e il pieno approdo a uno schema giurisdizionale dovrebbe invece aver definitivamente già generato la distinzione tra diritto d'azione e diritto sostanziale.

Può ora dirsi che, anche se è unanimemente accettato che il provvedimento non è più il protagonista del processo, il problema in qualche modo resta perché in questo *campeggia* pur sempre il potere amministrativo. Ed effettivamente, finché la situazione giuridica sostanziale è intesa in dipendenza da questo, difficilmente potrà aversi una concezione autonoma dell'azione e una netta distinzione del momento sostanziale da quello processuale. Sia chiaro: è evidente che l'interesse legittimo è posizione giuridica

---

<sup>542</sup> Già Ribolzi rilevava –e auspicava– che «si è venuto avvertendo un diffuso senso dell'autonomia del processo amministrativo sia nei confronti dei problemi e delle questioni del diritto amministrativo sostanziale, sia nei confronti degli altri tipi di processo. Sembra pertanto vicino il giorno in cui si potrà affermare un diritto processuale amministrativo, staccato dalla sfera del diritto amministrativo, oggi troppo comprensiva, per porsi a fianco del diritto processuale civile e del diritto processuale penale. Si potrà allora avere concreta consapevolezza dei punti di contatto e dei reciproci rapporti tra le diverse branche del diritto processuale e giungere più agevolmente a completare quella teoria generale del processo, che oggi è nei voti e nelle aspirazioni comuni»: così C. RIBOLZI, *L'azione*, cit., p. 11.

<sup>543</sup> Cfr. M. NIGRO, *Giustizia*, cit., p. 293.

<sup>544</sup> Cfr. S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, pp. 193-194.

<sup>545</sup> Cfr. G.P. CIRILLO, *La transizione*, cit., pp. 257-258.

<sup>546</sup> Cfr. G.P. CIRILLO, *La transizione*, cit., p. 258.

*correlata* all'esercizio di un potere autoritativo, ma dal punto di vista dell'accesso alla giustizia deve solo interessare l'aspetto attivo di tale situazione giuridica. Al centro del processo deve infatti porsi la (tutela di questa) posizione sostanziale (art. 24 Cost.), e su questa devono essere (ri)costruite le condizioni dell'azione. Dev'essere indifferente, a questi fini, l'atteggiarsi del contraddittore, ovvero "del potere pubblico": la legittimità o meno dell'esercizio del potere della PA attiene esclusivamente al merito della controversia.

Il c.p.a., in effetti, ha eliminato ogni incertezza sul confine tra diritto sostanziale e diritto processuale, e fornito tutela diretta alla situazione soggettiva lesa dall'azione amministrativa<sup>547</sup>: l'art. 7 c.p.a., nel dettare le norme generali sulla giurisdizione amministrativa conferisce, appunto, centralità alla situazione giuridica sostanziale – ampliando la prospettiva previgente incentrata sui tre vizi di legittimità del provvedimento<sup>548</sup>–.

Quanto, dunque, al punto (c), deve ribadirsi che l'azione è garantita, dal portato costituzionale, a tutela di ogni posizione soggettiva (artt. 24 e 113 Cost.)<sup>549</sup>. Secondo le regole del riparto di giurisdizione, giudice delle situazioni giuridiche soggettive correlate al potere amministrativo è il giudice amministrativo; giudice che ha permesso –storicamente– di affermare la piena tutela anche delle posizioni sostanziali correlate al potere pubblico<sup>550</sup>. Il processo amministrativo –come il processo civile– appartiene all'istituto del processo (procedimento caratterizzato dal contraddittorio)<sup>551</sup>, è ad iniziativa di parte ed è basato sul principio della domanda nonché dispositivo<sup>552</sup>. Di conseguenza, appare opportuno, se non necessario, che ne condivida i caratteri essenziali, a partire dalle regole dell'accesso alla giustizia. Trattandosi di processi che devono tutelare in modo equivalente le posizioni giuridiche soggettive, l'applicabilità

---

<sup>547</sup> Cfr. G.P. CIRILLO, *La transizione*, cit., p. 258.

<sup>548</sup> Cfr. AA.VV., *Giustizia amministrativa. Casi di giurisprudenza*, Torino, 2014, p. 79. Si cfr. anche l'impostazione di S. LESSONA, *La giustizia*, cit., p. 1: «[l]o studio della giustizia amministrativa ha per oggetto gli istituti giuridici attraverso i quali realizza la tutela dei diritti soggettivi dei privati (persone fisiche o giuridiche) nei confronti dello Stato e degli enti pubblici minori, agenti come pubbliche autorità, soggetti di diritto amministrativo».

<sup>549</sup> V. *supra*, § 2.1.2.

<sup>550</sup> V. *supra*, § 2.1.

<sup>551</sup> V. *supra*, § 1.3; V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., pp. 11-12.

<sup>552</sup> Cfr. R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Art. 40* (voce), in A. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 386. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5.

degli istituti processual-civilistici è certamente possibile, tanto più considerando che vi è piena *coincidenza* tra i due sistemi in punto di loro tutela<sup>553</sup>.

Dunque l'azione, anche nel processo amministrativo, è (deve essere) autonoma<sup>554</sup> e astratta, posta strumentalmente a garanzia delle posizioni sostanziali su cui è giurisdizionalmente competente il giudice amministrativo<sup>555</sup>. Le condizioni dell'azione devono, pertanto, essere delineate in questa funzione.

Ebbene, la tesi che qui si avanza propone di utilizzare lo schema delle categorie del processo civile nel processo amministrativo. Ed infatti, l'azione nel primo corrisponde all'azione nel secondo: i due processi, appartenenti al medesimo genere e di cui il processo civile è il modello di riferimento, si distinguono solamente in ragione delle regole del riparto della giurisdizione. La tesi, pertanto, si risolve semplicemente nell'individuare, quali condizioni dell'azione nel processo amministrativo, la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire –oltre alla possibilità giuridica–, da considerarsi in chiave assertiva al pari di quanto avviene nel processo civile.

A riconferma della validità della proposta si consideri ora il particolare rilievo che, nel diritto amministrativo –differentemente da quanto accade nel diritto privato– ha la molteplicità di interessati “terzi”, non direttamente destinatari, cioè, di un provvedimento amministrativo. Ed infatti la PA agisce a tutela di interessi pubblici che, in quanto tali, si riflettono su un numero di individui sempre rilevante: l'interesse legittimo, dunque, normalmente fa capo alla pluralità di questi soggetti<sup>556</sup>. Ebbene nel sistema civilistico la nullità di un contratto –ad esempio– può essere fatta valere «da chiunque vi abbia interesse» (art. 1421 c.c.), ovvero anche da soggetti estranei al rapporto contrattuale, similmente, cioè, a quanto accade con l'impugnazione di un provvedimento da parte di un “terzo”, nel senso appena indicato. Ciò non significa che, in questi casi, la legittimazione ad agire di questi terzi si atteggi in maniera differente.

---

<sup>553</sup> Cfr. A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., p. 12; L.R. PERFETTI, *Diritto*, cit., p. 5, nt. 2.

<sup>554</sup> Cfr. G. MONTEDORO, *Le azioni*, cit., pp. 188-189.

<sup>555</sup> Cfr. A. POLICE, *Il ricorso di primo grado, la costituzione delle altre parti, l'intervento, il ricorso incidentale*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, Padova, 2014, p. 382.

<sup>556</sup> Cfr. M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, f. 4, p. 1006; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 304. Delsignore parla di «struttura accentuatamente pluralistica di codesti rapporti, cui necessariamente fa riscontro la struttura delle relative potenziali controversie» (M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, cit., p. 745).

Cambia infatti, se così può dirsi, solamente lo scrutinio sulla seconda condizione dell'azione, l'interesse ad agire, che dev'essere di maggiore "intensità", mentre la legittimazione consiste sempre nell'affermazione di un diritto che si assume leso dal contratto<sup>557</sup>.

Da quest'esempio emerge inoltre, con tutta evidenza, il motivo per cui l'interesse ad agire acquisisce una maggiore importanza nel diritto processuale amministrativo, nonché la differente e speciale caratterizzazione del processo rispetto a quello civile – quantomeno con riferimento alle condizioni dell'azione–. Il maggior numero di soggetti coinvolti dall'attività amministrativa (sostanziale; trattasi di soggetti spesso "terzi" rispetto ai destinatari diretti del provvedimento amministrativo) infatti impone, se non altro, un "filtro" processuale che accerti l'interesse al ricorso di questi.

In definitiva, l'operazione logico-giuridica qui tracciata sembra sorretta da adeguata motivazione e argomentazione; permane, ora, la necessità di verificarne l'effettiva utilità: come ricorda Calamandrei, le classificazioni dogmatico-giuridiche «non sono né vere né false: possono essere semplicemente più o meno utili, nella misura in cui servono più o meno bene a mettere ordine e chiarezza nella congerie delle leggi e ad agevolare la applicazione del diritto ai casi pratici»<sup>558</sup>. Tale proposta ricostruttiva deve infatti portare a risultati pratici che, secondo l'insegnamento di Chiovenda, garantiscano che il processo dia «per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»<sup>559</sup>.

Se dunque già è stata messa in luce la sostanziale mancanza di una sistematica coerente, è invece rimasta sullo sfondo, sino ad ora, l'analisi della giurisprudenza che riguarda le maggiori problematiche pratiche che interessano l'attuale dibattito relative alla legittimazione e all'interesse ad agire nel processo amministrativo; ciò di cui ci si occuperà nel successivo e finale capitolo: una verifica della proposta alla luce dei temi attualmente più dibattuti.

---

<sup>557</sup> Cfr. F. FERRARI, *L'interesse c.d. legittimante e l'interesse ad agire*, in *Giur. It.*, 2014, f. 12, 2747 ss.

<sup>558</sup> P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, p. 472.

<sup>559</sup> Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 42.

## CAPITOLO 4 – VERIFICA DELLA TESI NEL DIRITTO VIVENTE

*4.1 L'allargamento delle maglie della "legittimazione" nel diritto vivente conferma la necessità di un ripensamento delle condizioni dell'azione – 4.2 L'interesse strumentale – 4.3 In materia di gare d'appalto: la situazione giuridica soggettiva tutelata – 4.3.1 L'impugnabilità immediata dei bandi di gara – 4.3.2 Ricorso incidentale paralizzante e ricorsi vicendevolmente escludenti – 4.3.3 Il nuovo rito "superaccelerato" – 4.4 Gli interessi superindividuali e la legittimazione delle associazioni ambientaliste – 4.5 (segue) Il dibattito in Germania – 4.6 (segue) Considerazioni intermedie – 4.7 In materia urbanistico-edilizia: la vicinitas – 4.8 La legittimazione delle autorità indipendenti ad impugnare provvedimenti di altre PPAA*

*4.1 L'allargamento delle maglie della "legittimazione" nel diritto vivente conferma la necessità di un ripensamento delle condizioni dell'azione*

È opinione comune, condivisa dall'Adunanza Plenaria, che «l'evoluzione dell'ordinamento processuale amministrativo manifesterebbe, nel suo complesso, una certa tendenza verso il progressivo ampliamento della legittimazione al ricorso»<sup>560</sup>. Le ipotesi più note riguardano la valorizzazione dell'interesse strumentale (§ 4.2), che rileva in materia di contratti pubblici nell'ipotesi della necessaria e immediata impugnazione dei bandi di gara contenenti clausole escludenti (§ 4.3.1), nella questione dei rapporti tra ricorsi vicendevolmente escludenti (§ 4.3.2), nonché nel nuovo rito "superaccelerato" (§ 4.3.3). E ancora, in relazione ai casi concernenti la legittimazione a proporre il ricorso giurisdizionale, in materia ambientale, in capo a determinate associazioni (§§ 4.4, 4.5, 4.6) nonché la legittimazione attribuita dal Legislatore ad alcune autorità indipendenti ad impugnare provvedimenti di altre PPAA ritenuti lesivi dei valori cui sono poste a tutela (§ 4.8). La legittimazione del "vicino" in ambito urbanistico-edilizio, pur costituendo il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale che, a seguito di un intervento legislativo ampliativo, ha limitato l'azione tramite il criterio della *vicinitas*, si inserisce nello stesso fenomeno riguardando la possibilità per soggetti terzi di impugnare titoli edilizi altrui (§ 4.7). Temi –non certo gli unici– che sono

---

<sup>560</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., 11 aprile 2011, n. 4, par. 37, ma già Scoca si esprimeva in questi termini: F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, f. 2, 279 ss.



particolarmente dibattuti nella dottrina contemporanea e frequenti nella casistica attuale, ragione per la quale ci si concentrerà su questi.

Tutti questi episodi appaiono accomunati dall'esigenza di garantire un'adeguata salvaguardia a quei principi e beni di volta in volta ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento stesso, nell'ottica che si è illustrata nel Capitolo 2, come la concorrenza nel caso delle gare d'appalto, l'ambiente nel caso delle associazioni ambientaliste, ....

Esigenza tuttavia che è recepita in carenza di una sistematica delle condizioni dell'azione. Si assiste, difatti, a un continuo adeguamento delle regole processuali, illustrate al Capitolo 3, nel diritto vivente rispetto alle emergenti esigenze del diritto sostanziale, spesso in un'ottica però solamente eccezionale –come emergerà anche dall'analisi che segue–.

Ma essendo il processo sistema secondario, strumentale, servente al diritto sostanziale (Capitolo 1), questo deve evolversi in conformità alle necessità di salvaguardia, anche modellandosi e conformandosi alle stesse: in questo, dunque, si esprime l'utilità della proposta qui avanzata, che tenta di fornire una cornice coerente e adatta a leggere tutti questi aspetti problematici.

Anche in altri ordinamenti –quello tedesco in particolare– si possano osservare analoghi fenomeni, poiché sono lentamente erosi i presupposti soggettivi richiesti per l'accesso alla tutela giurisdizionale, in un'ottica di ampliamento delle situazioni protette e conseguente avvicinamento tra interessi dei singoli e della collettività. Per tale ragione, una parte del capitolo sarà dedicata alla comparazione con quel sistema in relazione a una fattispecie che ha particolarmente animato il dibattito: la legittimazione delle associazioni ambientaliste.

Emergerà, in particolare, come molte delle problematiche relative alle condizioni dell'azione riguardino, in realtà, la consistenza della situazione giuridica soggettiva che sta alla base dell'azione. Ed infatti, autorevolmente è stato messo in luce come le questioni che animano il dibattito intorno alla legittimazione al ricorso concernano in realtà questioni di diritto sostanziale amministrativo, e ciò a causa dell'uso che del termine *legittimazione* viene fatto in quest'ambito. Rilievo che è confermato proprio da questi eventi, indicati spesso –ed anche all'inizio di questo paragrafo– come “ampliamento della legittimazione”. Ma non si tratta, a ben vedere, di mutamenti del

concetto di legittimazione (questione strettamente processuale), quanto piuttosto del riconoscimento della tutela di emergenti posizioni giuridiche soggettive<sup>561</sup> con le quali, dunque, inevitabilmente bisogna confrontarsi<sup>562</sup>.

#### 4.2 *L'interesse strumentale*

Un primo esempio di *eccezione* alle regole tradizionali delle condizioni dell'azione nel processo amministrativo è costituito dall'interesse strumentale. Trattasi di un vero e proprio istituto che opera in deroga rispetto al normale atteggiarsi di entrambe le condizioni dell'azione: la sussistenza dell'interesse strumentale fonderebbe cioè, in capo a un soggetto, la possibilità di proporre ricorso (titolarità dell'azione), in determinati casi. L'istituto, che opera soprattutto nel settore dei contratti pubblici, «dopo gli antichi fasti, era sembrato poi nuovamente negletto e quindi, di recente, rivalutato»<sup>563</sup>.

Già si è data una prima definizione: l'interesse strumentale è tale quando il vantaggio o utilità che può derivare dall'accoglimento della sentenza non è immediato, ma legato solamente al riesercizio dell'azione amministrativa, che può essere eventuale sia in relazione all'effettiva riattivazione del potere amministrativo, sia e soprattutto in relazione all'esito favorevole, per il ricorrente, di tale riesercizio; l'annullamento dell'atto impugnato, cioè, costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per il soddisfacimento dell'interesse sostanziale del ricorrente<sup>564</sup>. Insomma: a ben vedere, si tratta di un mero e possibile atteggiarsi del “secondo” carattere della “seconda” condizione dell'azione –essendo il primo carattere quello dell'attualità e concretezza della lesione e la prima condizione dell'azione la legittimazione ad agire–: ed infatti l'interesse strumentale sembra paragonabile all'interesse ad agire con valore meramente morale, non individuando una particolare posizione soggettiva ma solo un generico interesse alla discussione del rapporto controverso<sup>565</sup>. Costituisce dunque un

---

<sup>561</sup> Cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., pp. 598-599.

<sup>562</sup> Ed anche nell'ottica del “mosaico con tre tessere” (espressione di R. Ferrara) cui si è fatto riferimento sopra, § 3.2.

<sup>563</sup> Così N. SAITTA, *Sistema*, cit., p. 100.

<sup>564</sup> Cfr. G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, f. 2, p. 695.

<sup>565</sup> Così R. FERRARA, *Interesse*, cit., p. 474.

allentamento della rigidità delle regole delle condizioni dell'azione e cioè, praticamente, un utilissimo «mezzo atto a evitare la declaratoria di inammissibilità del ricorso»<sup>566</sup>.

Da una parte, dunque, il diritto vivente supera la rigidità delle regole delle condizioni dell'azione accogliendo la nozione di interesse strumentale; da altra prospettiva però, e in senso opposto, cerca di limitarne la portata. Emerge infatti la problematica relativa a profili di giurisdizione oggettiva, poiché l'interesse strumentale permetterebbe la tutela di posizioni non riconducibili a ipotesi di interesse legittimo. Emblematica è una nota sentenza del Consiglio di Stato (n. 7443/2009), che ha squalificato l'interesse strumentale asserendo che non sarebbe altro che «un interesse alla legalità paludato da riferimenti soggettivi»: legittimerebbe infatti qualunque operatore economico –nell'ambito delle gare d'appalto– ad impugnare qualunque procedura di gara relativa al suo determinato settore: ciò che avrebbe cittadinanza solamente in una giurisdizione di tipo oggettivo. Il Consiglio di Stato precisa infatti che «[p]rovare di essere in condizioni di trarre dall'esito favorevole del giudizio un'utilità non significa affatto provare di essere titolari di una posizione legittimante. La verifica di quest'ultima, ai fini del preliminare accertamento dell'ammissibilità del ricorso, è un'operazione che precede e che è per certi versi indipendente dalla stima dell'utilità che il processo è in grado di assicurare»<sup>567</sup>. La tematica è strettamente legata all'ipotesi dei ricorsi vicendevolmente escludenti e alla sentenza dell'Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11 che aveva particolarmente valorizzato la categoria, giungendo ad affermare che entrambi i ricorrenti (principale e incidentale) erano portatori di un interesse strumentale –e dunque che entrambi i ricorsi erano ammissibili– senza tuttavia preoccuparsi di delineare conseguentemente anche i caratteri della legittimazione ad agire<sup>568</sup>. Affermazione che è stata letta come se l'interesse strumentale fosse adatto a fondare una “situazione legittimante”, atta a rendere ammissibile il ricorso giurisdizionale, dunque slegata (apparentemente) da una posizione giuridica soggettiva.

---

<sup>566</sup> Così P.M. VIPIANA, *In margine a un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, f. 1, p. 109.

<sup>567</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, commentata da G. TROPEA, *L'interesse strumentale*, cit., 664 ss.; cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 100-101. Cfr. anche A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, f. 3, 1119 ss.

<sup>568</sup> Sul tema v. *infra*, § 4.3.2.

Si tornerà, più specificatamente, su questi temi; basti qui sottolineare come l'interesse strumentale dovrebbe essere considerato solamente quale modalità di manifestazione del (solo) interesse ad agire; l'indagine sulla posizione soggettiva coinvolta e sulla legittimazione ad agire devono dunque prescindere. Della sentenza n. 7443/2009 va, di conseguenza, solamente condiviso il portato che richiede la separazione dell'interesse dalla legittimazione ad agire, lì indicata quale posizione legittimante; ma la legittimazione ad agire deve essere riletta in chiave assertiva e a tutela delle situazioni giuridiche emergenti dall'ordinamento. L'interesse strumentale, dunque, correttamente non dovrebbe essere inteso quale "fattore legittimante" un ricorso giurisdizionale, ma quale mero atteggiarsi dell'interesse ad agire.

#### 4.3 *In materia di gare d'appalto. La situazione giuridica soggettiva tutelata*

Al fine di poter adeguatamente ricostruire le condizioni dell'azione, in materia di contratti pubblici, preliminare è la ricostruzione della situazione giuridica soggettiva che sta alla base dell'azione. Emerge come questa non sia l'interesse (sostanziale) all'aggiudicazione del contratto, bensì la *possibilità di competere*. Questo dato deriva dall'ordinamento europeo. La Direttiva ricorsi (89/665/CEE, profondamente innovata dalla Direttiva 2007/66/CE) si preme infatti di tutelare la *chance* di aggiudicazione del contratto<sup>569</sup>: il considerando n. 14 della Direttiva 2007/66/CE esattamente individua tale interesse sostanziale in relazione agli affidamenti diretti, mentre l'art. 1, par. 3, della Direttiva 89/665/CEE stabilisce tale principio in relazione a ogni ricorso giurisdizionale: «[g]li Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata»<sup>570</sup>. Afferma cioè, nella tipica prospettiva rimediale europea, che il ricorso giurisdizionale deve essere accessibile a chi abbia la possibilità di competere e non solo a chi abbia la possibilità di vincere la procedura di gara, fermo restando che deve

---

<sup>569</sup> Cfr. V. DOMENICHELLI, in R. VILLATA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, II, Padova, 2014, pp. 2164-2165.

<sup>570</sup> Previsione ripresa dal considerando n. 17 della Direttiva 2007/66/CE: «[u]na procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

sussistere un interesse all'aggiudicazione e una (anche solo potenziale) lesione. Il principio in esame è ribadito dalla recente Direttiva 2014/24/UE (considerando n. 122<sup>571</sup>).

La Direttiva ricorsi conosce anche la nozione di “offerente interessato”, ai sensi del Considerando n. 4 della Direttiva 2007/66/CE e dell'art. 2-*bis*, par. 2 della n. 89/665/CEE. Offerenti interessati sono coloro che «non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso». La norma è dettata a fini sostanziali (termine di *stand still*) e, seppur il citato Considerando n. 4 sottolinei che tale norma è finalizzata a garantire la possibilità di un ricorso giurisdizionale efficace a questi soggetti, ciò non significa che *solo* a questi soggetti debba essere garantita la titolarità dell'azione<sup>572</sup> – bensì, appunto, a tutti i soggetti di cui all'art. 1, par. 3, come confermato anche dalla sentenza Puligienica<sup>573</sup>, punto in diritto 23–.

Dunque, nel diritto italiano deve essere individuata una situazione giuridica soggettiva, meritevole di tutela<sup>574</sup>, in capo a tutte quelle imprese di settore che *abbiano la possibilità di competere*, portatrici cioè di una *chance* di aggiudicazione di una determinata gara<sup>575</sup>. Conseguentemente, la legittimazione ad agire in materia di contratti pubblici deve inevitabilmente essere (“ampliata” e) riconosciuta alle imprese che in giudizio *prospettano* tale situazione. L'interesse ad agire, che dev'essere declinato nel senso che l'utilità prospettata nel ricorso giurisdizionale sia volta all'ottenimento della gara d'appalto, permette, al contrario, di restringere la platea dei potenziali ricorrenti, caso per caso.

---

<sup>571</sup> Che afferma: «[l]a direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto [...]»

<sup>572</sup> In senso contrario sembra invece esprimersi Villata: R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., pp. 340-341.

<sup>573</sup> C.G.U.E., sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest s.p.a.

<sup>574</sup> Nell'ottica di quanto sviluppato al Capitolo 2, in particolare al § 2.5.

<sup>575</sup> Sulla “determinata gara” cfr. C.G.U.E., 11 maggio 2017, C-131/16, c.d. Archus: «la nozione di “un determinato appalto”, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

#### 4.3.1 *L'impugnabilità diretta dei bandi di gara*

Ed infatti, nel caso di impugnazione della graduatoria finale da parte di una impresa di settore che non abbia però partecipato alla procedura, mancherà –in via generale– il carattere di attualità dell'interesse. Un'impresa di settore che non partecipa alla procedura sarà titolare dell'azione impugnando invece clausole di un bando escludenti o che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta: qui la lesione è certamente attuale, la prospettazione del vantaggio solo eventuale (strumentale). L'attualità e concretezza della lesione –e la strumentalità del vantaggio prospettato– saranno tali anche quando l'impresa di settore intenda contestare la scelta della stazione appaltante di indire o meno una procedura. Questi ultimi esempi riportati sono conosciutissimi dalla casistica giurisprudenziale, che ha già affermato la titolarità dell'azione in capo agli operatori economici nelle situazioni che si sono riportate<sup>576</sup>.

