

L'AMMINISTRAZIONE
NELL'ASSETTO COSTITUZIONALE
DEI POTERI PUBBLICI

Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli

Tomo I



G. Giappichelli Editore

L'AMMINISTRAZIONE
NELL'ASSETTO COSTITUZIONALE
DEI POTERI PUBBLICI

Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli

Tomo II



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3698-4 (*Due Tomi indivisibili*)

*Coordinato da Andrea Carbone
con la collaborazione di Emilia Pulcini ed Elisa Apostolo*

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università "Sapienza" di Roma.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

Sezione I

L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Relazioni alla Giornata di studi

PAOLO RIDOLA, <i>Apertura dei lavori</i>	3
SABINO CASSESE, <i>Nuovi territori del diritto amministrativo</i>	5
ROBERTO CAVALLO PERIN, <i>L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e l'avvento dell'intelligenza artificiale</i>	9
MARCELLO CLARICH, <i>Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990</i>	26
GUIDO CORSO, <i>Incertezza giuridica ed eccesso di legislazione</i>	34
MARCO D'ALBERTI, <i>Amministrazione pubblica, governo e amministrati nel quadro costituzionale</i>	47
GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Lo "statuto costituzionale dell'amministrazione" e il duplice volto del diritto europeo</i>	54
LEONARDO FERRARA, <i>Diritto soggettivo e interesse legittimo: una distinzione sfumata del tutto?</i>	83
ENRICO FOLLIERI, <i>Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione</i>	103
MARIO LIBERTINI, <i>Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico</i>	111
MASSIMO LUCIANI, <i>Vincenzo Cerulli Irelli, la Costituzione, l'amministrazione</i>	144

Giuridiche dell'Uni-

al 15% di ciascun volume/
t. 68, commi 4 e 5, della

merciale o comunque per
a autorizzazione rilasciata
orso di Porta Romana 108,

	<i>pag.</i>	
FABRIZIO MARINELLI, <i>Il paradigma della proprietà collettiva</i>	149	MAURIZIO CAFA <i>erariale. La fu</i>
BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, <i>Potere amministrativo ed efficacia del provvedimento amministrativo</i>	159	ANDREA CARBOI <i>ganizzazione,</i>
GIUSEPPE MORBIDELLI, <i>Sullo Statuto di Diritto pubblico dei beni immobili</i>	164	MARIO PILADE C
GIULIO NAPOLITANO, <i>Ritorno al Diritto privato? Ovvero dei sentieri interrotti dell'efficienza amministrativa</i>	174	SALVATORE CIM <i>giustizia conta</i>
ARISTIDE POLICE, <i>I poteri sanzionatori "di regolazione" delle autorità amministrative indipendenti tra legalità e giustiziabilità</i>	185	FABIO CINTIOLI, <i>del 25 marzo 2</i>
CESARE PINELLI, <i>Modelli di amministrazione e principi costituzionali</i>	199	INES CIOLLI, <i>Sto</i> <i>dei riti)</i>
MARGHERITA RAMAJOLI, <i>Gli accordi amministrativi ovvero della costruzione di una disciplina speciale</i>	204	GUIDO CLEMENT
MAURO RENNA, <i>Il problema della destinazione pubblica di beni "privati" (dalla monografia Proprietà pubblica e diritti collettivi allo schema di d.d.l. della Commissione Rodotà)</i>	220	CLAUDIO CONSO <i>giurisdizione e</i>
ALDO SANDULLI, <i>La grande "pubblicizzazione" tra Ottocento e Novecento</i>	228	MARIA DE BENEI
FRANCO GAETANO SCOCA, <i>Riflessioni agrodolci sul quadro attuale delle tutele giurisdizionali</i>	239	LUCA DE LUCIA, <i>nella crisi econ</i>
		GIAN CANDIDO I <i>a gestione com</i>
		GIOVANNA DE M.
		ALESSANDRO DI M <i>nizzazione tra</i>
		CARLO EMANUELI <i>bilità avanti la</i>
		MATTEO GNES, <i>L</i>
		ANGELO LALLI, <i>In</i>
		PAOLO LAZZARA, <i>sdizione: profili sos</i>
Sezione II		
Contributi		
UMBERTO ALLEGRETTI, <i>Alcune osservazioni su problemi e prospettive dell'Unione Europea</i>	257	
ANNAMARIA ANGIULI e VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI, <i>De-procedimentalizzazione dell'azione amministrativa e conferenza di servizi</i>	275	
FRANCESCO ASTONE, <i>Appunti per una ricostruzione sistematica nell'ottica del diritto pubblico degli effetti che derivano dagli stati d'urgenza e dall'emergenza sulla protezione delle situazioni giuridiche soggettive (avuto particolare riguardo ai fenomeni migratori ed alla cosiddetta amministrazione dell'emergenza)</i>	290	

