

GIULIA MANNUCCI

Ricercatore in diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche di Firenze

giulia.mannucci@unifi.it

LA NECESSARIA DIMENSIONE NORMATIVA DEI DIRITTI DEI TERZI

THE NECESSARY NORMATIVE DIMENSION OF THIRD-PARTIES'S RIGHTS

SINTESI

Il tema della tutela dei terzi nel diritto amministrativo tocca questioni di carattere generale: la consistenza delle posizioni soggettive nei confronti della amministrazione, la configurabilità di relazioni multipolari, l'oggetto del processo e, più in generale, la "funzione" che si assegna al diritto amministrativo. Secondo un punto di vista diffuso, la tutela dei terzi continuerebbe tuttora a marcare la distanza tra il diritto amministrativo e il diritto comune: mentre il contratto ha efficacia solo tra le parti, l'azione pubblica tocca inevitabilmente un numero maggiore di soggetti (i terzi, appunto), che meritano di essere garantiti. Nel perseguire tale scopo garantista, tuttavia, non di rado si prescinde da una rigorosa indagine sulla effettiva consistenza della posizione tutelata e il terzo finisce per essere protetto (non in quanto titolare di una posizione autonoma, ma) come titolare di una frazione indifferenziata dell'interesse pubblico. In questo modo si moltiplicano le occasioni di controllo sul potere, ma inevitabilmente si rinuncia a tracciare una netta linea di distinzione tra interessi semplici e interessi giuridicamente rilevanti, introducendosi un vistoso elemento di contraddizione nel nostro sistema di tutela soggettiva. Il tentativo compiuto in queste pagine è quello di riscattare la posizione dei terzi dal limbo giuridico nel quale è stata tradizionalmente relegata. Si sosterrà, in particolare, che lo strumentario concettuale fornito dalla teoria generale delle situazioni soggettive consente di tracciare una netta distinzione tra due categorie di soggetti diversi dal destinatario: da un lato, i titolari di situazioni giuridiche (interessi qualificati e differenziati); dall'altra, i titolari di interessi semplici o di mero fatto. I primi vanno considerati come "terze parti" di un rapporto multipolare (accanto ad amministrazione e destinatario) e, in quanto tali, devono essere pienamente garantiti. I secondi, viceversa, non si distinguono dal "chiunque", essendo portatori, al pari di ogni altro consociato, di un generico interesse alla legalità, in quanto tale non azionabile.

ABSTRACT

The protection of third parties vis-à-vis administrative action interferes with relevant general issues: the nature of administrative legal positions, the emergence of a new paradigm of administrative multipolar relations, the object of judicial review, as well as the purpose and the function of administrative law. It is commonplace that the protection of third parties identifies a major difference between administrative and law: while a private contract is only effective between the parties (the contractors), the administrative action inevitably affects a larger number of subjects (the addressee and the other 'third' subjects) that need to be protected. For this purpose, Italian Courts often overlook the legal consistency of third parties' interests. They tend to protect as third parties not only those who have an autonomous legal position, but also those whose interest merely constitutes an 'undifferentiated fraction' of the public interest. Such a generous approach to the standing of third subjects vis-à-vis public authorities multiplies the opportunities of judicial control, at the expenses of a clear distinction between simple interests (not protected by the law) and the legally relevant interests (i.e. rights). This results in a patent contradiction with the current dominant paradigm of the administrative process, which is now firmly based on a subjective (rather than objective) conception of the interests to be protected.

The aim of this article is to rescue the administrative category of third subjects from the mentioned legal limbo. The main claim is that, by resorting to the criteria of 'qualification' and 'differentiation' developed by the general legal theorization of individual rights, it is possible to draw a clear dividing line between third subjects holding a legal (i.e. qualified and differentiated) position and third subject that, by contrast, hold simple interests (not protected, as such, by the law). The former should be considered as the third parties of a multipolar relationship (alongside the public administration and the direct addressee of the administrative action), and should be granted full legal protection. The latter, by contrast, are third subjects which are not differentiated from the ordinary citizens ("anyone"), and, hence, their generic interest to legality should not be protected as such; in other words, they should not have standing in the administrative process.

PAROLE CHIAVE: Terzi – Tutela giurisdizionale — Legittimazione a ricorrere – Diritti

KEYWORDS: Third Parties – Standing – Judicial Review – Rights

INDICE: 1. Premessa. I "diritti" dei terzi e il rapporto amministrativo – 2. La centralità del provvedimento nella tradizionale ricostruzione della figura dei terzi – 3. La oggettivizzazione della posizione del terzo – 4. Quale qualificazione e quale differenziazione per la posizione dei terzi? – 5. Dalla legalità ai diritti: la riscoperta della qualificazione e della differenziazione. – 6. Le terzi parti di un rapporto – 7. I tanti (indistinti) "chiunque" – 8. Due possibili obiezioni

1. Premessa. I “diritti” dei terzi e il rapporto amministrativo

La tutela dei terzi pone al diritto amministrativo una questione complessa: come preservare l'esigenza di garanzia soggettiva emergente dalla Costituzione¹ e dai più recenti sviluppi normativi² con la naturale propensione del potere pubblico a produrre effetti su un numero indeterminato di soggetti?³

La risposta offerta a tale quesito è condizionata dalla centralità tuttora attribuita alla dialettica bipolare, sintetizzata dal provvedimento, nella dinamica dei rapporti tra amministrazione e privati. Mentre la posizione del destinatario ha progressivamente guadagnato autonomia rispetto al potere pubblico⁴, consentendogli di diventare un antagonista sostanzialmente paritario dell'amministrazione⁵, la posizione del terzo continua a essere intrappolata nelle più risalenti concezioni dell'interesse legittimo, che il singolo «non ha alcun modo di soddisfare se non facendo valere una pretesa che si collega all'interesse generale o

¹ Sulla funzione soggettiva della giurisdizione amministrativa, come definita dalla Costituzione, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 46, che rintraccia «il valore essenziale della Costituzione (art. 24)», proprio nella tutela delle posizioni individuali e A. POLICE, *Commento all'art. 24 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, p. 501, il quale riconosce che «il costituente ha concepito la giurisdizione quale strumento di tutela del complesso delle posizioni individuali previste e tutelate dall'ordinamento». Sul punto v. anche S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 139.

² Sulla pienezza di tutela garantita dall'attuale sistema delle azioni nel processo amministrativo, v. A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 885 ss.; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.

³ Il problema della multipolarità del diritto amministrativo è stato affrontato da più angolazioni: sulle diverse accezioni di multipolarità si vedano S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 134 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 45 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 3 ss. spec. pp. 116 ss.

⁴ Le principali tappe evolutive della riflessione sull'interesse legittimo sono ricostruite da B. SORDI, (voce) *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 709 ss.; L. FERRARA, (voce) *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubb.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5579 ss.; F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 379 ss.; ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 5 ss.

⁵ Come osservano L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 342, soltanto «in tempi recentissimi, la lunga marcia dell'interesse legittimo, avviata all'indomani della Costituzione del 1948, verso la conquista di una precisa natura sostanziale [...] è sembrata in grado di raggiungere traguardi effettivamente significativi».

collettivo, a garanzia del quale è posta la norma che disciplina l'esercizio dell'attività amministrativa»⁶. Ne deriva un insoddisfacente inquadramento della categoria dei terzi: mentre la posizione del destinatario è sempre più vicina al paradigma dei diritti⁷, la posizione del terzo séguita a essere attratta nella sfera dell'interesse pubblico, dove i diritti sistematicamente si appiattiscono sulla legalità.

La tradizionale ricostruzione dei terzi poggia su un paradosso liberal-garantista⁸: la necessità di imbrigliare il potere pubblico nelle maglie della legalità ha portato a moltiplicare le occasioni di controllo su quello stesso potere⁹, travolgendo ogni esigenza di verifica circa la consistenza delle posizioni individuali legittimate ad azionare quel controllo¹⁰. È per questo che la posizione dei terzi è rimasta prigioniera di un limbo giuridico, a metà strada tra rilevanza e irrilevanza: rilevante, se toccata dall'attività amministrativa e utile ad attivare il sindacato del giudice sulla legittimità di quell'attività; irrilevante, invece, nella sua dimensione individuale, perché l'eventuale titolarità di un diritto non conta, essendo ritenuta sufficiente l'imputazione al terzo di una frazione dell'interesse pubblico.

Il confinamento del terzo in quella zona grigia del diritto è tuttora la cifra che marca in modo più netto la specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto civile¹¹ e che tiene viva la sua originaria missione di limite al pubblico potere e di riconduzione dello stesso entro gli argini della legalità.

Oggi, i rapporti tra amministrazione e amministrati si configurano sempre più spesso secondo un modello multipolare (si pensi all'emergere della funzione regolatoria, che colloca le amministrazioni in funzione arbitrale rispetto a imprese concorrenti e consumatori). Tuttavia, il superamento della dialettica bipolare autorità-libertà non ha portato con sé un adeguamento del paradigma teorico necessario per spiegare la più ricca trama di relazioni nella quale il diritto amministrativo tende a muoversi, così determinandosi una *empasse* nella teoria delle situazioni soggettive.

