

FILIPPO PATRONI GRIFFI  
Presidente del Consiglio di Stato  
*presidenza.cds@giustizia-amministrativa.it*

## **PROFILI DI FULL JURISDICTION: IL DIRITTO DI AZIONE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO**

### **ASPECTS OF THE FULL JURISDICTION: THE RIGHT TO CLAIM OR CAUSE OF ACTION BEFORE ADMINISTRATIVE JURISDICTION**

#### SINTESI

Il saggio ripercorre le trame costituzionali della giurisdizione amministrativa, quale giurisdizione soggettiva, per affrontare i temi dell'ampiezza della legittimazione ad agire, quello degli interessi diffusi e dei regimi giuridici speciali (contenzioso in materia di contratti pubblici e legittimazioni speciali in capo a pubbliche amministrazioni), fino a ricondurre la riflessione al tema della pienezza del controllo e nell'ambito dello spazio comune europeo.

#### ABSTRACT

The essay goes over the constitutional viewpoint of administrative jurisdiction, as subjective jurisdiction, to deal with the issues of the extent of the *locus stand- ing* before the administrative courts, that of the widespread interests and the special legal regimes (litigation regarding public contracts and special legitimations to act of public administrations) and brings the reflection back on the theme of fullness of the control and into the common European legal space.

PAROLE CHIAVE: diritto ad agire – giurisdizione amministrativa – natura soggettiva – Costituzione – spazio giuridico comune.

KEYWORDS: right to act - administrative jurisdiction - subjective nature - Constitution – European Union legal space.

INDICE: 1. Sulla natura e sull'evoluzione della giustizia amministrativa - 2. Natura soggettiva della giurisdizione amministrativa - 3. Interessi metaindividuali o collettivi - 4. Normative speciali - 5. Effettività e pienezza della tutela giurisdizionale - 6. Spazio giuridico comune.

### **1. Sulla natura e sull'evoluzione della giustizia amministrativa.**

Nello svolgere considerazioni in merito alla riflessione collettiva che trova posto in questa sezione monografica della Rivista – e che trae origine dalla discussione organizzata presso il TAR di Napoli, in data 17 giugno 2019, nell'ambito del quale il diritto di azione nel processo amministrativo è stato ap-

profonditamente analizzato in una prospettiva sovranazionale, comparata e interdisciplinare - vorrei soffermarmi, in primo luogo, sulla natura e sull'evoluzione della giustizia amministrativa.

Storicamente la giustizia amministrativa nasce come giurisdizione di tutela, per colmare un vuoto di tutela, assicurando protezione ad interessi, incisi dall'esercizio del pubblico potere, non adeguatamente garantiti dal sistema di giurisdizione unica, in quanto non esauribili nei (soli) diritti soggettivi.

Quando nel 1865 l'Italia optò per un sistema di giurisdizione unica, incentrato sulla presenza di un unico giudice chiamato a pronunciare sulle controversie tra cittadini e pubblica amministrazione, si intendeva assicurare una protezione completa ed effettiva del singolo nei confronti dell'azione amministrativa.

L'applicazione pratica di tale assetto normativo disvelò presto, tuttavia, le proprie criticità, in ragione della tendenza del giudice unico ad evitare un sindacato sull'esercizio del potere amministrativo.

Attraverso l'elaborazione della distinzione tra atti di gestione, posti in essere nell'esercizio di attività materiali o negoziali, e atti di imperio, implicanti l'esercizio del pubblico potere, si finì per sottrarre alla tutela giurisdizionale i provvedimenti autoritativi, ritenuti espressione di potere pubblico e, pertanto, in applicazione del principio di separazione dei poteri, per propria natura insindacabili in sede giurisdizionale.

L'esigenza di ampliare la tutela del singolo, portatore di interessi oppositivi o pretensivi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere – afferenti, spesso, a settori sensibili per la vita economica e sociali del tempo (si pensi alla materia dei concorsi pubblici o dei provvedimenti di polizia) – fu, quindi, alla base dell'istituzione della giustizia amministrativa, caratterizzandone, peraltro, l'evoluzione nel corso degli anni successivi, nel senso di una progressiva estensione dell'area di tutela giurisdizionale.

