

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo – Dipartimento di Scienze giuridiche –
Sapienza Università di Roma

andrea.carbone@uniroma1.it

PIENEZZA DELLA TUTELA E MODELLI PROCESSUALI DIFFERENZIATI

EFFECTIVE JUDICIAL REVIEW AND SPECIAL MODELS OF TRIAL

SINTESI

L'evoluzione del processo amministrativo nel nostro ordinamento verso la sempre maggiore valorizzazione di una tipologia di tutela incentrata sulla soddisfazione della situazione giuridica dedotta in giudizio sembra aver portato, parallelamente, all'emergere di particolari modelli processuali differenziati. Modelli di matrice oggettiva, creati dal legislatore attraverso l'introduzione di un corpo normativo di deroga alle regole processuali ordinarie ovvero elaborati dalla giurisprudenza sulla base di specifiche disposizioni normative, i cui caratteri peculiari sono da ricercarsi, secondo quanto si espone nello scritto, nell'essere deputati alla protezione di un particolare interesse pubblico sensibile (ciò che giustifica deroghe al tradizionale modello di tutela di tipo soggettivo); nella presenza, in capo al giudice amministrativo, di poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli ordinari, poteri che possono essere più ampi sia sotto il profilo cognitorio che sotto quello decisorio; nel particolare declinarsi dalla legittimazione a ricorrere, che può ricomprendere situazioni giuridiche differenti da quelle tutelate dinanzi al g.a. o, comunque, ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*.

Il lavoro si propone di esaminare il rapporto di tali modelli differenziati con il sistema ordinario di giustizia amministrativa. Come viene spiegato, la *ratio* di tali modelli va ricercata nell'evoluzione della giurisdizione amministrativa verso la piena applicazione del canone soggettivistico. Il passaggio da un processo incentrato sulla legittimità dell'atto, ad un processo il cui oggetto è la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, può infatti lasciare scoperte esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l'effettività della tutela di detta situazione soggettiva. La predisposizione da parte del legislatore, o, laddove la si reputi ammissibile, l'affermazione in via giurisprudenziale, di modelli processuali differenziati, risponde allora all'esigenza di sopperire a quelle che potrebbero essere le "zone franche" lasciate dall'affermazione di un modello processuale in cui la situazione giuridica del ricorrente rappresenti il fulcro sul quale la tutela si viene a conformare, il termine, cioè, su cui misurare l'esigenza di protezione che il processo deve assicurare.

ABSTRACT

The development of the judicial procedure before administrative Courts towards the effective protection of subjective juridical positions, has led to the concurrent increasing of different special judicial models, which are based on an objective standard of review.

The paper suggests such special models provides a particular judicial control in order to avoid that a subjective standard of review could create areas in which judicial review is ineffective.

PAROLE CHIAVE: modelli processuali differenziati; processo amministrativo; pienezza della tutela.

KEYWORDS: special judicial models: procedure before administrative courts; effective judicial protection.

INDICE: 1. Modelli processuali e processo amministrativo – 2. Modelli processuali differenziati e deroghe al modello ordinario – 3. (segue) – 4. Modelli processuali differenziati e ruolo della legittimazione.

1. Modelli processuali e processo amministrativo.

La riflessione che si intende effettuare si inserisce nel più ampio dibattito concernente l'accesso e le modalità di tutela nelle controversie tra privati e Amministrazione davanti al giudice amministrativo. In particolare, si vuole esaminare in che modo il processo amministrativo risponde attualmente alle esigenze a tali profili collegate, ponendo attenzione alla struttura di una giurisdizione improntata alla tutela di situazioni giuridiche soggettive in relazione a quegli aspetti che da detta struttura paiono invece discostarsi.

Secondo una linea di pensiero comunemente accolta, infatti, la pienezza della tutela giurisdizionale si accompagna, sia sotto il profilo dell'accesso alla tutela, sia sotto quella delle garanzie delle posizioni a cui tale accesso è garantito, alla soggettivizzazione del modello di processuale di riferimento. Ed in effetti, una delle principali tendenze che ha caratterizzato l'evoluzione del processo amministrativo nel nostro ordinamento è stata appunto quella di una sempre maggiore apertura verso una tutela di tipo soggettivo, in relazione ad entrambe le componenti appena descritte. Da un lato, infatti, si è assistito al riconoscimento del rilievo giuridico, da parte del giudice amministrativo, di posizioni precedentemente non ritenute meritevoli di tutela. Dall'altro, la situazione del ricorrente è venuta a rappresentare, da mera occasione per l'attivazione del rimedio giurisdizionale quale era originariamente concepita, il fulcro del giudizio amministrativo, attraverso la ben nota evoluzione di quest'ultimo, culminata con l'adozione del Codice del processo amministrativo.

Ma, al di là di queste considerazioni, neppure può sfuggire un'altra e differente tendenza, che invece si sta sviluppando precipuamente in quest'ultimo

periodo. Si fa riferimento ad un particolare orientamento di tipo (per così dire) “neo-oggettivista” della giurisdizione amministrativa, che può riscontrarsi a fronte del particolare atteggiarsi dei poteri del giudice e delle regole processuali in taluni ambiti del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo.

Tendenza che, come si è già avuto modo più volte di spiegare¹, non sembra contrastare con la prima (e più tradizionale) linea evolutiva, quanto piuttosto svilupparsi parallelamente ad essa, in tal modo determinando quasi una scissione tra le funzioni (che si potrebbero definire) *ordinarie* del giudice amministrativo e i nuovi poteri ad esso attribuiti. Sembra assistersi, in altre parole, alla costruzione di particolari modelli processuali che si aggiungono al modello tradizionale di tipo soggettivo, e che si caratterizzano per talune diversità strutturali e per la loro funzionalizzazione — come si vedrà — alla tutela di concreti e determinati interessi pubblici.

