

ANDREA CARBONE

**POTERE E SITUAZIONI
SOGGETTIVE
NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

II-1

**La situazione giuridica a rilievo sostanziale
quale oggetto del processo amministrativo**



G. Giappichelli Editore

AVVERTENZA

L'opera ricostruttiva, iniziata nel precedente volume, in ordine al potere e alle situazioni giuridiche nel processo amministrativo, continua, in questa sede (e sempre nella possibilità di una risistemazione complessiva), con la descrizione delle modalità attraverso le quali la situazione giuridica a rilievo sostanziale che si rapporta al potere amministrativo – intesa nel senso che si è avuto modo di spiegare nella prima parte della nostra trattazione – assurge ad oggetto del giudizio, e della conseguente declinazione che l'assetto processuale viene, in tale prospettiva, ad assumere. Si va, dunque, ad incentrare l'attenzione sull'oggetto del processo amministrativo.

Rispetto a quanto considerato nel primo volume, si è nel mentre interposta, peraltro, la modifica intervenuta sull'art. 10 bis, l. n. 241/1990, ad opera della l. n. 120 dell'11 settembre 2020. Sui profili ad essa relativi ci si dovrà quindi soffermare, prima di rivolgerci all'oggetto della nostra trattazione.

Non si affronterà invece, in questa sede, la problematica concernente le situazioni giuridiche a carattere prettamente procedurale e la loro tutela. A tali argomenti, a cui pure, secondo il programma della ricerca, è dedicata la parte seconda del lavoro, si è preferito, considerata l'ampiezza delle questioni che vengono in rilievo, destinare un volume ulteriore, in corso di elaborazione. In quest'ultimo, si aggiunge, troveranno inquadramento anche una serie di ulteriori problematiche, che risulta necessario affrontare al fine del completamento della ricostruzione complessiva; di esse, ad ogni modo, in parte si accennerà anche nel corso dell'indagine che si svolgerà nelle prossime pagine.

Nel licenziare questa ulteriore parte, i ringraziamenti continuano ad andare a quanti, in un periodo in cui la consultazione dei testi non è stata, per lungo tempo, agevole, hanno consentito il reperimento del materiale bibliografico necessario alla realizzazione dell'opera; e a tutti coloro che non hanno perso la pazienza di confrontarsi con l'Autore sugli argomenti oggetto d'indagine, fornendogli i loro preziosi consigli.

Roma, 30 aprile 2022

A.C.

II

LA SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA A RILIEVO SOSTANZIALE QUALE OGGETTO DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'azione nel processo amministrativo e la situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo. Necessità di riconsiderare i relativi istituti processuali. – 2.1. La legittimazione a ricorrere. La possibilità giuridica della situazione protetta. – 2.2. L'interesse ad agire. – 3. Le forme dell'azione. – 4. Il particolare ruolo dell'azione di annullamento nella tutela della situazione giuridica a rilievo sostanziale. – 5. L'azione di condanna ad un *facere*. – 5.1. La struttura dell'azione di condanna ad un *facere*. L'atto espresso e il rapporto con l'azione di annullamento. Rigidità strutturali e modulazione degli effetti caducatori. – 5.2. La struttura dell'azione di condanna ad un *facere* a fronte del silenzio inadempimento. Necessità di distinguere due rimedi, l'azione avverso il silenzio ove l'oggetto del giudizio è una situazione a carattere (prettamente) procedurale, e l'azione rivolta alla tutela della situazione a rilievo sostanziale. Criticità della disciplina normativa sul punto. – 5.3. L'azione di condanna ad un *facere* rivolta alla tutela di situazioni di carattere pretensivo. La condanna ad un *facere* in positivo. Possibilità di una condanna in futuro. – 5.4. L'azione di condanna ad un *facere* rivolta alla tutela di situazioni di carattere oppositivo. La condanna ad un *facere* in negativo (azione inibitoria). Divieto di inibitoria preventiva. – 5.5. L'azione costitutiva in positivo quale rivolta alla produzione della situazione effettuale in sostituzione all'Amministrazione. Generale divieto al di fuori della giurisdizione di merito. – 6. L'azione di accertamento e il suo limitato rilievo nelle controversie concernenti la situazione di pretesa del privato che si pone in rapporto con il potere amministrativo. L'esercizio dell'azione di accertamento in via riconvenzionale. – 6.1. (*segue*) Le altre ipotesi di tutela di mero accertamento. – 6.2. Essenziale estraneità delle altre ipotesi di azione di accertamento ad un processo avente ad oggetto la tipologia di situazioni in esame, o comunque loro funzione soltanto strumentale rispetto ad esso. Il rilievo dell'azione di nullità. – 6.3. (*segue*) La situazione finale incisa dall'esercizio del potere nei casi di silenzio-assenso e SCIA. – 7. Tutela in forma specifica e tutela risarcitoria. Specificazioni e rinvio. – 8. La declinazione del processo amministrativo avente ad oggetto la situazione giuridica a rilievo sostanziale. – 8.1. La situazione giuridica oggetto del giudizio. La sua declinazione procedurale e le conseguenze in ordine alla sua deduzione in giudizio. L'accertamento parziale della situazione giuridica oggetto del giudizio. L'esercizio soltanto parziale del potere in relazione al suo rilievo procedurale. La mancata (compiuta) staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie attinente alla sussistenza di discrezionalità sotto il profilo teleologico. – 8.2. L'estensione dell'oggetto del giudizio. Le questioni pregiudiziali. – 8.3. Il quadro relazionale in cui si inserisce la situazione

giuridica posta ad oggetto del giudizio. Le situazioni giuridiche rispetto alle quali si esplica l'accertamento. – 8.4. Profili soggettivi. – 8.5. Considerazioni di carattere procedurale. Il cumulo di domande in giudizio. – 9. La dialettica processuale. – 9.1. L'attività processuale delle parti. Le sue modalità di esplicazione. Il ruolo del ricorso incidentale. – 9.2. L'esercizio da parte della P.A. di un potere processuale e la differenza con l'esercizio del potere di carattere sostanziale (originario o di secondo grado). – 9.3. L'accertamento giudiziale della situazione procedurale a rilievo sostanziale e il rilievo di carattere istruttorio della staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie (l'esaurimento della discrezionalità). Critica alla tesi del *remand*. – 10. L'oggetto della dichiarazione giudiziale. La portata precettiva della sentenza. – 10.1. L'effetto di accertamento della sentenza del giudice amministrativo e le sue conseguenze. – 10.2. (*segue*) L'accertamento parziale della situazione giuridica. – 10.3. L'efficacia esecutiva della sentenza. La declinazione del giudizio di ottemperanza. L'esecuzione della sentenza che accerta parzialmente la situazione giuridica.

1. Considerazioni introduttive

La situazione giuridica soggettiva, di cui il singolo è portatore in relazione ad un potere amministrativo, è stata dunque individuata in una pretesa in senso tecnico, che si rivolge direttamente, in termini negativi o positivi, nei confronti della situazione effettuale a cui il potere fa riferimento (l'utilità finale, come mediata dall'adozione del provvedimento), secondo le peculiarità ricostruttive, derivanti dal modello normativo proprio della realtà strutturale che caratterizza la relativa funzione, descritte in precedenza¹.

La produzione della situazione effettuale, o il diniego di produzione della situazione effettuale, costituisce l'oggetto di una decisione che si estrinseca nel provvedimento, il quale rileva così nella considerazione del comportamento della P.A. in relazione all'esercizio del potere. Tale comportamento, per il contesto strutturale della funzione all'interno del quale si inserisce, assume un carattere che può definirsi *procedurale*: il profilo che viene in evidenza è infatti quello che trova svolgimento in relazione al procedimento.

In particolare, il carattere procedurale del comportamento può assumere rilievo in senso assolutamente o relativamente astratto, laddove esso si ponga in relazione, rispettivamente, con il procedimento in sé considerato o con lo svolgimento del procedimento considerato in rapporto con una particolare situazione giuridica di potere; oppure può venire in rilievo in senso concreto, se direttamente riferito alla produzione della situazione effettuale propria della situazione giuridica di potere che nell'ambito del procedimento si esplica. In quest'ultima ipotesi, il comportamento, ancorché abbia carattere procedurale, riveste, nell'ambito di quest'ultimo,

¹Cfr. la parte I, cap. V, par. 2 ss., come ricordato *supra*, cap. I, par. 1.

rilievo sostanziale; ciò al pari della situazione giuridica di potere che viene in questione, la quale ha appunto, come spiegato, carattere procedurale concreto, e si pone, come tale, all'interno di un rapporto di rilevanza sostanziale che si esplica sotto un profilo procedurale.

Il comportamento dell'Amministrazione, così individuato, può, nel momento in cui è posto in essere, soddisfare o ledere, a seconda dei casi, la situazione giuridica del privato di pretesa alla produzione o alla non produzione della situazione effettuale, che sia ravvisabile come in concreto sussistente. La verifica della sussistenza di tale situazione giuridica, e la sua lesione, è demandata al giudice amministrativo, nelle modalità oggetto appunto di analisi in questo capitolo. In tale prospettiva, il comportamento della P.A. viene ad essere conosciuto dal giudice nel suo rilievo sostanziale, ma, come si vedrà, mantiene comunque intatto il suo carattere procedurale, con tutte le conseguenze che da una siffatta prospettazione, scaturente dalla duplicità dimensionale della situazione giuridica che viene in questione, possono farsi derivare.