Si vuole mettere in luce come tale casistica possa essere perfettamente ricostruita secondo la prospettiva che si è qui proposta, ma in un quadro ben più coerente: non si tratta cioè di eccezioni alle regole del processo amministrativo, bensì di normali ipotesi che si delineano relativamente alle condizioni dell'azione e in particolare, nel caso di specie, all'interesse ad agire. Non si tratta, cioè, di eccezioni che individuano nuovi e particolari “interessi giuridicamente qualificati”, bensì di casi nei quali la situazione giuridica soggettiva in capo all'impresa di settore che abbia la “possibilità di competere” può ricevere tutela giurisdizionale in quanto si configura anche l'interesse ad agire. Nello stesso senso, e perfettamente in linea con queste prime conclusioni, può leggersi quella giurisprudenza che riconosce la titolarità dell'azione in capo alle imprese di settore che impugnano atti di gara relativi ad affidamenti diretti<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1; e ancora, recentemente, Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, che specifica nel dettaglio la casistica riconducibile a questi tre casi e in particolare alle diverse ipotesi di clausole escludenti, ritenendo tali conclusioni da confermare anche in relazione all'attuale quadro normativo; Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2018, n. 6040. Cfr. in dottrina, per tutti, L. BERTONAZZI, *Note sull'impugnabilità dei bandi, aspettando l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2018, n. 1.

<sup>577</sup> Cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 26 febbraio 2018, n. 239; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16 aprile 2015, n. 289; Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3077. Cfr. S. CALVETTI, *Proroghe, affidamenti diretti ed immodificabilità del contratto*, in *Urb. App.*, 2018, f. 4, 560 ss.

Queste “eccezioni” alla «piana applicazione alle procedure di gara dei principi generali in materia di legittimazione e interesse a ricorrere» sono state incidentalmente avallate dalla giurisprudenza costituzionale (Corte Costituzionale 22 novembre 2016 n. 245)<sup>578</sup>, che ha deciso su un giudizio incidentale proposto dal T.A.R. Liguria per un caso riguardante una gara per l’affidamento del trasporto pubblico locale (TPL), e sul quale occorre soffermarsi brevemente, trattandosi di un caso estremamente attuale e paradigmatico, sul quale si sono espressi sia la Corte Costituzionale che, molto di recente, la Corte di Giustizia.

Il giudizio avanti il T.A.R. Liguria è stato occasionato da una gara indetta dalla Regione per l’affidamento del servizio di TPL e che ha individuato, in applicazione di normativa regionale<sup>579</sup>, quale ambito territoriale ottimale (ATO) l’intero territorio regionale; ciò, –semplificando– in contrasto con la previsione normativa nazionale<sup>580</sup> e diversamente da quanto previsto sino ad allora. La previsione di un siffatto ATO ha fatto sì che la disciplina della procedura di gara risultasse, per le precedenti concessionarie –cui era affidato il servizio sulla base di AATTOO di livello provinciale–, un’altissima probabilità di non conseguire l’aggiudicazione. Al contrario: AATTOO di dimensioni provinciali avrebbero certamente permesso alle imprese di partecipare alla gara (o alle gare) con alte probabilità di risultare vittoriose. Le imprese non hanno partecipato alla gara ma ne hanno impugnato gli atti.

La Seconda Sezione del T.A.R. Liguria –presso cui pende tuttora il ricorso al n. RG 651/2015– ha emesso ordinanza di rimessione di questione di legittimità costituzionale (Ord. 21 gennaio 2016, n. 64), chiedendo alla Corte Costituzionale di pronunciarsi sulla competenza legislativa regionale: in relazione all’individuazione degli AATTOO le competenze legislative spettano, secondo giurisprudenza costituzionale, in via esclusiva allo Stato (tutela della concorrenza e dell’ambiente), permanendo in capo alle regioni solamente competenze amministrative.

---

<sup>578</sup> Annotata da R. CHIEPPA, in *Giur. Cost.*, 2016, f. 6, 2187 ss. e da P. COSMAI, *Bando di gara: anche per la Consulta l’impugnazione presuppone la partecipazione*, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

<sup>579</sup> Art. 9, commi 1 e 14, L.R. 7 novembre 2013 n. 33.

<sup>580</sup> Art. 3-bis, D.L. 13 agosto 2011, n. 138 che in realtà fa salva la possibilità per le regioni di «individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio». Sui diversi aspetti del TPL cfr. la recente opera in due volumi di F.A. ROVERSI MONACO, G. CAIA (a cura di), *Il trasporto pubblico locale*, Voll. I e II, Napoli, 2018.

Il Giudice delle Leggi non si è pronunciato nel merito della questione, ritenendo inammissibili le questioni «per difetto di legittimazione a ricorrere delle imprese che non hanno partecipato alla gara», ed ha affermato ciò sulla base della consolidata giurisprudenza amministrativa, puntualmente richiamata e condivisa<sup>581</sup>.

Il T.A.R. Liguria, successivamente, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il quesito se l'art. 1, par. 3 della Direttiva 89/665/CEE osti a una normativa nazionale che «riconosca la possibilità di impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione alla gara stessa, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, derivando dalla disciplina della gara un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione»<sup>582</sup>.

Il T.A.R. ha rimesso la questione ai soli fini della pronuncia sulle spese di giudizio, in quanto la materia del contendere è nel frattempo cessata, avendo la Regione Liguria modificato la Legge regionale e indetto una nuova gara con AATTOO di livello provinciale, anche sulla base del parere difforme dell'AGCM alla strutturazione dell'unico ATO a livello regionale. Anche l'AGCM aveva, peraltro, impugnato gli atti della gara avanti al T.A.R. Liguria, in forza dei suoi poteri *ex art. 21-bis* L. 10 ottobre 1990, n. 287<sup>583</sup>.

Deve rilevarsi come il quesito posto dal T.A.R. Liguria, coincidente con la prospettazione alla Corte Costituzionale riferita alle condizioni dell'azione, non sembra essere stato ben formulato. Non può esservi chiarezza in un criterio quale “l'altissima probabilità di non risultare vincitore” di una gara d'appalto<sup>584</sup>. La questione, se inquadrata secondo la prospettazione che qui si sta fornendo, avrebbe dovuto essere affrontata in relazione alla situazione giuridica soggettiva dell'impresa. Il quesito avrebbe potuto essere risolto nel dubbio se la domanda di partecipazione sia, o meno, criterio idoneo a rendere “giuridicamente rilevante” la posizione dell'impresa.

A parere di chi scrive la situazione giuridica soggettiva relativa alla possibilità di competere sussisterebbe, in questo caso, in capo all'impresa –di conseguenza, anche la

---

<sup>581</sup> In particolare, sono richiamate le sentenze dell'AP poco sopra citate.

<sup>582</sup> T.A.R. Liguria, Sez. II, Ord. 8 febbraio 2017, n. 263.

<sup>583</sup> Sul potere di impugnazione da parte dell'AGCM v. *infra*, § 4.8.

<sup>584</sup> Così anche Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4.



legittimazione ad agire<sup>585</sup>. È da verificare, dunque, se l'interesse ad agire potrebbe del pari sussistere. Certamente, il carattere dell'utilità sarebbe solo strumentale. Dal punto di vista della concretezza ed attualità della lesione, invece, il criterio della domanda di partecipazione alla gara, quale regola generale, sembra certamente da confermare. Ma anche questo sembra un caso in cui l'interesse ad agire si sia configurato in capo alle ricorrenti. Ed infatti, la concretezza ed attualità della lesione può assolutamente riferirsi all'indizione della procedura ed essere assimilata al caso in cui, anche secondo la giurisprudenza consolidata, spetta la legittimazione al soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, contestando in particolare l'ambito territoriale rispetto al quale è stata indetta: scelta che appare certamente "autonomamente lesiva"<sup>586</sup>. Sussisterebbe, pertanto, anche l'interesse all'aggiudicazione di quella determinata gara che, secondo la giurisprudenza europea, può ben essere quella successivamente ed eventualmente bandita dalla PA a seguito dell'annullamento da parte del giudice<sup>587</sup>.

Del resto, l'onere di presentare una domanda di partecipazione a una siffatta procedura è certamente notevole; e ci si dovrebbe chiedere se, per ipotesi, basterebbe ai fini di dimostrare la sussistenza di un "interesse giuridicamente qualificato" la presentazione di una domanda di partecipazione, anche in ipotesi "simbolica" o poco elaborata, al solo fine cioè di "autolegittimarsi" al ricorso. Sarebbe davvero questo un atto che può far rendere "giuridica" la posizione soggettiva di un'impresa? Impresa che non avrebbe nessun interesse a vedersi aggiudicata una gara a livello regionale, ma che sarebbe invece interessata proprio ad aggiudicarsi una gara con lotto provinciale. Eppure, dall'applicazione delle "consolidate regole" in punto di condizioni generali dell'azione, la presentazione della domanda avrebbe reso il ricorso ammissibile<sup>588</sup>.

Queste considerazioni sembrano poter essere confermate dalla recente pronuncia della C.G.U.E.<sup>589</sup>, la quale ha infatti disposto che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE può essere interpretato nel senso che non osta «a una normativa

---

<sup>585</sup> V. *supra*, § 4.3.

<sup>586</sup> Cfr. le argomentazioni ribadite in AP n. 1/2003.

<sup>587</sup> Cfr. C.G.U.E., sentenza Archus, richiamata poco *supra*.

<sup>588</sup> Ciò che invece sembra proprio affermare la più recente e autorevole giurisprudenza in relazione proprio a questo caso, seppur in un *obiter dictum*: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto in diritto 18.6. La stessa si pronuncia infatti su un caso concernente clausole escludenti non assimilabile, a suo avviso, al caso in esame.

<sup>589</sup> Sentenza 28 novembre 2018, C-328/17, Amt e a.

nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente agli operatori economici di proporre un ricorso contro le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice relative a una procedura d'appalto alla quale essi hanno deciso di non partecipare poiché la normativa applicabile a tale procedura rendeva molto improbabile che fosse loro aggiudicato l'appalto in questione».

Tuttavia, specifica la stessa massima della Corte, «spetta al giudice nazionale competente valutare in modo circostanziato, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti che caratterizzano il contesto della controversia di cui è investito, se l'applicazione concreta di tale normativa non sia tale da poter ledere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva degli operatori economici interessati», rimettendo la decisione al giudice nazionale. La Corte fornisce anche dei parametri a questi (punto in diritto n. 58) che sembrano far propendere verso l'accoglimento delle istanze delle ricorrenti. La sentenza, anche se evita esplicitamente di prendere posizione sul punto, appare certa rilievo riepilogando esattamente il portato delle disposizioni che, nel diritto italiano, permettono di configurare la situazione giuridica soggettiva in esame. Ed infatti afferma che «[l]a partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire, riguardo all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, una condizione che deve essere soddisfatta per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto [...] Se non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere lesa o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione di cui trattasi (sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 27)» (punto in diritto n. 46). Quindi, ricordata la consolidata giurisprudenza italiana in punto di impugnabilità dei bandi, e in linea con questa, ritiene altresì che i requisiti dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 «sono soddisfatti se un operatore che non ha formulato alcuna offerta dispone, in particolare, di un diritto di proporre ricorso qualora ritenga che talune specifiche contenute nella documentazione di gara rendano impossibile la formulazione stessa di un'offerta» (punto in diritto n. 51).

Si resta, in ogni caso, in attesa della conclusione di questa vicenda processuale. Presso il T.A.R. Liguria verrà discussa l'udienza di merito –a seguito della sospensione del giudizio– il giorno 16 ottobre 2019.

Si consideri, infine, quanto sia lontano il rischio dell'“oggettivizzazione” del processo amministrativo ad accogliere tali criteri, anzi. Proprio una tale “apertura” garantirebbe il carattere soggettivo. E in proposito, si consideri come è stato sostanzialmente l'intervento dell'AGCM che, “nel merito”, ha permesso di superare questa violazione di norma nazionale (la previsione di un ATO regionale non adeguatamente giustificata). Insomma: il risultato pratico è, quasi per assurdo, che il carattere soggettivo del processo, come inteso dall'attuale giurisprudenza, ha impedito di vagliare e annullare la gara; ciò che invece è stato possibile anche grazie all'intervento dell'AGCM, interveniente a tutela di interessi “meramente” pubblici.

#### 4.3.2 *Ricorso incidentale paralizzante e ricorsi vicendevolmente escludenti*

Il ricorso incidentale è uno strumento processuale dalla “natura composita”<sup>590</sup>, che presenta un carattere di *accessorietà totale* al ricorso principale, in quanto la (eventuale) lesione tutelabile scaturisce solamente dalla proposizione del ricorso principale. Le questioni che si possono proporre devono essere necessariamente subordinate a ciò che è proposto in via principale mentre, se la lesione fosse autonoma e dunque se la lesione dell'interesse (sostanziale) fosse già attuale, l'unico strumento azionabile sarebbe il ricorso (principale)<sup>591</sup>. Il ricorso incidentale può essere esperito dalle parti resistenti e dai controinteressati –anche se non chiamati in processo– che intendano, appunto, far valere «domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale» (art. 42 c.p.a.). Un mezzo di “difesa attiva”<sup>592</sup>, una “difesa che diventa offesa”<sup>593</sup>, ovvero sia non una mera difesa –che potrebbe essere realizzata con una memoria costitutiva–, ma una difesa che sia atta evitare la soccombenza virtuale del ricorrente incidentale stesso. È un *mezzo di proposizione di una domanda* che, allargando il *thema decidendum*, costringe il giudice a vagliare aspetti nuovi e diversi del “rapporto” dedotto in giudizio. Spessissimo è dunque

---

<sup>590</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, sentenza “Lipari”, in *Dir. e Formaz.*, 2002, 835 ss., con nota di A. CASSATELLA, *Il ricorso incidentale: nozione sostanziale ed implicazioni processuali*.

<sup>591</sup> Cfr. F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1964, 773 ss. Nello stesso senso G. ROEHRSEN, *Ricorso giurisdizionale amministrativo* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XV, 1968, p. 1016; P. VIRGA, *La tutela*, cit., p. 154; V. CAIANIELLO, *Manuale*, 2003, cit., p. 692. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 aprile 2002, n. 2234, in *Il Foro Amm. C.d.S.*, 2002, p. 1014; Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3782, in *Il Foro Amm. C.d.S.*, 2002, p. 1714.

<sup>592</sup> Cfr. F. LUBRANO, *L'impugnazione*, cit., pp. 771-772.

<sup>593</sup> Cfr. F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 192.

utilizzato al fine, sostanzialmente, di *paralizzare* la domanda proposta dal ricorrente principale. Il ricorrente incidentale deve dunque, al pari del ricorrente principale, essere titolare della legittimazione e dell'interesse a ricorrere; il suo interesse a ricorrere, tuttavia, nasce ontologicamente solamente al momento della proposizione del ricorso principale.

È uno strumento che ha visto un crescente uso e diffusione nei contenziosi in particolare in materia di contratti pubblici<sup>594</sup>, tanto che in dottrina si è parlato di «abuso del ricorso incidentale»<sup>595</sup>.

È notissima la diatriba che riguarda i rapporti tra il ricorso principale e incidentale paralizzante, ovvero ricorso incidentale che contesti le condizioni dell'azione del ricorrente principale –e in particolare nel caso in cui i ricorrenti e concorrenti della gara siano solo due–; questione ancora non risolta e che ha impegnato la giurisprudenza e la dottrina già per ben più di un decennio, e di cui sembra opportuno ripercorrere brevemente le più importanti tappe.

Per l'indirizzo giurisprudenziale tradizionale, qualora il ricorrente incidentale (aggiudicatario della gara d'appalto) miri a censurare la legittimazione a partecipare alla gara del ricorrente principale (secondo classificato), l'analisi del ricorso incidentale deve essere prioritaria, in quanto tali censure attengono alle condizioni dell'azione, che si riflettono sulla legittimazione al ricorso del ricorrente principale: se la partecipazione alla gara è stata illegittima, la stessa legittimazione a ricorrere in giudizio viene meno per il ricorrente principale<sup>596</sup>. Ciò in applicazione della disciplina scaturente dall'art. 276, comma 2, c.p.c.<sup>597</sup> –prima del merito vanno esaminate le questioni pregiudiziali, tra cui quelle di ammissibilità o meno dell'azione– che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto da sempre pacificamente applicabile anche in quest'ambito e di cui il c.p.a. ha esplicitamente riconosciuto l'applicabilità<sup>598</sup>. In applicazione di questo criterio il ricorso incidentale, qualora introduca questioni relative alla legittimazione del ricorrente

---

<sup>594</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2009.

<sup>595</sup> Cfr. G. PELLEGRINO, *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008.

<sup>596</sup> Cfr. R. VILLATA, *Riflessioni*, cit., p. 296.

<sup>597</sup> Art. 276, comma 2, c.p.c.: «Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa».

<sup>598</sup> Art. 76, comma 4, c.p.a. «Si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma, del codice di procedura civile [...]».

principale è in grado di bloccare, in caso di sua fondatezza, la cognizione dell'impugnazione principale, arrestando il giudizio a un momento logicamente anteriore, in quanto viene constatata l'inutilità dell'impugnazione principale<sup>599</sup> e vengono quindi prodotti effetti che investono l'(in)esistenza delle condizioni dell'azione principale.

Questo orientamento, tuttavia, per la sua rigidità, rischiava già da tempo di entrare in contrasto con esigenze di pari tutela "sostanziale" delle parti. A partire infatti dalla sentenza Cons. Stato n. 2468/2002, la quale, pur inserendosi pienamente all'interno dell'indirizzo tradizionale, ne aveva denunciato i limiti e soprattutto aveva contestato l'assolutezza della regola da esso scaturente, si è aperto un varco nella sua severità. Nelle motivazioni portate dal Consiglio di Stato non era infatti stata ritenuta astrattamente assoluta la conclusione cui giungeva l'indirizzo tradizionale, ed era invece stata operata una distinzione tra le diverse situazioni pratiche che potrebbero incontrarsi, rilevandosi poi in particolare come nell'ipotesi in cui i partecipanti alla gara fossero solamente due, soggetti che avrebbero poi proposto rispettivamente ricorso incidentale e principale, sarebbe stato possibile giungere all'annullamento degli atti amministrativi, ai fini della successiva ed eventuale rinnovazione della gara da parte della PA. Ha cioè iniziato ad apparire palese, ai giudici ed anche alla dottrina, l'*iperprotezione*<sup>600</sup>, sul piano sostanziale, che l'orientamento tradizionale conferiva all'aggiudicatario di una gara d'appalto divenuto ricorrente incidentale in processo.

In particolare quindi, quando i concorrenti alla gara sono solo due, e propongono entrambi ricorsi vicendevolmente escludenti (ovvero, che contestino entrambi la legittimazione alla partecipazione alla gara dell'altro e, di conseguenza, la legittimazione a stare in giudizio) la piena equiordinazione delle due posizioni è lampante<sup>601</sup>, ed altrettanto evidente è allora la disparità di trattamento delle due

---

<sup>599</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689, in *Il Foro Amm. C.d.S.*, 2006, p. 1812; Cons. St., Sez. IV, 6 novembre 2007, n. 5742.

<sup>600</sup> Cfr. Cons. St., Sez. V, 13 novembre 2007, n. 5811; in dottrina cfr. in particolare G. PELLEGRINO, *Abuso*, cit.

<sup>601</sup> *Contra*, però, R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., p. 343, per il quale «in caso di impugnative reciprocamente escludenti l'accertamento della legittimazione del ricorrente principale è oggetto di una specifica domanda, proposta dall'aggiudicatario ricorrente incidentale, che il giudice deve decidere perché introduce una questione di rito; viceversa la legittimazione di quest'ultimo è sì pur essa oggetto di domanda ma la decisione relativa è subordinata, come tutte quelle censurate nel ricorso principale, alla previa verifica dell'ammissibilità dello stesso, secondo l'ordine prescritto dall'art. 76 c.p.a. e dall'art. 276 c.p.c.». Ma, si ritiene, la posizione processuale, in quest'ottica, viene determinata

posizioni derivante dall'applicazione della regola della priorità logica di analisi del ricorso incidentale.

Così l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 11 del 2008<sup>602</sup> aveva rovesciato l'indirizzo tradizionale e, ancorandosi al principio della parità delle parti ex art. 111, comma 2, Costituzione e art. 6, Convenzione EDU, aveva affermato l'assenza di un predeterminato ordine di esame delle questioni, in quanto l'equiparabilità delle situazioni in gioco postulava il necessario esame di entrambi i gravami<sup>603</sup>. L'ordine di esame avrebbe dunque dovuto essere determinato dal giudice solo a seguito di una valutazione di merito di entrambi i ricorsi, seguendo il principio di economia processuale. Insomma, avrebbe dovuto potersi produrre l'effettiva soccombenza o vittoria nel merito dell'uno o dell'altro ricorso. Così stabilendo, l'Adunanza Plenaria superava la regola derivante da un'applicazione incondizionata dell'art. 276, comma 2, c.p.c., e valorizzava, processualmente, il solo interesse strumentale alla ripetizione della gara d'appalto, quasi però dimenticando le conseguenze, in particolare riguardo le regole processuali, che dall'affermazione di tale principio sarebbero potute derivare.

Ripartendo proprio dalle categorie processual-amministrativistiche (carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa e carattere sostanziale della legittimazione ad agire), dapprima la dottrina<sup>604</sup>, poi la stessa giurisprudenza<sup>605</sup>, hanno criticato duramente i risultati cui era pervenuta l'Adunanza Plenaria. E di nuovo investita dalla questione, la stessa Adunanza Plenaria ha rovesciato il suo indirizzo del 2008 (con la

---

da un atto amministrativo che, potenzialmente, potrebbe essere illegittimo, e sia la questione riguardante legittimazione e interesse ad agire del ricorrente principale, sia quella del ricorrente incidentale, sono questioni pregiudiziali che vanno esaminate prima di poter discutere del merito della controversia. Insomma, l'equivalenza delle posizioni giuridiche sul piano sostanziale dovrebbe replicarsi anche nel processo. Cfr. anche G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012, nonché A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 3, 796 ss.; M. GIAVAZZI, *La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2012, f. 6, pp. 1052-1053.

<sup>602</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 8 novembre 2008, n. 11, cit.

<sup>603</sup> Tuttavia, appare in parte condivisibile quanto rileva Villata: non si tratterebbe, infatti, di applicazione del principio processuale di parità delle parti – da intendersi “parità delle armi processuali” –, bensì di una situazione di fatto (equivalenza di due posizioni giuridiche) che l'indirizzo tradizionale non è in grado di riconoscere e garantire. Si vuole sottolineare, cioè, che tale principio non sembra sufficiente per giustificare gli approdi dell'AP n. 11/2008.

<sup>604</sup> Cfr. R. VILLATA, *Riflessioni*, cit.; G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 200 ss.; R. VILLATA, *Annotando gli annotatori*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1183 ss.

<sup>605</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351.

già citata sentenza n. 4/2011)<sup>606</sup>, a sua volta però lasciando in secondo piano l'evidente equivalenza delle due posizioni nella particolare ipotesi in questione.

Tale indirizzo ha dunque ri-affermato che il ricorso incidentale, quando *paralizzante*, comporta *sempre* la priorità d'esame dello stesso. Infatti –si è sostenuto– la questione introdotta è di tipo pregiudiziale, in quanto riguarda la verifica della legittimazione ad agire del ricorrente principale-secondo classificato in graduatoria. E dunque, in quanto tale, siffatta questione pregiudiziale va esaminata prioritariamente dal giudice. Perciò, in caso di sua fondatezza, il giudizio si arresterebbe a tal momento, ed il ricorso principale diverrebbe improcedibile. Legittimati ad agire in giudizio sono infatti solo coloro che hanno legittimamente partecipato ad una gara d'appalto, ovvero, in termini più generali, solo coloro che sono titolari di una situazione sostanziale –secondo la tradizionale impostazione delle condizioni dell'azione nel processo amministrativo–. E sarebbero le regole sulla giurisdizione amministrativa che porterebbero inevitabilmente a questo risultato. L'equiordinazione tra i due soggetti, benché tale sia nei fatti, non si replicherebbe in processo, proprio a causa della diversa posizione assunta processualmente<sup>607</sup>.

Investita della questione dal T.A.R. Piemonte<sup>608</sup>, la C.G.U.E., con sentenza del 4 luglio 2013 (sentenza C-100/12, c.d. Fastweb), sulla base di un'interpretazione estensiva della giurisprudenza scaturente dalla sentenza Hackermüller<sup>609</sup> ha però affermato che «il

---

<sup>606</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4.

<sup>607</sup> Cfr. R. VILLATA, *Annotando*, cit.