Tali modelli, in altre parole, sono 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, può infatti lasciare scoperte esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l’effettività della tutela di detta situazione soggettiva. I modelli processuali differenziati avrebbero allora lo scopo di rispondere a tali ulteriori esigenze, affiancandosi al modello ordinario. Proprio in ragione del loro presentarsi come modelli processuali distinti, si aggiunge, possono svolgere un siffatto compito senza stravolgere la struttura del processo amministrativo improntato sulla tutela della situazione giuridica del soggetto; possono, cioè, conseguire lo scopo descritto senza dover necessariamente cercare di contemperare opposte esigenze, e senza quindi compromettere le differenti modalità di tutela che ad esse fanno riferimento.

2. Modelli processuali differenziati e deroghe al modello ordinario.

La distinzione in più tipologie processuali, invero, non è caratteristica nuova della giurisdizione amministrativa, che, come è noto, nella contrapposizione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione esclusiva ha ricostruito due diversi modelli di tutela; ciò almeno fino ai tempi più recenti, ché, nell’ultimo decennio, si è assistito ad una progressiva uniformazione degli strumenti pro-

¹ Cfr. 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. 423 ss.; ID., *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, pp. 43 ss., a cui si rimanda per una più compiuta analisi, in generale, dei modelli processuali differenziati.

cessuali in un unico modello di giurisdizione generale (e, si vorrebbe dire, piena) a cui le giurisdizioni speciali — esclusiva e di merito — aggiungono semplicemente elementi (cognitori e decisor) ulteriori, ma non ne stravolgono l'impianto di base².

La pluralità delle forme giurisdizionali sembra però riproporsi, come detto, attraverso la predisposizione di singoli modelli processuali, che, derogando a quello ordinario, si prestano ad una migliore garanzia di determinati interessi generali rispetto ad un sistema strutturato sulle posizioni soggettive delle parti.

Questi modelli possono essere espressamente creati dal legislatore, attraverso l'introduzione di un corpo normativo di deroga alle regole processuali ordinarie, ovvero possono essere elaborati da parte della giurisprudenza, sempre tuttavia sulla base di particolari disposizioni legislative che, almeno in parte, introducono elementi peculiari nella disciplina sostanziale o processuale di un determinato settore ove viene in gioco la tutela di specifici interessi sensibili.

Anche questa ulteriore tendenza potrebbe apparire, in realtà, non del tutto sconosciuta al processo amministrativo, che già alla fine del secolo scorso aveva visto proliferare una pluralità di riti speciali, successivamente razionalizzati nella disciplina dell'art. 23-*bis* della l. TAR, poi trasfusa nell'art. 119 c.p.a. Tuttavia, rispetto al fenomeno di cui si vuole dare riscontro, la specialità di questi ultimi risiede, piuttosto, nella peculiarità del rito, cioè delle forme e dei termini propri del giudizio; non vi è, invece, una deroga al modello ordinario intesa come deroga ad un modello processuale di tutela delle situazioni giuridiche soggettive che fronteggiano l'esercizio di un potere amministrativo.

Piuttosto, si può considerare ascrivibile alla tipologia di giudizi che qui si vuole delineare il contenzioso elettorale, ove l'ampia legittimazione derivante dalla natura popolare dell'azione, unita ai peculiari poteri decisor del giudice, diretta conseguenza della sua giurisdizione di merito, si coniuga con il particolare interesse sotteso a tale rito³.

È tuttavia nell'ultimo decennio che questi modelli hanno visto una vasta proliferazione, in relazione ad importanti settori sensibili del nostro ordinamento. Si possono considerare, in particolar modo, l'art. 21-*bis*, l. n. 287 del 10 ottobre 1990, inserito dall'art. 35, d.l. n. 201 del 6 dicembre 2011 (conv. in l. n.

² Cfr. ampiamente A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, loc. *ult. cit.*

³ Vi sarebbero, in altri termini, i tre requisiti necessari per qualificare il contenzioso elettorale come modello processuale differenziato nel senso da noi descritto: cfr. *infra* nel testo. Alla nostra impostazione in questo ambito, come detto già rappresentata in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, *cit.*, aderisce L. DONATO, *Ricorso elettorale tra interesse pubblico concreto e "meritevolezza" della tutela*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*, spec. p. 109.

214 del 22 dicembre 2011), che ha conferito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la legittimazione ad impugnare dinnanzi al giudice amministrativo gli atti adottati da altra Amministrazione in violazione della concorrenza e del mercato, previa emanazione di un parere motivato a cui la P.A. ha l'onere di conformarsi per evitare l'impugnazione⁴; la disciplina di cui al d.lgs. n. 198 del 20 dicembre 2009, che ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. *class action* amministrativa, attraverso la quale i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti possono agire in giudizio per chiedere il ripristino del «corretto svolgimento della funzione o [del]la corretta erogazione di un servizio» laddove non sia stato rispettato il termine previsto per l'adozione di un provvedimento di carattere generale ovvero siano stati violati gli standard economici e qualitativi previsti per i servizi pubblici e da ciò sia derivata una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi⁵; il contenzioso avente ad

⁴ In merito all'art. 21-bis, l. 287/1990, cfr., tra gli altri, M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990)*, in *Giustamm.it*, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, in *Federalismi.it*, 2011; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *ApertaContrada.it*, 2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2012; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 471 ss.; H. SIMONETTI, *L'art. 2-bis della Legge 287/1990 ed il potere di impugnazione dell'Agcm: è ancora il secolo della "giustizia nell'amministrazione"?*, in *Giustamm.it*, 2014; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013; B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 291 ss.; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2013, pp. 409 ss., spec. pp. 418 ss.; F.S. MARINI, *Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in *Giustamm.it*, 2014; C. BELLESINI, *L'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990 e la legittimazione ad agire nel processo amministrativo della Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Rass. Avv. St.*, 2016, pp. 239 ss.