Il medesimo comportamento dell'Amministrazione rileva inoltre, come detto, sempre in ottica procedurale, rispetto al procedimento in sé considerato o allo svolgimento del procedimento considerato in rapporto con un'astratta situazione giuridica di potere. In questo senso, il rilievo assunto dal comportamento è di tipo *prettamente procedurale*. Rispetto ad esso, possono del pari configurarsi situazioni giuridiche del privato, autonome rispetto a quella di tipo concreto, le quali partecipano del medesimo carattere prettamente procedurale del rilievo assunto dal comportamento; e possono essere soddisfatte o lese, necessitando, in quest'ultima evenienza, di ricevere tutela giurisdizionale².

Il rilievo procedurale del comportamento, nei termini sin qui descritti, non esclude, va peraltro aggiunto, che lo stesso comportamento possa rilevare anche a prescindere da tale sua dimensione, in un'ottica, cioè, *prettamente sostanziale*. Tale evenienza si può infatti verificare al cospetto di una lesione dei canoni di buona fede e correttezza, a cui devono essere improntati i rapporti di diritto amministrativo al pari di quelli di diritto comune, secondo quanto peraltro espressamente previsto dal co. 2 *bis* dell'art. 1, l. n. 241/1990³. Ciò che però si vuole escludere, lo si è già avuto modo di spiegare, è che in tale dimensione si esaurisca l'essenza relazionale, e conseguentemente tutta la gamma di situazioni giuridiche, propria della vicenda che coinvolge Amministrazione e privato/i⁴.

La struttura procedurale della funzione che connota il potere amministrativo, in ragione delle caratteristiche che hanno consentito di indentificarla come modello pro-

²Di tali questioni si tratterà nella parte II-2. Taluni profili ad esse inerenti saranno comunque affrontati *infra, passim*, soprattutto in nota.

³La relativa previsione, secondo cui “*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”, è stata aggiunta dall'art. 12, co. 1, lett. 0a), l. n. 120/2020.

⁴Cfr. quanto detto in particolare nella parte I, cap. III, par. 4.1, e cap. V, par. 5.

cessuale di accertamento, attrae infatti a sé le relative situazioni giuridiche, conformandone i caratteri e finanche la struttura. In questo quadro, in ogni caso, cioè, in cui il potere si inserisca in una siffatta dimensione procedurale, il rilievo prettamente sostanziale del comportamento assume portata soltanto residuale, rispetto alle situazioni giuridiche che invece possono essere ricondotte alla dimensione procedurale, astratta o concreta; riferendosi appunto ai casi in cui, non essendo ravvisabile la lesione di una di tali situazioni, si sia comunque in presenza di una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza⁵. Opinare il contrario, riducendo, conseguentemente, il rapporto tra P.A. e privato/i al suo rilievo all'interno dei canoni indicati (al limite, insieme ad altri canoni più specifici, ma comunque improntati ad un'ottica prettamente sostanzialistica), comporterebbe invece un appiattimento della dimensione procedurale su quella sostanziale, contrario al modello strutturale normativamente espresso da una tipologia di funzione quale quella amministrativa⁶.

2. *L'azione nel processo amministrativo e la situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo. Necessità di riconsiderare i relativi istituti processuali*

A fronte di una decisione della P.A. che disconosce la pretesa del privato alla produzione o alla non produzione dell'effetto auspicato la quale invece sia in concreto sussistente, ovvero nell'ipotesi della mancanza di una decisione sul punto nel termine normativamente previsto, viene ad essere integrato, da parte dell'Amministrazione, il fatto antiggiuridico corrispondente all'inadempimento in ordine a detta pretesa, rispetto al quale il privato può richiedere tutela in via giurisdizionale.

⁵In ordine a tale aspetto si tornerà nella parte II-2.

Possono peraltro anticiparsi già ora taluni profili che, in proposito, vengono in rilievo nell'ambito del diritto amministrativo. In particolare, le situazioni giuridiche di carattere procedurale, siano esse a rilievo sostanziale (procedurali in senso concreto) o prettamente procedurali (procedurali in senso astratto), ineriscono direttamente alla funzione amministrativa, nel senso che si pongono in rapporto con il potere, nei termini che si è avuto modo di spiegare, nell'ambito della struttura procedurale della funzione. Come tali, esse devono essere considerate ascrivibili alla categoria generale degli interessi legittimi, e quindi soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo. Le situazioni di tipo prettamente sostanziale, da noi concepite in relazione di residualità rispetto alle due precedenti tipologie, si collocano invece, per loro natura, su un piano *esterno* rispetto alla funzione (di qui, appunto, il loro carattere prettamente sostanziale), e su tale piano si pongono in correlazione con l'esercizio del potere. In questo senso, le situazioni in questione, non rientrando nella dimensione della funzione, sarebbero allora ascrivibili alla categoria propria dei diritti soggettivi; poiché, peraltro, esse si situano comunque nell'ambito di un rapporto nel quale la P.A. agisce come autorità, la relativa controversia può essere conosciuta dal giudice amministrativo laddove, in relazione al singolo caso che viene in questione, si rientri in una delle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, secondo la declinazione del criterio di riparto affermata da Corte cost., sent. n. 204 del 6 luglio 2004.

⁶Cfr. ancora parte I, cap. III, par. 4.1, e cap. V, *passim*, spec. parr. 1 e 3.4.

Il privato, a fronte dell'inadempimento, fa valere dinnanzi al giudice la situazione giuridica di cui si afferma titolare, e della quale lamenta la lesione. L'esperienza dell'azione giurisdizionale è lo strumento attraverso il quale ciò può avvenire. La verifica della sussistenza della situazione giuridica soggettiva di pretesa, e della sua lesione, e la tutela, che a tale verifica eventualmente consegue, rappresenta l'attività giurisdizionale che si determina a fronte dell'esperienza dell'azione (della produzione della situazione effettuale che da quest'ultima deriva), come si è già visto⁷.

La considerazione dell'oggetto del giudizio quale rivolto alla situazione giuridica di pretesa del soggetto alla produzione/non produzione dell'effetto da parte dell'Amministrazione, rispetto alla quale si pone l'affermazione del ricorrente oggetto di verifica da parte del giudice, comporta la necessità di una rivisitazione del declinarsi degli istituti processuali propri del giudizio amministrativo. Questi, infatti, nella visione tradizionale, si sono conformati ad un giudizio il cui oggetto è rappresentato dai vizi dell'atto che vengono in questione (più correttamente, come si è visto e come si specificherà nel proseguito, l'azione concreta, rivolta all'annullamento dell'atto), pur nella sua funzionalizzazione alla tutela dell'interesse del ricorrente. L'applicazione degli istituti processuali in ordine ad una situazione quale quella descritta implica, invece, conseguenze differenti rispetto ad un processo ove ciò che viene in considerazione è l'azione concreta di annullamento, nei termini che si è avuto modo precedentemente di spiegare⁸.

Sotto questo profilo, l'analisi che si deve svolgere è allora quella che, prendendo le mosse dalla considerazione che dell'azione già si è data in via generale, proceda alla declinazione dell'azione nel processo amministrativo considerandone tutte le sue implicazioni, come rapportate alla realtà sostanziale oggetto di esame nella precedente parte del lavoro⁹. In questa direzione si rivolgerà dunque la nostra attenzione¹⁰.

⁷ Cfr. parte I, cap. II, sez. II, par. 3 ss.

⁸ Cfr. parte I, cap. IV, sez. I, par. 2.

⁹ La ricostruzione dell'azione, come ricordato nel testo, è stata oggetto di considerazione in via generale nella parte I, cap. II, sez. II, par. 3 e 6 ss., seppure nei limiti di ciò che assumeva rilevanza in quella sede, ai fini della ricostruzione del potere in chiave procedurale. Gli aspetti di ordine generale non precedentemente trattati, necessari in relazione a quanto si andrà ad esporre, saranno affrontati nel corso dell'analisi che verrà di seguito svolta.

Va segnalato come non siano stati invero numerosi i tentativi di elaborazione di una compiuta teoria dell'azione davanti al giudice amministrativo: si vedano in tal senso C. RIBOLZI, *L'azione nel diritto processuale amministrativo*, Milano, 1955; S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981; A. GLEJESSES, *Per una teoria dell'azione processuale amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pp. 691 ss. e 988 ss.; ID., *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, p. 77 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 195, n. 1, ed in generale *passim*; con particolare riguardo alle conseguenze in ordine all'interesse ad agire, L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004. Solitamente, si è affermato piuttosto il percorso inverso, per cui dall'analisi dei singoli istituti, o dall'elaborazione generale sul processo amministrativo, svolta dai singoli autori, risulta possibile ricavare implicitamente elementi di una teoria dell'azione.