pag.

pag.

149

MAURIZIO CAFAGNO, *Le procedure di evidenza pubblica e lo spettro del danno erariale. La fuga dalla discrezionalità*

303

159

ANDREA CARBONE, *Considerazioni su situazioni giuridiche procedurali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*

335

164

MARIO PILADE CHITI, *Achievements and Mutations in Public Law since 1989*

366

174

SALVATORE CIMINI, *I conti giudiziari e il giudizio di conto dopo il Codice di giustizia contabile: riflessioni critiche e spunti de iure condendo*

379

185

FABIO CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sui decreti legge n. 19 del 25 marzo 2020 e n. 33 del 16 maggio 2020)*

399

199

INES CIOLLI, *Storia degli anniversari dello Statuto e della Costituzione (storia dei riti)*

416

204

GUIDO CLEMENTE DI SAN LUCA, *Note in tema di conferenza di servizi*

447

220

CLAUDIO CONSOLO, *Le lesioni dei diritti della personalità in rete: conflitti di giurisdizione e diritto applicabile*

484

228

MARIA DE BENEDETTO, *Prime note su Stato, statistica e statisti*

496

239

LUCA DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*

515

257

GIAN CANDIDO DE MARTIN, *Il crescente rilievo pubblico dei domini collettivi a gestione comunitaria nell'ordinamento italiano*

551

275

GIOVANNA DE MINICO, *L'Amministrazione e la sfida dei Big Data*

573

ALESSANDRO DI MAJO, *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*

590

290

CARLO EMANUELE GALLO, *La trattazione della causa nel giudizio di responsabilità avanti la Corte dei Conti*

605

MATTEO GNES, *La solidarietà delle regole e le regole della solidarietà*

617

ANGELO LALLI, *Intelligenza artificiale e diritto*

624

PAOLO LAZZARA, *La legittimazione straordinaria tra amministrazione e giurisdizione: profili sostanziali e processuali*