⁵ Sull'azione di classe amministrativa o ricorso per l'efficienza, la letteratura è molto ampia: ci si limita a rimandare, oltre a quanto considerato in A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 287 ss., in particolare A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Giustamm.it*, 2009; M. CLARICH, *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in *Il Sole 24Ore*, 2009; F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2010; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in *Giustamm.it*, 2010; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 2010; G. BUZZI, *La Class Action nella P.A.*, in *AltaLex.it*, 2010; U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 246 ss.; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *Giustamm.it*, 2010; C.E.

oggetto i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in merito al quale gli artt. 121 e 122 c.p.a. conferiscono al giudice amministrativo, nel caso in cui sia richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e l'attribuzione del contratto, il potere di scelta — sulla base dei criteri stabiliti dalla legge — tra la dichiarazione di inefficacia del contratto (in via retroattiva ovvero *ex nunc*) e il risarcimento del danno per equivalente⁶, e al cui interno era stati inseriti, all'art. 120, co. 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a., uno speciale giudizio concernente l'impugnazione delle esclusioni e delle ammissioni⁷, abrogato tuttavia in un successivo intervento di modifica⁸.

Sul punto, si consideri che, in relazione alla prima delle ipotesi appena richiamate, l'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990 prevede che l'AGCM, laddove ritenga che un'autorità amministrativa abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, possa adottare un parere motivato, al quale l'Amministrazione intimata deve conformarsi, pena, in mancanza, la possibilità per l'Autorità di presentare ricorso al g.a. Più in particolare, la norma appena richiamata configura in capo all'AGCM una legittimazione ad agire in

GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, pp. 501 ss.; G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in *Lexitalia.it*, 2010; A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *www.apertacontrada.it*, 2010; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. A proposito di una "class action all'italiana"*, in *Giustamm.it*, 2010; D. ZONNO, *Class actio pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 2362 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Giustamm.it*, 2011; G. SORICELLI, *Considerazioni sulla class action amministrativa nell'amministrazione di risultato*, in *Giustamm.it*, 2011; S. GATTO COSTANTINO, *Azioni collettive ed organizzazione dei servizi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, Giappichelli, 2012; S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1519 ss.

⁶ Su cui sia consentito rimandare ad A. CARBONE, *Artt. 121-124 c.p.a.*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 1171 ss., ed ivi i relativi riferimenti.

⁷ Secondo la modifica che era intervenuta ad opera del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016). Cfr. A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici. Sull'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. e ancora sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente*, in *Giustamm.it*, 2017, ed ivi i relativi riferimenti.

⁸ L'art. 1, co. 22, d.l. n. 32 del 18 aprile 2019, conv. in l. n. 55 del 14 giugno 2019, ha abrogato i co. 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120, e le parti di disposizioni che vi facevano riferimento. Prima dell'abrogazione, TAR Piemonte, sez. I, n. 88 del 17 gennaio 2018 aveva rimesso alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela ostasse ad una normativa nazionale quale l'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., che prescrive l'immediata impugnazione, a pena di preclusione, dell'ammissione/mancata esclusione alla gara di un altro soggetto; ma Corte giust. UE, ord. n. 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, *Vaidocco*, aveva risposto in senso negativo, pur precisando che la decadenza era opponibile soltanto a condizione che i provvedimenti di ammissione fossero correlati da apposita motivazione. Analoga censura, sotto il profilo però della legittimità costituzionale, era stata sollevata da TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 903 del 20 giugno 2018.

giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi amministrazione, con riferimento alle violazioni delle regole poste a tutela della concorrenza e del mercato: per procedere all'impugnazione, il co. 2 della disposizione in esame prescrive che l'Autorità debba in primo luogo emettere un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate; se la pubblica Amministrazione intimata non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare il ricorso, entro i successivi trenta giorni. Proprio la configurazione di tale procedura complessa, oltre che la speciale legittimazione conferita all'Autorità, rappresenta una particolare modalità di differenziazione del modello processuale in esame⁹, come tale non riconducibile a quello ordinario¹⁰.

⁹ Invero, va sottolineato come il problema principale, in ordine alla norma appena richiamata, risieda nell'opzione interpretativa tra la considerazione unitaria della procedura in essa contemplata (tra la considerazione unitaria, cioè, del co. 1 dell'art. 21-*bis*, che conferisce la legittimazione, e il co. 2, che disciplina la procedura), e la configurazione di due procedure alternative, la prima diretta, di immediata impugnazione dell'atto lesivo della concorrenza, la seconda, invece, articolata nelle due fasi descritte. Sul punto, la dottrina maggioritaria (cfr., su tutti, M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito*, cit., p. 17; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale*, cit.; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza*, cit., pp. 418 ss.; R. FRASCIONE, *La fase precontenziosa come condizione di ammissibilità dell'azione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in *Giustamm.it*, 2013) e la giurisprudenza (*ex multis* Cons. St., n. 2246/2014, cit.; TAR Lazio, sez. III, n. 2720 del 15 marzo 2013; TAR Lazio, sez. II, n. 4451 del 6 maggio 2013; nonché, implicitamente, Corte cost., n. 20 del 14 febbraio 2013, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 465 ss., annotata da F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.) sono concordi nella lettura congiunta del primo e del secondo comma della norma in esame, per cui il parere deve considerarsi condizione necessaria per l'ammissibilità del ricorso; non sono tuttavia mancate, sul piano dottrinale, posizioni perplesse (non ritiene scontata tale soluzione R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, cit., § 7; secondo M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, cit., p. 2, sarebbe preferibile, al fine di ottenere una immediata pronuncia in sede cautelare, una lettura separata delle due disposizioni).

Sembra anche a noi che l'impostazione maggioritaria sia quella corretta, non tanto sulla base di argomenti letterali, quanto in ragione della *ratio* sottesa al modello in esame. Questo, infatti, si configura quale procedura complessa, di cui il momento giurisdizionale rappresenta solo una fase, e, nel suo insieme, costituisce uno degli strumenti attribuiti all'Autorità per il perseguimento del suo fine istituzionale, rispetto al quale centrale è il momento procedimentale e di interlocuzione con il soggetto interessato. Non risponderebbe a tale assetto, allora, la possibilità di escludere la procedura preliminare (quindi, nell'ottica delineata, una parte della procedura complessiva) per scegliere di esperire direttamente ricorso. Se ci si pone in questa prospettiva, ne consegue che l'AGCM, per procedere all'esperimento dell'azione giurisdizionale, deve necessariamente emettere un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate, e comunicarlo all'Amministrazione interessata. Cfr. ampiamente, per tutte gli aspetti in ordine a tale modello, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 43 ss., spec. pp. 51 ss.