La giurisprudenza amministrativa si era tendenzialmente conformata a quest'indirizzo (cfr. C. LAMBERTI, *Per la Corte di Giustizia l'incidentale non è più "escludente"?*, in *Urb. e App.*, 2013, 1003 ss. e la giurisprudenza ivi richiamata, in particolare cfr. note nn. 68, 69 e 70), mentre la giurisprudenza civile ha preso posizione contro la decisione dell'A.P. n. 4/2011, con una sentenza decisamente "atipica" della Corte di Cassazione. In essa si denuncia l'errore di diritto in cui il massimo organo di giustizia amministrativa sarebbe incappato nel negare la tutela giurisdizionale della posizione del ricorrente principale-secondo classificato in graduatoria, di fronte ad un'eccezione di inammissibilità dedotta dal ricorrente incidentale (Corte Cass., Sez. Un. Civ., 21 giugno 2012, n. 10294).

<sup>608</sup> Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 9 febbraio 2012, n. 208 in *Urb e App.*, 2012, fasc. 4, 437 ss., con nota di M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, 440 ss. Oggetto del rinvio è stata la regola di diritto vivente scaturente dalla pronuncia dell'A.P. 4/2011, e in particolare se questa, nell'ambito delle gare d'appalto, non contrasti con i principi comunitari di parità delle parti, di non discriminazione, di tutela della concorrenza così come affermati nella Direttiva ricorsi (cfr. in particolare art. 1 Direttiva 89/665/CEE.).

<sup>609</sup> Cfr. C.G.U.E., sent. 19 giugno 2003, *Hackermüller*, C-249/01, che interpreta l'art.1, par. 3, della Direttiva ricorsi nel senso che gli Stati membri devono garantire «procedure di ricorso accessibili a chiunque voglia ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ma che essa consente loro di esigere, inoltre, che la persona interessata sia stata o rischi di essere lesa dalla violazione da essa denunciata. Si deve pertanto rispondere alla prima questione che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 non impedisce che le

*ricorso incidentale* dell'aggiudicatario *non può comportare il rigetto del ricorso* di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici» (enfasi aggiunte)<sup>610</sup>. Perciò l'articolo 1, paragrafo 3, della Direttiva ricorsi, deve essere interpretato nel senso che nel caso di domande incrociate proposte da due partecipanti ad una gara d'appalto, l'eccezione di inammissibilità, proposta dall'aggiudicatario avverso il ricorrente principale-offerente, non può comportare l'inammissibilità del ricorso principale senza che *prima* il giudice non si sia pronunciato sulla conformità delle offerte di entrambi i partecipanti<sup>611</sup>, riaffermando la piena parità delle due situazioni. La sentenza ha subito aspre critiche da parte della dottrina, preoccupata di individuare la posizione differenziata che il ricorrente principale invece non sembrerebbe avere<sup>612</sup>. Ma la *ratio* della pronuncia in discorso, a parere di chi scrive, era ribadire come non potesse essere pretermessa la parità delle situazioni sostanziali delle parti: tanto il primo in graduatoria, quanto il secondo, potrebbero aver partecipato alla gara senza possedere i requisiti richiesti o presentando offerte inammissibili: va

---

procedure di ricorso previste da detta direttiva siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se queste ultime siano state o rischino di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata» (punti in diritto 18 e 19).

Inoltre, la sentenza specifica che «non può esserci alcun dubbio sul fatto che una decisione con la quale l'autorità aggiudicatrice esclude l'offerta di un interessato prima ancora di procedere a tale selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto comunitario in materia di appalti pubblici (v., in particolare, sentenze 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 37, e 23 gennaio 2003, causa C-57/01, Makedoniko Metro e Michaniki, Racc. pag. I-1091, punto 68) e non prevedendo essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni (v., in particolare, citate sentenze Alcatel Austria e a., punto 35, e HI, punto 49)» (punto in diritto 24).

<sup>610</sup> Così C.G.U.E., sentenza Fastweb.

<sup>611</sup> Cfr. C.G.U.E., sentenza Fastweb, di cui riportiamo il dispositivo: «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale».

<sup>612</sup> Basti rinviare a L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, f. 2, 577 ss.



garantito, pertanto, che i due abbiano piena parità di trattamento. Spetta all'interprete (italiano) sistematizzare tale ineludibile approdo.

Un altro rinvio all'Adunanza Plenaria, originato dalla VI Sezione<sup>613</sup>, ha infatti preso le mosse dal presupposto che le due posizioni sostanziali (del ricorrente incidentale e principale), in tesi «perfettamente identiche e speculari», siano in realtà, in sede processuale, trattate dando preferenza alla posizione dell'aggiudicatario. Ciò significa, a ben vedere, che l'esito della gara, ma in definitiva anche del giudizio, «viene a dipendere da un atto dell'Amministrazione» (enfasi aggiunta)<sup>614</sup>. Infatti la gara rischia di non venire nemmeno sindacata in sede giurisdizionale<sup>615</sup>, facendo sì che l'atto amministrativo diventi «fonte di un effetto irreversibile» e non giudicabile. Ma la successiva (e anch'essa ben nota) pronuncia dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9 ha ribadito i principi della sentenza n. 4/2011 e, allo stesso tempo, si è adeguata alla sentenza Fastweb semplicemente ammettendo un'eccezione alla regola del necessario esame prioritario del ricorso incidentale escludente; eccezione che circoscrive alla circostanza che i ricorsi vicendevolmente escludenti abbiano ad oggetto il *medesimo* vizio, sul presupposto che la sentenza Fastweb parla di motivi *identici*<sup>616</sup>.

Tutt'altro che un “finale di partita”, come rileva Villata<sup>617</sup>. Oltre alle critiche della dottrina, è intervenuta nuovamente la Cassazione a Sezioni Unite<sup>618</sup>, che ha considerato diniego di giurisdizione il negare al ricorrente principale l'esame del suo ricorso<sup>619</sup>.

E nuovamente, su rinvio del C.G.A.R.S.<sup>620</sup>, è intervenuta la giurisprudenza della C.G.U.E. (sentenza c.d. Puligienica<sup>621</sup>), riaffermando i principi della sentenza

---

<sup>613</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2618.

<sup>614</sup> Cfr. Cons. St., Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2618, punto di diritto n. 31.

<sup>615</sup> A questo proposito, l'ordinanza riscontra il pericolo che le determinazioni della stazione appaltante possano «risultare la conseguenza di determinazioni arbitrarie e indebitamente sollecitate». Al di là di questo rischio, che potrebbe certo sussistere, il vero punto focale toccato in questi rilievi è l'aver svelato quale viene ad essere l'estrema conseguenza dell'indirizzo in esame, ovvero sia la possibilità che la gara venga decisa sulla base di un atto che non può più venire sindacato, e nonostante ne venga contestata la legittimità dagli unici due soggetti che vi hanno partecipato.

<sup>616</sup> Cfr. su tale sentenza, tra gli altri, L. BERTONAZZI, *Il ricorso*, cit., 563 ss.

<sup>617</sup> Cfr. R. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, f. 2, 826 ss.

<sup>618</sup> Cass. Civ., Sez. Un. Civ., 6 febbraio 2015, n. 2242.

<sup>619</sup> Successivamente, ancora, Cass. Civ., Sez. Un. Civ., 29 dicembre 2017, n. 31226. Sul tema accennato basti richiamare sempre R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., 325 ss. nonché, sul tema strettamente correlato dell'eccesso di potere giurisdizionale, G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, Relazione in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena. “La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi”, Castello di Modanella, Siena, 19-20 maggio 2017, in [www.spisa.unibo.it](http://www.spisa.unibo.it).

Fastweb<sup>622</sup> e specificando che «un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, [non può essere] dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente»<sup>623</sup>. È stata apertamente sconfessata, dunque, l'AP n. 9/2014, che aveva “chirurgicamente” circoscritto l'applicabilità del portato della sentenza Fastweb.

Da segnalare altresì le sentenze Archus<sup>624</sup> e Bietergemeinschaft (o BTG)<sup>625</sup>, che richiamano i principi della giurisprudenza Fastweb e Puligienica, definendo con più chiarezza le posizioni soggettive rilevanti in questa materia. La sentenza Archus conferma gli orientamenti precedenti, specificando in particolare il significato di “determinato appalto” cui un operatore può aspirare, che può essere anche quello che viene eventualmente ri-bandito dalla stazione appaltante a seguito dell'annullamento da parte del giudice<sup>626</sup>. La sentenza BTG, al contrario, appare di poco conto rispetto alla questione (la stessa Corte afferma come le sentenze in esame non rilevino rispetto al caso di specie), in quanto in tal caso uno dei ricorsi era già stato definitivamente rigettato con sentenza passata in giudicato.

---

<sup>620</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giurisd., Ord. 17 ottobre 2013, n. 848.

<sup>621</sup> C.G.U.E., sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest s.p.a., commentata, tra gli altri, da M.B. CAVALLO, *L'ordine di esame dei ricorsi, principale e incidentale, in materia di contratti pubblici dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 5 aprile 2016 e i suoi effetti sulla reale efficacia delle gare di appalto*, in *www.lamministrativista.it*, 2016 (con numerosi richiami dottrinali); E.M. BARBIERI, *La Corte di giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, f. 2, 551 ss.; A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 3, 796 ss.; C. LAMBERTI, *La Corte di giustizia promuove l'interesse strumentale e il suo ruolo d'interprete (unica) del diritto europeo*, in *Urb. App.*, 2016, f. 10, 1084 ss.

<sup>622</sup> Cfr. in particolare punti in diritto 24, 25, 26 e 27.

<sup>623</sup> E ciò a prescindere dal «numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come [dal] numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e [dal]la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti»: punto in diritto n. 29. Sul punto cfr. *infra*.

<sup>624</sup> Già *supra* citata, sentenza C-131/16.

<sup>625</sup> Cfr. C.G.U.E., sentenza 21 dicembre 2016, C-355/15.

<sup>626</sup> Dunque chiarisce un profilo che certamente rileva anche ai fini della questione in esame. *Contra* R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., pp. 347-348.

Solo ora la giurisprudenza nazionale sembra essersi allineata alla Corte europea. Un'ennesima (e evidentemente necessaria) ordinanza di rimessione ha investito l'Adunanza Plenaria, riguardante una gara con più di due partecipanti e rispetto a cui sono contestati vizi non identici. La questione che è stata rimessa era infatti «se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate»<sup>627</sup> – dandosi, insomma, per scontato che l'esame di entrambi i ricorsi sia necessario, quantomeno quando si tratti di due concorrenti ed entrambi ricorrenti–.

E, finalmente, anche la Plenaria ha recentissimamente aderito a questa conclusione, seppur *obiter dictum*. La stessa ha infatti affermato –e in maniera decisamente sorprendente visto che l'ultima pronuncia sul punto era la già ricordata AP n. 9/2014– che «nessuno dubita che, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi proponano ricorsi vicendevolmente escludenti, si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione dai medesimi proposti, quali che siano i motivi di censura ivi contenuti»<sup>628</sup>.

Ma non sembra che, al di là della recezione di questa regola da parte della giurisprudenza, sia stata ricostruita sistematicamente la questione, che si atteggia semplicemente quale (ancora una volta) eccezione alle “tradizionali regole delle condizioni dell'azione”.

Ebbene, seguendo l'approccio del presente lavoro, e calando dunque la proposta al caso di specie, deve ritenersi che nelle fattispecie in discussione la legittimazione ad agire sussista in capo ai concorrenti che prospettino di essere titolari della possibilità di competere alla gara d'appalto. Nel caso dei due soli concorrenti, entrambi ricorrenti con ricorsi vicendevolmente escludenti, questi saranno titolari anche dell'interesse ad agire

---

<sup>627</sup> Cons. Stato, Sez. V, Ord. 6 novembre 2017, n. 5103, commentata da C. CONTESSA, in *Giur. It.*, 2018, f. 1, pp. 21-22; richiamata anche nel recente scritto di Villata, R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit.

<sup>628</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., Ord. 8 maggio 2018, n. 6, commentata da Villata: R. VILLATA, *Postilla a La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, f. 3, 743 ss., spec. a p. 750 ove fa con ragione notare la dissonanza delle posizioni dottrinali, nonché della stessa Plenaria, di più di un decennio di dibattito.

nel momento in cui prospetteranno altresì l'intenzione di partecipare anche all'eventuale rinnovanda gara. La (doverosa) trattazione preliminare delle questioni pregiudiziali non potrà che condurre a questo esito, e nel caso in cui emerga, nel merito, la mancanza della titolarità della posizione giuridica soggettiva in capo a uno (o entrambi), questa sarà appunto risolta con sentenza di merito, e alla luce dell'esame di entrambi i ricorsi. L'esito (l'esame di entrambi i ricorsi) è il medesimo, peraltro, anche a voler considerare quale situazione giuridica soggettiva tutelata l'interesse legittimo all'aggiudicazione dell'appalto<sup>629</sup>.

Ma resta sul campo, a questo punto, il problema riguardante una gara con più di due partecipanti, poiché potrebbe darsi l'ipotesi in cui l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi possa avvantaggiare un'impresa rimasta estranea al giudizio, e la cui posizione non sia stata contestata da alcuno. La sentenza Puligienica (punto in diritto n. 29), argomentando, sostiene che il numero di partecipanti alla gara d'appalto non dovrebbe cambiare la regola di diritto. Le relative Conclusioni dell'Avvocato generale<sup>630</sup>, parr. 35-40, richiamate anche dalla Corte al punto in diritto n. 28, rilevano che «non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura». Valorizzano pertanto un interesse delle parti che non sembra volto all'aggiudicazione della gara d'appalto, ma a una sorta di speranza che anche le altre offerte rimaste in campo siano viziate, in modo tale che la PA agisca in autotutela e dunque annulli e rinnovi la gara. La sentenza Puligienica, peraltro, prende questa posizione sulla base di assunti che non sembrano pienamente condivisibili, interpretando il punto 33 della sentenza Fastweb in maniera peculiare, poiché la sentenza Fastweb in tale ipotesi sembra valorizzare in effetti "l'interesse legittimo all'esclusione di altri concorrenti";

---

<sup>629</sup> Soluzione già proposta da G. PESCATORE, *Brevi note in tema di ricorso incidentale escludente, legittimazione al ricorso ed ordine di esame delle questioni*, in *www.lexitalia.it*, 2012, n. 5.

Sia altresì consentito il rinvio a E. PICOTTI, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nell'ambito delle gare d'appalto, attendendo la nuova pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 15 novembre 2013, n. 2540, in *Il Foro Amm. T.A.R.*, 2013, f. 12, LXXV ss.

<sup>630</sup> Presentate il 23 aprile 2015 dall'Avvocato generale Melchior Wattelet.

ipotesi che tuttavia, in realtà, è circoscritta (sempre dallo stesso punto in diritto n. 33) alla peculiare situazione di due soli offerenti e ricorrenti<sup>631</sup>. La sentenza Puligenica sembra valorizzare comunque l'“interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto”, accompagnato da una lesione anche solo potenziale, interesse che può anche essere diretto (solamente) a “ottenere l'esclusione di un altro offerente”. Insomma: la posizione giuridica soggettiva che sembra qui valorizzata è diversa dalla possibilità di competere; ha ad oggetto invece la posizione di qualsiasi altro concorrente (!). Come se fosse, in definitiva, semplicemente possibile contestare qualsiasi posizione altrui in una graduatoria.

Sul punto la giurisprudenza nazionale ha adottato due soluzioni contrastanti. Secondo Cons. Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708 «l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale “escludente”) è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale». Ma tale vantaggio sembra effettivamente configurarsi soltanto in presenza di due sole imprese partecipanti: quando siano più di due, e nonostante quanto appena detto, l'interesse anche solo strumentale non si configura, poiché sarebbe avvantaggiata la terza impresa classificata<sup>632</sup>. Secondo Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio

---

<sup>631</sup> «Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare»

<sup>632</sup> Commentata da C. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligenica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, 1202 ss. Nella stessa prospettiva: «Cons. Stato, V, 27 febbraio 2017, n. 901 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di cinque concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente ricorso incidentale dell'aggiudicatario. La sentenza valuta corretto l'esame del solo ricorso incidentale, il vizio prospettato dal ricorrente principale non essendo in grado di inficiare le offerte degli altri concorrenti: perciò non vi era per il ricorrente principale possibilità di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale); Cons. Stato, V, 10 aprile 2017, n. 1677 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di due soli concorrenti, con impugnazione della seconda classificata per l'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente ricorso incidentale dell'aggiudicatario. La sentenza riforma la decisione del primo giudice dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso principale a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale, riconoscendo la sussistenza dell'interesse alla rinnovazione della gara da parte del ricorrente principale); Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2226 (relativa a procedura di gara con la partecipazione di sei concorrenti, impugnazione proposta dalla terza classificata contro l'aggiudicazione a favore della prima e dell'ammissione della seconda classificata, e ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario. La sentenza ha riformato la

2017, n. 3593, invece, il ricorso principale dovrebbe essere esaminato a prescindere dalla sussistenza dell'interesse ad agire, anche strumentale<sup>633</sup>. E tali conclusioni sono dettate da una lettura della giurisprudenza della C.G.U.E. che valorizzerebbe la (ancor più) eventuale possibilità dell'annullamento in autotutela da parte della PA della gara, permettendo così di configurare tale interesse strumentale, ancor più "debole" rispetto ai casi prima esaminati, come appena illustrato.

Ebbene, nella sua recentissima pronuncia, la Plenaria<sup>634</sup> preferisce rivolgersi alla Corte di Giustizia, cui ha rinviato –anche in forza dei principi della sentenza Cilfit<sup>635</sup> e, si aggiunge, della più recente Global Starnet<sup>636</sup>– la questione. Prende comunque posizione ritenendo opportuno lasciare al giudice un margine di valutazione in merito alla valutazione dell'*interesse concreto, sia pure strumentale*, sussistente o meno in capo al ricorrente principale, al fine di decidere cioè dell'ammissibilità del suo ricorso. Ciò sarebbe «maggiormente armonico con il sistema processuale nazionale e con il principio di autonomia processuale incentrato sull'iniziativa delle parti»<sup>637</sup>. La Plenaria dunque chiede al giudice europeo se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della Direttiva ricorsi «possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse

---

pronuncia di primo grado che aveva esaminato il ricorso incidentale e il ricorso principale affermando che il vizio prospettato dal ricorrente principale non era in grado di inficiare le offerte presentate dagli altri concorrenti, con la conseguenza che il ricorrente principale non era in condizione di conseguire alcuna utilità, neppure indiretta o strumentale); Cons. Stato, V, 30 giugno 2017, n. 3178 (in cui, peraltro, la sentenza 26 agosto 2016 n. 3708 è solamente richiamata per trarne la conseguenza della necessaria disamina del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale)»: pronunce tutte richiamate da Cons. Stato n. 5103/2017.

<sup>633</sup> Cfr. anche AP n. 6/2018.

<sup>634</sup> In forza del già richiamato rinvio effettuato dalla V Sezione, Ord. n. 5103/2017.

<sup>635</sup> C.G.U.E., 6 ottobre 1982, C-283/81.

<sup>636</sup> C.G.U.E., 20 dicembre 2017, C-322/16.

<sup>637</sup> Cfr. AP n. 6/2018, punto in diritto n. 16.

affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)»<sup>638</sup>.

L'assunto della Plenaria, in via di principio, è certamente condivisibile: è corretto lasciare un "margine d'apprezzamento" al giudice. Tuttavia non viene offerto alcun criterio o parametro rispetto al quale valutare la pretesa "concretezza" dell'interesse; anche perché essa sembra considerare l'interesse strumentale non quale istituto processuale –uno dei caratteri dell'interesse ad agire– bensì quale situazione sostanziale. La questione sembra insomma, anche in questo caso, mal posta: come se si stesse chiedendo al giudice europeo di evitare di dare una risposta al "vero" quesito, relativo all'interpretazione dell'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della Direttiva ricorsi, su cui non sembra che la Plenaria si sia soffermata più di tanto, dunque di evitare di definire con chiarezza quale sia l'interesse (sostanziale) protetto da tali norme.

Si tratta cioè di quella posizione giuridica soggettiva che consiste nella possibilità di competere, che nel processo deve essere accompagnata da un interesse all'aggiudicazione dell'appalto (eventualmente rinnovato dalla PA a seguito dell'annullamento da parte del giudice), ovvero della posizione giuridica soggettiva relativa alla mera possibilità di contestare posizioni in graduatoria altrui, e dunque relativa al corretto formarsi dei concorrenti? Posizione che, in quest'ultimo caso, sarebbe accompagnata da un interesse all'aggiudicazione dell'appalto decisamente debole, dipendente da un eventuale annullamento "autonomo" e in autotutela da parte della PA.

È preferibile, certamente, la prima ipotesi: ciò che sembrerebbe più in linea sia con le indicazioni precedenti del diritto europeo, sia con la funzione di tutela soggettiva del processo amministrativo italiano. In tal caso, la proposta qui fornita sarebbe anche adatta a chiarire l'atteggiarsi delle condizioni dell'azione. L'esempio, dunque, è quello in cui il secondo classificato impugni con ricorso principale l'aggiudicazione e l'aggiudicatario impugni con ricorso incidentale l'offerta del secondo classificato-ricorrente principale. A questo punto, se entrambe le imprese hanno prospettato

---

<sup>638</sup> Cfr. AP n. 6/2018. La questione pende ora avanti alla Corte di Giustizia, al n. di causa C-333/18, e rispetto alla quale la Corte ha già in parte statuito, rigettando la richiesta di sottoporla al rito accelerato ex art. 105, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte.

l'esclusione dell'altra, il giudice dichiarerà inammissibili i ricorsi per carenza di interesse ad agire di entrambe, poiché è evidente che potrebbe darsi ripetizione della gara (e sussistenza di interesse ad agire) solo se non residuassero altri concorrenti in graduatoria. Una doppia inammissibilità, cioè, che comporterà il consolidamento della graduatoria (sempre fermo restando che la PA potrà comunque decidere di agire in autotutela, qualora vi siano i presupposti legali per il suo esercizio). Per evitare tale conseguenza, una volta ricevuta la notifica dell'impugnazione incidentale, il ricorrente principale-secondo classificato sarebbe onerato di impugnare, con motivi aggiunti, anche la posizione del terzo (e quarto, e quinto) classificato, per far valere eventuali vizi della loro offerta o dei loro requisiti, e poter ottenere così l'annullamento della graduatoria<sup>639</sup>. Si resterebbe, così ancora, nel pieno solco di un processo di parti, retto dal principio della domanda e volto alla tutela di posizioni soggettive.

Secondo la prospettiva qui fornita, la situazione giuridica soggettiva tutelata, nel settore degli contratti pubblici, si concreta nella posizione di un'impresa di settore che abbia la possibilità di competere; la legittimazione ad agire consiste nella prospettazione di tale posizione, l'interesse ad agire nella prospettazione del vantaggio che si intende perseguire, vantaggio che deve consistere nell'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, che se non immediato, può essere legato alla riedizione della gara da parte della PA a seguito dell'annullamento della stessa da parte del giudice. Ciò garantisce la funzione di giurisdizione soggettiva del processo amministrativo ma, al tempo stesso, garantisce «l'applicazione effettiva delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici in ogni fase della procedura di aggiudicazione»<sup>640</sup> (doppia funzione del processo). Del resto, la PA può comunque e indipendentemente agire in autotutela, e anche altri strumenti, quali in particolare la legittimazione straordinaria di ANAC e AGCM possono permettere un ulteriore controllo sulle procedure di gara.

Va specificato un ultimo punto: la prospettiva dell'azione in autotutela della PA valorizzata dalla sentenza Puligenica sembra in realtà riferita alla *prospettazione* che il vizio denunciato dalle parti – e in particolare dal ricorrente principale – infici *anche* le

---

<sup>639</sup> Soluzione ipotizzata da C. BERTONAZZI, *Ordine di esame*, cit., p. 1214 e da R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., p. 351, nt. 72.

Sembra invece già trasparire dalla lettura della sentenza Puligenica la “portata sistematica” della stessa, che Villata invece nega: si confrontino in particolare i punti in diritto nn. 24 e 25, richiamati dal punto in diritto n. 28, che richiamando la sentenza Fastweb non fanno alcun riferimento alla identità del vizio.

<sup>640</sup> Sentenza Hackermüller, punto in diritto n. 28.



offerte altrui<sup>641</sup>. E tale prospettazione sarebbe finalizzata al solo fine di rendere possibile lo scrutinio del ricorso principale<sup>642</sup>. In altre parole, si tratterebbe semplicemente – secondo la prospettiva qui avanzata– di portare in giudizio ragioni atte a fondare l’interesse ad agire, pari all’interesse ad agire strumentale se le circostanze addotte costringessero la PA ad agire in autotutela; dunque, un’indicazione in tal senso da parte della C.G.U.E. permetterebbe ancora di rimanere nel solco del processo soggettivo di parti, volto alla tutela di quella posizione soggettiva che consiste nella possibilità di competere (e finalizzata all’aggiudicazione dell’appalto)<sup>643</sup>.