## **2. Natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.**

Tali brevi premesse consentono di evidenziare, pertanto, come il tema centrale delle indagini condotte sia rappresentato dalla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, da intendere, anziché come controllo di legittimità dell'azione amministrativa, come tutela di interessi e diritti lesi dall'esercizio illegittimo del pubblico potere; ricostruzione confermata dall'art. 24 Cost. nell'interpretazione data dalla Corte costituzionale con sentenza n. 204/2004.

Il giudice amministrativo opera, in particolare, come giudice della pubblica amministrazione quando agisce nell'esercizio del potere, configurandosi - in ultima analisi - come giudice ordinario del potere pubblico; attraverso il processo dinanzi ad un organo terzo e imparziale, equidistante dalle parti e dagli interessi dedotti in giudizio, si realizza pienamente il principio di parità delle parti, recuperandosi in sede processuale lo squilibrio esistente sul piano sostanziale nella relazione tra potere pubblico e interesse privato.

Riprendendo la frase di Roehrsen, secondo cui «*Noi siamo giudici amministrativi, ma prima amministrativi e poi giudici*» – ritengo che oggi il giudice sia più giudice che amministrazione: mentre un tempo il giudice era più amministrazione che giudice, perché maggiormente ampio risultava essere il potere dell'Amministrazione, oggi il giudice è più giudice che amministrazione, in ragione della completezza dei poteri (istruttori, cognitori, cautelari e di ottemperanza) di cui dispone, essenziali per assicurare una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive devolute alla sua cognizione.

Nell'attuale quadro ordinamentale assume rilievo determinante, dunque, la perimetrazione degli interessi tutelati dal giudice amministrativo, tenuto conto che il tema della legittimazione ad agire pone un problema di spazio di tutela giurisdizionale e, in particolare, di individuazione e selezione degli interessi deducibili in giudizio.

In ambito amministrativo sfuma, in particolare, la distinzione tra legittimazione al ricorso e riconoscimento delle situazioni tutelabili, determinandosi un'inversione dello schema di tutela tipico dell'ordinamento civile.

Mentre in ambito civile il diritto costituisce un antecedente riconosciuto da una norma di relazione, cui segue l'attribuzione di un apposito rimedio di tutela, nel giudizio amministrativo, attraverso l'estensione dell'area della legittimazione, si selezionano nuovi interessi suscettibili di protezione che, grazie all'intervento giurisprudenziale, acquistano la natura di posizioni sostanziali legittimanti al ricorso.

A prescindere dalla ricostruzione dogmatica della legittimazione ad agire quale prospettata titolarità di una situazione soggettiva lesa dall'azione autoritativa (opzione sviluppata dalla Prof.ssa Cudia) ovvero come accertata titolarità della relativa situazione giuridica (opzione illustrata dal Prof. Giliberti) - tesi che, se incidono sul dispositivo della sentenza da emettere in caso di negazione della legittimazione processuale (di inammissibilità, ove si intenda la legittimazione come questione processuale, o di infondatezza, ove si propenda per la ricostruzione in termini di questione sostanziale), non influiscono, tuttavia, sul contenuto sostanziale della decisione giudiziale – la legittimazione all'azione

pone, quindi, un problema di tutela, dovendo selezionarsi lo spazio di tutela riconoscibile in sede giurisdizionale.

Come nelle indicazioni che provengono dal Prof. Follieri, il tema centrale, pertanto, è - e resta - l'individuazione degli interessi tutelati e, quindi, la selezione delle situazioni soggettive tutelabili.