¹⁰ Va evidenziato come il medesimo modello sia stato, nella sostanza, replicato da parte del legislatore con riferimento all'ANAC, a cui è stata attribuita la legittimazione ad impugnare gli atti che si pongano in violazione della normativa sui contratti pubblici (cfr. il d.l. n. 50 del 24 aprile 2017, conv. in l. n. 96 del 21 giugno 2017, che ha inserito all'art. 211 Cod. contr. pubbl. i

Per quanto concerne, invece, la c.d. *class action* amministrativa, essa è stata introdotta, come detto, dal d.lgs. n. 198/2009, che ha attribuito al giudice amministrativo il potere di condanna della P.A. all'emanazione di un atto che faccia venir meno l'inadempimento ad una funzione o ad un servizio che derivi «dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici»¹¹. Condizioni perché il ricorso possa essere proposto sono la previa diffida dell'Amministrazione ad adempiere, secondo le modalità previste dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 198/2009, e la circostanza che non vi sia un controllo amministrativo in atto avente ad oggetto l'accertamento delle stesse condotte. La legittimazione a ricorrere è attribuita ai singoli, alle associazioni o ai comitati che siano titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori; circostanza che ha portato a ritenere che la legittimazione sia disancorata da una situazione giuridica protetta di tipo tradizionale¹² e che il relativo giudizio sia da qualificare in termini di giurisdizione (almeno parzialmente) di tipo oggettivo¹³, assimilabile più ad una funzione amministrativa di controllo che non ad una funzione giurisdizionale¹⁴.

commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*). In questo caso, tuttavia, a differenza di quanto è accaduto per l'AGCM (cfr. subito *supra*, alla nota precedente) l'interpretazione è stata nel senso che la procedura complessa sia alternativa alla legittimazione diretta ad agire in giudizio. Nonostante la struttura simile all'art. 21-*bis*, co. 1 e 2, l. n. 287/1990, il regolamento di attuazione dei nuovi poteri dell'ANAC, del n. 572 del 13 giugno 2018, ha infatti valorizzato la distinzione tra le violazioni delle norme in materia di contratti, con riferimento ai «*contratti di rilevante impatto*», di cui al co. 1-*bis*, e le «*gravi violazioni del presente codice*», di cui al co. 1-*ter*, per prevedere, in relazione alle prime, un ricorso diretto (capo II del regolamento), e, in relazione alle seconde, un ricorso previo parere motivato (capo III del regolamento). Cfr. in proposito Cons. St., comm. spec., par. n. 1119 del 26 aprile 2018 sullo schema di regolamento, secondo cui non vi sarebbe alcun elemento, né letterale, né sistematico, per ammettere che le espressioni usate dal legislatore nel co. 1-*bis* e nel co. 1-*ter* dell'art. 211 siano quanto al loro effettivo contenuto identiche, non potendosi ritenere decisivo, al fine di ritenere che il potere di agire attribuito all'Autorità sia unico, il fatto che l'omologo potere accordato dall'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, sia unitario e preveda sempre il previo parere motivato.

¹¹ Così l'art. 1, d.lgs. n. 198/2009.

¹² In altri termini, gli interessi considerati dalla norma non dovrebbero ascrivere in ogni caso a situazioni giuridiche di interesse legittimo o di diritto soggettivo, potendo essere rappresentati anche da interessi semplici, cioè meri interessi di fatto, non oggetto di tutela diretta da parte dell'ordinamento: sul punto si veda F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, cit., p. 14, il quale ritiene che questa interpretazione non contrasti con la necessità di «una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi», di cui all'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 198/2009.

¹³ Secondo F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, p. 13, nel rito relativo alla *class action* amministrativa il sindacato del g.a. «non appare affatto calibrato sulla singola posizione soggettiva», giacché «il giudizio e l'azione non hanno qui lo scopo di attuare una peculiare situazione soggettiva sostanziale dandovi compiuta tutela». In altre parole (p. 15) «il giudice, risolta la questione della legittimazione, viene sostanzialmente a

In merito poi alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, il legislatore nazionale, sulla scia di quello comunitario, ha introdotto un giudizio caratterizzato dalla presenza di penetranti poteri discrezionali in capo al g.a., che consentono a quest'ultimo, se ragioni di pubblico interesse lo richiedono, di far rimanere efficace il contratto anche laddove l'aggiudicazione si riveli illegittima, disponendo, nel caso di violazioni gravi, sanzioni alternative¹⁵. Una ulteriore accentuazione del carattere di modello processuale differenziato di tale contenzioso si era poi avuta attraverso l'introduzione dei co. 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a., per cui si era previsto che il provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali andasse impugnato immediatamente, nel termine di trenta giorni, all'interno di un rito c.d. specialissimo, e che l'omessa impugnazione impedisse di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale¹⁶; tale normativa, tuttavia, come detto, è stata da ultimo abrogata.

3. (segue).

Se al termine di questa breve analisi si cercasse di individuare quali siano i caratteri che accomunano le fattispecie sin qui descritte, l'attenzione dovrebbe necessariamente soffermarsi su tre ordini di fattori. In primo luogo, come già avvertito, vi è in tutti i casi l'esigenza di tutela di un interesse pubblico sensibile, ritenuto meritevole di particolare protezione da parte dell'ordinamento; un interesse che, proprio alla luce delle sue caratteristiche, giustificerebbe un modello processuale differenziato e rivolto direttamente alla sua tutela, piuttosto che a quella della pretesa della parte.

*scollare la sua indagine dalla sfera individuale, per concentrarsi sull'oggettiva violazione del benchmark e comunque sull'effettiva situazione di inefficienza, oltretutto con una proiezione molto incisiva sugli interna corporis dell'amministrazione; una proiezione che, a ben vedere, è il frutto di un suo potere inquisitorio e che non si lega strettamente ai contenuti della domanda». Dello stesso avviso U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, cit., p. 249. Contra F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, cit., pp. 4-5; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie. A proposito di una "class action all'italiana"*, cit., pp. 21 ss., secondo cui la nuova normativa determina «l'emersione di quelli che un tempo erano considerati meri interessi di fatto».*

¹⁴ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*, cit., p. 23.