649

ia del prov-

mobili

ri interrotti

à ammini-

i

struzione di

vati" (dalla
d.d.l. della

cento

delle tutele

tive dell'U-

dimentaliz-

ll'ottica del
e dall'emero-
o particola-
zione dell'e-

	<i>pag.</i>	
FABRIZIO LUCIANI, <i>Considerazioni sui rapporti tra invalidità dell'aggiudicazione ed efficacia del contratto pubblico</i>	675	MARIA CHIARA R <i>oggettiva nella</i>
BARBARA MARCHETTI, <i>La provincia del diritto amministrativo</i>	700	SALVATORE ALBE <i>amministrativi</i>
ALFONSO MASUCCI, <i>I référés d'urgence nel processo amministrativo francese. Primi lineamenti di un rimedio cautelare in tempo e contro il tempo</i>	718	ANNA ROMEO, <i>A una riflessione</i>
MARCO MAZZAMUTO, <i>Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara</i>	736	ORLANDO ROSELI
VITTORIO MINERVINI, <i>Interesse pubblico, concorrenza e concorsualità nella disciplina delle crisi bancarie</i>	759	FABIO SAIITA, <i>La giurisprudenza</i>
ALFREDO MOLITERNI, <i>Note minime in tema di complessità amministrativa</i>	810	ALDO SANDULLI, <i>zionali</i>
LAURA MOSCATI, <i>La codificazione napoleonica tra diritti proprietari e beni immateriali</i>	831	MARIA ALESSAND <i>processo</i>
ANGELO GIUSEPPE OROFINO, <i>La semplificazione digitale</i>	846	MARIO SANINO, <i>A</i>
NICCOLÒ PECCHIOLI, <i>Pianificazione urbanistica e disciplina dell'attività edilizia: la "nuova" e controversa nozione di ristrutturazione edilizia elaborata dal Comune di Firenze al vaglio della giustizia amministrativa</i>	872	DOMENICO SORA
LUCA RAFFAELLO PERFETTI, <i>Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli</i>	888	PAOLO STELLA R <i>proprietà</i>
PIER LUIGI PORTALURI, <i>Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio</i>	913	ALDO TRAVI, <i>La civile in alcuni</i>
PAOLO RIDOLA, <i>La Costituzione della Repubblica romana del 1849 nella "rivoluzione europea"</i>	932	PAOLO URBANI, <i>A 10-bis. Semplif</i>
ELEONORA RINALDI, <i>Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica: tra volontà di "fare giustizia" dei privilegi dei parlamentari, ingiustificate disparità di trattamento e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti</i>	950	FRANCO VALLOC <i>le attività com.</i>
RENATO ROLLI, <i>I "tentacoli" della criminalità organizzata nelle vicende amministrative degli enti locali</i>	979	STEFANO VINTI, <i>I della disciplina</i>

pag.		pag.	
iudicazio-	675	MARIA CHIARA ROMANO, <i>Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione Europea</i>	1004
o francese.	700	SALVATORE ALBERTO ROMANO, <i>La disciplina della competenza dei Tribunali amministrativi nel codice del processo amministrativo</i>	1043
zione uni-	718	ANNA ROMEO, <i>Amministrazione, democrazia e potere pubblico: premesse per una riflessione</i>	1057
à nella di-	736	ORLANDO ROSELLI, <i>Classe dirigente ed istituzioni</i>	1076
rativa	759	FABIO SAITTA, <i>La "correzione del tiro" nel processo amministrativo: oscillazioni giurisprudenziali in tema di emendatio e mutatio libelli</i>	1083
e beni im-	810	ALDO SANDULLI, <i>L'insostenibile leggerezza dell'autodichia degli organi costituzionali</i>	1117
ività edili-	831	MARIA ALESSANDRA SANDULLI, <i>Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo</i>	1154
elaborata	846	MARIO SANINO, <i>Aggiudicazione e contratto</i>	1176
abile. Ipo-	872	DOMENICO SORACE, <i>Semplificazione, telematica, digitalizzazione. Appunti</i>	1208
to privato	888	PAOLO STELLA RICHTER, <i>Conformazione del territorio e conformazione della proprietà</i>	1227
zo Cerulli	913	ALDO TRAVI, <i>La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della cassazione</i>	1234
verno del	932	PAOLO URBANI, <i>Art. 10. Semplificazioni e altre misure in materia edilizia. Art. 10-bis. Semplificazioni in materia di demolizione di opere abusive</i>	1252
ella "rivo-	950	FRANCO VALLOCCHIA, <i>Controllo del territorio cittadino attraverso l'accesso alle attività commerciali e alle risorse</i>	1262
i parados-	979	STEFANO VINTI, <i>L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici</i>	1282
parlamen-			
golamenti			
ide ammi-			