In particolare, anche alla stregua delle considerazioni svolte dal Prof. Giliberti, teso ad ampliare l'ambito di tutela al fine di garantire la libertà individuale dall'esercizio del potere pubblico, ritengo che sia corretto estendere la tutela giurisdizionale, ma a condizione che non si snaturi il giudizio, configurando un processo non più di parti: deve, infatti, sempre assicurarsi il collegamento diretto tra situazioni giuridiche soggettive attive e accesso al processo.

Le considerazioni svolte consentono, dunque, di non ritenere più predicabile la tesi dottrina, sviluppatasi nei primi anni del novecento, che intendeva l'interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto, tutelabile soltanto ove coincidente con l'interesse pubblico legittimamente perseguito dall'Amministrazione; trattavasi di elaborazione dogmatica che aveva riguardo essenzialmente alla finalità della norma, cioè alla necessità di tutelare l'interesse pubblico primario e soltanto mediatamente la situazione soggettiva azionata (alla stregua di quanto sembrava emergere anche nell'ordinamento spagnolo oggetto del saggio del Prof. Medina Alcoz). Tale ricostruzione non risulta più sostenibile nell'attuale assetto ordinamentale, risultando incompatibile con l'art. 24 Cost nella lettura fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004.

Per tali ragioni, sono contrario alla previsione di un organo di Procura da istituire presso il giudice amministrativo (posizione che mi accomuna alle opinioni espresse nel corso dell'incontro napoletano dal Pres. Veneziano), tenuto conto che l'attenzione verrebbe rivolta più al controllo e meno alla tutela.

Per quanto osservato, la giustizia amministrativa non garantisce l'interesse oggettivo alla legalità dell'azione amministrativa – di cui dovrebbe essere portatore un organo pubblico all'uopo da legittimare all'azione giudiziaria – bensì protegge il singolo dall'illegittimo esercizio dell'azione autoritativa e, pertanto, tutela situazioni giuridiche soggettive azionabili soltanto dai relativi titolari.

### **3. Interessi metaindividuali o collettivi.**

Tale concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa non deve, peraltro, essere ritenuta incompatibile con la tutela di interessi metaindividuali

o collettivi o ancora con le nuove forme di entificazione di interessi pubblici previste dall'ordinamento.

Ritengo, infatti, che la natura soggettiva di una situazione giuridica attiva non imponga di configurare l'interesse tutelato come interesse individuale di tipo "dominicale", assumendo consistenza di situazione soggettiva anche gli interessi imputabili alla collettività di riferimento e agli enti che la rappresentano.

La diacronicità del potere pubblico condiziona la morfologia degli interessi tutelati, il cui mutamento incide sull'area di legittimazione da riconoscere in sede giurisdizionale: tale area, in particolare, si amplia, venendo riconosciute come situazioni legittimanti al ricorso anche gli interessi procedurali, i diritti sociali, gli interessi collettivi o gli interessi pubblici entificati.

È chiaro che se cambiano gli interessi diventa diverso anche il modo di esserne titolari e, quindi, muta anche la legittimazione: l'area di legittimazione oggi si estende perché si amplia l'area degli interessi tutelati e muta la loro morfologia.

In particolare, è possibile fare riferimento agli interessi procedurali e ai diritti sociali.

Quanto ai primi, si è dibattuto in ordine alla necessaria coincidenza tra parti del procedimento e parti processuali (tema interessato altresì dalle considerazioni del Prof. Monteduro), discutendosi se debba sussistere un'integrazione tra i due piani, procedimentale e processuale (al fine di garantire a tutte le parti del procedimento di prendere parte altresì al giudizio) ovvero se debba sostenersi una differenziazione di ambiti (riconoscendo alla partecipazione procedimentale un'estensione soggettiva maggiore rispetto alla legittimazione processuale).

Al riguardo, ritengo che la partecipazione procedimentale abbia un'estensione superiore rispetto all'area della legittimazione processuale, tenuto conto che il procedimento costituisce luogo di ponderazione di interessi "aperto" alla partecipazione all'esercizio della funzione, con conseguente acquisizione – in funzione altresì collaborativa – anche di interessi non aventi necessariamente natura di situazione giuridica soggettiva.