⁶ S. PIRAINO, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 209.

⁷ Sull'evoluzione del processo amministrativo e sullo spostamento del suo oggetto dall'atto al rapporto, per tutti, A. TRAVI *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 41 ss.

⁸ In proposito, F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 497.

⁹ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 362.

¹⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 477.

¹¹ P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm./Tar*, 2005, p. 2673.

Nelle pagine che seguono, si tenterà, sulla scorta di una riflessione più ampia condotta altrove¹², di indicare una strada per superare questo *empasse*. Nella prima parte si volgerà l'attenzione alla ricostruzione della figura dei terzi tradizionalmente prevalente: si proverà, in particolare, a chiarire le ragioni che hanno impedito l'emersione in via autonoma della posizione dei terzi nel diritto amministrativo (§§ 2-3) e di indicare le ricadute che ne derivano (§ 4). Nella seconda parte, accertata la necessità di una rifondazione teorica della figura del terzo, si tenterà di individuare, con l'ausilio della teoria generale delle posizioni soggettive, lo strumentario concettuale indispensabile per comprendere quando un terzo possa considerarsi titolare di una posizione giuridica autonoma, cioè di una posizione qualificata, ossia corrispondente a un valore protetto dall'ordinamento, e differenziata, ossia distinta dall'interesse alla corretta cura del fine pubblico che fa capo a ogni consociato (§ 5). Solo a tali condizioni, il terzo può considerarsi la terza parte di un rapporto multipolare, di cui fanno parte anche l'amministrazione e il destinatario (§ 6); al contrario, in assenza dei richiamati requisiti della qualificazione e della differenziazione, il terzo non può vantare una posizione soggettiva distinta da quella del "chiunque" (§ 7).

2. La centralità del provvedimento nella tradizionale ricostruzione della figura dei terzi

Nel diritto civile, il terzo è inteso come un 'estraneo', ossia come un soggetto i cui interessi non vengono regolati dall'accordo delle parti e che quindi non può subire gli effetti di quello stesso accordo¹³: è una norma di legge che, attribuendo un diritto al terzo (es. il diritto di proprietà), ne definisce la posizione soggettiva al contempo limitando il potere delle parti negoziali di incidere su quella posizione (i contraenti non possono, per es., vendere un bene di cui è proprietario un terzo).

E' sempre la legge, poi, che determina le ipotesi eccezionali in cui, pur essendo estranei al contratto, i terzi ne subiscono comunque gli effetti. È quanto succede, per es., nel contratto a favore di terzi, dove il beneficiario degli effetti dell'accordo è il terzo¹⁴; o nella ipotesi, più recente e dibattuta, del contratto con

¹² Sia consentito il rinvio a G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

¹³ F. MESSINEO, (voce) *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 196; A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, Utet, 1917, pp. 5 ss.

¹⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1965, p. 249; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, Giuffrè, 1970.

effetti protettivi verso terzi, in cui vengono fatti gravare sul debitore obblighi di protezione verso soggetti diversi dal creditore principale, ma a quello legati da un rapporto giuridicamente rilevante (es. da un rapporto di lavoro o di coniugio)¹⁵. In entrambe le ipotesi, la dimensione giuridica della posizione del terzo è delineata dalla norma: nel contratto a favore di terzo, è la legge che legittima i contraenti a scegliere il terzo beneficiario (così differenziandolo dalla generalità dei terzi), mentre nel contratto con effetti protettivi per i terzi è la sussistenza di un legame giuridico col creditore che rende visibili i terzi “protetti”, differenziandoli dai “chiunque”. Il terzo cessa, cioè, di essere estraneo all’accordo tra le parti nel momento in cui la sua posizione si emancipa (si differenzia) da quella della generalità degli amministrati, sulla base di uno schema disciplinato da una disposizione legislativa (l’art. 1411 c.c., nel primo caso; l’art. 2043 o l’art. 1218 del c.c., nel secondo); quando ciò avviene, il terzo diventa un altro destinatario degli effetti giuridici prodotti dall’accordo e, in quanto tale, pienamente garantito¹⁶.

Il terzo nel diritto amministrativo ha, invece, una storia differente, che lo rende difficilmente inquadrabile nei confini definitori del diritto civile.

Quello che, a prima vista, differenzia il terzo civilistico dal terzo nel diritto amministrativo è che mentre il primo, come detto, deve la sua esistenza alla norma, la rilevanza della posizione del secondo è essenzialmente correlata al provvedimento¹⁷.

Nella tradizione del diritto amministrativo è, infatti, considerato terzo colui che «potrebbe non aver diritto a un certo comportamento della amministrazione, ma avere interesse alla legittimità dell’atto intesa come interesse alla cura corretta della amministrazione»¹⁸, con la conseguenza che l’esistenza stessa del

¹⁵ Con riferimento a queste fattispecie il dibattito è in larga misura collegato alla natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità: in proposito, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica. Roma 13-16 settembre 1999*, a cura di L. Vacca, Torino, Giappichelli, 2001, pp.16 e 119; C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, I, pp. 148 ss.; G. ALPA, A. FUSARO, *L’esperienza italiana*, in *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di G. Alpa, A. Fusaro, A. Dasso, A. Somma, F. Toriello, Milano, Giuffrè, 2000, p. 18.

¹⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 269.

¹⁷ Come osservano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 5, soltanto la qualificazione provvedimento degli atti emanati dalla amministrazione consente di sottoporli al «controllo giurisdizionale pubblicistico», così soddisfacendosi anche le esigenze di garanzia dei terzi.

¹⁸ F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, cit., p. 497; ma v. anche A. PIOGGIA, *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell’amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 227.

terzo dipenderebbe dalla esistenza del provvedimento¹⁹.

Questa definizione esprime la difficoltà di spiegare l'intera trama dei rapporti amministrativi alla luce della perdurante centralità del provvedimento, normalmente calibrato su uno schema bipolare (amministrazione-destinatario). L'affermazione del provvedimento quale sintesi del rapporto tra autorità e libertà ha, infatti, determinato una decisiva divaricazione tra la posizione del destinatario dell'atto e quella del terzo: mentre l'interesse del primo ha iniziato a essere percepito come autonomo²⁰ e contrapposto al potere pubblico²¹, l'interesse del terzo, collocandosi *fuori* dal paradigma bipolare, ha seguito a essere ricondotto allo schema dell'interesse occasionalmente protetto, privo di una reale autonomia²², perché essenzialmente riflesso dell'interesse pubblico.

Si è così delineata una figura di terzo sospesa tra rilevanza e irrilevanza giuridica, essendo considerati “terzi” tutti quei soggetti che, pur non essendo direttamente e immediatamente toccati dalla azione amministrativa, ne sono in qualche modo interessati²³. Il terzo sarebbe, pertanto, un soggetto ibrido: “più di un estraneo” ma “meno del destinatario”²⁴; non il primo soggetto che subisce gli effetti dell'azione amministrativa, ma nemmeno il “chiunque”, il comune amministrato²⁵. Non essendo titolare di una posizione soggettiva autonoma, il terzo nel processo non può far valere «un proprio diritto coinvolto nella controversia di altri»²⁶, ma agire a garanzia della legittimità dell'azione.

L'immediata implicazione pratica di questa impostazione è ancipite. Il terzo nel diritto amministrativo è normalmente estromesso dal procedimento (nel senso che in genere non rientra tra gli interventori necessari e quindi, finché non vi è il provvedimento, la sua posizione non si distingue da quella di qualsiasi

¹⁹ Questo è confermato dal dibattito sulla tutela dei terzi nelle fattispecie di d.i.a./s.c.i.a., che ha fatto reso evidente la difficoltà di garantire i soggetti terzi di là dallo schema impugnatorio.

²⁰ Sul punto, B. SORDI, *Interesse legittimo*, cit., p. 722.

²¹ Sulla dimensione conflittuale del diritto amministrativo sintetizzata nella teoria del provvedimento, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 252.

²² Sulla assenza di una «autonoma nozione di terzo nel diritto amministrativo» v. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, cit., 2005, p. 3.

²³ Per quest'ordine di idee, v. A. BARTOLINI, *Contraddittorio e intervento*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2015, p. 372.

²⁴ Sarebbe, del resto, la caratteristica propria dell'interesse legittimo quella di «far capo normalmente anche a soggetti terzi rispetto ai destinatari immediati degli effetti dell'atto amministrativo»: così, M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1006.

²⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 673.

²⁶ Parla così del (terzo) controinteressato A. LUGO, *I problemi del processo amministrativo. Visti dal giudice*, in *Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna 1963*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 94.

altro consociato, “il chiunque”) e dunque la sua pretesa non entra nella ponderazione. D’altro canto, è sempre legittimato a impugnare il provvedimento finale proprio in quanto interessato, a vario titolo a seconda delle fattispecie, alla cura concreta dell’interesse pubblico sintetizzata nel provvedimento. Una conferma arriva dal diritto edilizio: i vicini di casa rispetto a un permesso a costruire non sono destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, ossia non rientrano tra quei soggetti «facilmente individuati o individuabili», titolari di una posizione soggettiva che può essere lesa dal provvedimento finale²⁷; possono, però, impugnare il permesso a costruire, come vedremo diffusamente più avanti, proprio (ed esclusivamente) sulla base del rapporto di prossimità²⁸.