¹⁵ Si rimanda, nuovamente, ad A. CARBONE, *Artt. 121-124 c.p.a., loc. ult. cit.*

¹⁶ Sul punto, si rimanda ad A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato del contenzioso sugli appalti pubblici*, cit.

Inoltre, i modelli speciali sono caratterizzati dalla presenza, in capo al giudice amministrativo, di poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli ordinari ad esso conferiti: poteri che possono essere più ampi sia sotto il profilo cognitorio che sotto quello decisorio, come può riscontrarsi, ad es., nella disciplina di cui agli artt. 121-124 c.p.a. Da questo punto di vista, si deve rilevare come, in relazione alla legittimazione dell'Autorità Antitrust, è la particolare struttura in cui si articola la procedura, che come detto integra la fase procedimentale di emissione del parere a quella processuale dell'esperimento del ricorso, a rendere configurabile un modello processuale differenziato, andando oltre il mero rilievo della legittimazione¹⁷.

Infine, l'elemento di fondamentale rilievo che permette di sganciare il modello speciale da quello ordinario è dato dalla legittimazione a ricorrere, che ricomprende situazioni giuridiche differenti da quelle tutelate dinnanzi al g.a. o, comunque, ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*¹⁸.

Il riferimento alla presenza di queste caratteristiche non deve essere considerato quale mera sommatoria di elementi isolati fra loro. Al contrario, esse vanno a costituire un insieme unitario, e sono idonee ad influenzarsi l'un l'altra all'interno del singolo modello. Non è un caso che, nel terzo dei modelli considerati, quello cioè relativo al contenzioso sull'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto, ove regole processuali particolari sulle condizioni dell'azione non erano state disposte dalla legge, pur tuttavia il modello processuale, presentando caratteri che lo qualificano in senso oggettivo e un'esigenza di tutela di un particolare interesse pubblico, è risultato comunque subire un'influenza in ordine al requisito della legittimazione: di ciò vi è ampio riscontro nella *vexata quaestio* concernente l'ordine di esame dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti¹⁹, che aveva portato, prima del ripensamento del legislatore, all'introduzione del particolare contenzioso di cui all'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., di cui si è detto.

Ora, è indubbio che alcuni degli aspetti descritti ben potrebbero essere ricondotti, attraverso uno sforzo interpretativo, nei moduli ordinari di esercizio della giurisdizione amministrativa. Da questo punto di vista può anzi affermarsi

¹⁷ Cfr., oltre a quanto detto *supra*, al par. precedente, in nota, quanto più ampiamente affermato in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 43 ss., spec. pp. 51 ss.

¹⁸ In argomento, oltre all'analisi di P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 40 ss., si veda la compiuta distinzione proposta da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 341 ss.

¹⁹ Si rimanda nuovamente a quanto da noi considerato in *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, cit., e *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato*, cit.

che la tendenza maggioritaria, sia dottrinale sia soprattutto giurisprudenziale, è senza dubbio in questo senso.

Così, potrebbe ritenersi che gli artt. 121 e 122 c.p.a. non derogano alla normale funzione decisoria del giudice, ma semplicemente conferiscano al g.a. un potere analogo a quelli attribuiti al giudice civile, ad esempio, dalle norme di cui agli artt. 2058 o 844 cod. civ.²⁰. Analogamente, in relazione all'art. 21-*bis* della l. n. 287/1990, è stato affermato che la posizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti dell'Amministrazione che ha emanato l'atto potrebbe essere qualificata come interesse legittimo²¹. Ancora, il

²⁰ Per l'impostazione c.d. civilistica dei poteri di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. cfr., tra gli altri, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, p. 355; F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 887 ss. Sul punto si vedano anche i rilievi di M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Giustamm.it*, 2010, pp. 53 ss.; ID., *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, *ivi*, pp. 10 ss.

²¹ In questo senso la giurisprudenza è stata propensa nel ritenere che l'art. 21-*bis*, l. n. 287/1990, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo per la tutela di un interesse generale, delineerebbe invece un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali, qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad un'Autorità pubblica, secondo un percorso non differente di quello per cui gli interessi diffusi possono assumere una tutela differenziata e qualificata attraverso il riconoscimento di interessi collettivi in capo ad enti rispetto ad essi esponenziali (si veda in proposito TAR Lazio, sez. III, n. 2720 del 15 marzo 2013). In questo senso, dunque, la concorrenza rappresenterebbe un bene della vita, rispetto al quale sarebbe avvenuta una soggettivizzazione in capo all'Autorità Antitrust.

Dal canto suo, la dottrina si è divisa tra chi ha riconosciuto all'AGCM che agisce *ex art.* 21-*bis* la titolarità di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale e chi invece si è opposto ad una tale lettura. Nel primo senso M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM*, *cit.*, p. 8, secondo cui «l'Autorità antitrust (...) è per legge l'affidataria dell'interesse alla concorrenza, sicché è effettivamente portatrice di un interesse sostanziale protetto dall'ordinamento (nella specie, nella forma dell'interesse legittimo), che si soggettivizza in capo ad essa». Analogamente, ritiene R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, *cit.*, § 1.3, che rispetto al bene "concorrenza", di sicura giuridica rilevanza, è difficile individuare soggetti che si trovino in una posizione differenziata giustiziabile, ma la situazione non sarebbe diversa da quanto si verifica per gli interessi diffusi, i quali si trasformano in interessi collettivi di cui diventano titolari gli enti esponenziali del gruppo: l'unica peculiarità, in questo caso, è data dalla circostanza che la posizione differenziata è riconosciuta al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare il relativo bene. Più complessa la posizione di F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *cit.*, pp. 494 ss., secondo cui l'interesse legittimo di cui l'Autorità Antitrust è titolare sorgerebbe soltanto laddove l'Amministrazione destinataria del parere non si conformi ad esso (si presuppone, quindi, che la non conformazione sia l'oggetto del giudizio); l'interesse legittimo, in questa impostazione, avrebbe quindi la sua fonte nel potere di controllo conferito all'Autorità *ex art.* 21-*bis*, non nella circostanza che quest'ultima sia istituzionalmente preposta alla tutela della concorrenza (ciò che renderebbe appunto necessario il previo esperimento della procedura prevista dal co. 2 dell'art. 21-*bis*). Aderiscono alla prospettiva del riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva, in generale, anche F.S. MARINI, *Il ruolo istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *cit.*;