Deve attendersi, a questo punto, la pronuncia della Corte di Giustizia; se la posizione che prenderà sarà quella della valorizzazione della posizione delle parti che intendano contestare la “sola” ammissione altrui, al fine di salvaguardare la funzione soggettiva del processo amministrativo dovrà a quel punto valorizzarsi un interesse ad agire decisamente debole, o meglio non volto all’aggiudicazione della gara –ciò che, tuttavia, il diritto europeo sembrerebbe sino ad ora rifuggire. Ma emergerebbe, più probabilmente, una diversa posizione soggettiva, relativa alla corretta formazione del parco dei concorrenti<sup>644</sup>. Da tale eventuale indicazione dovranno altresì trarsi opportune conseguenze e porsi interrogativi relativi alle “soggettività” giuridiche rilevanti per l’ordinamento, sempre più allineate all’interesse (o agli interessi) pubblici<sup>645</sup>.

#### 4.3.3 Il nuovo rito “superaccelerato”

Introdotta dal cd. nuovo Codice dei contratti pubblici<sup>646</sup>, il rito “superaccelerato” in materia di contratti pubblici attiene alla fase di ammissione alla gara delle imprese, in quanto limita l’impugnabilità del «provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali» (art. 120, commi 2-bis,

---

<sup>641</sup> Cfr. punto in diritto 28, sentenza Puligienica.

<sup>642</sup> Cfr. C. BERTONAZZI, *Ordine di esame*, cit., p. 1213.

<sup>643</sup> *Contra* V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione*, cit., pp. 111-112.

<sup>644</sup> Su cui v. *infra*, § 4.3.3, con riferimento alla emergente posizione giuridica soggettiva relativa al nuovo rito superaccelerato.

<sup>645</sup> Parla in proposito di “deriva oggettivistica” C. BERTONAZZI, *Ordine di esame*, cit., p. 1204, nonché di interesse ad agire “inesistente”, p. 1208. La prospettiva è condivisa da M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti. Nota a Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest*, in *Riv. AIC*, 2016, f. 3.

<sup>646</sup> D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

c.p.a.)<sup>647</sup>. Esso va impugnato immediatamente (entro 30 giorni), di modo da determinare «in modo definitivo e non più contestabile l'ambito dei partecipanti ad una gara» evitando così che «con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara»<sup>648</sup>. La novità legislativa comporta non poche problematiche interpretative<sup>649</sup> ma ci si concentrerà, in questa breve analisi, solo sulle questioni relative alle condizioni dell'azione e alla posizione soggettiva tutelabile con tale rito.

La scelta legislativa di introdurre il rito in esame, piuttosto di aver dato per presupposto l'interesse ad agire, sembra aver “giuridificato” una posizione soggettiva, correlata alla chiara definizione della platea dei partecipanti alla gara<sup>650</sup>: posizione soggettiva che, inevitabilmente, si scolora di una caratterizzazione strettamente soggettiva e si fonde con interessi pubblici. Il rito in esame non sembrerebbe incompatibile con il diritto europeo, da questo punto di vista. Ed infatti, la Direttiva ricorsi si preoccupa solamente di garantire che il ricorso sia accessibile *almeno* a chi sia titolare della possibilità di competere; non impedisce di tutelare ulteriori e *diverse* posizioni soggettive. Questa diversa posizione soggettiva, dunque, richiederebbe un interesse ad agire processuale non relativo all'aggiudicazione dell'appalto ma, appunto, alla corretta formazione della platea dei concorrenti. Secondo Severini, nello stesso senso, se a prima vista sembrerebbe che l'interesse ad agire sia dato “per costituito” e *ex se* presupposto –e ciò rimanendo nel solco della tutela della posizione soggettiva relativa alla possibilità di competere e volta all'aggiudicazione dell'appalto<sup>651</sup>–, «è lecito chiedersi se all'innovazione non corrisponda un autentico interesse legittimo che è alla giusta formazione della platea dei concorrenti alla gara, bene che ora diviene tutelabile autonomamente. L'utilità del fine contiene l'utilità del mezzo: se il mezzo è

---

<sup>647</sup> L'art. 204, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016 ha introdotto i commi 2-*bis* e 6-*bis* all'art. 120 c.p.a., che regolano il rito in esame. La disciplina si completa con l'art. 29, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 che dispone in particolare la pubblicazione degli atti di ammissione e esclusione al fine di renderli conoscibili ai concorrenti e permetterne l'impugnazione ai sensi del comma 2-*bis*.

<sup>648</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4.

<sup>649</sup> Relative anche, ad esempio, all'ambito di applicazione temporale e oggettivo, al *dies a quo* della decorrenza del termine decadenziale di impugnazione, alla compatibilità con la tutela cautelare.

<sup>650</sup> Cfr. G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato e tecniche di “giuridificazione” degli interessi*, in *Urb. App.*, f. 4, p. 508, che richiama il lavoro curato da Marchetti e Renna: B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016.

<sup>651</sup> Nello stesso senso L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2017, f. 3, pp. 314-315.

già sufficientemente utile, evidentemente corrisponde a un già presente interesse sostanziale alla legittimità di quella prima fase del procedimento»<sup>652</sup>. Nello stesso senso si muovono le considerazioni dell'Adunanza Plenaria, n. 4/2018, punto in diritto n. 19.3.8<sup>653</sup>.

Piuttosto, dunque, la compatibilità con il diritto europeo –ma anche con il portato costituzionale– andrebbe indagata sotto il profilo dell'eccessiva onerosità del processo, ad esempio dal punto di vista della sproporzione del contributo unificato da corrispondere, parametrato comunque al valore dell'appalto da aggiudicare<sup>654</sup>. Anche da un punto di vista più generale, ciò interesserebbe certamente il diritto europeo poiché colui che è titolare della posizione soggettiva riconosciuta dal diritto europeo potrebbe trovarsi gravato di un onere eccessivo<sup>655</sup> –e dunque, sarebbe la tutela di questa (diversa) posizione a rischiare di non trovare adeguata o effettiva tutela–. Anche in proposito, deve attendersi, dunque, la pronuncia della Corte di Giustizia, cui è stata rinviata la questione pregiudiziale della compatibilità del rito superaccelerato con la normativa UE<sup>656</sup>.

---

<sup>652</sup> Così G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016.

<sup>653</sup> Interessante e originale la prospettiva di G. CUMIN, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. App.*, 2017, f. 5, 642 ss. che "frammenta" l'interesse a ricorrere rilevando come alla cui base vi sarebbe sempre la situazione soggettiva volta all'aggiudicazione dell'appalto, e in cui l'interesse ad agire si attergerebbe a "interesse strumentale di secondo grado". L'Autore dubita perciò della compatibilità costituzionale del nuovo rito.

<sup>654</sup> Cfr. sempre AP n. 4/2018, punto in diritto n. 19.3.10 e, in proposito, C.G.U.E. 6 ottobre 2015, C-61/14; cfr. ancora G. LO SAPIO, *Rito superaccelerato*, cit., pp. 511-512.

<sup>655</sup> Cfr. E.M. BARBIERI, *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, f. 6, 1580 ss.

<sup>656</sup> Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, Ord. 17 gennaio 2018, n. 88. Il giudizio pende innanzi alla Corte di Giustizia UE, al n. di causa C-54/18. Questi i quesiti sottoposti all'attenzione del giudice europeo: «1) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

2) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2 bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato».

In data 24 gennaio 2019, con Ordinanza n. 77, inoltre, il T.A.R. Piemonte ha permesso l'intervento *ad adiuvandum* di associazioni di categoria di avvocati amministrativisti nel relativo giudizio pendente

Si consideri ora l'intreccio del rito in esame con le tematiche trattate poco sopra e relative al ricorso incidentale (§ 4.3.2). Queste ultime in particolare sembrano ben lontane dall'aver trovato una definitiva soluzione, nonostante l'introduzione di questo rito. L'Adunanza Plenaria sembra di diverso avviso (sentenze nn. 4 e 6/2018), avendo sottolineato come la sua introduzione sarebbe avvenuta anche al fine di «neutralizzare per quanto possibile l'effetto “perverso” del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile rapporto con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)» (AP n. 4/2018, punto in diritto 19.3.6) e, similmente, come tale rito sia volto a superare «le dinamiche poste alla base dei complessi rapporti tra ricorso principale e incidentale» (AP n. 6/2018). Seppur certamente si produrrà un effetto di tal genere, riducendosi i casi ed evitando “giudizi retrospettivi”<sup>657</sup>, non sembra che il risultato possa essere pienamente raggiunto, potendosi configurare ricorsi reciprocamente escludenti aventi ad oggetto i soli contenuti dell'offerta, così come possono configurarsi ricorsi reciprocamente escludenti riguardanti l'ammissione delle imprese, da proporsi quindi con rito superaccelerato<sup>658</sup>; così come, ancora, la questione rileverà per i casi che esulano dal rito appalti.

È opportuno, comunque, soffermarsi brevemente sulla pretesa improponibilità del ricorso incidentale con il rito superaccelerato<sup>659</sup>, al fine di chiarire la situazione soggettiva tutelata e l'atteggiarsi delle condizioni dell'azione. Militerebbe nel senso dell'inutilizzabilità del ricorso incidentale la circostanza della “nascita” dell'interesse all'impugnazione. Potrebbe concludersi infatti nel senso di escludere la possibilità di proporre ricorso incidentale, visto che l'interesse tutelato da questo istituto sorge *solamente* alla proposizione del ricorso principale (art. 42 c.p.a.), mentre l'interesse alla

---

innanzi alla C.G.U.E. L'ordinanza merita segnalazione sia in relazione al tema della tutela degli interessi collettivi, su cui v. *infra*, § 4.4, sia in relazione all'istituto dell'intervento nel giudizio amministrativo sospeso per rinvio pregiudiziale (sul punto, basti rinviare a C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione Europea*, Napoli, 2017, e più precisamente ai commenti *sub* artt. 96 e 97 di M. CONDINANZI).

<sup>657</sup> Cfr. in particolare art. 120, comma 2-*bis*, che dispone tra l'altro che «[l]’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale».

<sup>658</sup> Riguardo la proponibilità del ricorso incidentale con rito superaccelerato il condivisibile orientamento maggioritario è di questo avviso: C. BERTONAZZI, *Ordine di esame*, cit., pp. 1215-1216.

<sup>659</sup> L'Adunanza Plenaria, in un *obiter dictum*, ritiene non esperibile tale mezzo, sulla base di un'opinabile interpretazione letterale dei commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a., nonché ritenendo che sarebbe altrimenti eluso il termine di cui al medesimo comma 2-*bis* per l'impugnabilità del provvedimento di ammissione/esclusione delle offerte.

contestazione del provvedimento di ammissione/esclusione sarebbe già sorto nel momento della sua pubblicazione, vista la disposizione del comma 2-*bis*. Ma questo ragionamento confonderebbe i due piani, sostanziale e processuale. Il ricorso incidentale può essere proposto quando l'interesse ad agire sorge in conseguenza di un'impugnazione principale, non quando sorge l'interesse sostanziale. Quest'ultimo, consistente nella situazione soggettiva correlata alla corretta formazione della platea dei partecipanti, sussiste in ipotesi già nel momento in cui si è preso parte alla procedura. Pertanto, per un soggetto escluso, l'interesse ad agire si attualizza già alla pubblicazione del provvedimento con gli ammessi/esclusi; per un soggetto ammesso invece questo può attualizzarsi sia nell'immediato –nei confronti di altri ammessi–, sia successivamente. Trovandosi già in una posizione di vantaggio, alla pubblicazione del provvedimento potrebbe infatti ritenersi soddisfatto di tale situazione e non impugnare il provvedimento; ma l'impugnazione del provvedimento potrebbe comportare il rimescolarsi dei concorrenti, dunque attualizzare l'interesse ad agire in un secondo momento<sup>660</sup>.

#### 4.4 *Gli interessi superindividuali e la legittimazione delle associazioni ambientaliste*

Il tema degli interessi superindividuali, e in particolare diffusi, è discusso soprattutto in relazione all'ambiente. E tanto più alla luce del recepimento della Convenzione di Aarhus<sup>661</sup> da parte dell'Unione Europea, che ha indicato elevati standard di tutela delle istanze ambientali anche in relazione alla tutela giurisdizionale; recepimento europeo che ha comportato un dibattito acceso in tutto il continente<sup>662</sup>. Di particolare interesse, ai nostri fini, sarà il confronto con lo sviluppo del dibattito in Germania, che presenta un sistema di giustizia amministrativa di stampo marcatamente soggettivo<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup> Diversamente ritiene G. LA ROSA, *Il ricorso incidentale*, cit., 179 ss.

<sup>661</sup> La Convenzione è stata firmata il 25 giugno 1998 ed è entrata in vigore il 30 ottobre 2001.

<sup>662</sup> Cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, cit., p. 736.

<sup>663</sup> Cfr. sul metodo comparativo e l'utilità della comparazione: M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, cit., pp. 737-738; L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'Amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in *www.giustamm.it*, 2017, n. 1.

La problematica della tutela degli interessi superindividuali nel processo amministrativo è conosciuta sin dagli inizi del secolo<sup>664</sup>, ma il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppato solo recentemente con la preponderante emersione di nuove domande di tutela provenienti dalla società (anni '70; prima tra tutte, l'ambiente)<sup>665</sup>. Ed infatti gli interessi superindividuali hanno acquisito rilevanza con il «sempre maggior affermarsi di un costume democratico»: «l'autorità amministrativa si rende conto che è messa in condizione di amministrare meglio se riceve i punti di vista dei portatori di interessi collettivi, in quanto questi sono in grado di darle rappresentazioni più ragionate intorno ai problemi sui quali è chiamata a decidere»<sup>666</sup>. Trattasi di interessi in cui il profilo soggettivo è decisamente debole, e in cui, al contrario, la rilevanza sociale è particolarmente significativa, in linea, del resto, con quanto rilevato sopra in relazione all'evoluzione delle posizioni soggettive che richiedono (nuove) tutele nel processo amministrativo<sup>667</sup>: «[l']estensione dell'area delle situazioni di vantaggio giustiziabili nel processo, in una all'ampliamento delle categorie dei soggetti legittimati ad adire il giudizio, si può dire vengano a configurarsi, proprio nella difesa del nuovo catalogo dei diritti e degli interessi del cittadino, come il *naturale completamento degli strumenti di controllo dell'azione amministrativa*»<sup>668</sup>.

Ma il processo amministrativo si è delineato quale processo a tutela di posizioni individuali che, se come visto in via generale ha permesso lo sviluppo di un sistema avanzato, dal punto di vista della tutela di interessi non direttamente riconducibili a un soggetto necessitava di una vera rottura rispetto allo schema individualistico. Rottura di cui si è fatta carico in primo luogo la giurisprudenza, che ha sfruttato gli istituti più dinamici del processo con «un uso originale e, a tratti, persino spregiudicato», *piegandoli* alle «mutate esigenze della tutela giudiziale»<sup>669</sup>. Si tratta esattamente del

---

<sup>664</sup> Cfr. A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1986, 22 ss.

<sup>665</sup> Nel processo civile il dibattito sembra più concentrato sulla possibilità di far valere interessi di singoli che trovino maggior tutela in azioni collettive (in particolare, in tema di *class action* a tutela dei consumatori): cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto*, cit., p. 57; S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, f. 3, 567 ss.; A. GIUSSANI, *Azione collettiva* (voce), in *Enc. Dir., Ann.*, I, Milano, 2007, 132 ss.

<sup>666</sup> Così M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, p. 33.

<sup>667</sup> V. *supra*, § 2.5.

<sup>668</sup> Cfr. R. LOMBARDI, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 216.

<sup>669</sup> Cfr. R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 481 ss.; le citazioni testuali sono a p. 484 e a p. 485.

processo evolutivo che si è valorizzato in questo lavoro: esigenze emergenti dalla realtà sociale che arrivano ad esprimersi nel processo, scontrandosi con le sue regole consolidate ma che infine ne impongono, necessariamente, l'evoluzione.

Gli istituti che rilevano sono in specie la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire. Occorre, dunque, interrogarsi in primo luogo sulla situazione soggettiva che sta alla base: situazione soggettiva che, essendo superindividuale (o meta-individuale), si distingue dall'interesse legittimo (e dal diritto soggettivo). Trattasi, invece, di un interesse che per sua definizione non può essere riferito a un soggetto unico e di cui è in primo luogo necessario individuare l'entità che può esserne portatrice<sup>670</sup>. Situazione soggettiva che merita comunque protezione giuridica non essendone certo preclusa la tutela dalla garanzia costituzionale (art. 24), che come ogni norma di garanzia «impone un minimo, non preclude un di più»<sup>671</sup>.

Gli interessi collettivi vengono dunque “giuridicizzati” in capo agli enti esponenziali<sup>672</sup>, e tale operazione logica permette di assimilarli, dal punto di vista sia della tutela giurisdizionale che di quella in ambito procedimentale, agli interessi legittimi. Infatti, l'ente esponenziale è organizzazione esistente che può portare in giudizio, e nel procedimento, l'interesse superindividuale di cui è, per sua natura e in quanto tale, portatore. Ciò che ha anche permesso di superare il problema relativo alla (ir)rilevanza della personalità giuridica (Cons. Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1979 n. 24<sup>673</sup>)<sup>674</sup>.

A differenza dell'interesse collettivo, l'interesse diffuso è adespota, riferibile a una comunità indeterminata e potenzialmente indeterminabile; è fruibile, a differenza dell'interesse collettivo, anche individualmente<sup>675</sup>. Dunque, in un primo momento, la giurisprudenza ha ampliato gli spazi della tutela giurisdizionale, ma riconoscendo la

---

<sup>670</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *La tutela*, cit., 23 ss. che individua diverse ipotesi legali di soggetti che possono essere portatori di interessi collettivi nel procedimento amministrativo.

<sup>671</sup> Così A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi c.d. diffusi*, in *Foro It.*, 1978, V, p. 17. V. anche *supra*, § 2.1.2.

<sup>672</sup> In particolare, associazioni sindacali e professionali.

<sup>673</sup> In *Le Reg.*, 1980, 733 ss., con nota (critica) di G. BERTI, *La legge tutela un interesse diffuso, ma il giudice ne ricava un interesse individuale*, 734 ss. Trattasi della nota sentenza che ha deciso della legittimazione dell'associazione Italia Nostra. Su tale vicenda processuale cfr. anche R. VILLATA, *Legittimazione*, cit., pp. 4-5.

<sup>674</sup> Cfr. R. FERRARA, *Interessi*, cit., pp. 487-488.

<sup>675</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3507; diffusamente G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)* (voce), in *Enc. Dir.*, Ann., VII, 2014, 513 ss.

tutela solamente agli interessi collettivi, che sono stati così distinti dagli interessi diffusi<sup>676</sup>.

Ai fini della tutelabilità anche di questi ultimi, il Legislatore è intervenuto qualificando la partecipazione procedimentale solo in capo a determinati soggetti –che possiedano indici di differenziazione particolari (stabile organizzazione, riferibilità dell’interesse all’ente)<sup>677</sup>–, sviluppando e stabilizzando criteri che erano già sorti nella giurisprudenza. Ma la “legittimazione procedimentale” non è criterio che è stato riconosciuto adatto a fondare anche la titolarità dell’azione<sup>678</sup>. La titolarità dell’azione giurisdizionale è stata invece riconosciuta, anch’essa, per via legislativa, con una soluzione che anche in questo caso è riconducibile in qualche modo al modello dell’interesse legittimo, e più precisamente alla soluzione adottata per gli interessi collettivi, individuando cioè –*ex lege*– un soggetto che possa agire alla stregua dell’ente esponenziale<sup>679</sup>.

La giurisprudenza tuttavia, con il supporto del criterio della *vicinitas* –ovvero dello stabile collegamento di un soggetto con una certa area geografica, criterio originato dalla “sentenza del chiunque”<sup>680</sup>– ha ampliato la casistica legislativa e giuridicizzato gli interessi diffusi, concretizzando e localizzando l’interesse in relazione a un particolare territorio e a particolari soggetti<sup>681</sup>. Emblematicamente in questo senso, in tema di interessi ambientali, la giurisprudenza ha riconosciuto la titolarità dell’azione in capo alle sezioni regionali delle associazioni riconosciute, a livello nazionale, dal Ministero dell’Ambiente *ex* L. 8 luglio 1986, n. 349<sup>682</sup>. E in senso ancor più estensivo la

---

<sup>676</sup> Per una rassegna giurisprudenziale: S. CASSARINO, *Il processo amministrativo*, I, Milano, 1984, 615 ss.

<sup>677</sup> Caso paradigmatico è la legge istitutiva del Ministero dell’Ambiente, L. 8 luglio 1986, n. 349 il cui art. 13 individua le associazioni di protezione ambientale; il meccanismo è utilizzato dal legislatore anche in altri settori: cfr. G. MANFREDI, *Interessi*, cit., pp. 521-522.

<sup>678</sup> Cfr. in particolare Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3234; Cons. Stato, Sez. 1 febbraio 2007, n. 416; in dottrina A. ANGIULI, *Interessi*, cit., 95 ss.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, f. 2, p. 180; R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008, 111 ss.

Cfr. gli artt. 9 e 22, L. n. 241/1990, che espressamente danno rilevanza ai portatori di tali interessi nel procedimento amministrativo.

<sup>679</sup> Cfr. R. FERRARA, *Interessi*, cit., pp. 490-491. Cfr. art. 18, comma 5, L. n. 349/1986.

<sup>680</sup> Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Giur. It.*, 1970, III, 193 ss., con nota critica di E. GUICCIARDI, *La decisione del «chiunque»*. Sulla *vicinitas* in ambito urbanistico v. *infra*, § 4.7.

<sup>681</sup> Cfr. R. FERRARA, *Interessi*, cit., p. 492; R. LOMBARDI, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 219 ss.

<sup>682</sup> Cons. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2012, n. 784. Cfr. R. LOMBARDI, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 217.



giurisprudenza ha riconosciuto titolari dell'azione anche associazioni locali che perseguano, per statuto e in maniera non occasionale, obiettivi di tutela ambientale, e che abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità nell'area interessata: «[l]'esplicita legittimazione, ai sensi degli art. 13 e 18 l. 8 luglio 1986 n. 349, delle associazioni ambientaliste di dimensione nazionale e ultraregionale all'azione giudiziale non esclude, di per sé sola, analoga legittimazione ad agire ai sensi della stessa normativa, in un ambito territoriale e comunitario ben circoscritto, agli organismi –comitati o associazioni– che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti su tale circoscritto territorio e non intendano estendere il raggio della propria azione oltre la comunità e l'ambito territoriale ove si collocano e cui riferiscono i loro programmi e la propria attività»<sup>683</sup>.

Da una parte, dunque, il riconoscimento della titolarità dell'azione per via legislativa inevitabilmente colora il processo in senso oggettivo<sup>684</sup>, dall'altra, un criterio quale lo stabile collegamento permette, in qualche misura, una soggettivizzazione degli interessi<sup>685</sup>. Visto dall'una o dall'altra prospettiva, si tratterebbe, in ogni caso, di un mero allargamento della titolarità dell'azione; ovvero eventualmente di casi di “legittimazione oggettiva”, rimanendo certamente, il processo amministrativo, un processo di parti legato al principio della domanda<sup>686</sup>.

Tutte queste soluzioni costituiscono, in fin dei conti, nient'altro che un *camuffamento*<sup>687</sup> di tali interessi, tramite il quale «l'ordinamento preserva la posizione tradizionale fondata sulla rigorosa accezione individualistica dell'azione processuale»<sup>688</sup>, come del resto rilevato poco sopra in relazione ai soli interessi

---

<sup>683</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760; cfr. nello stesso senso Cons. Stato, Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4233; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107; Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6654; Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151.

<sup>684</sup> Cfr. R. FERRARA, *Interessi*, cit., p. 500; l'Autore suggerisce di utilizzare, come parametro, la rilevanza costituzionale del valore costituzionale dell'interesse in gioco; ciò che permetterebbe di qualificare (giuridicizzare) l'interesse diffuso. Critica altresì l'uso del criterio della *vicinitas*, utile solamente, a suo avviso, a differenziare gli interessi (non cioè a qualificarli).

<sup>685</sup> Cfr. R. LOMBARDI, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia*, cit., pp. 220-221.

<sup>686</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione*, cit., 105 ss. e v. anche *supra*, § 2.2; M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, cit., 780 ss.

<sup>687</sup> L'espressione è di Scoca: cfr. F.G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, p. 55.

<sup>688</sup> Così R. LOMBARDI, *La tutela*, cit., p. 230. Cfr. anche R. VILLATA, *Legittimazione*, cit., p. 5; A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1986, pp. 30-31. Tenta di ricondurre la

collettivi. Del resto, gli orientamenti giurisprudenziali restano restrittivi in relazione alla tipologia delle azioni esperibili: il Codacons, infatti, pur essendo legittimato *ex art. 32-bis* D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ad agire con azione inibitoria, «non può agire a tutela degli investitori con strumenti giurisdizionali diversi da quelli espressamente previsti»: «[i]l divieto di sostituzione processuale sancito dall'art. 81 c.p.c. conferma la natura eccezionale della legittimazione ad agire riconosciuta agli enti esponenziali; i quali, pertanto, possono far valere in nome proprio gli interessi collettivi solo tramite una azione che ha uno specifico fondamento normativo»<sup>689</sup>.