¹⁰ Si deve in proposito aggiungere come, a tal fine, non assume rilevanza la distinzione, da considerarsi desueta ancorché riprodotta nel Codice, tra forme di giurisdizione in giurisdizione generale di le-

gittimità, giurisdizione esclusiva e giurisdizione di merito. Secondo un'opinione che chi scrive ha avuto modo più volte di esporre (cfr. ad es. *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 424 ss.), e che può considerarsi in via generale comunemente condivisa, la giurisdizione amministrativa esprimerebbe infatti, quantomeno dopo il Codice, un modello unico, di carattere generale, di giurisdizione piena.

Per quanto concerne la giurisdizione esclusiva, può ritenersi che essa abbia ormai esaurito la sua missione storica, quella, cioè, di rimodellare il processo amministrativo in modo quanto più possibile consono alle esigenze di una tutela di spettanza (così A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in *Il nuovo processo amministrativo. Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010*, Napoli, 2011, p. 109). Questa forma di giurisdizione, non serve ricordarlo, nasceva infatti per sottoporre quei diritti intrinsecamente connessi agli interessi legittimi degli amministrati alla giurisdizione del giudice amministrativo (questa la tradizionale impostazione che può ritrovarsi in O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, pp. 391-392), e, per l'effetto, in considerazione della mancata previsione di uno specifico modello processuale, alle medesime regole del giudizio di legittimità. L'evoluzione successiva portò tuttavia ad un sistema differente in relazione alla tutela dei diritti soggettivi: la giurisprudenza svincolò infatti i giudizi sui rapporti paritetici dal rispetto delle regole dei ricorsi di impugnazione (Cons. St., sez. V, n. 795 del 1° dicembre 1939; Cons. St., ad. plen., n. 25 del 26 ottobre 1979; cfr. quanto riportato *infra*, par. 6, n. 157, sull'ammissibilità di azioni di accertamento nella giurisdizione esclusiva); la Corte costituzionale estese i poteri cautelari e i mezzi istruttori rispetto a quelli propri del giudizio di legittimità (Corte cost., n. 190 del 28 giugno 1985 e n. 146 del 23 aprile 1987); fu introdotta l'azione di condanna al pagamento delle somme di cui l'Amministrazione risultasse debitrice (art. 26, l. TAR) e al risarcimento del danno (art. 35, d.lgs. n. 80/1998, riferito, nella sua originaria formulazione, alle materie di cui agli artt. 33 e 34 del medesimo d.lgs.). In questo scenario, l'elaborazione della dottrina si caratterizzò allora per cercare di estendere il modello in esame, che veniva applicato solo ai diritti soggettivi, di modo da prescindere dalle tipologie di situazioni coinvolte, così ricostruendo in maniera unitaria l'azione nella giurisdizione esclusiva (per tale impostazione, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, p. 85 ss.). Il tentativo ricostruttivo di una forma di giurisdizione amministrativa piena facendo riferimento alla giurisdizione esclusiva ebbe il suo sviluppo essenzialmente sino alla l. n. 205/2000, la quale estese i poteri del giudice di legittimità in senso sostanzialmente analogo a quelli propri della giurisdizione esclusiva (è paradigmatica, in tale scenario, l'impostazione di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, il quale, scrivendo a cavallo della riforma, collega la Sua ricostruzione della giurisdizione piena a quella esclusiva, per poi valutare, anche in ragione degli spunti in tal senso di D. DE PRETIS, *Recensione ad A. Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 260, le possibili aperture al giudizio di legittimità, nel successivo saggio A. POLICE, *Pluralità delle pretese, unicità dell'azione e oggetto del processo amministrativo*, in A. ZITO, D. DE CAROLIS, *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003, p. 11 ss.; su tale impostazione cfr. *infra*, par. 3, n. 77); e alla successiva sent. Corte cost., n. 204 del 6 luglio 2004, che fuggì il tentativo di fondare la giurisdizione amministrativa su 'blocchi di materie' e si espresse in favore di un giudizio incentrato su controversie inerenti all'esercizio del potere amministrativo, restringendo così la portata espansiva della giurisdizione esclusiva. A seguito delle modifiche intervenute, i caratteri propri della giurisdizione esclusiva non sono quindi più risultati idonei a fondare una differenza con la giurisdizione generale di legittimità, anch'essa ormai improntata verso la giurisdizione piena (o 'di spettanza'). L'impostazione appena descritta ha poi trovato conferma nella scelta compiuta dal legislatore della codificazione, che non ha distinto i mezzi e le modalità di tutela in relazione alle tipologie di giurisdizione. In proposito, può infatti riscontrarsi soltanto un diverso possibile declinarsi delle forme di tutela in ragione della consistenza materiale delle situazioni coinvolte (così ad es. la possibilità di un'azione autonoma di condanna patrimoniale a titolo non risarcitorio), oltre a talune circostanziate differenze (ad es. l'ammissibilità dell'arbitrato).

Anche in relazione alla giurisdizione di merito non può più farsi riferimento alle differenze che tradizionalmente si riscontravano tra essa e la giurisdizione di legittimità. Sotto un primo profilo, infatti,

2.1. La legittimazione a ricorrere. La possibilità giuridica della situazione protetta

In proposito, la prima problematica che viene in questione è quella concernente la legittimazione a ricorrere¹¹.

Nel diritto processuale generale, la legittimazione ad agire è infatti identificata con la titolarità dell'azione. Poiché, come si è avuto modo precedentemente di spiegare, la concezione dell'azione che assume rilievo, sotto il profilo del generale rapporto procedurale di carattere giurisdizionale, è quello dell'azione (relativamente) astratta¹², la legittimazione coincide con la sussistenza in capo alla parte del potere processuale dal cui esercizio scaturisce la pretesa nei confronti del giudice, e il relativo obbligo in capo

rispetto a chi considera la giurisdizione di merito come giurisdizione di opportunità, si deve rilevare, da un lato, come tale connotazione non sia mai stata del tutto chiara nel suo rapporto rispetto al sindacato, sempre più pregnante, sull'eccesso di potere; e che, dall'altro, ritenere che nella giurisdizione di merito sia sempre rideterminabile da parte del giudice il criterio di preferenza idoneo a definire la scelta discrezionale si porrebbe del tutto in contrasto con il nostro attuale quadro ordinamentale. Sotto un secondo profilo, anche la riconduzione della giurisdizione di merito ad una giurisdizione piena sul fatto non avrebbe più ragion d'essere, essendo venute meno – già con la l. n. 205/2000, ma in particolare con il Codice, che sotto questo profilo, come detto, ha uniformato le forme di giurisdizione – le distinzioni nella possibilità di accesso diretto al fatto (cfr. in proposito A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 539-540; F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, spec. p. 193 ss.). Residua, invero, l'istituto del giudizio di ottemperanza, ma questo, come ben si è detto, ben potrebbe vivere di disciplina propria (in questo senso M. MAZZAMUTO, *Materie di giurisdizione estesa al merito*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, p. 1095; cfr. inoltre A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, cit., p. 539), in ragione del suo declinarsi quale giudizio di esecuzione dinnanzi al giudice amministrativo, i cui caratteri, pur originariamente elaborati sulla base della qualificazione della relativa giurisdizione come giurisdizione estesa al merito, possono ormai prescindere da essa, e fondarsi sulle nuove disposizioni codicistiche. In questa prospettiva, secondo quanto si è già rilevato in *L'azione di adempimento*, cit., p. 218 ss.; *L'azione di condanna ad un fare*, cit., p. 129, n. 158, e come si vedrà quando si affronterà specificamente l'argomento (*infra*, par. 5.5), ciò che attualmente caratterizza la giurisdizione di merito rispetto a quella di legittimità è soltanto la presenza di un'azione costitutiva generalizzata in positivo, ai sensi dell'art. 34, lett. d), c.p.a. (in questi termini anche F.G. SCOCA, *Osservazione eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 869); cosicché, nella sostanza, i casi di giurisdizione di merito rappresentano le ipotesi ove tale azione costitutiva è prevista.

¹¹ In via generale, può ricordarsi come il concetto generale di legittimazione sia stato introdotto in teoria generale quale trasposizione dello schema della legittimazione ad agire in ambito processuale: cfr. in proposito F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 365 ss.; ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 318 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 225 ss. In questo senso, si è avuto modo di specificare come, rispetto alla nostra ricostruzione, la legittimazione sostanziale, in relazione al potere, sembra rapportata talvolta alla capacità speciale, talaltra alla situazione giuridica di potere corrispondente: cfr. parte I, cap. II, sez. I, par. 3, n. 60.

¹² Cfr. quanto detto nella parte I, cap. II, sez. II, par. 3. Ciò peraltro non toglie, come pure si è avuto modo di evidenziare, che, in talune ipotesi, e segnatamente nei processi costitutivi ove manchi una posizione sostanziale tutelabile, tale mancanza sia sopperita dalla situazione ascrivibile all'azione concreta, che dunque assume rilievo sotto questo profilo, ponendosi accanto all'azione (relativamente) astratta, la quale mantiene la sua rilevanza in senso (prettamente) procedurale.

a questi, ad adottare una sentenza di merito¹³. In questi termini, può dirsi legittimato ad agire colui che si afferma titolare della situazione giuridica dedotta in giudizio¹⁴.