Il processo, invece, implica una controversia tra parti, rappresentando il luogo di tutela della sfera giuridica individuale, con conseguente sua limitazione ai titolari delle contrapposte situazioni soggettive componenti il rapporto amministrativo dedotto in giudizio. Ciò, tuttavia, non significa che non ci debba essere un collegamento tra parte del procedimento - almeno le cosiddette parti necessarie - e parti del processo.

Con riferimento ai diritti sociali (tema approfondito dallo studio della Prof.ssa Acolella), si è in presenza di diritti a prestazioni amministrative, coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo in settori (quali quelli della salute, dell'istruzione e dei servizi sociali) essenziali per la tutela e lo sviluppo della persona umana: la loro emersione è avvenuta progressivamente, grazie anche all'elaborazione pretoria, che ha permesso di trasformare interessi (un tempo) di mero fatto in situazioni soggettive tutelate.

#### **4. Normative speciali.**

Una riflessione attorno alla legittimazione ad agire, ovviamente, interseca anche la questione delle disposizioni normative in materia di appalti, della legittimazione ad agire *ex lege* riconosciuta in capo all'ANAC e all'AGCM, degli interessi collettivi e delle forme di tutela del terzo non direttamente inciso dall'azione provvedimentale, facendosi riferimento alla possibilità di configurare nell'ambito della giustizia amministrativa fattispecie di giurisdizione oggettiva (tema affrontato altresì dal Prof. Leone).

Benché, talvolta, possa ritenersi che si sia in presenza di modelli processuali differenziati in ambiti in cui non emerge direttamente (ancora) un interesse soggettivo da tutelare -tematica al centro degli approfondimenti del Prof. Carbone sulla tutela di interessi pubblici attraverso l'elaborazione di specifici modelli processuali deputati allo scopo – la funzione assegnata alla giustizia amministrativa rimane pur sempre quella di tutela di interessi e diritti soggettivi.

4.1 Certamente non si assiste ad un'oggettivizzazione della tutela in presenza di interessi imputati in capo ad enti rappresentativi di collettività organizzate: in tali ipotesi l'interesse diffuso tra i consociati si trasforma in interesse collettivo, venendo ascritto ad un ente rappresentativo istituzionalmente deputato alla sua protezione; si è, pur sempre, in presenza di interessi differenziati, spettanti in capo a determinati soggetti di diritto.

I problemi sollevati da tale costruzione hanno, piuttosto, riguardato l'identificazione dei caratteri dell'ente esponenziale: la giurisprudenza, al fine di assicurare l'emersione di interessi qualificati e differenziati, tutelabili in giudizio, in particolare, ha ritenuto necessaria l'integrazione di tre requisiti, rispettivamente relativi alle finalità statutarie dell'ente, alla stabilità del suo assetto organizzativo, nonché alla c.d. *vicinitas* rispetto all'interesse sostanziale leso per effetto dell'azione amministrativa.

4.2 La natura soggettiva della giurisdizione amministrativa resta confermata anche con riferimento alle forme di azione collettiva conosciute dall'ordinamento amministrativo.

L'evoluzione più recente – mi riferisco all'art. 1 del d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 – ha, in particolare, portato il legislatore a superare, in alcuni ambiti, la necessità che sia un ente esponenziale a far valere posizioni soggettive dei singoli, potendo il singolo (appartenente ad una medesima comunità di utenti o consumatori) farsi portatore di interessi diffusi nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Il fondamento del nuovo istituto risiede, in particolare, nella necessità di introdurre uno strumento di stimolo all'efficienza che simuli le dinamiche concorrenziali di un mercato per definizione inesistente nel contesto dell'azione pubblica.

Anche in tale caso, tuttavia, si assiste ad una tutela di situazioni giuridiche soggettive incise dall'azione amministrativa, riferendosi il legislatore ai «*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*» che abbiano subito «*una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi*», in conseguenza di fattispecie tipizzate dal dato positivo (violazione di termini o 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, violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* ai sensi decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150).