In tale contesto, la Convenzione di Aarhus impone, tra gli altri, l'obbligo in capo agli Stati –anche per tramite del diritto UE (Direttiva 2003/35/CE)<sup>690</sup>– di garantire l'accesso alla giustizia in materia ambientale, e in particolare ai *membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale*, ai quali deve essere garantito che *possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale* (art. 9, par. 3<sup>691</sup>). Non si impone un'azione popolare, bensì di garantire l'accesso alla giustizia almeno alle associazioni ambientali, cui deve essere riconosciuto l'accesso in modo non subordinato all'imposizione di requisiti inutilmente gravosi<sup>692</sup>. L'ampliamento legislativo, e soprattutto giurisprudenziale, della titolarità dell'azione in capo alle associazioni ambientali sembrerebbe indicare una sostanziale conformità dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Aarhus, pur restando tali ipotesi eccezionali e probabilmente poco stabili, trattandosi di ipotesi non consolidate in testi

---

tutela degli interessi plurisoggettivi al modello individualistico C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Bologna, 2012.

<sup>689</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, commentata da O. SOLINA, *La legittimazione ad agire per la tutela di interessi collettivi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, f. 2, 249 ss.

<sup>690</sup> La Convenzione è vincolante anche per le istituzioni UE (Regolamento CE n. 1367/2006), ma la C.G.U.E. assume, rispetto all'accesso alla giustizia delle associazioni che impugnano atti di diritto europeo, un atteggiamento decisamente restrittivo, ancora nel solco della sentenza Plaumann (C-25/62): cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, cit., pp. 756-757.

<sup>691</sup> Cfr. anche la definizione di “pubblico interessato”, art. 2, par. 5: «il pubblico che subisce o può subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che ha un interesse da far valere al riguardo; ai fini della presente definizione si considerano titolari di tali interessi le organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente e che soddisfano i requisiti prescritti dal diritto nazionale». Cfr. sull'impatto della Convenzione di Aarhus in Europa e nei singoli Stati membri K.-P. SOMMERMANN, *Transformative effects of the Aarhus convention in Europe*, in *ZaöRV*, 2017, 321 ss.

<sup>692</sup> Cfr. F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 1, 102 ss.

legislativi<sup>693</sup>, in un contesto, quale quello che qui si sta tracciando (tendenziale ampliamento delle condizioni di accesso alla giustizia amministrativa, nonostante la solida base di tutela di posizioni individuali) che conferma tali linee evolutive<sup>694</sup>.

#### 4.5 (segue) Il dibattito in Germania

Diversamente da quanto appena evidenziato, nel sistema tedesco tali aperture sono viste con molto maggiore diffidenza, essendo centrale la tutela dei diritti pubblici soggettivi<sup>695</sup>. Similmente a quanto appena concluso, e semmai in modo ancora più evidente, nel sistema tedesco simili ipotesi costituiscono eccezioni, che ancora non riescono a trovare una risistemazione adeguata.

Appare opportuno, brevemente, delineare alcuni tratti del sistema di giustizia amministrativa tedesco, in cui il modello soggettivo, storicamente tipico degli Stati della Germania meridionale, prevalse su quello oggettivo dell'ordinamento prussiano<sup>696</sup>. Nel sistema tedesco è infatti centrale la tutela della posizione individuale, che va protetta innanzi al giudice amministrativo qualora sia stata lesa dall'attività della pubblica amministrazione<sup>697</sup>.

La Legge fondamentale (*Grundgesetz* – GG, del 1949) delinea l'unità della giurisdizione (art. 92), a sua volta articolata in rami. La giurisdizione è suddivisa tra ordinaria, amministrativa, finanziaria, del lavoro e sociale (art. 95); a ogni tipologia di giurisdizione –perfettamente equiordinata l'una all'altra– corrisponde un autonomo canale di tutela (*Rechtsweg*). L'art. 19, par. 4, GG, stabilisce che qualora un individuo subisca una lesione nei suoi diritti da parte dell'autorità pubblica, deve poter aver accesso alla tutela giudiziaria<sup>698</sup>.

Il riparto di materia tra giurisdizione ordinaria e amministrativa avviene sulla base della clausola generale (*Generalklausel*) contenuta al § 40 della legge sull'ordinamento della giurisdizione amministrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung* – VwGO, del 1960),

---

<sup>693</sup> Cfr. F. GOISIS, *Legittimazione*, cit., 117 ss.

<sup>694</sup> Cfr. L. DE LUCIA, *Legittimazione*, cit.

<sup>695</sup> Cfr. L. DE LUCIA, *Legittimazione*, cit.; G. RUGGE, *L'uropeizzazione*, cit., pp. 594-595; v. *supra*, § 2.4.

<sup>696</sup> Cfr. R. ARNOLD, *Legittimazione a ricorrere e situazioni soggettive nell'ordinamento tedesco*, in AA.VV., *Colloquio*, cit., p. 60.

<sup>697</sup> Cfr. M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., p. 185.

<sup>698</sup> Questo il testo della disposizione appena richiamata: «*Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen*».

che assegna alla giurisdizione amministrativa tutte le controversie di diritto pubblico, di natura non costituzionale, ad eccezione di quelle che il *Grundgesetz* assegna alla giurisdizione ordinaria, alle altre giurisdizioni, nonché a quelle escluse dalle leggi dei singoli *Länder*, seppur sempre nei limiti del *Grundgesetz*<sup>699</sup>.

Il riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa è legato alla natura della controversia. Si è in presenza di controversie di *diritto pubblico* –assegnate alla giurisdizione amministrativa– nel caso in cui una parte è un soggetto pubblico titolare di potere di imperio. Sono comprese nella giurisdizione amministrativa le questioni relative all'organizzazione di attività economiche in forma privatistica, ai contratti tra soggetti pubblici (*koordinationsrechtliche Verträge*), nonché in tali casi anche ai contratti tra privati e PA (*subordinationsrechtliche Verträge*)<sup>700</sup>.

Tra le diverse azioni esperibili, l'azione di maggiore rilevanza è quella di annullamento (*Anfechtungsklage*), che ha ad oggetto atti amministrativi illegittimi lesivi di diritti soggettivi<sup>701</sup>. Vi è, in ogni tipologia di azione, una connotazione soggettiva<sup>702</sup>. In particolare, nelle più importanti e rilevanti azioni di annullamento e di adempimento, ai sensi del § 42 VwGO, par. 2, rubricato «*Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, Klagebefugnis*<sup>703</sup>»<sup>704</sup> l'azione è ammissibile solo se il ricorrente *fa valere (geltend*

---

<sup>699</sup> Ai fini del riparto di giurisdizione prevalse il criterio descritto, rispetto al principio dell'enumerazione delle materie: M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., p. 185 e pp. 187-188.

<sup>700</sup> Cfr. G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 592.

<sup>701</sup> Per atto amministrativo si intende, ai sensi del § 35 VwGO, qualunque atto autoritativo che un'autorità adotta regolando giuridicamente un caso singolo nei confronti di un destinatario.

È esperibile altresì l'azione di adempimento, volta ad obbligare la PA all'adozione di un provvedimento di un atto che la stessa si sia rifiutata di adottare, ovvero che non abbia adottato per inerzia (*Verpflichtungsklage*). Entrambe le azioni sono sottoposte al previo esperimento di un'opposizione amministrativa (*Widerspruchverfahren*) riguardante tanto la legittimità quanto l'opportunità del provvedimento.

Sono esperibili, inoltre, altre tipologie di azioni: l'azione finalizzata ad ottenere un comportamento attivo o passivo dell'amministrazione, elaborata dalla giurisprudenza (*allgemeine Leistungsklage*); di accertamento, di cui al § 43 VwGO (*Feststellungsklage*); nonché di impugnazione di una norma generale di rango inferiore alla legge del *Land*, di cui al § 47 VwGO (*Normekontrolle*).

<sup>702</sup> Cfr. R. ARNOLD, *Legittimazione*, cit., 57 ss. e p. 60.

<sup>703</sup> Il termine *Klagebefugnis*, che indica proprio il contenuto del secondo comma, va tradotto con "legittimazione ad agire".

<sup>704</sup> Si riporta il testo del § 42, Abs. 2 VwGO: «Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein» («Se non è disposto diversamente dalla legge, il ricorso è ammissibile solo se il ricorrente fa valere che, attraverso l'atto amministrativo, il suo rifiuto o la sua omissione, sia stato leso nei suoi diritti»).

*macht*)<sup>705</sup> una lesione dei suoi diritti («*in seinen Rechten verletzt zu sein*»)<sup>706</sup> causata dall'atto amministrativo, dal suo rifiuto o omissione<sup>707</sup>.

La norma che protegge (anche) il *subjektives öffentliches Recht* è la cd. “norma di protezione” (*Schutznorm*): per questo si parla di “dottrina della norma di protezione” (*Schutznormlehre*)<sup>708</sup>. Tale impostazione, in definitiva, ricorda da vicino la classica distinzione di Guicciardi tra norme di azione e norme di relazione, che vanno individuate in base alla finalità che queste perseguono: secondo l'Autore infatti «quel che è decisivo è la norma giuridica che si asserisce violata dal provvedimento impugnato, e su cui si fonda il ricorso: e quindi la direzione o, se si vuole, lo scopo di tale norma»<sup>709</sup>. Non è necessario invece individuare il diritto pubblico soggettivo e la sua lesione qualora il *Kläger* sia destinatario dell'atto (*Addressat*): in tali casi egli è sicuramente, infatti, legittimato a proporre l'azione giurisdizionale<sup>710</sup>. Il terzo, invece, è legittimato solo se vi sia una specifica disposizione da cui risulti uno specifico diritto soggettivo (secondo la *Schutznormlehre*), non essendo sufficiente un mero interesse riflesso (*Rechtsreflexe*). La tutela del terzo (*drittschützende Wirkung*)<sup>711</sup> ha, in particolare, rilievo per la posizione del soggetto “vicino” (*Nachbarklage*) che intenda impugnare concessioni edilizie, licenze commerciali, ovvero ancora in materia di immissioni, nonché per la proposizione dell'azione in quanto concorrente a una gara (*Konkurrentenklage*: nel pubblico impiego, gare per sovvenzioni, appalti)<sup>712</sup>.

---

<sup>705</sup> E l'atto sarà annullato dal Tribunale se giudicato contrario alla legge e il ricorrente risulterà leso nei suoi diritti: cfr. § 113, Abs. 1, VwGO (di cui si riporta il testo del primo periodo «Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf»).

L'ammissibilità (*Zulässigkeit*) del ricorso è sottoposta ai sensi del § 42 VwGO alla circostanza per cui il ricorrente debba *far valere* (*geltend machen*) la lesione di un *subjektiv öffentliches Recht*, mentre l'*effettiva* lesione dello stesso è considerata ai sensi del § 113 quale presupposto per la fondatezza –nel merito– del ricorso.

<sup>706</sup> Cfr. R. ARNOLD, *Legittimazione*, cit., pp. 57-58.

<sup>707</sup> Cfr. K. F. GÄRDITZ, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., p. 213.

<sup>708</sup> La teoria è indicata anche come *Schutznormtheorie* o *Schutzzwecktheorie*; cfr. K. F. GÄRDITZ, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., 215 ss.; S. COGNETTI, *Legge*, cit., 72 ss.; M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., p. 197, spec. nt. 27; G.F. FERRARI, *Giustizia*, cit., p. 596.

<sup>709</sup> Così E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme d'azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 58; cfr. S. COGNETTI, *Legge*, cit., p. 72.

<sup>710</sup> Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, Marburg, 2017, p. 570. Si tratta della cd. *Addressatentheorie*, cfr. G.F. FERRARI, *Giustizia*, cit., p. 596.

<sup>711</sup> V. anche *supra*, § 3.2.

<sup>712</sup> Cfr. G.F. FERRARI, *Giustizia*, cit., p. 596.

La rigidità della regola che prevede la necessaria lesione del diritto pubblico soggettivo è temperata dalla previsione contenuta nel primo periodo dello stesso § 42, par. 2 («*soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist*»): si tratta della cd. *Öffnungsklausel* (clausola di apertura), per la quale la legge può prevedere ipotesi di legittimazione anche disancorate da una tale lesione soggettiva; ipotesi che tuttavia devono rimanere eccezionali<sup>713</sup>.

Per quanto illustrato, dunque, la legittimazione delle forme associative è tendenzialmente esclusa, quando non sia a tutela di posizioni giuridiche soggettive imputabili alle stesse<sup>714</sup>. Più precisamente, un'associazione (*Verband*) potrebbe proporre un ricorso “egoistico” (*egoistische Verbandsklage*) –volto cioè alla tutela di un interesse proprio, riferito dunque all'associazione– o altruistico (*altruistische Verbandsklage*) – volto cioè alla tutela di un interesse esclusivamente pubblico. Ma il § 42, par. 2, esclude –in via di principio– il ricorso altruistico<sup>715</sup>. È, altresì, ammissibile il *Verbandsklage* quando la prospettata lesione del diritto dell'associato coincide con una lesione del diritto dell'associazione<sup>716</sup>.

Ciò detto in via generale, vi sono alcune ipotesi, contemplate dal Legislatore tedesco, che prevedono esplicitamente la legittimazione a proporre ricorso da parte di associazioni (che siano riconosciute), anche se non a tutela di diritti pubblici soggettivi.

Un caso è quello del § 64 della Legge federale sulla protezione della natura e conservazione del paesaggio (*Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG*) che permette alle associazioni riconosciute di agire in giudizio in caso di violazioni di norme del BNatSchG –in tutti i casi previsti dallo stesso § 64. Ciò costituisce un'eccezione al requisito della prospettazione della lesione di un proprio diritto, perfettamente rientrante nello schema della *Öffnungsklausel*<sup>717</sup>.

Allo stesso modo, anche le associazioni (riconosciute) volte alla tutela dell'ambiente (*Umwelt*) sono legittimate ad agire prospettando la lesione di disposizioni delle norme contenute nell'*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz* (UmwRG, Legge sui rimedi giuridici in materia ambientale). Quest'ipotesi è stata introdotta nell'ordinamento

---

<sup>713</sup> Cfr. G. RUGGE, *L'europizzazione*, cit., p. 602.

<sup>714</sup> Cfr. G.F. FERRARI, *Giustizia*, cit., p. 596.

<sup>715</sup> Cfr. W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., § 525.

<sup>716</sup> Cfr. W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., § 526.

<sup>717</sup> Cfr. W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., § 527a.

tedesco in attuazione della Convenzione di Aarhus, a seguito della sentenza C.G.U.E. 12 maggio 2011, n. C-115/09 (sentenza Trianel)<sup>718</sup>.

La Corte europea in quell'occasione ha richiamato i principi espressi nella sua sentenza 8 marzo 2011, C-249/09<sup>719</sup>, nella quale ha affermato la propria competenza a vagliare le norme della Convenzione di Aarhus e, attribuendo efficacia diretta all'art. 9, par. 3, ha sostenuto che i giudici nazionali hanno l'obbligo di interpretare le norme nazionali in maniera più conforme possibile agli obiettivi di cui alla citata norma, anche con riguardo alle norme procedurali (legittimazione ad agire; o meglio: titolarità dell'azione).

Nel caso Trianel il giudice tedesco aveva ritenuto che, applicando il diritto nazionale, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile un ricorso proposto da un'associazione ambientalista contro la costruzione di una centrale termica: le associazioni potrebbero far valere, innanzi al giudice, solamente la violazione di diritti pubblici soggettivi, non cioè la violazione di diritti riconducibili generalmente alla collettività (ambiente). Ma al contrario, afferma la C.G.U.E., le associazioni ambientaliste *devono ritenersi legittimate* a invocare tutte le norme europee in materia d'ambiente, comprese quelle che tutelano interessi "solo" collettivi. Le associazioni di tutela dell'ambiente devono cioè poter «svolgere il ruolo loro riconosciuto tanto dalla direttiva n. 85/337/CEE quanto dalla Convenzione di Aarhus»<sup>720</sup>. Non è in discussione la "limitazione" dell'accesso alla giustizia per gli individui, che in quel sistema possono far valere solo diritti pubblici soggettivi, ma è necessario che alle associazioni ambientaliste sia garantito l'accesso alla giustizia a tutela di un interesse generale<sup>721</sup>.

Esplicitamente la C.G.U.E. afferma che «sarebbe in contrasto con l'obiettivo di garantire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia, da una parte, nonché con il principio di effettività, dall'altra, la circostanza che le dette associazioni non possano anche invocare la violazione di norme derivanti dal diritto dell'Unione in materia ambientale per il solo motivo che queste ultime tutelano interessi collettivi»; e

---

<sup>718</sup> Caso *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen v. Bezirksregierung Arnsberg* (con l'intervento di *Trianel Kohlekraftwerk Lünen GmbH*), nota anche semplicemente come Trianel.

<sup>719</sup> Caso *Lesoochranské zoskupenie*.

<sup>720</sup> Così sentenza Trianel, punto in diritto n. 44.

<sup>721</sup> Cfr. P. DURET, *Taking "commons" seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2013, f. 1, 55 ss.

dunque la legittimazione delle associazioni «non può dipendere da condizioni che solo altre persone fisiche o giuridiche possono soddisfare, come, ad esempio, la condizione di essere più o meno prossimi ad un impianto o quella di subire in un modo o in un altro gli effetti del suo funzionamento»<sup>722</sup>. Affermazioni che, peraltro, svaluterebbero la bontà del criterio della *vicinitas*, nell'ordinamento italiano, quale adatto a fondare la legittimazione delle associazioni ambientaliste.

L'ordinamento europeo ha imposto, in definitiva, un deciso ampliamento delle categorie dell'accesso alla giustizia amministrativa, esigendo di prevedere ipotesi che esulino dallo schema tipico del diritto interno, scontrandosi dunque direttamente con un sistema che ammette solo la possibilità di far valere diritti o posizioni individuali. Da una parte, dunque, valori emergenti dalla società – cristallizzati in obblighi internazionali e di diritto europeo –, dall'altra, regole processuali che negherebbero in via principio la tutela giurisdizionale di questi valori.

Le possibilità di accesso alla giustizia per le associazioni restano dunque, nell'ordinamento tedesco, eccezioni, nonostante la loro crescente rilevanza. Tali ipotesi sono avversate dalla comunità giuridica tedesca: la legittimazione democratica e costituzionale dell'amministrazione è considerata superiore a quella delle associazioni; dunque, non avrebbe giustificazione l'“intromissione”, tramite il processo, di tali associazioni nei processi decisionali dell'amministrazione pubblica – a differenza della “legittimazione” dei singoli che vengono lesi nelle loro posizioni individuali<sup>723</sup>. Anche in quest'ordinamento, peraltro, al fine di superare il carattere di mera eccezionalità delle ipotesi, avulse da ricostruzioni sistematiche, sono state proposte soluzioni che replicano lo schema della tutela individuale<sup>724</sup>.

#### 4.6 (segue) Considerazioni intermedie

La “soluzione” al problema delle condizioni dell'azione relative agli interessi (collettivi e) diffusi sembra ancora lontana. E ciò emerge, in misura più o meno

---

<sup>722</sup> Così sentenza Trianel, punti in diritto nn. 46-47.

<sup>723</sup> Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Mutamento della funzione della giustizia amministrativa tedesca. Spunti per alcune riflessioni sistematiche*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia*, cit., 10 ss.

<sup>724</sup> In questo senso K. RENNERT, *Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand*, reperibile su [www.bverwg.de/medien/pdf/rede\\_20160914\\_essen\\_funktionswandel\\_rennert.pdf](http://www.bverwg.de/medien/pdf/rede_20160914_essen_funktionswandel_rennert.pdf); K.-P. SOMMERMANN, *Objective and subjective profiles of the administrative jurisdiction: the experience of the German system*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili*, cit., p. 353.



maggiore, in entrambi gli ordinamenti analizzati: in Germania, dato il carattere del tutto eccezionale di queste ipotesi; in Italia, dato il camuffamento delle posizioni collettive in posizioni soggettive –che permette di tutelare alla stregua di queste posizioni giuridiche diverse–. Ma anche la soluzione italiana della *vicinitas*, pur se innovativa e certamente pregevole<sup>725</sup>, rischia di incontrare limiti, in particolare in considerazione della giurisprudenza Trianel<sup>726</sup>. Sembra evidente, dunque, che il problema stia a monte.

Infatti, basilare e necessaria è la ricerca del fondamento sostanziale di questi interessi, legata alla qualificazione e classificazione dei beni che ne sono oggetto: ricerca che non sembra ancora essere approdata ad un punto fermo<sup>727</sup>. Si registra una commistione tra il diritto sostanziale e processuale: azioni riconosciute *ex lege* –o, comunque, dal diritto vivente, mosso dalla costante attenzione alle istanze di “giustizia sostanziale” emergenti dalla società civile–, alludono a posizioni giuridiche che ancora non sono state ben identificate nel diritto sostanziale. Non può non sottolinearsi, in proposito, un parallelismo con la nascita dell’interesse legittimo, che solo in tempi relativamente recenti ha trovato una sistemazione di teoria generale<sup>728</sup>.

Una chiave potrebbe trovarsi in quella trasformazione del concetto di soggettività che si registra negli ordinamenti contemporanei<sup>729</sup> e che può essere supportata anche da dati costituzionali quali, in particolare, il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.)<sup>730</sup>. Di particolare interesse, e similmente in questo senso, è la tesi di Calabrò, che proprio al fine di superare le problematiche relative alla titolarità dell’azione relative alla tutela ambientale<sup>731</sup> propone di qualificare l’ambiente come

---

<sup>725</sup> Cfr. F. CORTESE, *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, f. 5, 498 ss.

<sup>726</sup> Tuttavia, come visto, l’art. 9, par. 3 prevede la garanzia dell’accesso alla giustizia per «i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal legislatore nazionale» (enfasi aggiunte). Questa parte della disposizione non è stata attuata, dunque, la Corte di Giustizia richiede che gli Stati membri attuino la disposizione in conformità agli scopi tutelati: cfr. P. LOMBARDI, *L’accesso alla giustizia per la protezione dell’ambiente in Italia nella prospettiva della Convenzione di Aarhus*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, f. 3, 1001 ss.

<sup>727</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)* (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, XVII, t. II, 1989, 13 ss. e spec. pp. 15-16.

<sup>728</sup> V. *supra*, § 2.3.

<sup>729</sup> V. *supra*, § 2.5.

<sup>730</sup> Cfr. R. LOMBARDI, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 223.

<sup>731</sup> Cfr. M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. Soc.*, 2016, f. 4, 816 ss.

Con riguardo al bene ambiente, peraltro, vi sono non pochi ostacoli relativi al suo riconoscimento come valore costituzionale: cfr. A. GIANNELLI, *La giuridificazione dell’ambiente*, in B. MARCHETTI, A. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, cit., 281 ss. e spec. 284 ss.

bene comune<sup>732</sup>, che può dunque essere soggettivizzato in capo al singolo cittadino titolare anche di un interesse proprio, valorizzando la sussidiarietà orizzontale e il criterio della *vicinitas*<sup>733</sup>. E questo esattamente in quell’ottica di “ampliamento” non solo dei casi di legittimazione ad agire, ma anche del concetto stesso di soggettività<sup>734</sup>.

Un altro approccio è quello di Cerulli Irelli, che qualifica tali ipotesi come casi di “legittimazione oggettiva”, rifiutando l’approdo a ipotesi di giurisdizione oggettiva. In questi casi, infatti, l’associazione si atteggia nel processo esattamente come un individuo, essendone confermata la struttura basata sui principi della domanda e dispositivo. Ed anche le condizioni dell’azione possono delinarsi, seppur peculiarmente: il giudice deve comunque valutare la riconducibilità soggettiva dell’interesse (sostanziale) che si assume violato, mentre l’interesse ad agire sarebbe più sfumato, se non presunto<sup>735</sup>. Tuttavia, più precisamente, sembra che l’interesse ad agire possa rilevare, sia sotto il profilo della concretezza e attualità della lesione, dovendosi certamente prospettare una certa lesione del bene, sia sotto il profilo dell’utilità dell’eventuale sentenza di accoglimento.

In ogni caso, solo una volta che tali posizioni sostanziali riceveranno un chiaro fondamento giuridico, sarà possibile (ri)costruire più adeguatamente le condizioni dell’azione<sup>736</sup>. Emerge inoltre come, in ottica evolutiva, l’azione processuale dovrebbe essere riletta non più in chiave strettamente individualistica, visto il sempre maggior rilievo sociale di formazioni associative, ben più idonee a conoscere –e tutelare– gli emergenti valori sociali<sup>737</sup>.

---

<sup>732</sup> Cfr. M. CALABRÒ, *La legittimazione*, cit., 826 ss.

Similmente, P. LOMBARDI, *L’accesso*, cit., 1021 ss., che considera nella stessa ottica il “nuovo” bene *suolo*, oggetto di recenti e diversi interventi legislativi da parte delle Regioni a tutela proprio del consumo di suolo. Sui beni comuni cfr. di recente C. MICCICHÈ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018.

<sup>733</sup> Cfr. M. CALABRÒ, *La legittimazione*, cit., 836 ss.