riconoscimento ai singoli utenti e consumatori della legittimazione a far valere un'azione per l'efficienza nei confronti della pubblica Amministrazione è stato visto dalla giurisprudenza e dalla dottrina quale concentrazione, in capo agli stessi, di un interesse che prima poteva configurarsi solo come diffuso e che ora, invece, può essere, attraverso l'esplicita estensione legislativa, riconosciuto nella titolarità di soggetti giuridici determinati²².

Proprio una siffatta tendenza riduzionistica si ritiene di dover contestare. Ciò, non solo e non tanto in quanto, in ordine ai singoli aspetti isolatamente considerati, appaia invero forzata la loro riconduzione alle forme proprie del

M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostantive, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, pp. 579 ss. Contrari a riconoscere all'AGCM una situazione giuridica soggettiva quale posizione legittimante al ricorso sono invece F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, cit.; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, cit., pp. 1026-1027; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM*, cit., p. 4; M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm*, cit., pp. 4-5; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza*, cit., p. 418.

Ora, non sembra a chi scrive che la considerazione di uno specifico interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa, nonostante la potenziale idoneità ad integrare, in sé, un bene della vita, possa configurare, in capo a detta autorità, la titolarità di una situazione giuridica soggettiva sostanziale, sulla cui esigenza di tutela, nella relazione con il soggetto che ne è appunto titolare, verrebbe ad incentrarsi il giudizio amministrativo. Si pone, in contrasto con una siffatta interpretazione, lo stesso ruolo dell'interesse in questione nel rapporto con l'Amministrazione alla cui cura è affidato, nonché le modalità con cui questo, secondo la disciplina di cui all'art. 21-bis, l. n. 287/1990, ampiamente esaminata, può trovare tutela. Sotto quest'ultimo profilo, non può non evidenziarsi, infatti, come la previsione di una procedura particolare per poter adire il giudice amministrativo — procedura che è destinata ad assumere rilievo all'interno dello stesso contenzioso — non sia compatibile con una soluzione volta a riconoscere in capo all'AGCM una situazione giuridica soggettiva sostanziale che esprima nell'oggetto del giudizio il suo bisogno di tutela. Se infatti l'Autorità fosse titolare di una situazione equipollente, seppur peculiare, rispetto a quella degli altri soggetti, non si vede perché allora dovrebbe considerarsi necessaria, ai fini dell'esperimento del rimedio giurisdizionale, la previa emanazione del parere ai sensi dell'art. 21-bis, co. 2, l. n. 287/1990 (secondo quanto la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare: cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM*, cit., p. 18). Sul punto, cfr. quanto più approfonditamente considerato in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., pp. 58 ss.

²² Cfr. TAR Lazio, sez. III-bis, n. 552 del 20 gennaio 2011 (confermata in appello da Cons. St., sez. VI, n. 3512 del 9 giugno 2011), con nota adesiva di C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo*, in *Giustamm.it*, 2011. Secondo il TAR «la posizione giuridica tutelata è correlata all'emanazione di un atto le cui caratteristiche sono declinate direttamente dal legislatore, è regolamentata l'azione in relazione a tutti i profili rilevanti, è disciplinato il conseguente processo. A ben vedere, inoltre, la previsione di legge non crea posizioni giuridiche nuove (non era esclusa dall'ordinamento la possibilità per le associazioni portatrici di interessi diffusi di agire per l'accertamento dell'obbligo di provvedere in relazione ad atti generali) ma le riconosce ai singoli, così elevando gli interessi diffusi ad interessi individualmente azionabili, a conclusione di un processo per certi versi opposto a quello, compiuto dalla giurisprudenza, che al fine di garantirne la tutela aveva perorato un processo di imputazione collettiva».

tradizionale giudizio amministrativo; quanto piuttosto perché, sotto un profilo più generale, il disconoscimento del fenomeno nella sua interezza non convince. Secondo quanto già considerato all'inizio della nostra trattazione, infatti, un tentativo di contemperamento tra la struttura del processo di matrice soggettiva e la garanzia di più generali interessi che dal paradigma soggettivistico necessariamente esulano, rischia di portare, da un lato, a disattendere entrambe le esigenze a cui le differenti modalità di tutela fanno riferimento; e, dall'altro, a compromettere lo stesso assetto complessivo del processo amministrativo, nel momento in cui si cerca di ricomprendere, all'interno del generale modello ad esso relativo, i singoli aspetti derogatori concernenti un particolare modello di contenzioso, e ci si trova così, conseguentemente, nella necessità di estendere tali deroghe a tutte le controversie che davanti al giudice amministrativo trovano svolgimento.