Nell'ambito del processo amministrativo, si è soliti tuttavia affermare come tale conclusione non trovi riscontro. La legittimazione a ricorrere davanti al giudice amministrativo consisterebbe, infatti, non nell'affermazione, ma nell'effettiva titolarità dell'interesse legittimo¹⁵; secondo la visione comunemente accolta, la legittimazione

¹³ Cfr. ancora parte I, cap. II, sez. II, par. 3.

¹⁴ Si vedano, tra gli altri, E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Giur. it.*, 1953, ora in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 195 ss., spec. p. 200 ss.; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 216 ss.; ID., *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 721 ss.; L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, p. 271 ss.; G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 3; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1941, p. 136 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2007, p. 55; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2013, p. 217 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 42 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 288 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 563.

Tale rappresentazione della legittimazione ad agire si correla, come detto nel testo, ad una concezione dell'azione in senso (relativamente) astratto. La sua considerazione è, pertanto, diversa in chi assumeva una considerazione in senso concreto, come G. Chiovenda (in proposito cfr. parte I, cap. II, sez. II, par. 3, n. 126). L'illustre A. (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile, Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. 1923), p. 151 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 164 ss.) riferiva la *legitimatio ad causam* alle condizioni dell'azione, intese come le condizioni per ottenere una sentenza favorevole (nota è infatti, in proposito, la problematica di mantenere la categoria delle condizioni dell'azione, quale contrapposta a quella dei presupposti processuali, nel momento in cui si fa riferimento all'azione in senso astratto; volendo continuare ad utilizzare tale terminologia, essa si deve considerare rivolta semplicemente all'indicazione di particolari requisiti all'interno di quelli di procedibilità della domanda: sul punto cfr. C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 784 ss., spec. pp. 788 e 792 ss.).

Su tutte altre basi è invece impostato il problema da S. Satta, il quale nega il dualismo tra processo e diritto sostanziale, risolvendo il secondo nel primo (cfr., ancora, parte I, cap. II, sez. II, par. 3, n. 126). In questa prospettiva, la legittimazione non può scindersi dal merito, così come l'azione non si scinde dal diritto: cfr. S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 169 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, p. 354 ss.; ID., *Variazioni sul tema della legitimatio ad causam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 638 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 99 ss. Aderisce all'impostazione sattiana G. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 67 ss.

¹⁵ In questo senso, si vedano tra gli altri R. VILLATA, *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 2; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 471; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 194; E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, pp. 297-298; V. CAIA-NIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1976, p. 215.

In giurisprudenza, tale considerazione della legittimazione è costante: cfr. *ex multis* Cons. St., sez. V, n. 3923 del 25 giugno 2018; sez. IV, n. 3321 del 1° giugno 2018; sez. III, n. 1643 del 14 marzo 2018; sez. IV, n. 5674 del 4 dicembre 2017. Invero, si riscontra anche l'affermazione per cui "l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta a tre condizioni fondamentali: il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione, cioè la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma come di interesse legittimo, ovvero la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo;

coinciderebbe, quindi, con la situazione giuridica sostanziale protetta che si fa valere¹⁶⁻¹⁷.

l'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c.; la *legitimatō ad causam* o legittimazione attiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo" (Cons. St., sez. IV, n. 5713 del 4 dicembre 2017; sez. IV, n. 3563 del 19 luglio 2017); tuttavia, nella concreta applicazione di tali principi, l'effettiva titolarità della posizione risulta comunque necessaria ai fini dell'ammissibilità del ricorso.

¹⁶La concezione della legittimazione come titolarità dell'interesse legittimo si è sviluppata – in parallelo a quanto è avvenuto per la nozione comunemente accolta di interesse a ricorrere, secondo quanto si vedrà *infra*, al par. successivo – in correlazione con il riconoscimento di detta situazione come situazione giuridica di carattere sostanziale (si veda in generale quanto detto nella parte I, cap. I, par. 2 ss.). In questo senso, tale rappresentazione della legittimazione si ritrova in quegli autori per cui l'interesse legittimo aveva appunto rilievo sostanziale: O. RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., p. 206 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 209 ss.; nella sostanza, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1948, p. 47 ss.

Una posizione particolare, in ragione della ricostruzione fatta propria da tale dottrina, è quella di A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pp. 133 ss. e 300 ss.; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 ss.; ID., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 511 ss.; ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, *ivi*, 1994, p. 635 ss.; ID., *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 5 ss.; ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, p. 213 ss. Secondo l'illustre A., infatti, la legittimazione nel processo amministrativo consisterebbe nella titolarità della situazione giuridica soggettiva sostanziale (la situazione legittimante): quest'ultima, tuttavia, non corrisponderebbe all'interesse legittimo (che è la situazione giuridica protetta dall'ordinamento amministrativo, quale ordinamento particolare), ma al diritto soggettivo o all'aspettativa di esso (la situazione giuridica protetta dall'ordinamento generale). Sulla dottrina in questione, cfr. ampiamente quanto detto nella parte I, cap. I, n. 15.

Il rilievo della legittimazione è invece del tutto negato (salve le questioni concernenti la rappresentanza e i casi particolari come le azioni popolari) da chi si pone nella considerazione del diritto propria di S. Satta (di cui si è ricordato subito sopra in nota): in questo senso F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993, p. 175 ss.

Nell'impostazione di A. PIRAS, *Interesse legittimo e processo amministrativo*, I, cit., ove (come si è ampiamente spiegato nella parte I, cap. II, sez. III, par. 3.1, ed *ivi* spec. n. 259) l'oggetto del processo amministrativo è individuato, in termini prettamente processuali, nell'affermazione di una pretesa processuale (anche per questo concetto, si veda parte I, *ivi*) diretta a fondare la richiesta di annullamento dell'atto impugnato, la legittimazione alla relativa azione (*Interesse legittimo*, I, cit., p. 305 ss.) spetta al soggetto che ha illegittimamente subito un pregiudizio dall'atto, sacrificandone una posizione di interesse, comunque protetta. In questo senso, la legittimazione a ricorrere si identifica con la titolarità dell'interesse legittimo, secondo la definizione che ne dà la dottrina in esame (*Interesse legittimo*, II, cit., p. 230 ss.; cfr. in proposito parte I, cap. II, sez. III, par. 3.1, n. 266, ed *ivi* anche l'evoluzione del pensiero dell'A. sul punto).

Seguendosi poi la tesi di P. DEL PRETE, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, p. 38 ss., mentre l'interesse a ricorrere si riferirebbe ad una condizione obiettiva ed esterna per la proposizione del ricorso (l'impugnabilità dell'atto, da considerarsi in correlazione con l'esclusività della funzione giurisdizionale per ottenere quanto richiesto nel ricorso e con l'utilità del giudizio quale possibilità astratta e oggettiva di affermazione di un pregiudizio), la legittimazione ad agire costituirebbe (p. 70) "la conclusione di un sillogismo che ha come sue premesse la lesione di un interesse legittimo e la corrispondente invalidità dell'atto che lo ha prodotto". La legittimazione, in questa prospettiva, sarebbe quindi oggetto di un giudizio che non è precedente al procedimento di formazione della decisione sulla validità dell'atto, ma che in detto procedimento si viene invece ad inserire; in tal modo, parrebbe tuttavia esservi una certa commistione con lo stesso profilo concernente l'invalidità dell'atto.

¹⁷Nelle concezioni di chi tradizionalmente non ha riconosciuto rilevanza giuridica sostanziale al-

L'interesse legittimo, inteso nella sua chiave tradizionale, che si è avuto modo ampiamente di analizzare nella parte precedente del lavoro, non si pone infatti come oggetto del processo amministrativo, e l'accertamento della sua sussistenza, conseguentemente, non rappresenterebbe il merito del giudizio; quest'ultimo sarebbe invece da individuarsi, nella parimenti tradizionale ottica del giudizio di annullamento, nell'illegittimità del provvedimento impugnato, che è appunto ciò che si situa sul

l'interesse legittimo (su cui cfr. parte I, cap. I, par. 2, n. 18) la legittimazione è rappresentata, invece, dalla sussistenza di un interesse considerato nella sua materialità, che per tale via rileva sotto il profilo processuale. Si può evidenziare, in proposito, come si sia registrata una certa tendenza a considerare unitariamente legittimazione e interesse a ricorrere (cfr. anche *infra*, al par. successivo): in generale, infatti, la negazione (più o meno espressamente considerata) di una situazione giuridica sostanziale del ricorrente che trovasse tutela nel processo amministrativo portava ad una commistione tra legittimazione e interesse a ricorrere (cfr. ad es. Cons. St., sez. IV, 25 giugno 1909, in *Foro it.*, III, 1910, c. 100 ss., con nota di L. RAGNISCO, *Dell'interesse a ricorrere avanti la IV Sezione del Consiglio di Stato*); le relative posizioni, peraltro, sono divenute in taluni casi più sfumate negli sviluppi successivi, essendosi dovute confrontare, alla luce dell'evoluzione della considerazione del quadro ordinamentale, con una maggiore tendenza alla distinzione dei due istituti, oltre che con più evidenti esigenze sostanzialistiche.