<sup>734</sup> Cfr. M. CALABRÒ, *La legittimazione*, cit., p. 840: «[è] evidente che un’operazione del genere tende verso forme di processo maggiormente oggettivo, ma unicamente nel senso che l’interesse (che permane soggettivo) di colui che agisce coincide con quello di tutti coloro che, nel loro far parte di una comunità in una dimensione non meramente passiva, hanno goduto e contribuito alla conservazione di quel determinato bene (comune) ambientale».

<sup>735</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione*, cit., p. 105.

<sup>736</sup> Similmente M. DELSIGNORE, *La legittimazione*, cit., pp. 745-746.

<sup>737</sup> Così R. LOMBARDI, *La tutela*, cit., 229 ss.

La tematica si lega, strettamente, con quella della legittimazione *ex lege* di talune autorità indipendenti, poste dall’ordinamento a tutela di determinati e particolari interessi. V. *infra*, § 4.8.

#### 4.7 *In materia urbanistico-edilizia: la vicinitas*

In materia urbanistico-edilizia è particolarmente discussa la posizione dei soggetti terzi, soggetti cioè che, in relazione a un provvedimento quale un permesso di costruire o una variante al piano urbanistico, non riguardante direttamente la loro posizione, vantino pretese o lamentino un pregiudizio.

La casistica giurisprudenziale concernente la titolarità dell'azione dei terzi ha contemplato soprattutto l'ipotesi di soggetti collegati all'area oggetto dell'intervento per vicinanza geografica o per la titolarità di interessi diffusi (ad esempio in materia ambientale<sup>738</sup>) relativi allo stesso territorio<sup>739</sup>.

La questione prende origine, nel 1967, da una norma della cd. Legge ponte<sup>740</sup> che ha modificato l'art. 31 della Legge urbanistica<sup>741</sup>, per la quale «[c]hiunque può ... ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia». Il Consiglio di Stato (cd. “sentenza del chiunque”<sup>742</sup>) ha interpretato la statuizione scongiurando un'azione popolare e riconoscendo la titolarità dell'azione avverso una licenza edilizia solamente in capo a chi vanta una “stabile relazione” con il luogo oggetto dell'intervento. Viene così delineato il concetto di *vicinitas*, nozione che non si ferma al dato meramente geografico di vicinanza all'area, e attualmente definito dalla giurisprudenza quale “stabile collegamento” con la stessa<sup>743</sup>. Sul concetto non vi è univocità di vedute: ad esempio, si discute in giurisprudenza sulla posizione del “vicino del vicino”, ovvero ancora se sia sufficiente o meno l'adiacenza degli immobili<sup>744</sup>.

Il concetto è stato inoltre adeguato anche a particolari situazioni: nell'impugnativa avverso gli atti autorizzativi di apertura di un esercizio commerciale, ad esempio, sono

---

<sup>738</sup> Cfr., sul punto, F.R. MAELLARO, *La legittimazione al ricorso in materia urbanistica*, in *Giur. Merito*, 2012, p. 1492B; G. TULUMELLO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi in materia urbanistica*, in *Riv. Giur. Ed.*, f. 2, 2009, 59 ss., che approfondisce anche il tema dell'impugnazione di atti di localizzazione di impianti nocivi.

<sup>739</sup> Cfr. F.R. MAELLARO, *La legittimazione*, cit.

<sup>740</sup> Art. 10 della Legge 6 agosto 1967, n. 765.

<sup>741</sup> Legge 7 agosto 1942, n. 1150.

<sup>742</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8 giugno 1970, n. 523, in *Cons. Stato*, 1970, I, p. 977; v. anche *supra*, § 4.4.

<sup>743</sup> Modifiche legislative più recenti –e in particolare l'abrogazione della norma che ha originato la sentenza del chiunque– non hanno mutato il dibattito. Da segnalare, comunque, l'art. 11, comma 3, del Testo Unico Edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, “TUED”), che dispone che «[i]l rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi». Cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278 (in particolare al punto in diritto n. 3) e A.M. TAMBURRO, *Legittimazione e decorrenza del termine ad impugnare i titoli edilizi da parte dei terzi: i requisiti e i criteri secondo il “diritto vivente”*, in *Arch. Loc. Cond. Imm.*, 2018, f. 1, p. 20.

<sup>744</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2861.

considerati legittimati a proporre il gravame i commercianti che siano titolari di esercizi posti nelle vicinanze del nuovo esercizio commerciale e che esercitino un'attività commerciale simile a quella del costruendo nuovo esercizio. Lo stabile collegamento territoriale in questo caso però «deve scaturire da un concetto di *vicinitas* che si identifica nella nozione di stesso bacino d'utenza della concorrente»<sup>745</sup>: dunque, non è dirimente la sola distanza geografica, poiché questa viene arricchita e declinata in relazione al bacino d'utenza dell'esercizio commerciale «per cui, nelle ipotesi di apertura di una grande struttura di vendita, deve ritenersi legittimato ad agire il titolare di una analoga struttura, anche se situata a decine di chilometri» di distanza<sup>746</sup>.

La sentenza “del chiunque” è stata ritenuta espressione di principi generali: per questo viene richiamata dalla giurisprudenza tanto nei giudizi di impugnazione avverso titoli edilizi quanto in quelli avverso atti di pianificazione urbanistica. Sottolinea inoltre, il Consiglio di Stato, che il soggetto viciniore, ai fini dell'ammissibilità dell'azione, debba vantare un concreto, attuale e personale interesse al ricorso<sup>747</sup>.

Secondo un maggioritario orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi proprio sulla base della “sentenza del chiunque”, la *vicinitas* è criterio idoneo *ex se* a fondare anche l'interesse a ricorrere della parte che impugni un titolo *edilizio*, sulla base della considerazione per cui apparirebbe “evidente” come gli interventi che comportano un'alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio siano pregiudizievoli *in re ipsa*, incidendo negativamente su traffico, rumore, minore qualità panoramica, ambientale o paesaggistica, nonché sul valore dell'immobile. Di conseguenza, di norma, in queste ipotesi non è necessaria la prospettazione di un effettivo pregiudizio che i lavori previsti nell'atto impugnato possano comportare, ai fini dell'ammissibilità del ricorso<sup>748</sup>. Tuttavia, attenta dottrina segnala diverse pronunce in cui il giudice

---

<sup>745</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 9 aprile 2008 n. 387.

<sup>746</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 9 aprile 2008 n. 387; Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4821. Cfr. sull'argomento A. LONGO, *La legittimazione dei terzi ad impugnare gli atti amministrativi in materia edilizia ed urbanistica: vicinitas e ulteriori condizioni di accesso alla tutela processuale*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, f. 3, 516 ss.

<sup>747</sup> Cfr. *amplius* F. ANCORA, *Legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi in materia urbanistica: vicinitas, interesse, proprietà. Rassegna di giurisprudenza e proposte*, in *Giurisd. Amm.*, 2013, IV, 137 ss. e spec. 142 ss.

<sup>748</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2016, n. 1861; Cons. Stato, Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278; Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2014 n. 5662; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4764. Di commento a queste due ultime sentenze, sia consentito il rinvio a E. PICOTTI, *L'accordo di programma*

amministrativo si è soffermato anche sull'indagine relativa all'interesse ad agire<sup>749</sup>. Ad esempio, di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 5 febbraio 2018, n. 707 esclude l'ammissibilità del ricorso in quanto il ricorrente sarebbe già stato a conoscenza dei profili di potenziale danno per la sua proprietà molti anni prima; sembra si tratti, cioè, di un'ipotesi in cui manca il carattere di attualità dell'interesse ad agire. Inoltre, riguardando questioni relative a distanze tra edifici, si connota certamente per la peculiarità della situazione di fatto. Anche gli altri casi segnalati costituiscono, in realtà, ipotesi in cui «il ricorrente fa valere non una generica *vicinitas*, ma la posizione del proprietario (o del titolare di altro diritto sull'immobile) leso dalla violazione delle norme sulle distanze»<sup>750</sup>. Altra giurisprudenza specifica, inoltre, come le conclusioni dell'indizio maggioritario siano corrette solo quando trattasi di interventi che comportino maggior carico urbanistico<sup>751</sup>. Di recente, peraltro, alcune pronunce sembrano segnalare un nuovo indirizzo, nel quale «il mero criterio della *vicinitas* non può *ex se* radicare la legittimazione al ricorso, dovendo pure sempre il ricorrente fornire la prova concreta del pregiudizio specifico inferito dagli atti impugnati in termini di deprezzamento del valore del bene o della concreta compromissione del diritto alla salute ed all'ambiente»<sup>752</sup>.

Non può dirsi, pertanto, pienamente consolidato l'indirizzo giurisprudenziale che “assorbe l'interesse ad agire nella *vicinitas*”, seppur solamente in relazione all'impugnazione di titoli edilizi. Nemmeno, poi, quando ad essere impugnato non è uno strumento edilizio ma di pianificazione urbanistica, il criterio della *vicinitas* è sufficiente per confermare la titolarità dell'azione in capo a quel soggetto. Ciò che si registra anche in relazione a determinate fattispecie, in particolare legate al bene ambiente<sup>753</sup>: dunque, e in generale, quando in gioco vi sono interessi di maggior rilievo

---

*e la tutela dei terzi in ambito urbanistico alla luce del criterio della vicinitas*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2015, f. 6, 1400 ss.

<sup>749</sup> Cfr. E. TRAVI, *Vicinitas e interesse a ricorrere*, in *Foro It.*, 2018, f. 4, III, 216 ss.

<sup>750</sup> Così E. TRAVI, *Vicinitas*, cit., 216 ss.

<sup>751</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2565.

<sup>752</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2016, n. 383; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 5 giugno 2013, n. 3101; Cons. di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4924.

<sup>753</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 781-782, che registra (p. 783) un «ridimensionamento della *vicinitas* come fatto costitutivo della situazione legittimante, alla luce della rilevanza degli interessi in gioco». Si ritiene, invece, che non possa parlarsi di “ridimensionamento” della *vicinitas*, piuttosto di indirizzi giurisprudenziali che, appunto, in relazione agli interessi in gioco (ambiente, pianificazione urbanistica, distanze tra edifici) fanno emergere la necessità di un controllo più

generale o pubblico. Pertanto, per poter resistere all'eccezione di inammissibilità del ricorso, i ricorrenti –che siano vicini– sono tenuti, in questi casi, a fornire altresì la prova di «uno specifico *vulnus* alla loro sfera giuridica *sub specie* della sussistenza di un deterioramento economico-patrimoniale comunque derivante per il bene»<sup>754</sup>. Si tratta, in definitiva, dell'interesse ad agire, che deve dunque assumere i caratteri della personalità, della concretezza e dell'attualità, o meglio, dell'attualità e concretezza della lesione e del vantaggio o utilità che dall'accoglimento del ricorso potrebbe derivare<sup>755</sup>.

Visto lo stato della giurisprudenza, è opportuno interrogarsi sulle condizioni dell'azione e, dunque, sulla situazione giuridica soggettiva alla base del concetto di *vicinitas*. Si sottolinea, preliminarmente, come le condizioni dell'azione, anche in questa

---

stringente sull'accesso alla giustizia. Come sottolineato nel testo, infatti, questi indirizzi restrittivi considerano la *vicinitas* “non sufficiente” a superare il vaglio di ammissibilità dell'azione: non ritengono, cioè, che lo stabile collegamento non sussista, ma ritengono che lo stabile collegamento debba essere accompagnato dalla dimostrazione di un danno o pregiudizio alla sfera patrimoniale o morale del ricorrente.

<sup>754</sup> T.A.R. Veneto, Sez. II, 3 aprile 2013, n. 469; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 febbraio 2011, n. 383. Cfr. ancora Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2012, n. 5715; Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2011, n. 6016.

<sup>755</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855; Cons. Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3947, Sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1371; Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8364: «[i]n particolare, per quanto concerne i profili dell'attualità e della concretezza della lesione, ritiene il Collegio di poter ribadire, anche nella specie, che la lesione arrecata dal provvedimento impugnato deve essere effettiva, nel senso che dall'esecuzione di esso discenda in via immediata e diretta un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente, ovvero potenziale, intendendosi come tale, però, quello che sicuramente (o molto probabilmente) si verificherà in futuro».

Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2016, n. 1156, che ben riepiloga la questione: «[p]er pacifica giurisprudenza la legittimazione dei soggetti terzi, non direttamente destinatari del provvedimento, è riconosciuta nel settore in questione in base al criterio cosiddetto della *vicinitas*, ovvero in caso di stabile collegamento materiale tra l'immobile del ricorrente e quello interessato dai lavori, quando questi ultimi comportino *contra legem* un'alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio; quanto al pregiudizio della situazione soggettiva protetta dei medesimi soggetti terzi, il danno è ritenuto sussistente in re ipsa per gli abusi edilizi, in quanto ogni edificazione abusiva incide se non sulla visuale, quanto meno sull'equilibrio urbanistico del contesto e l'armonico e ordinato sviluppo del territorio, a cui fanno necessario riferimento i titolari di diritti su immobili adiacenti, o situati comunque in prossimità a quelli interessati dagli abusi (cfr. in tal senso per il principio, fra le tante, Cons. Stato, IV, 11 giugno 2015, n. 2861, 23 giugno 2015, n. 318019 novembre 2015, n. 5278, III, 17 novembre 2015, n. 5357); solo in rapporto alle scelte di pianificazione urbanistica, invece, si richiede che i titolari di aree limitrofe, non direttamente incise dalla nuova disciplina, diano riscontri probatori del danno riconducibile al godimento, o al valore di mercato, dell'area su cui insistano gli immobili dai medesimi posseduti, per effetto della nuova normativa (cfr. in tal senso Cons. Stato, IV, 25 maggio 2015, n. 2588, 9 luglio 2015, n. 3432 e 16 luglio 2015, n. 3579)» e che ulteriormente specifica: «[n]elle controversie di interesse commerciale, qualora oggetto di impugnativa siano le autorizzazioni all'apertura di nuove attività commerciali –di cui il permesso di costruire costituisce necessario presupposto– si assiste ad un ampliamento del concetto di *vicinitas*, poiché legittimati ad impugnare sono considerati i soggetti operanti nel medesimo bacino d'utenza».

Cfr. l'analisi di F. ANCORA, *Legittimazione*, cit., *passim*, ove viene sviluppata un'analisi degli stessi anche in relazione all'evoluzione dell'ordinamento giuridico. Per una recentissima rassegna giurisprudenziale, E. TRAVI, *Vicinitas*, cit.

giurisprudenza, risultino spesso non correttamente inquadrati, se non proprio confuse<sup>756</sup>. Si vedano, ad esempio, le sentenze del Consiglio di Stato nn. 8364 e 8365/2010<sup>757</sup>, in tema di impugnazione di un atto urbanistico, di tipo attuativo (nella specie un P.I.I.). In quel caso, il Consiglio di Stato ha ricostruito le condizioni generali dell'azione secondo lo schema della necessaria sussistenza di tre condizioni: *legitimatio ad causam* (definita come affermazione della titolarità della posizione legittimante), legittimazione ad agire (effettiva titolarità della posizione) e interesse al ricorso (utilità concreta che deriva dall'accoglimento del ricorso)<sup>758</sup>. Il Collegio, in tale occasione, ha negato la sussistenza della legittimazione ad agire poiché, nonostante la posizione di *vicinitas*, non era stata fornita prova del *vulnus* specifico sofferto dai ricorrenti ma, sulla base della *medesima argomentazione* (la mancanza della prova di un danno in concreto), è stata negata anche la sussistenza dell'interesse a ricorrere.

Appare invece preferibile ricondurre alla legittimazione ad agire la mera (affermazione della) titolarità di una posizione che si sostanzia nello stabile collegamento con l'area oggetto dell'intervento, e ricondurre piuttosto all'interesse al ricorso la prova dello specifico danno che in concreto possa soffrire la ricorrente, cui va, però, aggiunta l'indagine sull'utilità scaturente dalla sentenza. E del resto, la giurisprudenza che riconosce l'impugnabilità di uno strumento edilizio a chiunque si trovi in posizione di *vicinitas* accede a tale impostazione, sul presupposto per cui *ex se* da tale posizione discenderebbe uno specifico danno in concreto riferibile al soggetto, oppure sul presupposto che il danno alla sfera giuridica del soggetto sarebbe già sussistente, essendo questo viciniore.

Nel sistema di stampo oggettivo francese «l'impugnazione di un permesso di costruire richiede la dimostrazione che l'intervento edilizio sia tale da incidere in modo diretto («*affecter directement*») sul godimento di un bene da parte ricorrente»<sup>759</sup>: rilievo che conferma quel percorso di “soggettivizzazione” del sistema di giustizia amministrativa sopra indicato<sup>760</sup>. Nel sistema tedesco invece il vicino (*Nachbar*) può impugnare il provvedimento edilizio solamente se la legge individua, in capo a lui, un

---

<sup>756</sup> Rileva similmente confusione tra lesione come carattere dell'interesse a ricorrere e lesione dell'interesse legittimo F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 786-787.

<sup>757</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 30 novembre 2010, nn. 8364 e 8365.

<sup>758</sup> V. anche *supra*, § 3.1.

<sup>759</sup> Cfr. E. TRAVI, *Vicinitas*, cit.

<sup>760</sup> V. *supra*, § 2.2.

diritto (pubblico soggettivo): secondo la *Schutznormlehre* dunque solo se dall'interpretazione della legge discende un diritto pubblico soggettivo il terzo ha diritto alla protezione giuridica<sup>761</sup>. Similmente potrebbe leggersi dunque l'art. 11, TUED<sup>762</sup>, per il quale «[i]l rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi». Questa disposizione, che costituisce norma di diritto sostanziale e attiene a profili relativi al rilascio del permesso di costruire, è posta a tutela sia dei diritti soggettivi di ambito privatistico sia delle posizioni giuridiche soggettive di ambito pubblicistico, sostanziandosi in una clausola di salvezza<sup>763</sup>. Può, comunque, costituire parametro normativo per confermare che le posizioni giuridiche soggettive devono poter ricevere tutela giurisdizionale nel caso in cui siano lese da un permesso di costruire altrui.

Dunque, una posizione giuridica, soggettivizzata, è individuata dalla giurisprudenza in capo a un soggetto che abbia uno stabile collegamento con l'area oggetto di un intervento edilizio (*vicinitas*). Più precisamente, sembra che la posizione giuridica, come illuminato da Trimarchi Banfi, vada ricondotta alla «tutela dei valori urbanistici della zona, quali valori inerenti all'ambiente di vita del ricorrente» (nella zona, può intendersi, in cui vi siano immobili su cui un soggetto vanta un diritto reale), il che indica che non avrebbe una caratterizzazione pienamente soggettiva, ma legata anche a interessi pubblici<sup>764</sup>. Un interesse protetto legato alla “qualità della vita” che, dunque, si soggettivizza in capo al vicino. Emerge insomma un evidente parallelismo con la questione del camuffamento degli interessi diffusi, pur se la soggettivizzazione dell'interesse in discussione appare operazione più semplice, essendo legata a una posizione che non può che essere (anche) individuale e ben circoscritta, venendo in rilievo immobili su cui un soggetto vanta la proprietà (o altro diritto reale). Può “concludersi”, dunque, che una situazione giuridica (soggettiva) sicuramente c'è, anche se ancora non ben individuata dalla scienza amministrativistica. La giurisprudenza,

---

<sup>761</sup> Cfr. W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., § 513 ss.

<sup>762</sup> Già riportato poco sopra in nota.

<sup>763</sup> Cfr. F. GAFFURI, *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, in *Urb. App.*, 2012, f. 2, 150 ss.

<sup>764</sup> Così F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 784, che individua la risalente giurisprudenza che per prima ha valorizzato danneggiamento dell'insediamento abitativo, e *passim*.



insomma, anche in questo caso ha delineato il rimedio, mentre l'indagine sulla situazione giuridica soggettiva non sembra essere giunta ad un punto fermo<sup>765</sup>.

Adottando dunque l'impostazione qui proposta, e visto lo stato della giurisprudenza appena riferita, può dirsi che nell'impugnazione di strumenti urbanistico-edilizi è fornito della legittimazione a ricorrere colui che prospetti una situazione di *vicinitas* con l'area oggetto dell'intervento; stabile collegamento che può fondersi, nel caso di impugnazione di autorizzazioni commerciali, con il concetto di bacino d'utenza.

L'interesse ad agire è tendenzialmente considerato invece *in re ipsa* quando sono impugnati titoli edilizi, mentre quando si tratta di impugnazione di strumenti urbanistici lo stabile collegamento può integrare la legittimazione, ma non anche, appunto, la seconda condizione dell'azione, in quanto il danno in concreto non appare immediatamente configurabile<sup>766</sup>. A ben vedere, tuttavia, più che l'interesse ad agire, ad essere presupposto nel caso dell'impugnazione di strumenti edilizi è il carattere di concretezza dello stato di lesione relativo all'interesse ad agire: ogni intervento edilizio incide, infatti, su traffico, rumore, qualità panoramica, ambientale o paesaggistica, nonché sul valore dell'immobile; ciò che è anche confermato dalla necessità che l'intervento debba comunque comportare maggiore carico urbanistico, nonché indirettamente dalla citata sentenza n. 707/2018, dalle pronunce in cui si indaga sulla lesione<sup>767</sup> e da quelle che, discostandosi dall'indirizzo maggioritario, richiedono la prospettazione di un danno.

Quanto al carattere dell'attualità dell'interesse, in giurisprudenza rileva "in negativo"; quanto al carattere di utilità, è tendenzialmente sufficiente segnalare che soltanto la rimozione del provvedimento contestato escluderebbe la lesione della posizione soggettiva. In ambito urbanistico, però, il carattere della concretezza dell'interesse non sussiste mai *in re ipsa*: ciò che sembra dovuto al concomitante rilievo di interessi ben più consistenti, nonché sicuramente in relazione al fatto che la pianificazione urbanistica è prodromica al rilascio di titoli edilizi che, generalmente, attualizzano la lesione in un secondo momento.

---

<sup>765</sup> Non sembra vi siano altri contributi, oltre a quello recente di Trimarchi Banfi, che indagano diffusamente la questione.

<sup>766</sup> Condivisibilmente in questi termini Cons. Stato, Sez. IV, 29 dicembre 2010, n. 9537.

<sup>767</sup> Cfr. per un'analisi di questo elemento F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., 801 ss.

Si rende, inoltre, opportuna un'annotazione circa la rilevanza dell'interesse strumentale. In quest'ambito, la giurisprudenza maggioritaria non ritiene che possa rilevare<sup>768</sup>; si legge, in particolare, che

«[n]el contenzioso avente ad oggetto procedure di pianificazione urbanistica, non sono direttamente trasferibili le ricostruzioni sulla natura dell'interesse strumentale svolte nell'ambito delle questioni riguardanti gli atti di una procedura concorsuale o selettiva, trattandosi di situazioni profondamente differenti, in quanto, in queste ultime fattispecie, il ricorrente mira al perseguimento di un'utilità (aggiudicazione dell'appalto o posizionamento utile in graduatoria) che l'Amministrazione ha attribuito ad altro soggetto o ad altri soggetti specificamente individuati, nell'ambito di una procedura competitiva la cui ripetizione è *ex se* suscettibile di formare oggetto di un interesse giuridicamente qualificato e differenziato, mentre tali considerazioni non possono estendersi alla pianificazione urbanistica che attiene a posizioni riguardanti un'intera comunità ed un vasto territorio, assunte in base a valutazioni che potrebbero anche non essere ripetute non essendovi un obbligo simile a quello di rinnovazione delle operazioni di gara»<sup>769</sup>.

Tuttavia, sembra evidente come tale giurisprudenza confonda l'interesse strumentale, quale interesse idoneo a formare un interesse giuridicamente qualificato (di tipo sostanziale), con l'interesse strumentale quale secondo carattere dell'interesse ad agire (di tipo processuale). L'«interesse giuridicamente qualificato e differenziato» dovrebbe invece essere ricondotto solamente alla posizione di *vicinitas*, ovvero di stabile collegamento. Nelle isolate sentenze in cui l'interesse strumentale assume rilevanza, lo stabile collegamento è infatti già ritenuto sussistente dal giudice amministrativo<sup>770</sup>.

---

<sup>768</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 6 giugno 2012 n. 3240; Cons. Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2010, n. 7439; Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010 n. 4542.

<sup>769</sup> Così Cons. Stato, Ad. Gen., 6 giugno 2012 n. 3240.

<sup>770</sup> Ad esempio in T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 17 gennaio 2011, n. 90 (sentenza non impugnata): lo stabile collegamento sussiste, ma l'unica utilità che il ricorrente prospetta è quella strumentale alla ripetizione del procedimento amministrativo finalizzato alla (ri)formazione del PII impugnato. Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770: anche in tal caso lo stabile collegamento è accertato, e del pari una lesione della sfera giuridica del ricorrente; ma l'interesse tutelato è pretensivo, e legato all'esito di un procedimento che andrà ripetuto e che potrà portare alle medesime statuizioni: l'utilità che potrà derivare è dunque solo strumentale.