4.3 Il tema del diritto di azione si pone, come è noto, nell'ambito specifico del contenzioso in materia di appalti pubblici, sotto i profili, molto delicati, della legittimazione all'azione e dei poteri giudiziali di dichiarazione di inefficacia del negozio contrattuale.

Preliminarmente, giova richiamare il dibattito svoltosi intorno ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, su cui è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. I vari indirizzi interpretativi sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza si fondano proprio sulla nozione di legittimazione e di interesse ad agire suscettibile di essere accolta nel nostro ordinamento.

In particolare, secondo un primo indirizzo, il diritto europeo non osterebbe ad una norma nazionale, volta ad impedire l'esame del ricorso principale

nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non possa ricavare, con assoluta certezza, alcuna utilità, neanche in via del tutto mediata e strumentale all'eventuale riedizione della procedura (interesse comunque configurabile anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, sempre che dal suo accertamento possa ragionevolmente derivare l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura).

Secondo altra impostazione, invece, alla stregua del diritto dell'Unione, l'esame congiunto dei ricorsi, principale e incidentale, sarebbe sempre necessario anche ove alla procedura prendessero parte altri concorrenti, le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione, e il giudice verificasse che i vizi prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate.

Il dibattito, pur incidendo sulla configurazione dell'interesse al ricorso, non mina, tuttavia, la funzione soggettiva della tutela giurisdizionale, essendo pur sempre il giudice chiamato a fornire protezione alla sfera giuridica della parte processuale asseritamente lesa dall'esercizio del pubblico potere.

Sempre in materia di appalti pubblici si è posto il problema dell'impugnazione immediata del bando di gara, ancora una volta con specifico riferimento alle condizioni dell'azione che devono sussistere per esperire l'impugnativa: il tema della legittimazione a ricorrere investe la possibilità di impugnare le clausole del bando anche da parte dell'operatore economico non partecipante (o legittimamente escluso) dalla gara; il tema dell'interesse a ricorrere influisce sulla determinazione del *dies a quo* a partire dal quale l'offerente debba proporre l'impugnazione.

L'Adunanza Plenaria con sentenza n. 4 del 2018, riaffermando la natura soggettiva del processo amministrativo, ha confermato l'impostazione tradizionale, segnatamente ribadendo che le clausole del bando di gara non rivestenti portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo, potendo, peraltro, essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Il dibattito odierno ha interessato, altresì, le disposizioni di cui agli artt. 120 e ss. c.p.a. riguardanti il potere giudiziale di dichiarazione dell'inefficacia del contratto che, pur implicando valutazioni, anche discrezionali, del giudice procedente (cfr. art. 122 c.p.a.), tendono comunque anche in tale ipotesi ad una completa ed effettiva tutela della posizione della parte ricorrente.

4.4 Altro ambito interessato dalle riflessioni che trovano spazio nella Rivista è rappresentato dalla legittimazione dell'ANAC e dell'AGCM, come delineata dall'art. 52-ter del decreto legge n. 50/2017 (conv. in L. 21 giugno 2017, n. 96), che ha attribuito all'ANAC una legittimazione processuale in materia di contratti pubblici, nonché dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990, che ha conferito una legittimazione all'Autorità Antitrust in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza.

Il sistema contempla anche altre ipotesi di ricorsi proposti da soggetti pubblici: a titolo esemplificativo, è possibile fare riferimento alla Banca d'Italia, legittimata ad impugnare talune delibere delle banche assunte in violazione dell'art. 24 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (in materia di sospensione del diritto di voto e degli altri diritti nonché di obbligo di alienazione), oppure al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, legittimato a ricorrere avverso gli statuti e i regolamenti delle università, ai sensi dell'art. 6 della L. 9 maggio 1989, n. 168. Nello stesso si pone la norma che attribuisce all'Autorità di regolazione dei trasporti un potere di ricorso al giudice amministrativo in materia di provvedimenti concernenti il rilascio di licenze taxi (Art. 37, comma 2, lett. n), D.L. 6 dicembre 2011, n. 201).