Nell'ambito di tale filone, in E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, l'interesse legittimo è concepito come interesse di mero fatto rilevante sotto il profilo processuale. Secondo l'illustre A. (*op. ult. cit.*, p. 181 ss.), la sussistenza di un interesse di fatto, qualificato nel senso di essere personale, diretto e attuale, individua la legittimazione al ricorso, mentre l'interesse a ricorrere, tenuto conto del carattere costitutivo della decisione del giudice amministrativo, è figura povera di contenuto, risolvendosi nell'impugnabilità dell'atto; in ID., *Interesse personale, diretto e attuale*, in *Giur. it.*, 1961, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 82 ss., si attua invece una differente distinzione, riferendosi il carattere di personale e diretto dell'interesse alla legittimazione (salvo scindere ulteriormente, e lasciare solo il primo carattere alla legittimazione), e quello dell'attualità all'interesse a ricorrere.

Secondo R. ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur.*, 1943, p. 132 ss., p. 154, la categoria degli interessi legittimi, intesa come categoria di diritto sostanziale, non avrebbe ragione di esistere: l'interesse individuale avrebbe funzione processuale, e costituirebbe condizione per l'esperimento dell'azione giurisdizionale del ricorso amministrativo. In ID., *Principi di diritto amministrativo*, II, Milano, 1974, pp. 566 ss. e 752 ss., si considera l'interesse legittimo quale situazione caratterizzata dalla circostanza che l'interesse materiale del privato è tutelato solo in via strumentale, per cui essa potrebbe rivolgersi all'utilità strumentale della legalità del comportamento amministrativo (cfr. in proposito anche ID., *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 307 ss., già riportato nella parte I, cap. III, par. 3, n. 82); l'interesse legittimo non sarebbe quindi, a detta dell'A., un interesse sostanziale del ricorrente, ma soltanto un interesse strumentale, che si tradurrebbe, sul piano processuale, in interesse all'annullamento dell'atto illegale, e, pertanto, in interesse al ricorso giurisdizionale.

Nella concezione di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, p. 261 ss., l'interesse non direttamente tutelato, e quindi non qualificabile come diritto, non poteva avere rilievo giuridico sul piano sostanziale; sul piano processuale, invece, (pp. 330 ss. e 345 ss.) l'interesse a ricorrere, cioè il vantaggio che il singolo spera dal provvedimento giurisdizionale, è fattore legittimante, e si distingue dall'interesse leso (il quale, si ribadisce, non ha rilevanza come situazione sostanziale, salvo non sia un diritto soggettivo). Successivamente (ID., *Il processo amministrativo*, I, Milano, 1984, p. 605 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, p. 193 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, pp. 10-11), rispetto alla distinzione interesse sostanziale-interesse processuale, l'A. afferma, collegando interesse a ricorrere e legittimazione, che l'interesse del singolo assume rilievo attraverso la tripartizione dei fattori legittimanti, che si esprime nella posizione differenziata, nel pregiudizio concretamente subito e nel vantaggio sperato dall'accoglimento del ricorso.

piano dell'affermazione¹⁸. La particolare considerazione della situazione giuridica soggettiva che viene in questione, in uno con il suo legame con il rimedio impugnatorio, comporterebbe dunque una diversa declinazione della prospettazione processuale in ordine alla sua tutela.

Intesa in questo senso, la legittimazione ha quindi assunto un connotato che si assume essere sostanzialistico, correlandosi direttamente con la situazione sostanziale nella sua concreta sussistenza, e non semplicemente nella sua affermazione. Il riferimento al requisito della legittimazione è servito così ad individuare quegli interessi che, in ragione della loro rispondenza ai tradizionali requisiti di qualificazione e differenziazione, si sono potuti ascrivere alla categoria degli interessi legittimi¹⁹, e quindi

¹⁸ In questo senso R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, cit., p. 2.

¹⁹ La problematica riguarda le modalità attraverso le quali la giurisprudenza e la dottrina hanno cercato di pervenire ad un'individuazione delle posizioni tutelate in sede giurisdizionale, con riguardo alla sussistenza di una posizione qualificata, la cui rilevanza giuridica è cioè riconosciuta da parte dell'ordinamento, e differenziata, cioè distinguibile da quella del *quisque de populo*.

In proposito, se in talune ipotesi l'individuazione dei titolari di una situazione giuridica protetta è agevole (si pensi, ad es., al destinatario espressamente individuato dall'atto), più complessa è la questione con riferimento a quegli interessi che risultano allo stato diffuso quanto alla loro titolarità soggettiva. Come noto, rispetto ad essi, da un lato il riconoscimento della rilevanza giuridica è avvenuto ascrivendo la titolarità di interessi che altrimenti sarebbero acefali ad enti esponenziali, così accedendosi alla figura dei c.dd. interessi collettivi (cfr., sugli enti esponenziali, soprattutto le sentenze in relazione alla legittimazione a ricorrere dell'associazione Italia Nostra in materia ambientale, tra cui Cons. St., Sez. V, n. 253 del 9 marzo 1973, in *Foro it.*, 1974, III, c. 33 ss., con nota di L. ZANUTTIGH, "Italia Nostra" di fronte al Consiglio di Stato; Cass., Sez. un., n. 2207 dell'8 maggio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, c. 1090 ss.; e Cons. St., ad. plen., n. 24 del 19 ottobre 1979, in *Foro it.*, 1980, III, c. 1 ss., con nota di A. ROMANO; la legittimazione a ricorrere alle associazioni in materia ambientale fu poi riconosciuta *ex lege* dall'art. 18, co. 5, l. n. 349 dell'8 luglio 1986). Dall'altro, si è ammesso in capo al singolo un interesse legittimo laddove fosse ravvisabile nei suoi confronti un profilo di differenziazione dell'interesse sopraindividuale, individuato soprattutto nella *vicinitas*. Tale criterio, in particolare, è stato utilizzato dalla giurisprudenza in materia urbanistica e edilizia (si veda Cons. St., Sez. V, n. 523 del 9 giugno 1970, in *Giur. it.*, 1970, III, c. 193 ss., la quale ha in tal modo ricondotto ai moduli ordinari di esplicazione della tutela il *chiunque* dell'art. 31, l. n. 1150 del 18 agosto 1942, come modificato dall'art. 10, l. n. 765 del 6 agosto 1967, negando così al ricorso contro il rilascio di una licenza edilizia natura di azione popolare, nonostante le autorevoli opinioni difformi di A.M. SANDULLI, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Riv. giur. ed.*, 1968, ora in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1990, p. 373 ss.; E. GUICCIARDI, *La decisione del "chiunque"*, in *Giur. it.*, 1970, III, c. 193 ss., in commento alla sentenza; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Interesse pubblico e azione popolare nella "legge-ponte" per l'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, p. 387 ss.); successivamente, il criterio della *vicinitas* è stato esteso fino a ricomprendere una vicinanza non meramente fisica, ma la generale prossimità all'interesse in ogni sua sfumatura.

Sulla problematica in questione, si rimanda in particolare a *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976, ed *ivi* in particolar modo agli interventi di F.G. COCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, p. 43 ss., M.S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, p. 23 ss., e A. ROMANO, *Intervento*, p. 289 ss.; A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 8 ss.; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1857 ss.; G. BERTI, *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, p. 68 ss.; R. FEDERICI, *Interessi diffusi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*, Padova, 1984; A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1986; R. FERRARA, *Interessi collettivi e*

sono stati reputati idonei ad azionare la tutela davanti al giudice amministrativo²⁰.

Un ruolo non dissimile, in ordine al rilievo rivestito dalla legittimazione nel suo rapporto con l'interesse legittimo, può riscontrarsi anche per quelle impostazioni che sono pervenute ad una generalizzazione o svalutazione del requisito in esame, così da consentire un maggior accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa. Il risultato descritto, infatti, è stato essenzialmente perseguito o negando all'interesse legittimo la stessa configurazione di situazione soggettiva, e riconducendolo ad un mero schema normativo di tutela²¹; ovvero comunque rifiutando l'iscrizione della

diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 481 ss.; ID., *Gli interessi superindividuali fra procedimento amministrativo e processo: problemi e orientamenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 48 ss.; R. LOMBARDI, *La tutela delle delle posizioni meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, p. 25 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, Napoli, 2014, p. 117 ss.; ID., *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 25 ss.; ID., *L'interesse legittimo attraverso il prisma dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, *ivi*, 2017, p. 771 ss.; M. CALABRÒ, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. e soc.*, 2016, p. 807 ss.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi del diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, *passim*; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, spec. pp. 129 ss. e 209 ss.