L'esempio del contenzioso relativo all'affidamento di contratti pubblici è sotto questo profilo paradigmatico. In ordine ad esso, infatti, una parte della giurisprudenza e della dottrina, come ben noto, avevano ritenuto che, nell'ipotesi in cui vi fossero soltanto due concorrenti in gara, ed entrambi avessero sollevato censure escludenti attraverso i rispettivi ricorsi esperiti in via principale e incidentale, le loro posizioni dovessero essere considerate equiorordinate, e si potesse procedere all'esame di entrambi i ricorsi in ragione della possibilità che, qualora fossero fondati, si dovesse ripetere la procedura²³. Quanto la Corte di giustizia dell'UE, invero in maniera non del tutto congruente rispetto alla propria giurisprudenza, ha portato tale impostazione alle sue naturali conseguenze, affermando che all'esame dei ricorsi si deve procedere a prescindere dal numero dei concorrenti in gara, e quindi a prescindere dalla eventualità che, all'esito di tale sindacato, si debba concretamente pervenire alla reindizione della procedura, è risultato palese che in tale modello processuale si va ad effettuare un sindacato sulla gara in sé, non incentrato sulle posizioni coinvolte. Il successivo tentativo, effettuato da parte della nostra giurisprudenza, di limitare la portata delle statuizioni della Corte di giustizia ai soli casi in cui, anche laddove vi siano più di due partecipanti alla gara, la fondatezza delle doglianze sollevate induca l'Amministrazione a ripetere la procedura in ragione delle particolari circostanze in concreto sussistenti (così rimanendosi in qualche modo legati alla situazione del soggetto attraverso un riferimento, pur tenue, ad un effettivo interesse a ricorrere), si è rivelato infruttuoso: la Corte ha stabilito

²³ Si veda, ancora, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere, cit.*, e ID., *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato, cit.*, ed *ivi* i relativi riferimenti.

che un siffatto requisito non deve reputarsi necessario per procedere all'esame nel merito di entrambi i ricorsi²⁴.

La logica in cui si muove la Corte di giustizia pare dunque portare alla configurazione di un modello processuale differenziato; del resto, se così non fosse, se, cioè, tali principi non fossero espressione di una particolare tipologia di contenzioso, quello sui contratti pubblici, non potrebbe escludersi la loro estensione alla generalità di controversie di cui conosce il giudice amministrativo.

Anche la sorte del rito di cui al co. 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a. si inserisce nella medesima prospettiva: da un lato il rito immediato sulle ammissioni si risolveva in un sindacato di stampo prettamente oggettivo, in quanto comportava la necessità di impugnare l'ammissione altrui senza che potesse conoscersene l'effettiva lesività, non essendo ancora intervenuta l'aggiudicazione; dall'altro, l'applicazione di tale rito speciale, e il tentativo di ricondurlo, almeno parzialmente, alle logiche proprie di un processo soggettivo, per tale via rapportandolo al rito "speciale semplice" sull'aggiudicazione, ha prodotto incongruenze pratiche di tale portata da consigliarne l'eliminazione²⁵, come poi effettivamente avvenuto.

L'andamento giurisprudenziale in merito all'ordine di esame dei ricorsi, e l'introduzione e la successiva repentina eliminazione del rito sulle ammissioni, sono rappresentazioni significative delle oscillazioni che si registrano in ordine ai modelli in esame. Non può dirsi, cioè, esservi una compiuta consapevolezza della presenza, nell'ambito del processo amministrativo, di istituti che, rispetto

²⁴ Da ultimo, infatti, Cons. St., ad. plen., n. 6 dell'11 maggio 2018 aveva rimesso alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se fosse possibile per il Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, qualora vi fossero ulteriori partecipanti alla gara oltre ai ricorrenti in via principale e incidentale; rendendo così armonica la tutela della posizione soggettiva considerata rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte, prova dell'interesse affermato e limiti soggettivi dell'accertamento giudiziale. Con sent. Corte giust. UE, 5 settembre 2019, in causa C-333/18, *Lombardi*, si è risposto nel senso che la ricevibilità del ricorso principale non può essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle di quella dell'offerente autore di detto ricorso siano anch'esse irregolari, né alla condizione che il suddetto offerente fornisca la prova del fatto che l'amministrazione aggiudicatrice sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento di appalto pubblico: l'esistenza in astratto di una possibilità siffatta deve essere considerata in proposito sufficiente, senza che possa essere invocata l'applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorso.

²⁵ Cfr. quanto detto in A. CARBONE, *L'accentuazione del ruolo di modello processuale differenziato*, *cit.*

alle regole proprie di tale processo, si pongano compiutamente in deroga, cosicché può facilmente assistersi alla tendenza ad una loro (forzata) riconduzione al modello processuale ordinario. Le conseguenze, però, della svalutazione della specialità del modello sconsigliano di procedere per ibridazioni: o si ritiene che si debba strutturare un modello differenziato, e allora se ne accettano fino in fondo le logiche, o tale esigenza si reputa insussistente in relazione ad un particolare contenzioso, e allora si ricade interamente nell'ordinario modello di matrice soggettiva.

4. Modelli processuali differenziati e ruolo della legittimazione.

L'analisi condotta nel paragrafo precedente permette di sostenere che se da un lato si assiste ad una sempre più marcata 'processualciviltà' della giustizia amministrativa, con la tendenza all'eliminazione anche delle ultime aporie che residuavano tra i due diversi ordini processuali, dall'altro ci si trova dinnanzi ad una sua funzionalizzazione alla tutela di interessi pubblici determinati attraverso l'elaborazione di specifici modelli processuali deputati allo scopo. Da quanto si è detto, infatti, emerge come questa tendenza all'oggettivizzazione della tutela non trovi il suo fondamento in una rinnovata valorizzazione dell'interesse alla mera legalità dell'azione amministrativa o comunque dell'interesse pubblico generalmente inteso: non si tratta, in altre parole, di un ritorno al passato, di una contrapposizione, cioè, tra due tendenze tra loro discordanti, quanto piuttosto di una linea evolutiva che corre in parallelo, senza sovrapporsi, a quella tradizionale.

Può essere utile, a questo punto, soffermarsi in ordine al rapporto tra la legittimazione a ricorrere e la situazione giuridica oggetto del giudizio: una riflessione sul carattere oggettivo della giurisdizione non può infatti prescindere dal suo legame con il requisito della legittimazione, atteso che quest'ultima si pone quale cerniera tra realtà sostanziale e processuale, permettendo la trasposizione in giudizio della controversia venuta in esistenza sul piano materiale.