Il fondamento di tali norme è discusso.

Secondo una prima impostazione tali norme non sarebbero compatibili con i caratteri soggettivi della giurisdizione amministrativa, avendo introdotto un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, assegnando all'Autorità competente una legittimazione eccezionale, in quanto disancorata dalla protezione di una situazione giuridica soggettiva sostanziale (azione senza posizione soggettiva).

Secondo altra impostazione, si esclude che si tratti di un potere di azione nell'interesse generale al rispetto della legge, trattandosi di un'azione a tutela di una situazione giuridica differenziata e qualificata, facente capo *ex lege* all'AGCM e ANAC, con conseguente configurazione di una posizione sostanziale di interesse legittimo, nominato e tipico.

Secondo altro indirizzo, infine, si sarebbe in presenza di una fattispecie di sostituzione processuale e non di personificazione di interessi diffusi, venendo in rilievo un interesse alla concorrenza dei mercati suscettibile di essere tutelato (anche e in forza di apposita previsione legislativa) su iniziativa dell'Autorità competente in materia.

In ogni caso, sembra si sia in presenza di una versione moderna e ridotta della "entificazione" degli interessi, nel solco della concezione tradizionale della titolarità di interessi lesi dall'azione autoritativa; attribuendosi ad una data

autorità pubblica un interesse e, quindi, una legittimazione a farlo valere in giudizio.

4.5 La tutela del terzo costituisce altro tema studiato nell'ambito della legittimazione all'azione giudiziaria.

In particolare, sotto il profilo della legittimazione attiva, il "terzo" nel diritto amministrativo designa il soggetto il quale, pur estraneo alla relazione instaurata tra l'amministrazione ed il destinatario del provvedimento, è titolare di interessi presi in considerazione dalle norme regolatrici dell'altrui attività, risultando, pertanto, legittimato a chiedere tutela della propria sfera giuridica contro l'inosservanza delle norme medesime. Anche in tale ambito, l'elaborazione pretoria ha consentito di estendere l'area della legittimazione ad agire, offrendo, ad esempio, tutela al terzo che, in applicazione del criterio della *vicinitas*, in ragione della prossimità all'area di produzione degli effetti provvedimenti lesivi, dimostri di aver subito un danno o di poter subire un danno a causa dell'intervento, in ipotesi illegittimo, consentito dall'amministrazione.

Con particolare riferimento alla legittimazione passiva (interessata dalle riflessioni del Prof. Terracciano), ritengo necessario distinguere il piano (formale) della legittimazione da quello (sostanziale) del contraddittorio, influenzando il primo sulla individuazione dei soggetti destinatari della notifica della domanda giudiziaria, il secondo sulla perimetrazione soggettiva del rapporto litigioso.

Al riguardo, è possibile richiamare la giurisprudenza formatasi in materia di accesso ai documenti amministrativi, che ha evidenziato come l'onere di notificazione del ricorso ad almeno un controinteressato, a pena di inammissibilità dell'impugnazione, debba essere adempiuto con riferimento a quei soggetti già individuati dall'amministrazione, sul piano procedimentale, come destinatari della comunicazione ex art. 3 del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184; qualora, tuttavia, l'amministrazione non abbia individuato detti controinteressati, nonostante la loro effettiva esistenza in base alla natura del documento oggetto di istanza di accesso, sarà il giudice a dovere assicurare l'integrità del contraddittorio, ordinando la sua integrazione ex art. 49 c.p.a.

In tali ipotesi emerge, dunque, la distinzione tra legittimazione passiva all'azione giudiziaria e contraddittorio processuale, tenuto conto che il controinteressato (in relazione all'istanza di accesso documentale) non individuato dall'amministrazione non è legittimato ai fini della ricezione della notifica del ricorso a pena di sua inammissibilità, ma comunque, in quanto parte del rapporto sostanziale, deve essere intimato in sede giurisdizionale su ordine del giudice ai fini dell'integrità del relativo contraddittorio (altrimenti, configurandosi un terzo legittimato all'opposizione ex art. 108 c.p.a.); il che conferma co-

me la legittimazione rilevi sul piano formale, ai fini della notificazione del ricorso, mentre il contraddittorio rileva sul piano sostanziale, per l'identificazione delle parti del rapporto pubblico che saranno incise dal giudicato amministrativo.