²⁰ Vi sono poi quei casi in cui il legislatore ha previsto ipotesi di azioni popolari (cfr. quanto stabilito per il contenzioso elettorale, artt. 130 ss. c.p.a.) o in cui la legittimazione è riconosciuta *ex lege* ad associazioni di settore (cfr. ad es. art. 310, d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, in materia ambientale; art. 146, co. 12, d.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004, in materia paesaggistica), ai singoli portatori di interessi omogenei per una pluralità di utenti (art. 1, d.lgs. n. 198 del 20 dicembre 2009, c.d. azione per l'efficienza o *class action* amministrativa; art. 4, l. n. 180 dell'11 novembre 2011, per le associazioni di categoria professionale), ovvero alle stesse autorità amministrative (art. 6, co. 10, l. n. 168 del 9 maggio 1989, sulla legittimazione del MIUR ad impugnare statuti e regolamenti universitari; art. 21 *bis*, l. n. 287 del 10 ottobre 1990, sulla legittimazione dell'AGCM ad impugnare gli atti che violino le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato; art. 211 d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, Cod. contr. pubbl., come modif. dalla l. n. 96 del 21 giugno 2017, sulla legittimazione dell'ANAC ad impugnare gli atti che si pongano in violazione della normativa sui contratti pubblici). Il problema che tradizionalmente si ravvisa, in tali ipotesi, è quello di stabilire se a fronte del conferimento legislativo della legittimazione processuale, possa ritenersi sussistente, in capo al soggetto legittimato, una situazione di interesse legittimo sotto il profilo sostanziale; problema evidentemente reso di complessa soluzione in ragione della generale commistione, riferita nel testo, tra dato sostanziale e dato processuale in ordine all'istituto in esame. Da parte nostra, la soluzione, nell'uno o nell'altro senso, a tale questione, passa per la configurabilità, in capo al soggetto legittimato, di una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, e per la considerazione dell'esplicazione della tutela, se riferibile alle modalità ordinarie o ad un modello processuale differenziato: cfr. quanto si dirà *infra*, n. 32. In generale, sull'argomento, si vedano, tra gli altri, P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 40 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 341 ss.

²¹ Secondo F.M. NICOSIA, *Interesse legittimo e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1991, pp. 1 ss. e 299 ss., l'interesse legittimo non rappresenterebbe una situazione giuridica soggettiva, ma sarebbe soltanto espressione di uno schema normativo di disciplina dei limiti di soddisfacimento e di sacrificio di un interesse materiale esistente in fatto: si nega infatti che sia configurabile una sintesi tra la tensione verso l'atto favorevole, che riguarda l'interesse materiale, e l'atto legittimo, che riguarda lo schema normativo sotto il profilo oggettivo. In questo senso, l'interesse materiale rileva, rientrando nel merito del ricorso, sotto il profilo oggettivo, afferente ad una sua esplicita considerazione normativa come presupposto sostanziale dell'atto, o ad un profilo funzionale dell'azione amministrativa, quale interesse da prendere

posizione che legittima al ricorso ad una concezione soggettivo-individualistica delle situazioni giuridiche, per considerare invece la sua struttura nell'ottica dell'oggettivazione della funzione amministrativa²².

in considerazione; ciò significa che, salvo il caso in cui la determinazione del soggetto leso non sia effettuata direttamente dalla norma (nel qual caso, peraltro, sarebbe comunque possibile la dimostrazione di un concreto pregiudizio da parte di altro soggetto), non potranno darsi restrizioni ad accordare la tutela giurisdizionale. Neppure potrebbe ritenersi, in tale prospettiva, che un ruolo possa rivestire, ai fini dell'accesso alla tutela, l'interesse a ricorrere, atteso che, nella rappresentazione oggettiva che viene fornita dall'A., un interesse, in via ipotetica, sussisterebbe sempre (si veda al par. successivo, in nota).

Si noti ad ogni modo come tale ricostruzione, a prescindere da ogni considerazione di merito, non potrebbe comunque più trovare riscontro, quantomeno dopo il Codice del processo amministrativo: quest'ultimo, infatti, dopo aver collegato, all'art. 7, la giurisdizione amministrativa all'interesse legittimo, prende espressamente in considerazione, all'art. 34, lett. c), la "situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio" quale termine a cui correlare la condanna all'adozione delle misure idonee alla sua tutela (sul punto cfr. *infra*, par. 5). Non viene quindi lasciata possibilità ad una ricostruzione dell'interesse legittimo che ne neghi il carattere di situazione giuridica sostanziale, e che a tale negazione rapporti la ricostruzione della tutela giurisdizionale amministrativa.

²² Il riferimento è in particolare all'impostazione di Berti, per la quale in generale si rimanda, nella sua originaria formulazione (su cui si veda in particolare *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, spec. p. 209 ss.), e nella sua successiva evoluzione, alla parte I, cap. II, sez. I, par. 2.1, cap. III, par. 4.1, e cap. V, par. 2.1, ed ivi i relativi riferimenti. In questo senso, in G. BERTI, *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, cit., pp. 68 ss., si ritiene che la considerazione degli interessi diffusi renda evidente come i giudizi amministrativi avvengano secondo una disciplina inadatta ai rapporti che effettivamente si instaurano nell'area di riferimento. L'interesse diffuso, infatti, non potrebbe cogliersi come termine di un conflitto intersoggettivo, tra una posizione soggettiva predeterminata e una fattispecie normativa ugualmente predeterminata, ma sarebbe interiore al sistema giuridico obiettivamente inteso. Ora, nell'ottica dell'A., va tenuto presente che, a confronto con il potere amministrativo, non vi sarebbe interesse sociale che non si dissolva nel potere stesso, salvo che non si presenti come contenuto di un diverso potere. In questa prospettiva, la differenziazione e l'individualizzazione, in generale, di un interesse rispetto al potere, avverrebbe ai fini del giudizio, quando, tradotto il potere nell'atto, quest'ultimo lo individualizzerebbe in capo al soggetto, attraverso la possibilità di reagire all'atto stesso in sede giurisdizionale (cfr. ID., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 299 ss., ed ivi p. 300, n. 80, ove in particolare si riconduce la mancata immediata soggettivizzazione dell'interesse del privato all'assenza, a quel tempo, di una disciplina della partecipazione all'azione amministrativa). La logica appena descritta si collega all'impostazione ordinaria propria della tutela davanti al giudice amministrativo; per discostarsene, con riferimento agli interessi diffusi, il processo avrebbe dovuto allora essere ripensato, così da assumere, secondo quella che sarebbe stata peraltro la sua originaria impostazione, il ruolo di verifica della composizione esistenziale degli interessi, non nel senso di un conflitto tra gli stessi, ma di una loro sintesi organica: seguendo l'ottica dell'A., si deve infatti immaginare l'Amministrazione non solo come organizzazione soggettiva (o di poteri soggettivi), ma come ambito di confluenza di interessi sociali di cui solo una parte rappresentati dall'organizzazione pubblica ufficiale, e il rimanente identificabile nelle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.; in questa prospettiva, anche il giudizio amministrativo dovrebbe adattarsi, nelle sue strutture, a questa immagine dualistica, e così sdoppiarsi in modo da far fronte, da una parte, alla tutela individuale nei confronti del potere autoritativo, e, dall'altra, ai conflitti tra interessi sociali non definiti dalla organizzazione per soggetti. Nello scenario descritto, la legittimazione spetterebbe ad ogni individuo di cui sia accertata l'effettività del collegamento con un dato interesse sociale: questi, in quanto obiettivamente qualificato dalla formazione sociale di cui all'art. 2 Cost. (la quale non andrebbe intesa come soggetto o come forma organizzativa, ma come termine dinamico di collegamento tra persone e interessi sociali), diviene infatti punto di riferimento o di imputazione di un interesse sociale obiettivamente determinato.

Anche nell'ottica di G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, Milano, 1991, p. 493 ss., si è ritenuto inadeguato il tradizionale criterio di indi-

Ora, va evidenziato come, collegandosi la titolarità dell'interesse legittimo alla legittimazione, nonostante di tale situazione giuridica si affermi il valore sostanziale, sembri tuttavia implicitamente presupporre una sua concezione processuale, ove il rilievo giuridico dell'interesse materiale, che presenti determinati caratteri, è dato dall'idoneità della sua sussistenza ad attivare la tutela giurisdizionale. La sua stessa considerazione, ai fini della valutazione dei requisiti della qualificazione e della dif-

vidualizzazione degli interessi in capo al singolo, e si è reputato necessario pervenire ad una considerazione della legittimazione che trovasse fondamento nell'azione amministrativa, legandosi con gli interessi da essa presi in considerazione, quale reazione ad un certo esito dell'esercizio del potere. La mancanza di un'aprioristica individuazione del soggetto, rispetto al quale manca una altrettanto aprioristica situazione di conflittualità con l'interesse pubblico, non più monopolio dell'Amministrazione, ma sintesi di tutti gli interessi coinvolti, comporta che la legittimazione debba fare riferimento alla struttura sociale, all'interno della quale detti interessi sono presenti, e quindi al singolo quale ad essa appartenente.