In sintesi, il riconoscimento della centralità del provvedimento nei rapporti amministrativi, da un lato ha consentito l’emancipazione dall’interesse pubblico della posizione del destinatario dell’atto, ma, dall’altro, ha lasciato in un cono d’ombra la posizione del terzo e precluso l’emersione di paradigmi teorici che permettessero di valorizzare la dimensione multipolare del diritto amministrativo.

3. La “oggettivizzazione” della posizione del terzo

La ricostruzione tradizionale sopra tratteggiata poggia su un appiattimento della posizione del terzo sulla legalità oggettiva. Poiché, a differenza del destinatario, non ha una pretesa sufficientemente definita da contrapporre all’obbligo della amministrazione, il terzo deve la rilevanza della sua posizione all’esistenza del potere pubblico e all’esigenza di controllo che a quello si collega²⁹. Sarebbe l’«essenza stessa del potere»³⁰, che è attribuito per la garanzia di interessi «che eccedono le sfere giuridiche del soggetto dell’atto [...] e del suo destinatario»³¹, a dare ai terzi nel diritto amministrativo una centralità sconosciuta nel diritto comune.

²⁷ Art. 7, co. 1, l. proc.

²⁸ In questo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6066; Tar Piemonte, 10 maggio, 2006, n. 2022.

²⁹ Ciò in ossequio alla tralatizia idea per cui «nel processo amministrativo la tutela degli interessi legittimi avviene attraverso il sindacato sull’esercizio del potere amministrativo»: Corte Cost., sent. 18 maggio 1989, n. 251, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 119.

³⁰ G. CORSO, *L’efficacia del provvedimento*, cit., pp. 362 ss.

³¹ ID., *L’efficacia del provvedimento*, cit., pp. 362 ss. Sulla idoneità dell’interesse legittimo a garantire tutela nel quadro di rapporti multipolari, «quali spesso si configurano in presenza di un potere amministrativo», cfr. A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni ’90*, in *Foro it.*, V, 1997, p. 176.

Si tratta di un'idea consolidata, le cui radici possono rintracciarsi nel concetto di funzione amministrativa e che pare una immediata conseguenza dell'affermarsi della discrezionalità come ponderazione tra interessi primari e secondari³². L'affermarsi di tale concezione ha, infatti, determinato la «moltiplicazione (per via interpretativa) delle regole, dei vincoli all'azione dell'amministrazione»³³, con conseguente attribuzione di «rilevanza ad interessi ulteriori» (quelli del vicino, del residente e così via) rispetto a quelli individuati dal modello bipolare classico³⁴. Tuttavia, quella moltiplicazione era funzionale, almeno nel disegno originario, non tanto a estendere la tutela individuale, quanto a favorire il controllo da parte del giudice sul potere pubblico. Rileva, da questo punto di vista, il ruolo storicamente assunto dal giudice amministrativo nella affermazione dello Stato di diritto, che equivale, nella prospettiva dell'epoca, a promuovere un controllo di legalità il più possibile esteso e penetrante sull'amministrazione³⁵.

La storia concettuale dei terzi è, così, un chiaro esempio del modo in cui la finalità garantista che ispirava la teoria della discrezionalità sia stata declinata «sotto il segno dominante dell'interesse pubblico», determinando una torsione delle regole che la governano³⁶ e mitigandone la valenza individualistica³⁷. Il terzo ha così finito per essere garantito non in quanto «individuo», ma in quanto parte di una collettività, titolare di una frazione dell'interesse pubblico³⁸.

I marcati tratti oggettivistici di tale figura trovano conferma, ancora oggi, nella giurisprudenza sulla legittimazione a ricorrere dei terzi.

Si pensi, innanzitutto, al settore delle autorizzazioni (edilizie e commerciali), dove la legittimazione a ricorrere del terzo (confinante o concorrente) è

³² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 77.

³³ C. MARZUOLI, *Recensione a A. Pioggia, Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 1146, cui va attribuita anche la citazione che segue nel testo.

³⁴ Già F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, (rist.) 1960, p. 310, nota che «gli interessi dei cittadini verso la pubblica amministrazione sono molto più numerosi e più importanti di quelli di un cittadino verso un altro cittadino, perchè sono numerose ed ampie le facoltà discrezionali dell'amministrazione».

³⁵ M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1970, p. 741, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 894.

³⁶ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 153.

³⁷ D'altronde, soltanto se il giudice amministrativo si libera dal «complesso» della necessaria considerazione delle ragioni dell'interesse pubblico, in astratto e in generale, l'interesse legittimo può smettere di offrire una «protezione di serie B»: così, M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, p. 481.

³⁸ Perché l'interesse alla corretta cura dell'interesse pubblico spetta a ogni consociato (in proposito, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubb.*, 2014, p. 577).

ricostruita a prescindere da una rigorosa indagine normativa sulla consistenza della sua posizione, facendosi esclusivo riferimento al criterio della *vicinitas*³⁹. La prossimità all'attività assentita ad altri è, infatti, ritenuta sufficiente a radicare la legittimazione a ricorrere del terzo, senza che sia per questi necessario «dimostrare ulteriormente la sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale»⁴⁰. La verifica circa la rilevanza individuale della posizione azionata è sostituita dal requisito fattuale della prossimità: al giudice, per riconoscere la legittimazione, basta verificare se il vicino è abbastanza coinvolto (perché prossimo in termini spaziali o perché operante nel medesimo settore commerciale)⁴¹ all'attività che intende contestare, perché ciò solo confermerebbe l'esistenza di «un interesse concreto all'annullamento dei titoli abilitativi»⁴². La sussistenza della *vicinitas* esime il ricorrente dal dimostrare l'esistenza tanto della posizione sostanziale (l'interesse legittimo) quanto delle condizioni dell'azione (legittimazione e interesse a ricorrere)⁴³. Funge, però, essenzialmente da filtro di accesso al processo, per impedire che ogni giudizio si trasformi in azione popolare. Così, l'interesse legittimo del terzo, benché privo dei requisiti minimi per potersi considerare una posizione sostanziale, risulta comunque garantito alla stregua di un interesse occasionalmente protetto, cioè come interesse “oggettivo” al ripristino della legalità violata⁴⁴.

Una seconda conferma della richiamata tendenza si trae dalla materia degli appalti. Ci si riferisce, in particolare, alle pronunce che riconoscono la legittimazione a ricorrere in giudizio avverso l'aggiudicazione ai concorrenti che non hanno partecipato alla gara⁴⁵ o che hanno partecipato senza averne i requisiti⁴⁶.

³⁹ Tra molte, Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 13 maggio 1991, n. 279, in *Foro amm.*, 1991, p. 2325.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7591; similmente, Tar Campania, Salerno, Sez. II, 11 settembre 2015, n. 1985.

⁴¹ Sui diversi significati di *vicinitas*, cfr. F.R. MAELLARO, *La legittimazione al ricorso in materia urbanistica*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1496.

⁴² Tar Campania, Napoli, 18 giugno 2013, n. 3149.

⁴³ Tar Campania, Napoli, Sez. II, 30 luglio 2015, n. 4156, Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3362. Sulla sovrapposizione tra condizioni dell'azione e interesse legittimo v. L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, p. 138.

⁴⁴ Sul punto v. Cons. giust. amm., Sez. giurisdizionale, 19 marzo 2014, n. 144.

⁴⁵ Sulla estensione della legittimazione a impugnare gli atti di gara alle imprese che non hanno partecipato v. di recente Tar Liguria, Sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263. In proposito v. comunque *infra* § 6.

⁴⁶ Una ricostruzione del dibattito è in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 470 ss., cui si rinvia anche per indicazioni sulla dottrina e la giurisprudenza.

In entrambi i casi, si prescinde (pur con significative divergenze, delle quali diremo in seguito) dalla indagine normativa sulla posizione soggettiva del ricorrente: è sufficiente che questi provi di appartenere al medesimo settore o ambito di mercato⁴⁷ del vincitore per ammettere la tutela giudiziale della sua «posizione concorrenziale»⁴⁸.

Epperò, una lettura (più) correttamente orientata nel senso della giurisdizione soggettiva suggerirebbe una conclusione diversa. A rigore, dovrebbe poter impugnare un'aggiudicazione soltanto chi ambisce a un bene che sia diverso dalla tutela della “propria posizione concorrenziale” e che abbia piuttosto per oggetto la posizione individuale correlata alla *chance* di vincere l'appalto⁴⁹. Quello tutelato, cioè, può ben essere un interesse dai chiari contorni soggettivi, che spetta soltanto a chi abbia partecipato alla gara avendone i requisiti⁵⁰. In assenza di queste due condizioni (la partecipazione alla gara e la sussistenza dei requisiti richiesti dal bando), al concorrente “virtuale” si dovrebbe riconoscere un interesse di mero fatto al corretto svolgimento della gara: un interesse che in niente si distingue dalla pretesa di tutti gli operatori del settore o dei consumatori (ma anche della generalità dei cittadini) al corretto esercizio della funzione pubblica e che, in quanto tale, dovrebbe considerarsi non azionabile.