Ora, va detto che se si segue l'ottica tradizionale propria del processo amministrativo impugnatorio, si dovrebbe ritenere che la legittimazione a ricorrere spetti non a chi affermi la titolarità della posizione giuridica soggettiva che si assume lesa, come avviene nel processo civile, ma a chi invece di detta situazione sia effettivamente titolare: in quel modello di processo, infatti, l'elemento che rimane sul piano dell'affermazione non è la titolarità dell'interesse legitti-

mo, ma l'illegittimità del provvedimento impugnato²⁶, giacché quest'ultima (o comunque la diversa situazione ad essa corrispondente) rappresenterebbe l'oggetto del giudizio²⁷.

Nel momento in cui, invece, si ritiene – come sembra necessario fare, perlomeno a seguito dell'adozione del Codice del processo amministrativo – che l'oggetto del processo debba essere rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva consistente nella pretesa sostanziale del soggetto in ordine ad una situazione giuridica di potere attribuita ad un altro soggetto²⁸, si deve conseguentemente riconoscere che è alla affermazione di detta situazione che deve rapportarsi la legittimazione, attenendo la sua effettiva sussistenza al merito della controversia²⁹. Ciò, peraltro, si aggiunge, non comporta una differente individuazione delle posizioni protette, ma implica soltanto che tale questione concerne non la legittimazione in quanto tale, ma la rilevanza in astratto della situazione meritevole di tutela.

La considerazione del processo amministrativo nei termini appena descritti consente di definire rispetto ad esso il concetto di modello processuale differenziato. Nella prospettiva rappresentata, infatti, il modello processuale ordinario di matrice soggettiva pone ad oggetto del processo l'accertamento della situazione giuridica del ricorrente e la tutela avverso la sua lesione; tutela che è conseguibile attraverso l'esperimento delle differenti azioni predisposte in tal senso dal Codice. Qualora, in relazione ad un determinato contenzioso, non è dato riscontrare una siffatta modalità esplicativa della giurisdizione amministrativa, 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 legittima-

²⁶ R. VILLATA, *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2.

²⁷ Cfr. in particolare l'impostazione in questo senso di S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, spec. pp. 59 ss., 122 ss. e 189 ss.

²⁸ Senza che in questa sede si possa entrare nel merito della questione, fondamentale, di come la situazione giuridica riferibile alla pretesa si venga in concreto a declinare nel suo rapporto con la discrezionalità amministrativa: differenti alternative sono state considerate in A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, Jovene, 2018, pp. 125 ss. (anche in *Dir. proc. amm.*, 2018, pp. 254 ss.).

²⁹ Cfr., con varie sfaccettature, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 626-627; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 606 ss.; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012, pp. 125 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 179 ss.

zione, o comunque di una particolare procedura complessa che deroghi sotto il profilo sostanziale a quella ordinaria, ci si sta discostando dal modello processuale ordinario e ci sta spostando verso un modello processuale differenziato³⁰.

In questo senso, può dirsi che la *ratio* di tali modelli vada ricercata proprio nell'evoluzione della giurisdizione amministrativa verso la piena applicazione del canone soggettivistico. Il passaggio da un processo incentrato sulla legittimità dell'atto, ad un processo il cui oggetto è la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, può infatti lasciare scoperte – si badi bene – esigenze *ulteriori* rispetto a quelle concernenti l'effettività della tutela di detta situazione soggettiva³¹. La predisposizione da parte del legislatore, o, laddove la si reputi ammissibile, l'affermazione in via giurisprudenziale, di modelli processuali differenziati, risponde allora all'esigenza di sopperire a quelle che potrebbero essere le “zone franche” lasciate dall'affermazione di un modello processuale in cui la situazione giuridica del ricorrente rappresenti il fulcro sul quale la tutela si viene a conformare, il termine, cioè, su cui misurare l'esigenza di protezione che il processo deve assicurare.

A tale scopo sono dunque predisposti i modelli processuali differenziati, che, per tale via, consentono il soddisfacimento delle esigenze di carattere generale, che esulano dal canone soggettivistico, senza andare ad intaccare l'assetto complessivo del processo amministrativo, ma limitandosi ad affiancare ad esso contenziosi particolari rispondenti a differenti modalità esplicative.

Non è questa la sede per approfondire le ulteriori problematiche che possono porsi in merito a tale particolare atteggiarsi delle funzioni del giudice amministrativo, tra cui in particolare quella concernente la loro compatibilità con il dettato costituzionale³². Piuttosto, va evidenziato come, a prescindere da

³⁰ Certamente, si deve aggiungere, in concreto può non essere sempre facile individuare quando ricorrano siffatte caratteristiche: la stessa normativa che disciplini un particolare contenzioso, lo si è visto, può essere oggetto di una pluralità di interpretazioni.

³¹ La questione del resto è risalente: si pensi solo al problema dei vizi formali e procedurali.

³² Va rilevato come i dubbi in ordine ad una legittimazione ad agire non correlata alla tutela di una situazione sostanziale corrispondente, sollevati da più parti, sembrano essere stati autorevolmente fugati da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire*, cit., pp. 374-375, a detta del quale nella Costituzione «il processo amministrativo (come il processo civile, del resto) è configurato come processo “di diritto soggettivo”. Ad assicurare la piena tutela delle situazioni individuali nei confronti dell'esercizio del potere, è intesa la protezione costituzionale, compiendo un percorso iniziato con la formazione dello Stato moderno, e di tale tipo di Stato fortemente caratterizzante (come è noto)». Ma ciò non significa che la giurisdizione, nell'assetto del sistema costituzionale, non possa assumere «altri caratteri, diversi da quelli di una giurisdizione di mero “diritto soggettivo”, deputata a risolvere controversie insorte a seguito della (presunta) lesione di interessi individuali; come quella deputata ad accertare la violazione del diritto oggettivo, su domanda di soggetti (pubblici, collettivi, privati) che rappresentano codeste violazioni, a tutela di interessi generali, di cui siano portatori. Casi, appunto, di legittimazione “oggettiva”. E in

tale questione, dovrebbe 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 in quest'ultimo 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.

altri casi, può essere deputata ad accertare violazioni del diritto oggettivo, anche a prescindere da specifiche domande di parte (casi, appunto, pur in certi limiti, di giurisdizione "oggettiva")».