Le impostazioni appena riportate pongono, in un senso o nell'altro, la caratterizzazione della funzione, e il rapporto del dato soggettivo in ordine alla funzione, in termini che si è già avuto modo, sotto gli aspetti considerati, di disattendere; esse, peraltro, non paiono aderenti all'attuale assetto del modello di produzione proprio della funzione amministrativa (per tali profili, cfr. parte I, cap. V, par. 2.1). Neppure condivisibile in ragione dell'impianto strutturale da cui muove, ancorché meno esposta alle obiezioni appena riferite, è un'altra impostazione, che pure si pone nell'ambito della prospettiva in esame, soprattutto in relazione all'ultima evoluzione del pensiero bertiano (su cui ancora parte I, cap. III, par. 4.1, e cap. V, par. 2.1). Il riferimento è alla ricostruzione di M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Rimini, 2017, spec. pp. 11 ss., 131 ss., 233 ss. e 241 ss., il quale partendo dalla necessità di abbandonare l'ordine logico di stampo soggettivo-individualistico, proprio dell'usuale concezione dell'interesse legittimo, ritiene che quest'ultimo debba essere pensato come figura soggettiva correlata non al potere, e quindi al principio di sovranità dell'ordinamento statale, ma al principio costituzionale di solidarietà sociale. In questa prospettiva, i diritti e le libertà costituzionali vengono in correlazione con il potere amministrativo non in quanto facoltà da comprimere o beni da conseguire, ma perché la norma attributiva del potere opera sul diritto soggettivo dal versante della responsabilità sociale dell'individuo, con l'intento di assicurare il dovere di solidarietà, in quanto, nello Stato di diritto, quella responsabilità esige che tale dovere sia puntualizzato (espresso il riferimento al concetto di libertà e di solidarietà in Berti). L'Amministrazione, in quanto espressione dell'ordine sociale e non di quello della sovranità statale, deve assicurare (p. 278 ss.) l'attuazione della solidarietà di cui all'art. 2 Cost., "creando l'obbligo del titolare del diritto soggettivo (e del potere) di sottomettersi all'azione amministrativa". L'interesse legittimo è conseguentemente espressione della medesima prospettiva, per cui (p. 271, corsivo testuale) esso "*in quanto condizione di libertà dal potere, si distingue dal diritto soggettivo perché chi lo vanta non rivendica per sé, a discapito dell'interesse altrui, un bene che la norma gli ha attribuito, ma vuole solo ristabilire il limite, la misura oggettiva del diritto conferito dall'ordinamento ad altro soggetto*"; l'interesse legittimo è, cioè, l'interesse all'esatto contenuto del dovere di solidarietà imposto al titolare del diritto. In questo quadro, non esisterebbero interessi di mero fatto differenziabili da quelli legittimi, in quanto comunque la realtà operativa dell'interesse legittimo, concepito nel senso descritto, è quella fattuale: tutti partecipano infatti all'attivazione del dovere di solidarietà sociale, che si colloca all'interno dell'ottica del divieto di abuso del diritto. Il problema della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo (p. 282 ss.) non deriverebbe allora dall'esigenza di strutturare quest'ultimo in maniera analoga al diritto soggettivo, ma si risolverebbe su un altro piano, quello per cui la funzione della giustizia è quella di risolvere controversie, per cui essa non deve essere posta al servizio di situazioni non genuinamente litigiose. L'interesse legittimo può essere quindi rappresentato come diritto alla modificazione giuridica da parte del giudice amministrativo (quindi, un diritto potestativo ad esercizio giudiziale), esercitabile da chiunque ne abbia interesse, senza che l'interesse del ricorrente abbia bisogno di essere qualificato dalle norme la cui violazione determina l'invalidità dell'atto impugnato, risultando sufficiente la presenza, per il ricorso alla tutela giurisdizionale, di un interesse ad agire, determinato dal beneficiare della probabilità che la P.A. addivenga ad un nuovo componimento di interessi.

ferenziazione, si svolge, salve le ipotesi di più evidente verifica, su un piano eminentemente fattuale, con una conseguente svalutazione del primo dei due requisiti indicati. L'interesse acquista così rilievo al fine dell'accesso alla tutela, ma, per tale via, la sua consistenza sostanziale rischia di non ottenere una giuridica rilevanza in sé considerata (se non in maniera soltanto indiretta, attraverso i peculiari profili attinenti all'effetto conformativo della sentenza, di cui si è tuttavia già avuto modo di evidenziare le ambiguità²³).

In questo scenario, non pare un caso che i rilievi concernenti l'interesse del privato, che non rientrano nella figura della legittimazione, tendano ad emergere in relazione ad un'altra condizione dell'azione, l'interesse a ricorrere²⁴, inteso quest'ultimo, secondo l'impostazione solitamente accolta nell'ambito del processo amministrativo, come l'utilità che deve derivare dall'accoglimento del ricorso in ordine ad un pregiudizio subito²⁵. Risulta evidente, infatti, come la consistenza sostanziale dell'interesse del privato assuma rilievo, nell'un verso o nell'altro, attraverso un profilo di ordine processuale. La stessa commistione tra legittimazione ad agire e interesse a ricorrere, che può riscontrarsi in talune applicazioni dell'istituto in esame, dimostra la correttezza di tale assunto²⁶: la tendenza a sovrapporre le due figure è infatti conseguenza del piano attraverso il quale l'interesse del privato assumerebbe rilevanza²⁷,

²³ Cfr. parte I, cap. IV, sez. I, par. 2. Sul punto si tornerà *infra*, par. 10.3.

²⁴ Vale, in proposito, la tradizionale considerazione di R. FERRARA, *Interesse e legittimazione*, cit., p. 469, per cui "l'interesse legittimo, la legittimazione a ricorrere e l'interesse al ricorso compongono un mosaico con tre tessere".

²⁵ Sul punto si veda *infra*, al par. successivo.

²⁶ Si vedano, ad esempio, le ipotesi in cui viene in questione il concetto della *vicinitas*, rispetto alle quali la giurisprudenza ha mostrato in tempi recenti di richiedere non solo un'effettiva vicinanza, ma anche la dimostrazione di un pregiudizio; o ha considerato ammissibili solo i motivi il cui accoglimento si rivolge all'utilità materiale che è perseguita con il ricorso. In tale prospettiva legittimazione e interesse a ricorrere finiscono per saldarsi insieme, come rilevano in particolare F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, cit., p. 117 ss.; ID., *L'interesse legittimo attraverso il prisma dell'interesse a ricorrere*, cit., p. 771 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere*, cit., p. 151 ss.; M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo: alcuni spunti di riflessione*, in P. CERBO (a cura di) *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Lecce, 2019, p. 41 ss.; a tali contributi si rimanda per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

In ordine alla commistione tra legittimazione interesse a ricorrere nell'ambito del contenzioso sui contratti pubblici, in relazione alle differenti ipotesi che possono venire in questione, cfr. L.R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 695 ss.; con riferimento al problema tra interesse strumentale e legittimazione, con particolare riguardo dei contratti pubblici G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 664 ss. Per una ricostruzione e per i relativi riferimenti in proposito si veda anche quanto da noi considerato in *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit., p. 423 ss.

²⁷ Ciò risulta evidente dalla circostanza per cui, nel momento in cui si prenda invece in considerazione una situazione giuridica di pretesa alla produzione/non produzione di un effetto quale oggetto del giudizio, gli aspetti che concernono i differenti profili ritenuti afferenti alla legittimazione o all'interesse a ricorrere non potrebbero che riguardare la stessa situazione giuridica in sé considerata, secondo quanto si spiegherà di seguito nel testo (cfr. anche il par. successivo). In questo senso, ad es., l'ammissibilità

che sarebbe comunque quello processuale di accesso e di fruibilità della tutela²⁸.

La conclusione, a cui si perviene da tali considerazioni, è che vi sia una difficoltà, da parte della concezione dell'interesse legittimo a cui comunemente si fa riferimento – quella, cioè, che si è definita come situazione *indirettamente strumentale*, nelle sue possibili sfumature – ad individuare una chiara consistenza della situazione in questione²⁹. Tale difficoltà, di cui si è già avuto modo di discorrere sotto il profilo sostanziale, risulta infatti manifesta nel momento in cui il piano d'esame diviene quello processuale, ove si palesa il rischio che l'interesse materiale venga in rilievo, nel suo rapporto con la tutela richiesta, attraverso l'ascrizione a profili processuali.

La dottrina più recente, invero, ha mosso più di un'obiezione alla ricostruzione tradizionale della legittimazione a ricorrere, reputando necessario aderire ad una nozione comune a quella processualciviltistica. La legittimazione, secondo questo orientamento, dovrebbe quindi corrispondere alla mera affermazione della titolarità della situazione giuridica, la verifica della cui sussistenza attiene al merito del giudizio. Nel portare avanti tale impostazione, si considera peraltro, implicitamente o esplicitamente, una differente concezione della situazione giuridica di riferimento, che assume il carattere di pretesa in senso proprio (in disparte quale sia poi il suo oggetto, secondo le alternative precedentemente considerate), la quale viene particolarmente in evidenza nel momento in cui la tutela giurisdizione può esprimersi attraverso rimedi ad essa direttamente rapportabili (la condanna ad un *facere*)³⁰.

soltanto dei motivi rispetto ai quali l'interesse materiale del privato riceve un'utilità (cfr. *supra*, alla nota precedente) va correlato, secondo la nostra ottica, alla circostanza per cui il ricorrente afferma una pretesa alla produzione o alla non produzione di un determinato effetto (in ipotesi, tra più effetti possibili): quindi, o tale situazione non è configurabile in astratto in relazione alla posizione affermata dal soggetto, e allora il ricorso è inammissibile; oppure la sussistenza in concreto dei profili richiamati non è discriminante, e allora il ricorso è infondato nel merito, non risultando esistente la situazione giuridica oggetto del giudizio. In tale prospettiva, si pensi ad es. all'ipotesi del proprietario di un immobile posto in prossimità di un'opera pubblica che voglia lamentare il mancato espletamento di un procedimento concorsuale di scelta del contraente (in proposito, cfr. *ex multis* Cons. St., sez. IV, n. 4450 del 9 luglio 2010): se la situazione giuridica affermata fosse la pretesa alla realizzazione dell'opera/alla non realizzazione dell'opera da parte di altri, è evidente che essa non sarebbe neppure astrattamente configurabile in quanto ascrivibile al ricorrente, che non potrebbe asserire, quindi, di esserne il titolare (non sta affermando di essere un'impresa concorrente, ma un residente nelle vicinanze); se invece la situazione affermata fosse la pretesa alla non realizzazione dell'opera *tout court*, allora è evidente che, seppure essa risulti astrattamente ascrivibile al ricorrente in relazione alla sua affermazione, per cui sussiste la legittimazione a proporre la relativa azione, dal vizio lamentato non può addivenirsi al risultato positivo in ordine alla dimostrazione della sua esistenza, cosicché l'azione sarebbe infondata nel merito.