#### 4.8 La legittimazione delle autorità indipendenti ad impugnare provvedimenti di altre PPAA

Nel processo amministrativo sono previste diverse ipotesi di legittimazione *ex lege* (come visto, ad esempio, a tutela di interessi diffusi<sup>771</sup>). Una particolare categoria di ipotesi riguarda la legittimazione attribuita in capo alle Autorità indipendenti a impugnare atti amministrativi, in relazione a determinati interessi.

Tra i casi più conosciuti e discussi rientra la legittimazione dell'AGCM a impugnare provvedimenti amministrativi adottati da altre PA, in quanto ritenuti in violazione delle norme poste a tutela della concorrenza, previa emanazione di un parere motivato, secondo una peculiare sequenza procedimentale –*ex art. 21-bis*, Legge 10 ottobre 1990, n. 287<sup>772</sup>–.

Un altro caso è quello dell'ANAC, legittimata a impugnare bandi e altri atti in violazione delle norme relative ai contratti pubblici, *ex art. 211*, commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50<sup>773</sup>, in attuazione dei quali l'ANAC ha emanato un Regolamento<sup>774</sup>. Più precisamente, i poteri dell'ANAC sono due. L'Autorità può ricorrere direttamente *ex comma 1-bis*, impugnando determinati atti relativi ad appalti di *rilevante impatto*<sup>775</sup>; quando invece ravvisi (altre) *gravi violazioni* delle norme relative ai contratti pubblici (comma 1-*ter*), è onerata alla previa emanazione di un parere motivato<sup>776</sup>.

---

<sup>771</sup> Cfr. G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, f. 10, p. 1025. Cfr. sul tema lo studio di P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, f. 1, 40 ss.

<sup>772</sup> Introdotta dall'art. 35 D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito, con modifiche, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214.

<sup>773</sup> Introdotta dall'art. 52-*ter*, D.L. 24 aprile 2017 come modificato dalla Legge di conversione 21 giugno 2017, n. 50. Cfr. M. D'ARIENZO, *I poteri di intervento dell'ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del D.Lgs. n. 50/2016*, in *www.giustamm.it*, 2017, n. 10.

<sup>774</sup> Delibera ANAC recante «Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni e integrazioni», 13 giugno 2018, pubblicata in G.U. 17 luglio 2018, n. 164, di seguito indicato anche come «Regolamento sui poteri *ex art. 211*».

<sup>775</sup> Cfr. artt. 3 e 4 del Regolamento sui poteri *ex art. 211*.

<sup>776</sup> Cfr. artt. 6 ss. del Regolamento sui poteri *ex art. 211*.

Altra ipotesi rilevante è la legittimazione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, *ex art. 37*, comma 2, lett. n), D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, a ricorrere avanti al T.A.R. Lazio in relazione alla regolazione del servizio taxi. Un altro caso è la legittimazione della Banca d'Italia contro determinate delibere delle banche, *ex art. 24* D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385. Similmente, il MIUR è legittimato a impugnare statuti e regolamenti delle università, *ex art. 6* L. 9 maggio 1989, n. 168 e art. 2, comma 7, L. 20 dicembre 2010, n. 240.

Il dibattito giurisprudenziale-dottrinale si è sviluppato soprattutto in relazione alla legittimazione dell'AGCM e, del resto, il potere dell'ANAC è delineato (in parte) su quel modello<sup>777</sup>. In particolare, si prospettava in dottrina come questa ipotesi di legittimazione andasse ricondotta a un caso di giurisdizione oggettiva: non appare tutelata, infatti, alcuna posizione individuale, riconducibile a una figura di interesse legittimo<sup>778</sup>. La maggioritaria interpretazione giurisprudenziale, al contrario, ritiene che «lungi dall'introdurre una ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale e non di situazioni giuridiche soggettive di carattere individuale, che porrebbe problemi di compatibilità specie con l'art. 103 Cost. [...] delinea piuttosto un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica»<sup>779</sup>.

Sembra assistersi, anche in questo caso, a un processo di “camuffamento” dell'interesse tutelato, di cui si è dato conto in relazione alla tutela di interessi diffusi: ed in effetti, l'interesse anche in questo caso è adespota (tutela della concorrenza); viene facilmente leso da atti contro i quali difficilmente qualcuno avrebbe interesse a ricorrere e, dunque, non appare tutelabile da altri soggetti dell'ordinamento; è posto in capo, anziché a soggetti privati, a un'autorità pubblica<sup>780</sup>.

Trattasi, comunque, di un potere circoscritto, avendo un «perimetro ben individuato», ovvero quello della concorrenza, che *non* costituisce dunque un *generalizzato controllo di legittimità*, bensì «un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato», secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale –seppur in relazione a una censura della Regione Veneto che contestava che all'AGCM fosse stato attribuito un generale potere di controllo sugli atti amministrativi, esorbitante dunque dai limiti tracciati dalla stessa Corte<sup>781</sup>–.

---

<sup>777</sup> Come suggerito dal Consiglio di Stato nel parere Comm. Spec. 1 aprile 2016, n. 855.

<sup>778</sup> In questo senso F. CINTIOLI, *Osservazioni*, cit., p. 114; similmente M. CLARICH, *I poteri*, cit., p. 866.

<sup>779</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 15 marzo 2013, n. 2720; nello stesso senso T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2013, n. 4451, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014 n. 2246.

<sup>780</sup> Così B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, f. 3, p. 292.

<sup>781</sup> Corte Costituzionale, sentenza 11 febbraio 2013 n. 20, in *Giur. Cost.*, 2013, f. 1, 329 ss., commentata da R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del*

Questa opinione del giudice costituzionale, tuttavia, potrebbe far sorgere dubbi di compatibilità costituzionale relativamente al potere dell'ANAC. Ed infatti, dalle norme del nuovo Codice dei contratti pubblici non sembra emergere alcun particolare interesse (diffuso, o di altro tipo) riconducibile, anche "camuffato", all'ANAC. L'ANAC infatti può impugnare atti relativi a contratti di "rilevanti impatto", ovvero qualora vi siano "gravi violazioni" previo parere motivato: dunque, qualora vi sia una "generica" – seppur circostanziata – illegittimità nelle procedure; dunque, a essere tutelato è un interesse alla legalità delle gare d'appalto. È, naturalmente, il settore ad essere sensibile e a richiedere, anche sotto l'influenza del diritto europeo, forme di controllo peculiari.

A ben vedere, il potere delineato dall'ANAC sembrerebbe riconducibile alla tutela di un "interesse legittimo" a un corretto svolgimento delle procedure di appalto: "interesse legittimo" indicato dalla Direttiva 2014/24/UE al Considerando n. 122, posto in capo a «i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE», «in qualità di contribuenti»<sup>782</sup>. Viene valorizzata, insomma, una posizione soggettiva – il termine "interesse legittimo" non si riferisce alla situazione giuridica soggettiva tipica del nostro sistema<sup>783</sup> – in capo ad ogni cittadino, in quanto contribuente, alla legalità di ogni gara d'appalto<sup>784</sup>.

---

*mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, 337 ss., e M. MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, 342 ss. Cfr. anche M. CLARICH, *I poteri*, cit., p. 867 e P. QUINTO, *ANAC: un P.M. nel processo amministrativo?*, in *www.lexitalia.it*, 2017, n. 5.

<sup>782</sup> Questo il testo integrale del Considerando n. 122: «La direttiva 89/665/CEE prevede che determinate procedure di ricorso siano accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto. La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare tali procedure di ricorso. Tuttavia, i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di *audit*».

<sup>783</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, f. 8-9, pp. 874-875. Cfr. anche M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016, pp. 5-6.

<sup>784</sup> Cfr., seppur in altra ottica, C. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, f. 1, pp.

Il diritto europeo dunque delinea, in questo caso, un vero e proprio “interesse alla legalità”, in relazione all’ambito dei contratti pubblici, ma si tratta di posizione soggettiva nettamente distinta da quella delineata dalla Direttiva ricorsi. Come interpretare la norma? Si tratta di interesse diffuso, parificabile all’interesse alla tutela dell’ambiente? Certamente non parificabile dal punto di vista della tutela: come visto, solo la posizione soggettiva scaturente dalla Direttiva ricorsi riceve direttamente tutela atta a garantire la titolarità dell’azione, ciò che invece va garantito in capo alle associazioni ambientali. È, comunque, pur vero che il diritto europeo richiede un “minimo” di tutela: ben può, pertanto, il legislatore italiano garantire l’“interesse legittimo” ex Considerando n. 122 in tal modo, ai sensi del diritto europeo, ma certo è che il diritto europeo non impone una siffatta forma di tutela. Il Considerando n. 122 richiede infatti che i cittadini-contribuenti debbano quantomeno poter segnalare le violazioni alle autorità competenti. Tuttavia, la notizia della violazione proveniente da terzi, rispetto alle notizie provenienti da soggetti qualificati<sup>785</sup>, sembra avere poca rilevanza: l’Autorità infatti, ai sensi del relativo Regolamento, «può valutare eventuali segnalazioni di violazione da parte di terzi in considerazione delle risorse disponibili, tenendo conto in via prioritaria della gravità delle violazioni e della rilevanza degli interessi coinvolti dall’appalto» (art. 11, comma 4; enfasi aggiunta). Insomma, la posizione soggettiva del cittadino-contribuente non sembra valorizzata; al contrario, è valorizzata la figura dell’Autorità indipendente, cui è demandato –s’intende, assieme all’ampio novero di ulteriori poteri che le sono attribuiti– un generale potere di controllo sulla legalità delle gare d’appalto.

Resta ancora da vedere, pertanto, *come* poter conciliare con i principi della giustizia amministrativa questo potere, chè gli approdi relativi alla legittimazione dell’AGCM non sembrano pienamente adatti. La riconducibilità a un nuovo caso di “legittimazione oggettiva” –secondo l’interpretazione di Cerulli Irelli– dovrebbe infatti comunque postulare la pertinenza a un particolare interesse tutelato. Tant’è vero che la dottrina giustifica l’attribuzione del potere all’AGCM anche sulla base del valore

---

180-181, che ritiene –in relazione ai rapporti tra ricorso principale e incidentale– che in capo alle imprese di settore si soggettivizza l’interesse alla legalità delle gare d’appalto.

<sup>785</sup> Giudice amministrativo nelle controversie di giurisdizione esclusiva relative ai contratti pubblici, PM, Avvocatura dello Stato, altre PPAA e autorità giudiziarie: art. 11, comma 3, del Regolamento.

preminente della concorrenza<sup>786</sup>. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza potrebbe allora indicare il condivisibile approdo a una nuova ipotesi di legittimazione oggettiva anche con riferimento all'ANAC, considerando il preminente valore della materia relativa agli appalti pubblici.

Ma emerge, attualissima, la necessità di interrogarsi su quelle posizioni di diritto sostanziale che sono tutelate da queste innovative disposizioni legislative. Allargando la prospettiva rispetto alla ricostruzione giurisprudenziale che ha ricondotto una posizione individuale soggettiva in capo all'AGCM, infatti, ogni apparato amministrativo sarebbe portatore della situazione giuridica soggettiva costituita dallo specifico interesse pubblico per cui è istituita<sup>787</sup>.

---

<sup>786</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 12, 11 ss.; G. URBANO, *I nuovi poteri*, cit., pp. 1026-1027.

<sup>787</sup> Cfr. M. CLARICH, *I poteri*, cit., p. 867.

## CONCLUSIONI

Nel presente lavoro ci si è confrontati, innanzitutto, con il concetto di azione, istituto cardine del diritto processuale e particolarmente problematico in quanto costituisce il raccordo tra l'ambito del diritto processuale ed il diritto sostanziale (§§ 1.1, 1.2, 1.3). Adottando la nozione classica di azione (come diritto a una pronuncia di merito e mezzo per la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali), si sono quindi analizzate le sue condizioni generali (§ 1.4), contestando altresì le teorie dell'abuso dell'azione in quanto assegnano a questa, in ultima analisi, un ruolo che non sembra potersi conciliare con una nozione di processo che non dovrebbe essere accompagnata da un apporto teleologico ma connotata solo in senso strumentale alla tutela delle norme primarie (§ 1.4.2).

È stato, successivamente, ripercorso ed analizzato il cammino della giustizia amministrativa nel suo approdo a un sistema processuale (§ 2.1) di diritto soggettivo (§ 2.2), in uno con l'evoluzione delle situazioni giuridiche soggettive, o meglio delle situazioni meritevoli di tutela (§§ 2.3, 2.4, 2.5). Si è constatato che, tuttavia, questa evoluzione –che ha portato a un vero e proprio *cambio di paradigma*– non è stata accompagnata dall'adeguamento delle regole dell'accesso alla giustizia conforme a un modello processuale volto alla tutela di posizioni soggettive (§ 3.1).

Ed infatti, si è dimostrato come le tradizionali regole siano legate a una (superata) concezione della giustizia amministrativa quale mezzo di scrutinio del provvedimento amministrativo viziato per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, modello nel quale è imposto che, *prima* dello scrutinio del provvedimento amministrativo, il ricorrente sia titolare di una posizione giuridica differenziata.

Il modello processuale civile fornisce una possibile soluzione: considerare le condizioni dell'azione in chiave assertiva. Legittimazione all'azione non significa titolarità di una posizione giuridica soggettiva, bensì prospettazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva (o meglio, si ripete, di una situazione meritevole di tutela facente capo al soggetto). E così anche l'interesse ad agire andrebbe configurato in chiave di prospettazione, di una lesione subita e di un'utilità conseguente all'eventuale accoglimento della domanda giudiziale. L'effettiva titolarità della situazione meritevole di tutela costituisce, invece, questione di merito, da vagliarsi solo in un momento logicamente successivo.



Lo scopo della tutela della posizione soggettiva, infatti, non appare compatibile con la regola per cui l'effettiva titolarità della stessa costituisca *condizione* dell'azione, trattandosi piuttosto di questione di merito. Da un punto di vista logico, in definitiva, il modello delle condizioni dell'azione del processo civile sembra ben adatto anche al processo amministrativo (§ 3.2).

Nel processo amministrativo, in effetti, manca una sistematica delle condizioni dell'azione (§ 4.1). Le tradizionali regole richiedono, generalmente, la titolarità di una situazione giuridica in capo a un soggetto, ciò che in definitiva costituisce titolarità dell'azione. Le posizioni giuridiche emergenti da un *ordinamento in perenne trasformazione* vengono accolte nel processo –con fatica– come nuove *eccezioni* alle tradizionali regole, riscontrandosi una ricerca di generiche e globali *situazioni legittimanti*. La giurisprudenza appare *confusa* in particolare nel momento in cui si confronta con il *mosaico a tre tessere* composto da situazione giuridica soggettiva, legittimazione ad agire e interesse ad agire, seppur la loro distinzione sia generalmente conosciuta e riconosciuta. Il dibattito dottrinale attuale, in altro modo, non sembra ben focalizzato: piuttosto che sulla consistenza di queste categorie, ci si interroga sulla presenza di tendenze di giurisdizione oggettiva –tipologia di giurisdizione rifiutata dalla maggior parte della dottrina–, che emergerebbero ogniqualvolta si riscontri una di queste nuove eccezioni, che pertanto sarebbero tendenzialmente da contrastare<sup>788</sup>.

Ma tali questioni andrebbero, piuttosto, inquadrate attraverso la lente processuale. Andrebbero distinti gli aspetti processuali e di diritto sostanziale, pur nella consapevolezza –sia chiaro– della loro connessione (rapporto di strumentalità).

E, nell'ottica proposta, emerge come la cifra della limitazione dell'accesso alla giustizia, nel processo amministrativo, sia legata soprattutto all'*interesse ad agire* che acquisisce, in questo campo –differentemente da quanto accade in ambito privistico–, particolare rilevanza. Circostanza che appare legata al riconosciuto carattere del diritto amministrativo come di "diritto dei terzi": le posizioni giuridiche colpite o comunque coinvolte dall'esercizio del potere autoritativo sono innumerevoli e dunque la loro tutela giurisdizionale è precisamente e giustamente limitata solamente a chi è in grado di

---

<sup>788</sup> Similmente, con riferimento al diritto europeo, M.C. ROMANO, *Situazioni*, cit., in particolare 314 ss.

prospettare un interesse processuale ad agire (lesione della posizione soggettiva e utilità derivante dall'eventuale accoglimento dell'azione processuale).

Ai fini di una necessaria verifica della tesi proposta, ci si è dunque ed infine confrontati, nell'ultimo capitolo, con le questioni più attualmente frequenti nella casistica giurisprudenziale e discusse dalla dottrina relative alla "legittimazione" nel processo amministrativo.

Si è preso in considerazione, in primo luogo, l'"istituto" dell'interesse strumentale e lo si è ricondotto a mero e possibile atteggiarsi dell'interesse ad agire (§ 4.2). Quindi sono state affrontate le tematiche più frequenti del contenzioso in materia di contratti pubblici. Le questioni processuali che emergono nel dibattito non sembrano approfondire il tema della posizione giuridica soggettiva in quella sede tutelata. Si è pertanto tentato, in primo luogo, di fornirne una ricostruzione (§ 4.3). Acquisito questo dato, ci si è confrontati con le più importanti "eccezioni alle regole tradizionali" in punto di condizioni dell'azione: con la questione dell'impugnabilità immediata dei bandi (§ 4.3.1), dei ricorsi vicendevolmente escludenti (§ 4.3.2), nonché con le problematiche sottese al nuovo rito superaccelerato (§ 4.3.3). Si è constatato come, adottando la prospettiva qui proposta e nonostante quanto spesso sostenuto in dottrina e giurisprudenza, non emergano "rischi" di giurisdizione oggettiva nei primi tre casi, trattandosi sempre di ipotesi in cui il fine è la tutela di quella determinata posizione giuridica soggettiva.

Il nuovo rito superaccelerato, invece, coinvolge effettivamente questioni relative all'individuazione della posizione giuridica tutelata, che non appare chiaramente inquadrabile in capo a un'impresa determinata di settore.

In materia di interessi superindividuali, del pari, le questioni analizzate, anche in comparazione con il sistema tedesco, svelano che soluzioni quali il loro camuffamento come interessi individuali, o quella della *vicinitas*, non siano sufficienti a spiegare questi fenomeni sempre più dirompenti; eppure, restano ancora "inquadrate" come ipotesi eccezionali alle regole tradizionali (§§ 4.4, 4.5, 4.6).

Quanto alla *vicinitas* in materia urbanistico-edilizia, similmente, si è dimostrato come questa possa costituire criterio utile a svelare una posizione meritevole di tutela che si individualizza in capo a un soggetto in qualità di proprietario di un immobile, ma con rilevanti riflessi anche relativamente a interessi anche pubblicisticamente rilevanti e

tendenzialmente riconducibili alla “qualità della vita”. Vista la possibilità di ricondurre a un individuo tale posizione giuridica, sembra in quest’ambito facilmente proponibile una coerente sistemazione delle condizioni dell’azione, nonostante uno stato particolarmente confusionario della giurisprudenza, e seppure l’indagine sulla posizione soggettiva sostanziale non appaia certo “definitiva” (§ 4.7).

Quanto ai casi di “legittimazione” delle autorità indipendenti, sembra potersi concludere che si tratti di casi nei quali interessi pubblici sono stati “soggettivizzati” in capo a questi enti pubblici, seppur con estreme limitazioni, ovverosia permettendo solamente l’espletamento di azioni impugnatorie di provvedimenti lesivi di quegli interessi pubblici (§ 4.8).

Insomma, traendo da quest’analisi le fila del discorso, può affermarsi con sufficiente grado di sicurezza che il modello processuale civile delle condizioni dell’azione –da intendersi in chiave assertiva– è certamente adatto a spiegare molti degli eventi di “allargamento della legittimazione” che si riscontrano nel processo amministrativo e ancora non sistematizzati. Eventi che costituiscono in realtà ipotesi di tutela di emergenti situazioni sostanziali, e non di modifica delle regole di accesso al processo amministrativo. Fenomeno che, peraltro, avviene in perfetta continuità con l’evoluzione della giustizia amministrativa. La proposta, inoltre, permette di inquadrare questi casi al di fuori della riconduzione a mere ipotesi di giurisdizione oggettiva.

Si delineano, altresì, sempre più numerosi casi in cui il processo coinvolge interessi (sostanziali) non più legati a una contrapposizione netta pubblico-privato. Questi interessi si soggettivizzano in capo a diversi e nuovi attori, posti all’attenzione del giudice solo a seguito della loro composizione in sede procedimentale, ovvero solo in un momento successivo all’esprimersi della giuridicità primaria.

Del resto, si tratta di un fenomeno già ampiamente, pur se in diversa misura, conosciuto. Si consideri infatti come il processo amministrativo riconosca già pacificamente, per la pubblica amministrazione, la possibilità di ricorrere avanti al TAR, nei confronti di soggetti privati e a difesa di un proprio diritto soggettivo, nei casi di giurisdizione esclusiva<sup>789</sup>. Giannini, pur se nell’ottica di un processo solo impugnatorio, affermava già che i diversi organi dello Stato erano portatori di diversi interessi pubblici

---

<sup>789</sup> Cfr. N. SAITTA, *Sistema*, cit., pp. 85-86; Corte Cost., 15 luglio 2016, n. 179; Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755.

in conflitto tra loro: «l'organo che emana l'atto amministrativo illegittimo si raffigura come uno dei tanti centri organizzativi dei pubblici poteri, il quale non si identifica che con se stesso, e che è in permanente conflitto con altri centri»<sup>790</sup>. Similmente, dunque, le associazioni ambientaliste e le autorità indipendenti<sup>791</sup> agiscono a tutela di interessi che hanno rilevanza tanto pubblica quanto privata; soggetti ai quali è riconosciuto l'accesso alla giustizia solo in via eccezionale ma che, in prospettiva, potranno agire a piena tutela di quella "posizione soggettiva" di cui si fanno portatori.

In ogni caso, l'eventuale integrazione della giurisdizione con *elementi* oggettivi – si sottolinea: elementi– derivante dal diritto europeo è fenomeno che riguarda anche altri sistemi (in particolare la Germania). Fino ad ora, i sistemi nazionali hanno mostrato una certa flessibilità e capacità di adattamento, ma può già registrarsi un tendenziale processo di convergenza, ciò che rende e renderà la comparazione sempre più di interesse, se non indispensabile, per risolvere queste problematiche<sup>792</sup>.

In definitiva, è di tutta evidenza come autonomia e astrattezza dell'azione permettano di fornire un'adeguata cornice sistematica in punto di accesso alla tutela giurisdizionale.

Ma, e questo è il primo punto problematico che si vuole rimarcare con il presente lavoro, il processo amministrativo deve ancora accogliere e soprattutto acquisire un concetto di azione adeguato a un modello processuale volto alla tutela di posizioni giuridiche soggettive.

In secondo luogo, dunque, si conferma la proposta di trasporre un siffatto concetto di azione nel processo amministrativo, con la dovuta e necessariamente più "intensa" caratterizzazione dell'interesse ad agire.

In terzo luogo, sembrerebbe che un concetto d'azione con tali caratteri sia ancora in grado di porsi a tutela degli emergenti valori sociali. Gli approdi del presente lavoro – certamente parziali– evidenziano, infatti, l'immanente mutamento in atto del concetto di

---

<sup>790</sup> Così M.S. GIANNINI, *La giustizia*, cit., pp. 130-131.

<sup>791</sup> Ma, pur se in misura chiaramente "più soggettiva", anche imprese di settore nell'ambito degli appalti e cittadini lesi da interventi urbanistici che limitano la qualità della vita. In relazione alle imprese di settore nell'ambito degli appalti, come sottolineato nel testo, sarà fondamentale attendere le pronunce del giudice europeo per comprendere come si potranno delineare le posizioni soggettive in capo a loro.

<sup>792</sup> Cfr. K.-P. SOMMERMANN, *Objective and subjective profiles of the administrative jurisdiction: the experience of the German system*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, pp. 357-358; M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, 11 ss.

soggettività, che si fonde con la definizione degli interessi pubblici, in un’ottica di integrazione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo e che involge, pertanto, esattamente quelle tensioni di fondo cui si accennava nel primo capitolo, proprie del rapporto tra Stato e individuo. In questa prospettiva, dunque, “queste” condizioni dell’azione potrebbero fornire lo strumento per l’adeguata tutela richiesta dall’ordinamento, nell’ottica della giurisdizione soggettiva e soprattutto nell’ottica evolutiva delle stesse situazioni giuridiche soggettive, ancora, come più volte sottolineato, in divenire (§ 2.5). Come se il camuffamento delle posizioni superindividuali operato dalla giurisprudenza si sveli in un effettivo nuovo intendimento della soggettività giuridica.