4. Quale qualificazione e quale differenziazione per la posizione dei terzi?

La torsione oggettivistica cui è stata sistematicamente sottoposta la figura del terzo consente di conservare un simulacro del processo amministrativo di legalità, offrendo protezione a situazioni individuali nelle quali tanto la qualificazione quanto la differenziazione sono dissociate dal dato normativo.

La qualificazione è considerata irrilevante (o, secondo altra prospettiva, sussistente in *re ipsa*) tutte le volte che la legittimazione del terzo a impugnare si fonda su un mero interesse alla legalità, come accade nella giurisprudenza in materia di *vicinitas*. Quando si riconosce al vicino la legittimazione a impugnare una

⁴⁷ Sul punto, A. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1111 ss.

⁴⁸ Limita la soggettivizzazione dell'interesse alla concorrenza in capo ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, C. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 180 ss.

⁴⁹ L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 919 ss.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560.

autorizzazione resa ad altri sulla base di un presunto diritto a trovare parcheggio⁵¹ o a preservare il panorama⁵², si garantiscono beni che, in assenza di una espressa previsione, dovrebbero ritenersi privi di consistenza giuridica. La loro tutela è, invece, di fatto affidata alla sensibilità del singolo giudice, che liberamente (o meglio, arbitrariamente) decide se quel bene merita o meno di essere garantito⁵³.

Anche la differenziazione, che, una volta svuotato il requisito della qualificazione, rivestirebbe una funzione centrale, è a sua volta sganciata dalla dimensione normativa e ridotta alla dimensione fattuale⁵⁴. Nella pratica, la differenziazione coincide con la possibilità di subire un qualche pregiudizio (ancorché di mero fatto) dall'azione pubblica⁵⁵. In assenza di ogni appiglio positivo, la verifica sulla differenziazione è anch'essa demandata a criteri (per es., la *vicinitas*) plasmati dal giudice, al quale è dato desumere da «qualsiasi elemento» che quel certo interesse è toccato dall'azione amministrativa e differenzia il suo titolare dalla generalità⁵⁶.

Riducendo la qualificazione a mero interesse alla legalità e proiettando la differenziazione tutta sul piano fattuale, si realizza un quadro nel quale per ricorrere avverso un provvedimento amministrativo basta «un interesse di fatto, abbinato ad un criterio fattuale che permetta di circoscrivere la cerchia di coloro nei cui confronti si concretizza questo interesse di fatto»⁵⁷. Ne deriva un modello processuale biforcuto: da un lato, vi è la tutela del destinatario, sempre più improntata al modello soggettivo di tutela e rispondente ai canoni del processo di parti; dall'altro, vi è la garanzia dei terzi, ancora prigioniera delle più risalenti concezioni dell'interesse legittimo e espressione di un modello processuale che mostra chiari tratti oggettivi.

⁵¹ Tar Molise, Campobasso, Sez. I, 11 giugno 2014, n. 377.

⁵² Tar Abruzzo, Pescara, 20 aprile 2010, n. 276.

⁵³ In effetti, anche se il diritto di proprietà edilizia ha corollari riconducibili al suo «valore d'uso piuttosto che [a] quello di scambio» (A. DI MAJO, L. FRANCAIO, *(voce) Proprietà edilizia*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 351), non vi sono norme che ne amplino i confini sino a coprire la mera aspettativa al parcheggio sotto casa o alla bella vista. D'altro canto è la stessa giurisprudenza che nel ricostruire la posizione del terzo in base alla *vicinitas* evita di richiamare il diritto di proprietà, riconoscendo che la legittimazione del vicino va riconosciuta «non in virtù della titolarità di un diritto reale», ma sulla base della esistenza di «una situazione di collegamento, non effimero ma stabile con la zona stessa»: Tar Calabria, Reggio Calabria, 18 giugno 2009, n. 431.

⁵⁴ Tar Marche, 25 marzo 1999, n. 325.

⁵⁵ S. BUCELLO, *L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 220.

⁵⁶ S. PIRAINO, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, cit., p. 221.

⁵⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1009.

Il descritto “annacquamento” dei requisiti di qualificazione e differenziazione della posizione dei terzi riflette le incertezze sulla missione di fondo del diritto amministrativo (e sull’oggetto del suo processo)⁵⁸. Se si ritiene che l’obiettivo prioritario debba continuare a essere quello di sottoporre l’azione della amministrazione a uno stretto e pervasivo controllo giudiziario, allora non resta che prendere atto della ineliminabile specialità del processo amministrativo e del suo irridimibile carattere oggettivo e ritenere velleitaria ogni suggestione proveniente dal cd. giudizio sul rapporto. Se, viceversa, si accetta come realistica (e necessaria) la prospettiva di una giurisdizione amministrativa declinata in chiave soggettiva, se, cioè, si ritiene che l’evoluzione della disciplina processuale rappresenti l’inveramento del modello costituzionale, allora anche il diritto amministrativo e il suo processo vanno ricostruiti alla luce del paradigma della tutela dei diritti.

D’altronde, la rinuncia alla dimensione soggettiva della posizione dei terzi genera un contraddittorio meccanismo di iperprotezione e di ipoprotezione⁵⁹. Nella categoria dei terzi garantiti come titolari di una frazione dell’interesse pubblico rientrano infatti sia soggetti che non sono titolari di alcuna posizione giuridica (che dal sistema attuale risultano iperprotetti), sia soggetti che, invece, una posizione soggettiva ce l’hanno, ma fruiscono di una garanzia calibrata sulla legalità oggettiva e non sulle necessità poste da un processo di parti.

Emblematico è il diverso regime della legittimazione a ricorrere rispetto alla notificazione del ricorso⁶⁰. Mentre sul primo versante, come detto, la giurisprudenza è particolarmente estensiva, sul secondo prevale un orientamento riduttivo: i vicini di casa, per es., pur legittimati a ricorrere, non sono normalmente considerati controinteressati in senso tecnico (ossia coloro che devono ricevere la notifica del ricorso) in un processo promosso da altri. La contraddizione è evidente: i vicini avrebbero una posizione soggettiva quando sono dal lato attivo, ma non anche quando si trovano dal lato passivo (poiché non sono annoverati tra i litisconsorti necessari e se vogliono partecipare al processo devono intervenire autonomamente)⁶¹.

In definitiva, la prospettiva tradizionale sopra richiamata e la giurisprudenza che a partire da essa si è sviluppata hanno finito per nascondere la necessità di far emergere in via autonoma la posizione dei terzi e liberarla dal fardello

⁵⁸ J.B. AUBY, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *L’actualité juridique – Droit administratif*, 2011, p. 296.

⁵⁹ Sulla iperprotezione dell’interesse legittimo, C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 415.

⁶⁰ A. CORPACI, *La comunicazione dell’avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in *Le Regioni*, 1994, p. 307.

⁶¹ Tar Piemonte, n. 2002/2006.

oggettivizzante dell'interesse pubblico. A questa esigenza occorre ora dare risposta.

5. Dalla legalità ai diritti: la “riscoperta” della qualificazione e della differenziazione

Per verificare quando si delinei nel diritto amministrativo una posizione autonoma dei terzi è necessario recuperare, con l'ausilio della teoria generale delle situazioni soggettive, la “vera” portata dei più volte richiamati requisiti della qualificazione e della differenziazione.

Partiamo dalla qualificazione. A dispetto della descritta tendenza giurisprudenziale a negare specifica rilevanza a tale requisito, la dottrina riconosce la autonoma rilevanza della qualificazione della posizione soggettiva da tutelare e propone di ancorarla al cd. contenuto protettivo della norma. In base a tale criterio, un interesse può dirsi qualificato quando è preso in considerazione da una legge, ossia quando l'ordinamento dimostri la volontà di tutelare il valore nel quale quell'interesse si identifica⁶². Questa posizione ha l'indubbio pregio di collegare il requisito della qualificazione a un dato normativo⁶³. Tuttavia, essa incontra un ostacolo nella indeterminatezza del criterio, soprattutto quando è in gioco una norma, quale quella amministrativa, che per sua natura mira a soddisfare gli interessi di una pluralità di soggetti: come distinguere tra coloro che sono direttamente garantiti (e quindi titolari di una pretesa giuridica) e coloro che, invece, sono tutelati solo in via mediata (ossia portatori di un mero interesse di fatto)?⁶⁴ Come differenziare la posizione dell'imprenditore che fa valere la *chance* di aggiudicarsi un appalto vinto illegittimamente da altri, dalla posizione dell'operatore di settore che confida nel mero rispetto delle regole della concorrenza?