²⁸ Non è un caso, si aggiunge, che la sovrapposizione di interesse e legittimazione a ricorrere si è in passato riscontrata in particolare in quelle impostazioni che non hanno ritenuto di poter considerare l'interesse legittimo come situazione giuridica di carattere sostanziale: cfr. subito *supra*, in nota.

²⁹ La difficoltà in cui si incorre nel rapportare la consistenza dell'interesse legittimo, nella concezione appena riferita, all'accertamento giudiziale è resa ben evidente, da ultimo, da B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in P. CERBO (a cura di) *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, cit., p. 13 ss.

³⁰ Si vedano, nelle differenti sfumature, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 626-627; ID., *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir.*

La rappresentazione della legittimazione a ricorrere nel senso appena descritto merita in via generale accoglimento.

In proposito, si deve infatti partire dal presupposto per cui, come si è visto, la considerazione dell'effettiva titolarità della situazione giuridica protetta, ai fini della determinazione della sussistenza della legittimazione a ricorrere, null'altro rappresenterebbe se non un retaggio della concezione dell'interesse legittimo quale situazione di carattere processuale, la quale, una volta traslitterata sul piano sostanziale della rilevanza giuridica, mantiene tuttavia intatta la propria consistenza originaria. Nel momento in cui si assume che la situazione giuridica del privato a rilievo sostanziale consista in una pretesa nei confronti della P.A. – in particolare, da noi individuata quale pretesa alla produzione/non produzione di un particolare effetto, nei termini già spiegati – il legame con la concezione tradizionale dell'interesse legittimo viene però abbandonato: vengono così meno tutte le aporie di cui detta concezione, nelle sue peraltro molteplici declinazioni, risulta portatrice³¹. In questo diverso quadro ricostruttivo, si deve allora appunto riconoscere che la legittimazione ad agire corrisponde all'affermazione della titolarità della situazione da parte del ricorrente, nei termini fatti propri dal diritto processuale generale.

L'affermazione in questione deve fare certamente riferimento ad una situazione che, sul piano astratto, presenti requisiti determinati per poter assumere giuridico rilievo; che, cioè, risponda, si ripete sul piano astratto, ai criteri di qualificazione e differenziazione necessari al fine di individuare la posizione protetta: nella realtà sostanziale, all'obbligo dell'Amministrazione di produrre/non produrre un determinato effetto corrisponde, infatti, una pretesa nel medesimo senso non in capo a chiunque, ma solo a soggetti determinati³².

amm., 2014, p. 919 ss.; ID., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 740 ss.; ID., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei pubblici poteri. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, cit., p. 97 ss.; ID., *Conclusioni*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., p. 326 ss.; L. FERRARA, F. ORSO, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. pubbl.*, 2020, p. 717 ss.; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 606 ss.; C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando a cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 393 ss.; ID., *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in B. GILBERTI (a cura di), *Il diritto di azione nel processo amministrativo*, Napoli, 2020, p. 119 ss.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Treccani.it*, 2018; F. SAIITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 511 ss. (anche in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., p. 45 ss.); S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere*, cit., p. 187, nel testo e in nota.

³¹ Come si è avuto modo di spiegare ampiamente nella parte I, cap. I, par. 4 ss., e cap. III, par. 2 ss.

³² Quanto, poi, ai casi di legittimazione *ex lege* (cfr. *supra*, n. 20), si deve valutare, rispetto a ciascuno di essi, se possa ricollegarvisi l'affermazione di una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, in ragione essenzialmente della forma di tutela riconosciuta. Se, ad es., questa è limitata ad uno specifico mezzo di tutela, la soluzione sarebbe quella negativa, e si sarà al coperto di un caso di legittimazione straordinaria, rispetto alla quale la posizione rinvenibile in capo al soggetto è solo quella corrispondente alla relativa azione concreta. Laddove, poi, siano riscontrabili peculiari modalità di esplicazione della tutela, quanto all'accesso al giudice e/o al conferimento del

La verifica preliminare di tali requisiti, tuttavia, avviene appunto sul piano astratto; e non attinge direttamente alla legittimazione a ricorrere, ma, come correttamente è stato notato, ad un'altra condizione dell'azione, cioè alla possibilità giuridica, che consiste nell'esistenza di una norma che contempli la situazione giuridica che si vuol far valere³³. Viene, cioè, in questione la possibilità astratta della situazione di

rimedio (non rileva, invece, la generale specialità del rito, se non incide su tali caratteri), sarà configurabile un modello processuale che può definirsi *differenziato* rispetto a quello ordinario. Tali peculiari modalità di esplicazione, a ben vedere, possono influire anche sulla declinazione della tutela di una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, così da consentire che il rimedio processuale sia accordato anche al di fuori dell'esigenza di tutela della situazione giuridica soggettiva: qualora ciò avvenga, si sarà pure al cospetto di un modello processuale differenziato, che assume caratteri di matrice oggettiva (è ciò che può in particolare riscontrarsi nel contenzioso sui contratti pubblici: cfr. *infra*, n. 53).

In ordine ai caratteri dei c.dd. modelli processuali differenziati, da considerarsi alla luce di quanto appena esposto, si vedano le nostre riflessioni in *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit., p. 423 ss.; *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, p. 43 ss.; *Pienezza della tutela e modelli processuali differenziati*, in B. GILIBERTI (a cura di), *Il diritto di azione nel processo amministrativo*, cit., p. 153 ss. In particolare, si è avuto modo di spiegare, in quelle sedi, come tali modelli siano deputati a garantire particolari interessi che, nel quadro del paradigma soggettivistico, rischierebbero di risultare sacrificati. Il passaggio da un processo incentrato sulla legittimità dell'atto ad un processo il cui oggetto è la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, infatti, può lasciare scoperte esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l'effettività della tutela di detta situazione soggettiva: i modelli processuali differenziati avrebbero appunto lo scopo di rispondere a tali ulteriori esigenze, affiancandosi al modello ordinario; proprio in ragione del loro presentarsi come modelli processuali distinti, essi possono svolgere un siffatto compito senza cercare di contemperare opposte esigenze, e quindi senza stravolgere la struttura generale del processo amministrativo improntato sulla tutela della situazione giuridica del soggetto. In questa prospettiva, si sarebbe al cospetto di un modello differenziato qualora, come detto, in relazione ad un determinato contenzioso, non sia dato riscontrare una modalità esplicativa della giurisdizione amministrativa incentrata sull'accertamento della situazione giuridica del ricorrente e sulla tutela avverso la sua lesione, in ragione dell'impossibilità di porre ad oggetto del giudizio la situazione giuridica lesa, dell'inconfigurabilità di una siffatta situazione pur a fronte di uno specifico riconoscimento della legittimazione, della predisposizione di mezzi particolari e limitati di tutela in relazione ad una certa forma di legittimazione, o comunque di una particolare procedura complessa che deroghi sotto il profilo sostanziale a quella ordinaria: in queste ipotesi, infatti, ci si sta discostando dal modello processuale ordinario e ci si sta spostando verso un modello processuale differenziato. Si è avuto modo di evidenziare, peraltro, come dovrebbe invero riflettersi sull'ammissibilità di un modello processuale differenziato, in relazione alla normativa costituzionale e sovranazionale, ogniqualvolta esso, più che limitarsi ad aggiungere un nuovo tipo contenzioso all'interno della giurisdizione amministrativa, predisponga una forma di processo che vada ad intaccare la garanzia di situazioni giuridiche, le quali riceverebbero altrimenti tutela nella modalità ordinaria propria del processo amministrativo: un modello processuale differenziato, infatti, non sempre semplicemente si affianca al modello generale ordinario, predisponendo un contenzioso di cui non vi sarebbe altrimenti riscontro, ma può invece sostituirsi ad esso in una particolare materia, così sollevando il dubbio della sua compatibilità con il canone della tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nelle relative controversie.

³³ Sulla considerazione della possibilità giuridica come autonoma condizione dell'azione si vedano, in particolare, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 51-52, ed ivi n. 4; ID., *Presupposti processuali*, cit., p. 794; nonché E.T. LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., p. 45 (nell'ediz. 1957; ma v. anche l'ediz. 1980, p. 135 ss., ove la figura in esame non è oggetto di autonoma considerazione).

Sulla configurazione della possibilità giuridica come figura di teoria generale e sulla sua correlazio-