Proprio in relazione a queste ultime problematiche si vogliono, infine, fornire alcuni ulteriori e conclusivi spunti di prospettiva. A ben vedere, infatti, è evidente come quando la situazione meritevole di tutela si caratterizza discostandosi dal modello strettamente individuale –ciò che sembra affacciarsi di recente nel nostro ordinamento anche nella materia dei contratti pubblici, oltre che trasversalmente negli altri ambiti analizzati–, le regole relative alla titolarità dell’azione non appaiano pienamente adeguate a spiegare tali accadimenti. In questo senso già Cappelletti affermava come il paradigma classico di tutela individuale, che vede normalmente contendersi due parti private –o, comunque, due “soggetti” individualizzati, uno privato e l’altro pubblico– possa risultare talvolta un modello non adatto alla soluzione di liti in cui sono in discussione beni che per loro natura non ineriscono a un singolo. Ed infatti in questi casi «[i]l processo civile non sarebbe più che un incompleto, superato, primitivo strumento di tutela, se dovesse restare chiuso e inaccessibile a quei nuovi bisogni e interessi collettivi e “diffusi” –ma non per ciò meno vitali per la società– che emergono prepotentemente nella nostra epoca», rischiando di giungere così a quell’approdo per cui un interesse che appartiene a molti non appartiene a nessuno<sup>793</sup>. Considerazione che, certamente, vale tanto per il processo civile quanto per il processo amministrativo<sup>794</sup>. Le risposte che gli ordinamenti hanno provato a darsi, alla ricerca dell’*ideological plaintiff*, sono le più varie: dal pubblico ministero alle agenzie governative, fino a quelle forme

---

<sup>793</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giur. It.*, 1975, IV, c. 52, rifacendosi anche al pensiero di Alberto Romano: cfr. A. ROMANO, *Interessi “individuali” e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro It.*, 1972, III, c. 269.

<sup>794</sup> Cfr. N. TROCKER, *Processo e Costituzione*, cit., p. 451.

incontrate anche in questo lavoro, associazioni rappresentative di una certa comunità e autorità preposte alla tutela di certi interessi<sup>795</sup>.

Questi sono interessi, come emerso anche nel presente lavoro, che non solo dunque sono difficilmente individualizzabili in capo a un soggetto, ma che già nel diritto sostanziale necessitano di una chiave di lettura differente dalla netta contrapposizione pubblico-privato<sup>796</sup>. La ricerca relativa a queste attualissime problematiche necessita quindi di un approccio di più ampio respiro che giunga a includere ulteriori temi quali la *class action* e il processo civile, sino alle dimensioni sociali –e globali– dell’accesso alla giustizia<sup>797</sup>.

Ma anche in questo senso, allora, resta attuale e valida la lezione dei Maestri della prima metà del Novecento, i quali hanno rimarcato il carattere della relatività del concetto di azione, che riflette inevitabilmente la concezione e l’evoluzione dei rapporti tra Stato e individuo.

---

<sup>795</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, *Dimensioni*, cit., 71 ss. e spec. 88 ss. e *amplius* M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to justice*, Vol. I, Milano, 1979 nonché Vol. III, 513 ss.

<sup>796</sup> Può in questo senso, e similmente, leggersi la riflessione di Vandelli, che propone il *dialogo* quale strumento e metro dei rapporti tra le istituzioni e i cittadini: cfr. L. VANDELLI, *Discorso* in occasione del conferimento del Dottorato Honoris Causa presso l’Università di Barcellona in data 29 gennaio 2019, in corso di pubblicazione.

<sup>797</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia* (voce), in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014

AA.VV., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 1999

AA.VV., *Giustizia amministrativa. Casi di giurisprudenza*, Torino, 2014

AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, 2012

AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, 2011

AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976

AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014

AA.VV., *Polemica intorno all'«actio» di Windscheid e Muther*, Firenze, 1954

AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951

AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981

ABBAMONTE G., LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Padova, 2001

ALESSI R., *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. Giur.*, 1943, 132 ss.

ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, II, Milano, 1978

ALLORIO E., *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, I, Milano, 1957

AMALFITANO C., CONDINANZI M., IANNUCELLI P. (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione Europea*, Napoli, 2017

ANCORA F., *Legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi in materia urbanistica: vicinitas, interesse, proprietà. Rassegna di giurisprudenza e proposte*, in *Giurisd. Amm.*, 2013, IV, 137 ss.

ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961

ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1961

ANDRONIO A., *Art. 111* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006

ANGIULI A., *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1986

ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955

ATTARDI A., *Legittimazione ad agire* (voce), in *Dig. Disc. Priv.*, X, Torino, 1993

ATTARDI A., *Interesse ad agire* (voce), in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, IX, 1993

BACCARINI S., *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, f. 4, 1203 ss.

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997

BARBERA A., *Art. 2* (voce), in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna-Roma, 1975



BARBERA A., *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Rass. Parl.*, 2006, f. 2, 359 ss.

BARBIERI E.M., *La Corte di giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, f. 2, 551 ss.

BARBIERI E.M., *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, f. 6, 1580 ss.

BASSI F., *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, f. 2, 195 ss.

BASSI F., *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 1994, f. 1, 107 ss.

BENETAZZO C., *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, f. 1, 107 ss.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, f. 1, 118 ss.

BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970

BERTI G., *La legge tutela un interesse diffuso, ma il giudice ne ricava un interesse individuale*, in *Le Reg.*, 1980, 733 ss.

BERTONAZZI L., *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, f. 2, 563 ss.

BERTONAZZI C., *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, 1202 ss.

BERTONAZZI L., *Note sull'impugnabilità dei bandi, aspettando l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, 2018, n. 1

BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016

BIANCA M., *Diritto civile*, III, Milano, 1987

BONSIGNORI A., *Della tutela giurisdizionale dei diritti, Tomo I – Disposizioni generali, art. 2907-2909*, in F. GALGANO, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro sesto – Della tutela dei diritti*, Bologna, 1999

CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo: i presupposti e le tendenze*, Milano, 1989

CAIA C., *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, Relazione in occasione delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dell'Università di Siena. "La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi", Castello di Modanella, Siena, 19-20 maggio 2017, in *www.spisa.unibo.it*

CAIANIELLO V., *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e Soc.*, 1989, 565 ss.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994

CAIANIELLO V., *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 42 ss.

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2003, Torino

CALABRÒ M., *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. Soc.*, 2016, f. 4, 807 ss.

CALAMANDREI P., *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, 1 ss.

CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965

CALVETTI S., *Proroghe, affidamenti diretti ed immodificabilità del contratto*, in *Urb. App.*, 2018, f. 4, 560 ss.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960

CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991

CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962

CAPPELLETTI M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giur. It.*, 1975, IV, 49 ss.

CAPPELLETTI M. (a cura di), *Access to justice*, Vol. I, Milano, 1979

CAPPELLETTI M. (a cura di), *Access to justice*, Vol. III, Milano, 1979

CAPPELLETTI M., *Accesso alla giustizia (voce)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988

CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994

CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro It.*, 1999, II, f. 11, 3211 ss.

CARANTA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936

CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942

CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956

CARPI F., COLESANTI V., TARUFFO M. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 1984

CARRATTA A., *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, f. 2, 579 ss.

CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, f. 5, 1707 ss.

CASSETTA E., *Diritti pubblici subbiettivi* (voce), in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964

CASSETTA E., *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, f. 3, 689 ss.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017

CASINI L., *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018

CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956

CASSARINO S., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990

CASSARINO S., *Il processo amministrativo*, I, Milano, 1984

CASSATELLA A., *Il ricorso incidentale: nozione sostanziale ed implicazioni processuali*, in *Dir. e Formaz.*, 2002, 835 ss.

CASSESE S., *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, f. 2, 176 ss.

CAVALLO M.B., *L'ordine di esame dei ricorsi, principale e incidentale, in materia di contratti pubblici dopo la sentenza della Corte di Giustizia del 5 aprile 2016 e i suoi effetti sulla reale efficacia delle gare di appalto*, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), 2016

CAVALLO PERIN R., *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, 981 ss.

CELOTTO A., *Diritti (diritto costituzionale)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. 7, Torino, 2017

CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 1010 ss.

CHIARLONI S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, f. 3, 567 ss.

CHIEPPA R., *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 2013, f. 1, 337 ss.

CHIEPPA R., *Art. 1* (voce), in R. CHIEPPA (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017

CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti (1903)*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 3 ss.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965

CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Conc. Merc.*, 2013, 111 ss.

CIRILLO G.P., *La transizione dalla "giustizia amministrativa" al "diritto processuale amministrativo"*, in *Giurisd. Amm.*, IV, 2013, f. 7-8, 251 ss.

CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, 2017

CLARICH M., *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Tratt. Dir. Amm.*, II, Milano, 2003, 2021 ss.

CLARICH M., *Le azioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, f. 11, 1121 ss.

CLARICH M., *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, in *Conc. Merc.*, 2013, f. 1, 865 ss.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017

COGNETTI S., *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014

COMOGLIO L.P., *Art. 24* (voce), in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost., Art. 24-26*, Bologna, 1981

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 2017

CORSO G., *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 1, 1 ss.

CORTESE F., *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, f. 5, 498 ss.

CORTESE F., *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, f. 10, 959 ss.

CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Bologna, 2012

CUMIN G., *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. App.*, 2017, f. 5, 642 ss.

D'APUZZO E., *Profili della cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo*, Napoli, 2017

D'ARIENZO M., *I poteri di intervento dell'ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del D.Lgs. n. 50/2016*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2017, n. 10

DE LISE P., *Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, 2010, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)

DE LUCIA L., *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'Amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2017, n. 1

DE NICTOLIS R. (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017

DE PRETIS D., *Una dogmatica «riformata» del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, f. 1, 9 ss.

DE ROSA M., MATTARELLA B. G., *Art. 100* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006

DE SIMONE M., *Il ripido crinale fra interesse a ricorrere e possibilità giuridica*, in *Giur. Mer.*, 2008, f. 12, 3290 ss.

DELSIGNORE M., *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, f. 3, 734 ss.

DENTI V., *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971

DENTI V., *Azione, I) Diritto processuale civile* (voce), in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988

DENTI V., *Procedimento civile (atti del)* (voce), in *Dig. Disc. Civ.*, XVIII, Torino, 1996

DETTERBECK S., *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, Marburg, 2017

DOMENICHELLI V., *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, f. 4, 623 ss.

DURET P., *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, f. 1, 40 ss.



DURET P., *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2013, f. 1, 2 ss.

FALZEA A., *Capacità (teoria generale)* (voce), in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960

FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana – illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976

FANTIGROSSI U., *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017

FAZZALARI E., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957

FAZZALARI E., *Processo (teoria generale)* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966

FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996

FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, f. 3, 617 ss.

FERRARA L., *La giustizia amministrativa paritaria e l'attualità del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, 1009 ss.

FERRARA R., *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993

FERRARA R., *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993

FERRARI F., *L'interesse c.d. legitimante e l'interesse ad agire*, in *Giur. It.*, 2014, f. 12, 2745 ss.

FERRARI G.F., *Giustizia amministrativa in diritto comparato* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991

FOLLIERI E., *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, f. 4, 911 ss.

FOLLIERI E., *Due passi in avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. It.*, 2015, f. 10, 2192 ss.

FOLLIERI E., *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 2016, f. 8-9, 873 ss.

FRACCHIA F., *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, f. 4, 694 ss.

FRANCARIO F., SANDULLI M.A. (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017

FRENI F., *Art. 1* (voce), in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012

GAFFURI F., *Il permesso di costruire e i diritti dei terzi*, in *Urb. App.*, 2012, f. 2, 150 ss.

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. Impr.*, 1985, f. 1, 1 ss.;

GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. Impr.*, 2008, f. 1, 73 ss.

GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Las transformaciones de la justicia administrativa*, Madrid, 2007, trad. it. *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2017

GÄRDITZ K.F., *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) mit Nebengesetzen*, Köln, 2013

GIANNELLI A., *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, f. 3, 1119 ss.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. Giur.*, XII, Milano, 1964

GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 2004, 225 ss.

GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970

GIAVAZZI M., *La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 1051 ss.

GIOVAGNOLI R., *Ricorso incidentale e parità delle parti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2009

GIOVAGNOLI R., *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013, n. 9

GIOVANNINI G., *Luci e ombre nella legge n. 205/2000 di riforma della giustizia amministrativa*, in *Corr. Giur.*, 2000, f. 12, 1545 ss.

GIUSSANI A., *Azione collettiva*, in *Enc. Dir., Ann.*, I, Milano, 2007, 132 ss.

GIUSTI A., *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. It.*, 2014, f. 1, 149 ss.

GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004

GHIRGA M.F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012

GHIRGA M.F., *Interesse ad agire [dir. proc. civ.]*, in <http://www.treccani.it/>, *Diritto on line*, 2015

GHIRGA M.F., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, f. 2, 445 ss.

GHIRGA M.F., *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, f. 2, 362 ss.

GHIRGA M.F., *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, f. 1, 238 ss.

GOISIS F., *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 1, 101 ss.

GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, f. 3, 479 ss.

GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2014, f. 4, 585 ss.

GRECO R., *Le ragioni di un codice amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010

GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Bari, 2015

GUICCIARDI E., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1954

GUICCIARDI E., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967

GUICCIARDI E., *La decisione del «chiunque»*, in *Giur. It.*, 1970, III, 193 ss.

JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912

KLUTH W., RENNERT K. (a cura di), *Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht*, Halle, 2008

LA CHINA S., *Norma (dir. proc. civ.)* (voce), in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978

LA ROSA G., *Il ricorso incidentale nel rito “super-speciale di cui all’art. 120, commi 2-bis e 6-bis, c.p.a.”*, in *Urb. App.*, 2018, f. 2, 175 ss.

LAMBERTI C., *Per la Corte di Giustizia l’incidentale non è più “escludente”?*, in *Urb. e App.*, 2013, 1003 ss.

LAMBERTI C., *La Corte di giustizia promuove l’interesse strumentale e il suo ruolo d’interprete (unica) del diritto europeo*, in *Urb. App.*, 2016, f. 10, 1084 ss.

LESSONA S., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1955

LIEBMAN E.T., *L’azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, 47 ss.

LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, I, 1984

LIPARI M., *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016

LO SAPIO G., *Rito superaccelerato e tecniche di “giuridificazione” degli interessi*, in *Urb. App.*, f. 4, 507 ss.

LOMBARDI R., *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008

LOMBARDI P., *L'accesso alla giustizia per la protezione dell'ambiente in Italia nella prospettiva della Convenzione di Aarhus*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, f. 3, 997 ss.

LONGO A., *La legittimazione dei terzi ad impugnare gli atti amministrativi in materia edilizia ed urbanistica: vicinitas e ulteriori condizioni di accesso alla tutela processuale*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, f. 3, 516 ss.

LUBRANO F., *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1964, 756 ss.

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I, 2017, Milano

MAELLARO F.R., *La legittimazione al ricorso in materia urbanistica*, in *Giur. Merito*, 2012, p. 1492 B ss.

C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)* (voce), in *Dig. Disc. Civ.*, IX, Torino, 1993

MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, 2017

MANFREDI G., *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)* (voce), in *Enc. Dir., Ann.*, VII, 2014

MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, f. 1, 74 ss.

MARCHETTI B., RENNA M. (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016

MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, Trento, 2005

MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017

MATTARELLA B.G., *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, f. 3, 291 ss.

MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, f. 1, 214 ss.

MAZZAROLLI L., *Prospettive della giustizia amministrativa: un'introduzione al dibattito*, in *Dir. Soc.*, 1997, 283 ss.

MAZZAROLLI L., *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, f. 1, 1 ss.

MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo, I – Parte generale*, Bologna, 2005

MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo, II – Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, 2005

MENGONI L., *Interpretazione e nuova dogmatica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996

MERUSI F., *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Annale ISAP*, 2015

MICCICHÈ C., *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018

MICHELI G.A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959

MIDIRI M., *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2013, f. 1, 342 ss.

MONACCIANI L., *Azione e legittimazione*, Milano, 1951

MONTEDORO G., *Le azioni nel processo amministrativo nel prisma dell'interesse ad agire*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, Padova, 2014

MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2015

MORBIDELLI G., *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012

MORBIDELLI G., *Il contributo del giudice amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 3, 763 ss.

MORETTI M., *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e Giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti. Nota a Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest*, in *Riv. AIC*, 2016, f. 3



NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960

NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, 715 ss.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983

ORESTANO R., *L'azione in generale, a) Storia del problema* (voce), in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959

ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1952

ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005

PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, f. 1, 119 ss.

PAJNO A., *Il Codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa. Una introduzione al Libro I*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, f. 1, 100 ss.

PAJNO A., *La giustizia amministrativa nel 2017*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, f. 2, 147 ss.

PAJNO A., *Trasformazioni della Giustizia Amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017

PAOLANTONIO N., *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)* (voce), in *Enc. Dir. Annali*, 2.1, 2008, 1 ss.

PATRONI GRIFFI F., *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, f. 1, 115 ss.

PATRONI GRIFFI F., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019

PEKELIS A., *Azione (teoria moderna)* (voce), rist. in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958

PELLEGRINO G., *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008

PELLEGRINO G., *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012

PENE VIDARI G.S., *Giustizia amministrativa (Storia)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991

PERFETTI L.R., *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004

PESCATORE G., *Brevi note in tema di ricorso incidentale escludente, legittimazione al ricorso ed ordine di esame delle questioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2012, n. 5

PICOTTI E., *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nell'ambito delle gare d'appalto, attendendo la nuova pronuncia dell'Adunanza Plenaria*, in *Il Foro Amm. T.A.R.*, 2013, f. 12, LXXV ss.

PICOTTI E., *L'accordo di programma e la tutela dei terzi in ambito urbanistico alla luce del criterio della vicinitas*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2015, f. 6, 1400 ss.

PICOZZA E., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017

PIRAINO S., *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981

POLI R., *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, f. 2, 353 ss.

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000

POLICE A., *Art. 24 (voce)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006

POLICE A., *Il ricorso di primo grado, la costituzione delle altre parti, l'intervento, il ricorso incidentale*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XLII, Padova, 2014

PORTALURI N., *Le «macchine pigre» ed un codice ben temperato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010

POZZANI P., *Proposte definitorie circa la pregiudizialità amministrativa in senso sostanziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2018, f. 1, 259 ss.

PRESUTTI L., *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2017, f. 3, 301 ss.

PROTO PISANI A., *Art. 100 (voce)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, Libro I, Tomo II, Torino, 1973

PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, 241 ss.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014

PROTTO M., *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb e App.*, 2012, f. 4, 440 ss.

QUINTO P., *ANAC: un P.M. nel processo amministrativo?*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2017, n. 5

RAMAJOLI M., *Legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, f. 4, 999 ss.

REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1939

REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957

RENNERT K., *Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts? – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand*, in [www.bverwg.de/medien/pdf/rede\\_20160914\\_essen\\_funktionswandel\\_rennert.pdf](http://www.bverwg.de/medien/pdf/rede_20160914_essen_funktionswandel_rennert.pdf)

RIBOLZI C., *L'azione nel diritto processuale amministrativo*, Milano, 1955

RICCI G.F., *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2015

ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958

ROMANO A., *Interessi "individuali" e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro It.*, 1972, III, 269 ss.

ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975

ROMANO A., *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi c.d. diffusi*, in *Foro It.*, 1978, V, 8 ss.

ROMANO A., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989

ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1 ss.

ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la Legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, f. 3, 602 ss.

ROMANO M.C., *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli, 2013

ROMEO G., *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, f. 3, 653 ss.

ROMEO G., *La giustizia amministrativa: passato, presente e futuro*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, f. 1, 271 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011

ROSSI E., *Art. 2 (voce)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006

ROVERSI MONACO F.A., CAIA G. (a cura di), *Il trasporto pubblico locale*, Voll. I e II, Napoli, 2018

ROEHRSEN G., *Ricorso giurisdizionale amministrativo (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XV, 1968

RUFFERT M., *Administrative Law in Europe: between common principles and national traditions*, Groningen, 2013

RUGGE G., *L'europeizzazione del diritto pubblico tedesco: l'accesso alla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, f. 3-4, 593 ss.

SAPONE N., *Art. 99* (voce), in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile, Art. 75-162*, Milano, 2012

SASSANI B., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Bologna, 1983

SASSANI B., *Interesse ad agire, I) Diritto processuale civile* (voce), in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989

SASSANI B., VILLATA R., BENETAZZO C. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012

SAITTA F., *Art. 113* (voce), in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, Torino, 2006

SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2015

SATTA F., *Giustizia Amministrativa*, Padova, 1997

SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1973

SATTA S., *Art. 100* (voce), in S. SATTA (a cura di), *Commentario al Codice di procedura civile*, I, 1966, Milano

SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di stato e ai giudici sottostanti*, Napoli, 1963

SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012, n. 12

SCHENKE W.-R., *Verwaltungsprozessrecht*, Heidelberg, 2017

SCHÖNKE A., *Il bisogno di tutela giuridica*, trad. it. F. CARNELUTTI in *Riv. Dir. Proc.*, 1948, 132 ss.

SCOCA F.G., *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali amministrativi regionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985, f. 2, 253 ss.

SCOCA F.G., *Interessi protetti (dir. amm.)* (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, XVII, t. II, 1989

SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990

SCOCA F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 13 ss.

SCOCA F.G., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 2, 371 ss.

SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017

SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017

SCOCA S.S., *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, f. 4, 1397 ss.

SEVERINI G., *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2016

SILVESTRI M., *Le condizioni dell'azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, f. 3, 927 ss.

SOLINA O., *La legittimazione ad agire per la tutela di interessi collettivi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, f. 2, 249 ss.

SOMMERMANN K.-P., *Transformative effects of the Aarhus convention in Europe*, in *ZaöRV*, 2017, 321 ss.

SORACE D. (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009

SPAGNUOLO VIGORITA R., *Il conflitto tra Pubblica Amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, Napoli, 2018

SPAMPINATO B., *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004

SPAVENTA S., *La Giustizia nell'Amministrazione*, in *Discorsi Parlamentari di Silvio Spaventa*, Roma, 1913, 550 ss.

SQUAZZONI A., *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 3, 796 ss.

STELLA G., *Sovranità e diritti*, Torino, 2013

TAMBURRO A.M., *Legittimazione e decorrenza del termine ad impugnare i titoli edilizi da parte dei terzi: i requisiti e i criteri secondo il "diritto vivente"*, in *Arch. Loc. Cond. Imm.*, 2018, f. 1, 19 ss.



TARUFFO M., *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Diritto privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1997, 435 ss.

TARUFFO M., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, f. 1, 117 ss.

TEGA D., *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012

TESAURO F., *Manuale del processo tributario*, Torino, 2017

TOMEI G., *Legittimazione ad agire (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1974

TOMMASEO F., *Legittimazione processuale, I) Diritto processuale civile (voce)*, in *Enc. Giur.*, Roma, XVIII, 1990

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018

TRAVI E., *Vicinitas e interesse a ricorrere*, in *Foro It.*, 2018, f. 4, III, 216 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della "vicinitas"*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, f. 3, 771 ss.

TRIMARCHI M., *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 4, 1101 ss.

TROCKER N., *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974

TROCKER N., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2001, f. 2, 381 ss.

TROCKER N., *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, f. 2, 425 ss.

TROPEA G., *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 200 ss.

TROPEA G., *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, f. 2, 664 ss.

TROPEA G., *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015

TROPEA G., *(In)certezza del diritto e stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, Saggio sullo stato costituzionale, Torino, 2015)*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, f. 3, 1063 ss.

TULUMELLO G., *L'impugnabilità degli atti amministrativi in materia urbanistica*, in *Riv. Giur. Ed.*, f. 2, 2009, 59 ss.

URBANO G., *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, f. 10, 1022 ss.

VACCARI S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017

VANDELLI L., *Discorso in occasione del conferimento del Dottorato Honoris Causa presso l'Università di Barcelona in data 29 gennaio 2019*, in corso di pubblicazione

VERDE G., *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, f. 4-5, 1085 ss.

VERDE G., *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, f. 3, p. 696

VILLATA R., *Interesse ad agire, II) Diritto processuale amministrativo (voce)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989

VILLATA R., *Legittimazione processuale, II) Diritto processuale amministrativo (voce)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990

VILLATA R., *Presupposti processuali, III) Diritto processuale amministrativo (voce)*, in *Enc. Giur.*, XXIV, 1991

VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, f. 2, 171 ss.

VILLATA R., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, f. 2, 285 ss.

VILLATA R., *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2009

VILLATA R., *Annotando gli annotatori*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, f. 3, 1183 ss..

VILLATA R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, II*, Padova, 2014, 2162 ss.

VILLATA R., *Finale di partita?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, f. 2, 826 ss.

VILLATA R., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, f. 2, 325 ss.

VILLATA R., *Postilla a La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, f. 3, 743 ss.

VILLATA R., BERTONAZZI L., *Art. 40 (voce)*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 386

VIPIANA P.M., *In margine a un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosiddetto interesse strumentale a ricorrere*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, f. 1, 107 ss.

VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrativa*, Milano, 2003

ZAN S. (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia. L'evoluzione del processo civile telematico*, Bologna, 2005

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo, II – La giustizia amministrativa*, Milano, 1958

ZANOTTI A. (a cura di), *Il principio giuridico di responsabilità*, Bologna, 2014

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile, I*, Milano, 1946

Nota: la giurisprudenza citata, se non diversamente specificato, è stata consultata su siti istituzionali ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) e su banche dati giuridiche online ([www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) e [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)).