Una chiave per affinare il criterio del contenuto protettivo della norma è offerta dalla teoria generale delle situazioni soggettive, la quale ormai riconosce che per qualificare un interesse non basta che esso tragga un generico beneficio da una norma, ma è necessario che la sua protezione costituisca la ragione per

⁶² A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 67; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1990, p. 105.

⁶³ R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (l'interesse legittimo tra interesse a ricorrere e interesse legittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 428.

⁶⁴ M.H. KRAMER., *Refining the Interest Theory of Rights*, in *American Journal of Jurisprudence*, 2010, vol. 55, p. 34.

porre un obbligo puntuale a carico dell'amministrazione⁶⁵. Si delinea, cioè, tra i (due o più) poli della relazione un peculiare rapporto di mezzo a fine: l'obbligo posto in capo alla amministrazione deve rappresentare il mezzo per la soddisfazione di un interesse individuale (in questo caso, del terzo), la cui promozione incarna il *fine* garantista posto dalla norma⁶⁶.

È però sul versante della differenziazione che la teoria generale delle situazioni soggettive fornisce il contributo più innovativo. A onta della prassi che lega la differenziazione a meri dati fattuali, i teorici del diritto hanno chiarito che una norma può dirsi attributiva di una posizione soggettiva soltanto se, nell'individuare il valore tutelato (ossia nel qualificare l'interesse), essa detta anche il criterio di selezione dei titolari di quello stesso valore. Per la configurazione di posizioni soggettive, l'indicazione del bene tutelato deve, cioè, essere accompagnata dalla individuazione del criterio che consente di delimitare il novero dei soggetti che di quel bene possono godere separatamente e "*not simply as members of a collectivity enjoying a diffuse common benefit in which all participate in indistinguishable and unassignable shares*"⁶⁷. Seguendo questa indicazione, la legge attribuisce diritti se, oltre a selezionare gli interessi meritevoli di tutela, definisce i confini soggettivi del rapporto diritto-obbligo, ossia identifica le condizioni che i teorici del diritto chiamano 'investitive', sussistendo le quali il diritto si radica in capo agli '*intended beneficiaries*', cioè alla categoria dei soggetti il cui interesse l'ordinamento vuole tutelare⁶⁸. Il giudice, di conseguenza, nel verificare a quali soggetti può far capo un valore tutelato, non dovrebbe ricorrere a criteri empirici⁶⁹, per loro natura variabili e incerti, ma (semplicemente) ricercare nella norma il criterio di differenziazione.

Dunque, gli approdi della teoria generale in tema di posizioni soggettive forniscono all'amministrativista due indicazioni utili a reimpostare su basi più solide la riflessione sulla figura del terzo. La prima riguarda il versante della *qualificazione*: una posizione soggettiva può dirsi qualificata soltanto quando l'interesse di cui si invoca la tutela corrisponde a una scelta di valore dell'ordinamento, compiuta

⁶⁵ N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, ora in ID., *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 154 ss.

⁶⁶ In proposito, B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 35 ss.

⁶⁷ N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, in *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.Hart*, eds. P.M.S. Hacker, J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 205 ss.

⁶⁸ ID., *Rights in Legislation*, cit., p. 207.

⁶⁹ Sulla incertezza derivante dall'affidare a ogni singolo giudice la selezione degli interessi da tutelare, v., tra molti, A. PACE, *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 8.

attraverso una norma che ha lo scopo di proteggere quell'interesse. La seconda indicazione riguarda invece il versante della *differenziazione*: una posizione soggettiva può dirsi differenziata soltanto quando l'interesse individuale tutelato dalla norma è distinto da quello della collettività (o da una sua frazione) e, dunque, assume un rilievo autonomo rispetto al generico interesse alla legalità.

6. Le terzi parti di un rapporto

Quando emergono autonome posizioni di terzi, la dimensione bipolare classica è costretta ad aprirsi a una dimensione relazionale più ampia, in cui il terzo (qualificato e differenziato) diviene la terza parte di un rapporto amministrativo a più parti, in cui gli altri poli sono rappresentati dal destinatario e dall'amministrazione⁷⁰. Ne esce, in questo modo, valorizzata la naturale propensione del diritto amministrativo a produrre schemi multipolari: rispetto al diritto comune, sono, infatti, molto più numerose le ipotesi in cui l'esercizio del potere coinvolge soggetti diversi dal destinatario dell'atto.

Si pensi, per es., alla posizione degli investitori rispetto alla attività di vigilanza della Consob sul prospetto informativo presentato dagli intermediari. A differenza di quanto talora sostenuto⁷¹, il loro non può considerarsi un mero interesse di fatto a un corretto controllo sul funzionamento del mercato mobiliare. Applicando, infatti, i requisiti della qualificazione e della differenziazione, si evince che gli investitori hanno una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata al corretto esercizio, da parte della Consob, del suo potere/dovere di vigilanza⁷². La qualificazione si trova nell'art. 47 della Costituzione, che tutela il risparmio come valore fondante i rapporti economici. La differenziazione, invece, è ricavabile dal combinato disposto degli artt. 5 e 91 del Testo unico sulla finanza, che individuano tra i destinatari della vigilanza gli investitori⁷³, di modo che la loro differenziazione dalla generalità dei consociati sta nel raffronto tra i

⁷⁰ Il terzo che assume la titolarità di una determinata pretesa in un certo rapporto «non è più terzo», ma parte: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., p. 475.

⁷¹ In proposito, Cass., ss. uu., 29 marzo 1989, n. 153. In dottrina, cfr. M. CLARICH, *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/99*, in *Danno resp.*, 2002, p. 224; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, p. 245.

⁷² Per un approccio analogo, L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 765; Cass. civ., Sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132.

⁷³ L'art. 5 Tuf indica, fra le finalità della vigilanza, anche «la tutela degli investitori». L'art. 91 Tuf, poi, nel disciplinare i poteri della Consob, riconosce che essa «esercita i poteri previsti [...] avendo riguardo alla tutela degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali».

generici risparmiatori (questi sì, titolari di un interesse di fatto) e gli investitori attuali e concreti⁷⁴, ossia coloro che, facendo affidamento sulla corretta vigilanza della Autorità, hanno stipulato un contratto con l'intermediario. Nel momento in cui il terzo conclude un contratto con un intermediario, la sua posizione soggettiva (già qualificata) si perfeziona, differenziandosi da quella della generalità dei risparmiatori.

Sulla base di uno schema analogo è possibile ricostruire la posizione dei terzi rispetto agli atti amministrativi che conformano l'autonomia negoziale dei privati, come avviene nel settore dei giochi pubblici⁷⁵. In simili ipotesi, vi è un provvedimento amministrativo che plasma, limitandola, la libertà contrattuale privata: si tratta di un provvedimento immediatamente rivolto ai destinatari (es., ai concessionari), ma che produce effetti anche sui consumatori finali (perché la loro libertà contrattuale è naturalmente limitata, a monte, dalla decisione amministrativa, che fissa le condizioni di fruibilità della prestazione). I consumatori finali titolari di una posizione autonomamente azionabile si distinguono dalla generalità dei consociati, indirettamente interessata alla decisione pubblica, quando stipulano il contratto con il concessionario: soltanto le controparti negoziali hanno legittimazione a impugnare l'atto amministrativo conformativo, proprio in quanto titolari di una posizione soggettiva individualmente protetta⁷⁶.

Sia nel caso della Consob sia nel caso dei provvedimenti amministrativi conformativi, il criterio *astratto* di differenziazione della posizione dei terzi garantiti si trova nella norma, anche se la situazione soggettiva materialmente si perfeziona soltanto nel momento della stipula del contratto (perché è allora che il terzo *concretamente* si differenzia). Nel caso della Consob, sopra richiamato, la posizione soggettiva è materialmente identificabile (ossia, è possibile dare una identità al soggetto garantito) solo dopo che il potere/dovere di vigilanza è già stato speso, ma quella stessa posizione non è *indeterminabile* sino alla spendita del potere, perché è la legge che delinea nitidamente il criterio di differenziazione. La divergenza rispetto alla impostazione classica, che lega la nascita dell'interesse legittimo all'esercizio del potere, sta cioè in questo: mentre nella idea tradizionale si prescinde dalla indicazione normativa in favore di una differenziazione materiale/fattuale successiva all'adozione del provvedimento e rimessa interamente

⁷⁴ G. ROMAGNOLI, *La Consob e la sollecitazione all'investimento; esercizio di poteri ed obblighi verso gli investitori*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 748.

⁷⁵ Di recente, A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 109 ss.

⁷⁶ ID., *La regolazione amministrativa del contratto*, cit., p. 333.

alla sensibilità del giudice, nella prospettiva qui prescelta, la differenziazione materiale ha un substrato normativo: è la norma, infatti, che attribuisce a un fatto l'idoneità a differenziare una posizione soggettiva dagli interessi di mero fatto. Si tratta, d'altronde, di un modello di differenziazione che si realizza anche nel diritto civile: la controparte del contratto è esattamente individuabile solo al momento della stipula, ma è la legge a tracciare le condizioni in base alle quali ciò è possibile (azzerando, così, i margini di incertezza nella individuazione dei soggetti garantiti)⁷⁷.