4.6 Infine, non ritengo che il bilanciamento tra contrapposti interessi, esercitato nell'ambito del procedimento cautelare, possa essere valorizzato per sostenere la natura oggettiva della giurisdizione amministrativa: in tali ipotesi il giudice esercita una giurisdizione di merito, sempre ai fini di tutela di situazioni giuridiche soggettive azionate in giudizio.

## **5. Effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.**

I principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale impongono, altresì, di assicurare un sindacato che non si arresti all'atto, ma investa il rapporto sostanziale, permettendo al giudice di accertare i fatti di causa e di verificare se la valutazione sottesa alla decisione amministrativa impugnata sia la più attendibile tra quelle prospettate dalle parti.

L'accertamento, infatti, è il presupposto di ogni sentenza: una volta che si sia svolto l'accertamento, la sentenza può arrestarsi all'accertamento - se la parte è interessata ad una pronuncia di mero accertamento - ovvero può sfociare in una condanna o nella costituzione di situazioni giuridiche. In ogni caso, l'accertamento rappresenta il *proprium* della sentenza: la differenza tra tutela costitutiva o di condanna è, quindi, una differenza di rimedio successivo all'accertamento operato dal giudice.

Il diritto all'azione, peraltro, non pone più soltanto un problema di oggetto di tutela, ma anche (a monte) di accesso al giudice e (a valle) di limiti del sindacato giurisdizionale, con particolare riferimento al rapporto tra discrezionalità e merito.

Il giudice amministrativo, come accennato, è il giudice del pubblico potere, intervenendo ogniqualvolta vi sia intermediazione pubblica in funzione oppositiva o pretensiva e, dunque, in fattispecie in cui sussista la lesione di una sfera giuridica soggettiva ad opera di un potere pubblico.

Nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale il giudice è chiamato ad esercitare pienamente i propri poteri istruttori e cognitori, accedendo direttamente ai fatti di causa e sindacando le valutazioni tecniche dell'autorità pubblica, senza ingerirsi nel merito amministrativo (se non in casi eccezionali), ma comunque verificando che la decisione assunta dall'amministrazione sia la più attendibile tra quelle prospettate dalle parti in sede giurisdizionale.

Il principio del rimedio effettivo (frutto della convergenza, in tema di garanzie della tutela giudiziaria, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le previsioni della Carta costituzionale) ha reso infatti recessiva l'idea che la garanzia delle posizioni sostanziali possano restringersi al mero accesso a un giudice e a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di protezione di chi agisce.

L'affermarsi del principio di effettività, in definitiva, segna il passaggio dal principio di tipicità dell'azione, al principio di atipicità delle forme di tutela. Se l'effettività della tutela giurisdizionale è la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale, l'interesse legittimo necessita della predisposizione dei rimedi idonei a garantire il conseguimento dell'utilità "primaria" specificatamente oggetto dell'aspettativa riconosciuta dall'ordinamento.

La protezione dell'interesse legittimo e dei diritti soggettivi dinnanzi al giudice amministrativo può certamente dirsi effettiva, tra gli altri, sotto i seguenti aspetti:

- il c.p.a. prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, il quale riflette l'esigenza di una tutela conformata non alle situazioni giuridiche sostanziali, bensì al bisogno differenziato di tutela dell'interesse protetto, il cui grado e la cui intensità, come osservato, sono spesso definiti *ex post* dal giudice e non *ex ante*;

- per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il c.p.a. valorizza al massimo grado le potenzialità dell'azione di annullamento attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni (un tempo, in parte, riservate alla sede dell'ottemperanza) dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita;

- è oramai acclarata la possibilità per il giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del c.p.a. contiene un riferimento agli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento;

- al giudice della cognizione è stato attribuito il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi com-

presa la nomina di un commissario *ad acta* (art. 34 comma 1 lettera e), c.p.a.) consentendo di esplicitare *a priori*, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più *a posteriori*, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento;

- la giurisdizione è piena, nel senso che il giudice ha il potere di sindacare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall'autorità amministrativa.