Una seconda fattispecie multipolare tipica nel diritto amministrativo si ha in materia di gare pubbliche, dove la rilevanza della posizione del terzo è stata normalmente discussa con riferimento alla legittimazione del concorrente a impugnare il provvedimento di aggiudicazione⁷⁸. Ancora una volta, l'applicazione del duplice canone della qualificazione e della differenziazione aiuta a distinguere i concorrenti titolari di posizioni soggettive (qualificate e differenziate) dagli operatori di settore che hanno un mero interesse al corretto svolgimento del mercato. La qualificazione della posizione del concorrente tutelato può rintracciarsi già nell'art. 41 Cost., cioè nella libertà di iniziativa economica come conformata dalla legge e dal bando di gara. Lo stesso bando, d'altra parte, offre pure il criterio di differenziazione, dettando i requisiti (soggettivi e tecnici-professionali), sussistendo i quali il concorrente può legittimamente ambire alla aggiudicazione della gara⁷⁹.

Di conseguenza, per essere legittimati a impugnare l'altrui aggiudicazione è necessario, ma non sufficiente, aver partecipato alla gara, dovendosi altresì realizzare le condizioni richieste dal bando: se manca il «risultato utile»⁸⁰ (perché l'impresa non ha i requisiti e quindi non può ambire a ottenere l'aggiudicazione), quello che manca è proprio «l'interesse legittimo»⁸¹. A *fortiori* chi non abbia partecipato alla gara, non può vantare una posizione soggettiva e quindi non può

⁷⁷ Sul punto, P. RESCIGNO, (voce) *Obbligazioni (dir. priv.) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, p. 163.

⁷⁸ Sul tema, che ha dato vita alla problematica dei ricorsi escludenti incrociati, si sono susseguite pronunce nazionali ed europee: la descrizione dell'evoluzione giurisprudenziale e dello stato dell'arte può leggersi in L. 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 Pulgjenica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1202 ss.

⁷⁹ Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 15 maggio 2017, n. 5775.

⁸⁰ F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1128 ss.

⁸¹ ID., *Rilevanza condizionata dei vizi*, cit., pp. 1128 ss. Sul punto v. anche Corte Cost., sent. 22 novembre 2016 n. 245.

ritenersi legittimato a impugnare⁸²: l'estensione della legittimazione a chi non ha titolo per aggiudicarsi l'appalto avrebbe l'effetto di tutelare un bene (la concorrenza) che si appunta in modo indifferenziato su tutti gli operatori di settore (ma anche sui consumatori) e che, in quanto tale, deve ritenersi non azionabile⁸³.

L'utilità dei richiamati criteri di qualificazione e differenziazione può essere testata anche in riferimento a un altro banco di prova, rappresentato dall'ambigua formulazione contenuta nel nuovo comma 2 *bis* dell'art. 120 del Codice del processo⁸⁴. Tale disposizione stabilisce l'immediata impugnabilità dei provvedimenti di ammissione o di esclusione emanati all'esito dell'accertamento sulla sussistenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali dei partecipanti, al contempo precludendo la possibilità di contestazione successiva (in sede di impugnazione della aggiudicazione) di quelle stesse condizioni. Questa disposizione solleva una serie di interrogativi: quali soggetti sono legittimati a impugnare i provvedimenti di ammissione di concorrenti alla gara? E qual è la posizione che si fa valere in quel caso? Si tratta di un ritorno alla tutela della legalità oggettiva, qui posta a presidio del valore meta-individuale della concorrenza, o vi sono margini per declinare in termini soggettivi l'interesse in quel caso azionato?

La tesi al momento prevalente è che il nuovo giudizio determini uno scivolamento «verso il modello della giurisdizione di diritto oggettivo»⁸⁵. Secondo alcuni⁸⁶, quello scivolamento sarebbe apprezzabile innanzitutto sul versante della legittimazione: non essendo identificabili «situazioni soggettive di interesse protetto in posizione antagonista rispetto a chi è ammesso alla gara o contesta la propria esclusione dal concorso», la legittimazione sarebbe riconosciuta ai titolari di interessi di mero fatto, chiamati ad agire a protezione dell'«interesse pubblico oggettivo alla partecipazione dei soli concorrenti in possesso dei requisiti». Secondo altri⁸⁷, l'oggettivizzazione non riguarderebbe tanto la legittimazione a ricorrere (che resterebbe limitata ai soli partecipanti alla gara), ma concernerebbe

⁸² Si tratta di una soluzione condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria, ma che è stata recentemente riproposta dal giudice di primo grado in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (Tar Liguria, n. 263/2017).

⁸³ Una ricostruzione in termini oggettivi del rito in materia di appalti è offerta da A. BARTOLINI, *Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 936 s.; sul punto v. pure A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, cit., pp. 470 ss.

⁸⁴ Introdotto dall'art. 204, co.1, lett. b), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁸⁵ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, nota 8.

⁸⁶ R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, pp. 41 ss., cui vanno ascritte le citazioni che immediatamente seguono nel testo.

⁸⁷ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120*, cit., nota 8.

piuttosto l'interesse al ricorso, perché, non essendo terminata la procedura competitiva e assegnato il bene finale, i concorrenti non potrebbero lamentare alcuna lesione concreta e attuale della loro posizione individuale.

Tuttavia, applicando il duplice canone della qualificazione e della differenziazione, sembra possibile proporre una lettura sistematica della nuova disposizione, che consenta di individuare una posizione soggettiva individuale alla base del ricorso. La norma potrebbe, infatti, essere letta come riconoscimento di un rilievo autonomo all'interesse dell'impresa partecipante a concorrere per l'aggiudicazione unicamente con soggetti che, al pari di essa, si siano conformati ai requisiti richiesti dalla legge⁸⁸: la posizione soggettiva dipenderebbe dalla sussistenza delle condizioni per competere (requisiti soggettivi e tecnici previsti dal bando, nonché partecipazione alla gara), cosicché soltanto chi abbia i requisiti per concorrere (ossia, chi abbia sostenuto i costi necessari per adeguarsi a quei requisiti) potrebbe contestare l'ammissione altrui⁸⁹.

Questa lettura consentirebbe di evitare l'implicazione abnorme che discenderebbe, sul piano della legittimazione, dalla tesi della tutela oggettiva nelle due varianti sopra indicate. Mentre l'interesse oggettivo al rispetto della legalità, nella forma della puntuale applicazione dei requisiti di partecipazione alla gara, potrebbe essere fatto valere da tutti gli operatori del settore, la prospettiva soggettiva qui proposta avrebbe l'effetto di circoscrivere il novero dei soggetti legittimati e non vanificare la finalità deflattiva della disposizione in esame. Rispetto all'assetto precedente, infatti, non si avrebbe un allargamento delle maglie della legittimazione, perché a essere protetta dalla norma sarebbe soltanto la posizione di quanti abbiano diritto a concorrere in quanto *a)* partecipanti alla gara che siano anche *b)* in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando.

Nella prospettiva indicata, dunque, la previsione in esame non avrebbe l'effetto di inserire elementi oggettivi nel processo amministrativo, ma si limiterebbe a introdurre una fase preliminare nel giudizio sugli appalti, tesa a dare autonomo rilievo, sul piano giuridico e quindi processuale, all'interesse dei partecipanti a concorrere ad armi pari, nel senso sopra specificato: da un lato, le carenze formali (ossia l'assenza dei requisiti per concorrere) potranno essere contestati soltanto attraverso l'impugnazione dell'atto di esclusione o di ammissione;

⁸⁸ Sul punto, G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 9.

⁸⁹ Il problema della legittimazione del concorrente escluso a impugnare l'altrui ammissione è sottolineato da G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016.

dall'altro, l'aggiudicazione potrà essere impugnata unicamente per ragioni sostanziali, da chi vanti la lesione della propria *chance legale* di ottenere l'appalto, così da depotenziare «la tattica dei ricorsi incidentali strumentali»⁹⁰, a beneficio della stabilità all'aggiudicazione.

7. I tanti (indeterminati) “chiunque”

Come anticipato, l'indagine sulla qualificazione/differenziazione, per un verso, consente l'emersione di fattispecie multipolari e, per l'altro, mira a confinare nell'irrilevante giuridico alcune posizioni finora considerate sufficienti a legittimare l'azione processuale, perché prive dei requisiti sostanziali. Questo conferma l'effettiva selettività dei criteri di qualificazione e differenziazione sopra delineati: tutte le volte in cui una disciplina non prevede una norma “investitiva”, cioè una disposizione che qualifichi e differenzi la posizione del terzo, questi resta il “chiunque”, anche se più intensamente toccato, sul piano fattuale, dall'azione (o inazione) amministrativa⁹¹.

Sono da ritenersi non protette, anzitutto, le posizioni dei terzi non qualificate, oggi normalmente tutelate, come visto, facendo leva sul requisito della *vicinitas*. La prossimità a una determinata attività assentita dalla amministrazione può certamente determinare un impatto su un interesse semplice (perché può, per esempio, accentuare il disagio provocato da un aumento del traffico o dalla presenza di un maggior numero di concorrenti in un determinato mercato)⁹², ma

⁹⁰ Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855; Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059. Per questa ragione, la previsione della immediata impugnabilità degli atti di ammissione/esclusione è considerata applicabile solo quando «vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione»: Tar Puglia, 21 aprile 2017, n. 394.