Si delinea, dunque, un giudizio che, pur impedendo la sostituzione del giudice nell'esercizio della discrezionalità residuante in capo all'amministrazione, tende a garantire la pretesa sostanziale della parte ricorrente, mediante un giudizio di spettanza dell'utilità oggetto di intermediazione pubblica.

Sotto tale profilo, ritengo che l'effetto conformativo proprio del giudizio di annullamento non riveli alcuna connotazione oggettiva della giurisdizione amministrativa, non afferendo alla legittimazione e non riguardando nemmeno la concezione oggettiva o soggettiva della relativa giurisdizione.

In particolare, non ritengo che l'effetto conformativo ponga criticità (segnalate dal Prof. Leone), configurando una conseguenza della sentenza, attraverso la posizione della *regula iuris* da osservare non solo nel caso concreto (effetto conformativo interno, suscettibile di incidere sulla diacronicità del concreto esercizio del pubblico potere), ma anche in fattispecie consimili (effetto conformativo esterno sulle future manifestazioni del potere), a tutela delle situazioni giuridiche soggettive incise dall'azione amministrativa.

## **6. Spazio giuridico comune.**

Infine, ritengo di valorizzare l'essenzialità della costruzione - a livello sovranazionale - di uno standard di tutela uniforme per cittadini e imprese operanti in uno spazio giuridico comune.

Negli scritti che la Rivista presenta e nel corso della stessa discussione organizzata presso il Tar Napoli è stato dato ampio risalto -attraverso lo studio della legittimazione all'azione- ai modelli di tutela giurisdizionale affermatasi in ambito sovranazionale e in taluni ordinamenti stranieri.

In particolare, il tema della legittimazione all'azione è avvertito anche dal giudice dell'Unione (oggetto delle considerazioni del Prof. Tizzano) e dai giudici stranieri (con particolare riguardo al giudice francese e spagnolo, al centro delle riflessioni, rispettivamente, della Prof.ssa Ferrari-Breuer e del Prof. Medi-

na Alcoz), essendosi assicurata nel tempo una progressiva estensione dell'accesso del singolo alla sede giurisdizionale, nell'ambito di una maggiore protezione degli interessi incisi dall'azione amministrativa; anche negli ordinamenti anglosassoni (oggetto di studio del Prof. Ferrara) emerge il tema del *legal interest* condizionato dal tipo di *judicial review* concretamente affermatosi nelle aule giudiziarie.

In tale ambito, ritengo necessario non soltanto un dialogo tra giudici nazionali e giudice europeo, ma anche fra le stesse giurisdizioni nazionali, presupposto indispensabile per la circolazione di modelli giuridici (anche di tutela del singolo nei confronti dell'illegittimo esercizio del pubblico potere), funzionale alla creazione di una comune e condivisa cultura giudiziaria.

Questo è il motivo per cui io sono convinto che, nel prossimo biennio di presidenza italiana dell'Associazione dei Consigli di Stato d'Europa, sia fondamentale favorire quello che viene oggi chiamato il "dialogo orizzontale" fra le Corti dell'Europa.

Ciò facilita quel dialogo che Gino Gorla definiva "tra mondi comunicanti" e non "tra mondi separati", essenziale per costruire un modello omogeneo di sindacato sui pubblici poteri.

Se il modello di sindacato sui poteri pubblici è omogeneo, evidentemente e di conseguenza, diventa omogeneo lo standard di tutela e di protezione degli interessi dei cittadini in forma singola o associata.