⁹¹ Anche se simile interesse non è autonomamente tutelato dall'ordinamento, l'amministrazione può comunque tenerlo in considerazione in sede di esercizio del potere. Si pensi, per es., al diritto alla bella vista, che normalmente assume un peso importante nella ponderazione quando l'amministrazione rilascia un permesso a costruire in una zona di pregio paesaggistico, mentre non viene considerato (o è comunque recessivo rispetto ad altri valori) se la costruzione da autorizzare è sita in un quartiere periferico destinato a edilizia popolare. Ciò che rileva è che anche quando il “diritto al panorama” entra nella ponderazione, esso resta un interesse non qualificato, rispetto al quale la scelta pubblica di includerlo (o non includerlo) nel bilanciamento di interessi è rilevante soltanto nei limiti della responsabilità politica.

⁹² La posizione tradizionale è ben esemplificata da G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., p. 374, secondo cui il danno da cui il frontista può essere colpito a causa di una costruzione illegittima non rileva quale oggetto di una garanzia diretta (un diritto soggettivo), ma «come elemento di qualificazione della pretesa alla legittimità del provvedimento», con la conseguenza che il riconoscimento della azione di annullamento in capo al terzo non lo protegge direttamente dal pregiudizio che potrà derivargli ma tale ipotetico danno assurge a «elemento idoneo a costituire nel soggetto la pretesa alla legittimità del provvedimento, onde il terzo potrà denunciare i vizi di legittimità dell'atto, inerenti alla violazione di una norma di azione».

non può valere quale criterio di distinzione tra irrilevanza e rilevanza giuridica. Se il terzo non agisce a garanzia di una situazione protetta da una norma (per es. a tutela del diritto di proprietà o del diritto di esercitare la propria attività di impresa in assenza di intese tra concorrenti), questi non è legittimato a far valere la violazione della disciplina posta in essere dall' esercente: la vicinanza, cioè, non vale a rendere esigibile in processo il rispetto della legalità (oggettiva); la pubblica amministrazione non ha un obbligo puntuale nei suoi confronti, come non lo ha nei confronti degli abitanti in una certa zona, o degli operatori di settore⁹³. In tali casi, dunque, resta aperto il problema della adeguatezza ed efficacia degli altri strumenti di correzione dell'azione amministrativa *contra legem*, ma non si configura alcuna multipolarità: la norma amministrativa disciplina un rapporto giuridico bipolare tra autorità e destinatario dell'autorizzazione, rispetto al quale i terzi restano estranei⁹⁴.

Parimenti non azionabili sono gli interessi dei terzi qualificati, ma non differenziati, ipotesi che si realizza quando la legge individua un valore da tutelare, senza tuttavia dettare il criterio di differenziazione. Si pensi, per es., ai diritti fondamentali e, segnatamente, al diritto alla salute: riconoscendo a ciascuno questo diritto, la Costituzione (art. 32) non solo qualifica la posizione soggettiva corrispondente al bene salute, ma sembrerebbe anche dettare un criterio di differenziazione, ancorché così ampio da far coincidere il titolare con il "chiunque". Nondimeno, il diritto alla salute nei confronti della amministrazione non è tutelato in quanto tale: ne sono garantite specifiche pretese, che il legislatore, nel conformare la posizione di base, rende azionabili. Ne deriva che la differenziazione va accertata non con riferimento al diritto fondamentale (*ex se* non esigibile in processo), bensì con le singole pretese o facoltà (consistenti in diritti autonomamente azionabili) che l'ordinamento prevede a tutela di quello stesso valore di base. Il diritto alla salute (ma lo stesso vale per molti altri diritti fondamentali), in altri termini, è protetto non *ex se*, ma come diritto a una determinata prestazione sanitaria (interesse pretensivo, corrispondente a una libertà cd. positiva) e

⁹³ Come osservato in Tar Liguria, Sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1584, in *Foro amm.*, 2013, p. 3700, «l'interesse ad impedire l'esercizio dell'attività commerciale di operatori concorrenti non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, posto che la concorrenza, di per sé, non è fattore legittimante quando è invocata al fine di inibire l'esercizio della medesima attività ad altri operatori del settore».

⁹⁴ La creazione pretoria di pretese dei terzi che si ritengono "giuste" e la loro assimilazione a pretese "giuridiche" non può essere assecondata, non soltanto perché contrasta con esigenze certezza, ma anche perché esprime un grado di arbitrarietà contrario ai canoni dello Stato di diritto: A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 648. Su questi profili, in generale, M. LA TORRE, (voce) *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir.*, Ann., VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 686.

come diritto a non subire una interferenza illecita, che possa portare un pregiudizio alla salute stessa (interesse oppositivo, corrispondente a una libertà cd. negativa).

Nel caso di un interesse pretensivo, la differenziazione è relativamente semplice da accertare perché dipende dalla presentazione di una istanza in conformità alla disciplina di settore: il soggetto che richieda la prestazione non è un terzo, bensì il destinatario diretto dell'azione, che, in virtù di quella richiesta, instaura un rapporto (bipolare) con l'amministrazione.

Più problematico il caso dell'interesse oppositivo. La giurisprudenza tende a garantire quell'interesse facendo ricorso, ancora una volta, al criterio di differenziazione fattuale rappresentato dalla *vicinitas*. Così, si ritengono, per es., legittimati a impugnare un provvedimento di autorizzazione alla costruzione di un impianto pericoloso i residenti nel territorio interessato⁹⁵. Pure in questo caso, tuttavia, il criterio della *vicinitas* appare criticabile: stabilire la portata lesiva di una attività in relazione alla residenza rischia, infatti, di tutelare soggetti non realmente in pericolo, ovvero di lasciare sforniti di garanzia altri soggetti potenzialmente pregiudicati. Si pensi al caso del turista che patisca un pregiudizio dalle esalazioni nocive di un impianto pericoloso e che, però, non sia considerato legittimato perché non residente nella zona in cui è sito l'impianto.

Per dissipare l'incertezza, vi sono specifiche ipotesi in cui la legge delimita la cerchia dei soggetti da proteggere fondandosi su criteri spaziali (si pensi alla disciplina sulle distanze minime degli impianti dalle abitazioni private). Quando ciò non avviene, ci si chiede se possa essere il giudice a tracciare arbitrariamente il perimetro del pericolo (e quindi, del giuridicamente rilevante)⁹⁶; o se, invece, la via più corretta per differenziare, in simili casi, non sia quella del 'contatto materiale' tra il terzo e la *res* o l'attività (potenzialmente) dannosa.

Secondo un meccanismo di differenziazione analogo a quello che configura la responsabilità extracontrattuale, quando il "chiunque" subisce una illegittima interferenza nella propria sfera giuridica, questi si differenzia dalla generalità ed entra in rapporto con l'amministrazione⁹⁷. Si tratta di un rapporto che nasce da un fatto e non da un atto, ma che, ciò nondimeno, si fa giuridico⁹⁸ e legittima il terzo ad agire nei confronti della amministrazione per chiedere l'inibizione

⁹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2003, n. 1948; Tar Marche, Ancona, Sez. I, 6 marzo 2014, n. 291.

⁹⁶ Sulla difficoltà di circoscrivere l'area del pericolo in ipotesi simili, v. P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 374 ss.

⁹⁷ Per quest'ordine di idee cfr. L. FERRARA, *Profili problematici*, cit., p. 766.

⁹⁸ E. BETTI, (voce) *Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 5.

della attività illegittima. In questo caso, il criterio di differenziazione non si trova nella norma che attribuisce il potere, ma si ricava dallo schema normativo generale delineato dall'art. 2043 del c.c.: la differenziazione, in altri termini, ha anche qui un fondamento normativo, rappresentato dal principio del *neminem laedere*, che legittima il terzo a impugnare un provvedimento quando l'attività della amministrazione interferisca illegittimamente nella sua sfera di libertà.

Il contatto (o l'interferenza) di cui si parla, idoneo a differenziare e quindi a configurare posizione soggettive in capo a terzi, non deve necessariamente essere continuativo (come richiesto dalla giurisprudenza sulla *vicinitas*), ma può ben essere occasionale: il residente e il turista fruiscono potenzialmente della medesima garanzia, a patto che siano entrambi in grado di dimostrare l'effettiva interferenza nella loro posizione. Laddove, viceversa, il contatto non si verifichi e il terzo non si differenzi, la sua posizione soggettiva (in questo caso, il diritto alla salute), ancorché qualificata, resta non azionabile.

8. Due possibili obiezioni

L'obiettivo di queste pagine è stato duplice.

Nella prima parte, si è cercato di evidenziare i limiti della tradizionale ricostruzione della figura dei terzi nel diritto amministrativo, soprattutto sul versante della tutela loro accordata. La posizione dei terzi riflette le più risalenti concezioni dell'interesse legittimo, essendo protetta quale frazione indifferenziata dell'interesse alla legalità. Nell'accordare tutela ai terzi, prevale, soprattutto in giurisprudenza, un atteggiamento conservativo: si è soliti prescindere da una rigorosa indagine sulla qualificazione e differenziazione della loro situazione, al fine precipuo di ampliare l'accesso al processo e favorire il controllo giudiziario. Due sono gli effetti: sul versante teorico, la posizione dei terzi risulta ancora sprovvista di una dimensione soggettiva autonoma; sul piano applicativo, il processo porta i segni di una contraddittoria sopravvivenza di residui oggettivi in un quadro complessivo ormai orientato alla tutela dei diritti.

Nella seconda parte, si è, pertanto, tentato di recuperare la dimensione soggettiva della posizione del terzo, ricostruendola alla luce del duplice requisito della qualificazione e della differenziazione, come elaborato dalla teoria generale delle posizioni soggettive. Questa operazione ha consentito di tracciare, all'interno della generale categoria dei terzi, una nitida distinzione tra i titolari di posizioni giuridiche (qualificate e differenziate) e quanti, invece, hanno, al pari di ogni consociato, un mero interesse alla legalità della azione amministrativa. I

primi, “terze parti” di un rapporto amministrativo multipolare, dovrebbero godere di una tutela piena, tanto nel procedimento quanto nel processo: dovrebbero infatti essere destinatari della comunicazione di avvio, avere la legittimazione processuale, nonché ricevere la notifica del ricorso, in un processo iniziato da altri, indipendentemente dall’essere o meno individuati nell’atto, perché è la legge che immediatamente tutela la loro posizione. I secondi, invece, dovrebbero ritenersi portatori, al pari di “chiunque”, di un interesse di fatto, giuridicamente non rilevante, che può essere considerato dalla amministrazione in sede di ponderazione (perché a questa categoria di terzi è comunque consentita la partecipazione al procedimento), ma non ha la dignità per essere ammesso in processo.

La tesi qui esposta, e più ampiamente sviluppata in un precedente lavoro⁹⁹, può, d’altra parte, andare incontro ad almeno due prevedibili obiezioni.

La prima fa leva sulla sopravvivenza di tratti oggettivi nella giurisdizione amministrativa, anche in ragione di alcune spinte provenienti dal diritto europeo: ha senso insistere sul completo allineamento della giurisdizione amministrativa a un modello soggettivo di tutela quando anche il diritto europeo, in alcuni ambiti almeno, concorre a tenere in piedi un sindacato di tipo oggettivo?¹⁰⁰

Una replica possibile è la seguente. Se si ritiene che la legalità soggettiva sia finalizzata a dare all’individuo «tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire»¹⁰¹, la legalità oggettiva, che mira, invece, a ristabilire la regola violata¹⁰², talvolta (tutte le volte in cui il diritto non attribuisce al singolo una posizione soggettiva) può determinare una ipergaranzia. Probabilmente, nella maggior parte dei casi, legalità soggettiva e legalità oggettiva coincidono, ma, se si accetta l’idea che il processo amministrativo sia rivolto alla tutela di situazioni individuali, dovrebbe sempre riconoscersi priorità assiologica alla prima. Questo non significa disconoscere l’opportunità (e, prima ancora, la legittimità) di scelte legislative volte a introdurre specifiche ipotesi di legittimazione allargata in settori ritenuti particolarmente sensibili, come del resto talora richiede appunto il diritto europeo¹⁰³. Quando ciò avviene, l’obiettivo non è quello di riesumare lo schema dell’interesse occasionalmente protetto, ma di introdurre particolari ipotesi di legittimazione a ricorrere (per es., delle associazioni) in ambiti nei quali

⁹⁹ G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi*, cit., pp. 3 ss.

¹⁰⁰ Di recente, sui caratteri oggettivi del diritto processuale europeo, R. BARENTS, *Eu procedural law and effective legal protection*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1437 ss.

¹⁰¹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1923, p. 81.

¹⁰² F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 495 ss.

¹⁰³ Sulla convergenza tra sistemi (soggettivi e oggettivi) di giustizia, anche indotta dal diritto europeo, v. B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 74 ss.

può rivelarsi difficile per i terzi azionare una pretesa individuale¹⁰⁴, nonostante la rilevanza del bene in gioco¹⁰⁵. È proprio la delicatezza di tale scelta che induce a ritenere che essa debba essere riservata al legislatore, inserito, a differenza del giudice, nel circuito democratico e dunque unico legittimato a compiere le scelte di valore cui l'ordinamento deve uniformarsi. Ciò che conta, in questo quadro, è che tali ipotesi restino una eccezione, di stretto diritto positivo, condizionata all'esistenza di puntuali previsioni normative.

La seconda obiezione è collegata alla precedente e riflette le incertezze sulla funzione che s'intende attribuire al processo amministrativo. È del tutto legittimo chiedersi se la tesi qui sostenuta non determini un ridimensionamento della funzione garantista collegata al processo, dal momento che una ridefinizione dei presupposti di legittimazione attiva può ridurre le occasioni di controllo sul potere. E ciò può apparire problematico in un contesto segnato, per un verso, dalla moltiplicazione di fattispecie di liberalizzazione e semplificazione, nelle quali la ritrazione del potere pubblico accresce il bisogno di assicurare la legalità¹⁰⁶; per altro verso, dalla scarsa effettività che, ancora oggi, riesce a garantire il sistema dei controlli amministrativi¹⁰⁷ o quello della responsabilità dirigenziale¹⁰⁸.

D'altra parte, però, è altrettanto legittimo chiedersi se le ragioni di supplenza rispetto agli altri strumenti di *accountability* e di ripristino della legalità violata previsti dall'ordinamento siano sufficienti a tenere in vita una concezione oggettiva della giurisdizione. E, ancor prima, se quei motivi non determinino una

¹⁰⁴ Si pensi al settore della tutela ambientale, nel quale l'enunciazione delle posizioni soggettive è spesso impedita dalla mancanza di indici di differenziazione, posto che tutti possono vantare il diritto a vivere in un ambiente salubre ed è difficile l'enunciazione di posizioni autonomamente azionabili. Per es., nel caso *Trianel* (Corte giust., 12 maggio 2011, C-115/09), pur senza mettere in discussione i caratteri soggettivi del sistema processuale tedesco, il giudice europeo ha stabilito, sulla scorta della normativa europea in materia ambientale, che è necessario riconoscere in capo alle associazioni la legittimazione a ricorrere, in quanto l'esigenza di tutela si pone prima della (o a prescindere dalla) configurazione di diritti individuali. In proposito v. M.C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale tra Corte di giustizia e corti nazionali*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 104 ss.

¹⁰⁵ Questo spiega perché l'impatto oggettivizzante del diritto europeo si realizzi soprattutto in ordinamenti ispirati a modelli rigidamente soggettivistici, nei quali sono rintracciati dei veri e propri «limiti di legittimazione» (per questo concetto, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 520).

¹⁰⁶ Nelle fattispecie s.c.i.a., per es., si ritiene che i terzi rappresentino lo «strumento di effettività delle norme pubblicistiche», assumendo il ruolo di «principali controllori della disciplina normativa»: così, M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 352.

¹⁰⁷ Su cui, di recente, E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2015.

¹⁰⁸ In proposito, S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, spec. pp. 61 ss.

impropria commistione dei ruoli tra giudice e legislatore, oltre che una ridondante sovrapposizione tra strumenti di controllo diversi. Altresì legittimo è, infine, domandarsi se siano ancora sostenibili i costi legati alla pervasività di un controllo giurisdizionale orientato in senso oggettivo. Sotto questo profilo, sarebbe probabilmente utile una valutazione del problema della legittimazione che tenga conto sia degli apporti dell'analisi economica del diritto¹⁰⁹, sia dell'esperienza di altri ordinamenti, che leggono lo *standing* anche alla luce delle esigenze di economicità ed efficienza nel funzionamento della macchina giudiziaria¹¹⁰.

In definitiva, posto che la legalità è un bene prezioso, che ovviamente merita tutela, il punto è capire quale sia il miglior mezzo per assicurarla: può un processo di parti, costituzionalmente orientato alla tutela dei diritti, continuare a essere piegato a esigenze di garanzia della legalità oggettiva? Non si rischia, così, di assegnare al processo una missione impropria e distorsiva e di rimettere al giudice scelte di valore che spetterebbero al legislatore?

¹⁰⁹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 291 ss.

¹¹⁰ In proposito emblematica è l'esperienza statunitense, su cui v. K. A. COYLE, *Standing of Third Parties to Challenge Administrative Agency Actions*, in *California Law Review*, 1988, pp. 1061 ss.; L. SCHULTZ BRESSMAN, *Judicial Review of Agency Inaction: An Arbitrariness Approach*, in *New York University Law Review*, 2004, pp. 1657 ss.; nonché, da ultimo, J.P. COLE, *An Introduction to Judicial Review of Federal Agency Action*, in <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44699.pdf>, pp. 6 ss.