CRISI DELLA DISTINZIONE TRA GIURISDIZIONE SOGGETTIVA E OGGETTIVA NELLA PROSPETTIVA DELL'UNIONE EUROPEA

Maria Chiara Romano

SOMMARIO: 1. Le regole processuali degli Stati membri: uniformazione *vs.* comparazione. – 2. La comune matrice culturale dei sistemi di giustizia amministrativa, tra garanzia degli amministrati e autonomia dell'amministrazione. – 3. Particolarismo giuridico e accentrato istituzionale: i modelli della giustizia amministrativa in alcuni Stati dell'Europa. – 4. La componente "reattiva" della connotazione soggettiva della giurisdizione amministrativa nelle carte costituzionali del '900. La costituzionalizzazione della natura della giurisdizione amministrativa. – 5. Origini oggettive della tutela giurisdizionale europea; istituti e settori disciplinari più sensibili alla conformazione. – 6. Ambiguità nella disciplina europea della legittimazione. Presupposti processuali e natura del controllo giurisdizionale. – 7. La legittimazione ad agire in materia di appalti e le concezioni oggettivanti provenienti dall'ordinamento europeo. – 8. Ulteriori spunti nelle Adunanze del Consiglio di Stato in materia di appalti. – 9. La materia ambientale quale segnale di una possibile trasformazione del sistema tedesco della tutela giurisdizionale. – 10. Le ipotesi di legittimazione *ex lege* e il possibile superamento della distinzione tra giurisdizione di diritto soggettivo e di diritto oggettivo. – 11. Inquadramento sistematico delle forme di legittimazione oggettiva o derogatoria: la soluzione tedesca. – 12. Le regole probatorie tra modello soggettivo e modello oggettivo di giurisdizione. – 13. La funzione nomofilattica del rinvio pregiudiziale e il sacrificio delle preclusioni processuali imposte dagli ordinamenti nazionali. – 14. Verso un ridimensionamento della contrapposizione.

1. *Le regole processuali degli Stati membri: uniformazione vs. comparazione*

Dopo anni di relativo disinteresse, l'esigenza di prendere posizione sulla qualificazione della giurisdizione amministrativa – quale giurisdizione soggettiva o oggettiva – è riemersa con vigore nel dibattito innescato dal diritto amministrativo europeo e dai suoi effetti conformativi e propulsivi sugli ordinamenti degli Stati membri.

La configurazione del sistema della tutela giurisdizionale europea, come sistema complesso, formato dai giudici dell'Unione e dai giudici nazionali (quest'ultimi in

funzione di giudici comunitari di diritto comune), ha determinato un fisiologico processo di uniformazione delle regole processuali nazionali. Il Trattato di Lisbona ha ulteriormente incrementato il carattere decentrato, in senso orizzontale come in senso verticale, del sistema giurisdizionale europeo, stimolando ulteriormente la comune responsabilità delle Corti per la garanzia dei diritti europei, che cadono nelle loro rispettive competenze giurisdizionali. In questa prospettiva la dimensione multilivello e pluralistica dell'ordinamento amministrativo europeo (*Verwaltungsverbund*) trova un *pendant* concettuale nella c.d. "*Rechtssprechungsverbund*"¹, capace di evidenziare la necessità di coordinamento, coerenza e convergenza delle soluzioni giurisprudenziali e con essa anche l'urgenza di sviluppare ulteriormente la sensibilità dei c.d. "giuristi europei" per renderli capaci di interpretare i diritti dell'Unione e degli Stati membri ricorrendo a un comune strumentario giuridico². Emerge così in termini ancora più espliciti dall'art. 19, par. 2, del TUE la centralità del sistema della tutela giurisdizionale nel processo di integrazione europea e la necessità di una stringente cooperazione anche tra i giudici degli Stati membri (*Rechtsschutzverbund*)³.

I progressivi avvicinamenti degli ordinamenti processuali degli Stati membri restituiscono suggestioni significative se indagati nella prospettiva comparatistica, particolarmente fruttuosa per un duplice ordine di motivi: da un lato, tale prospettiva consente di misurare gli esiti delle differenti armonizzazioni a valle del processo di integrazione europea; dall'altro, offre strumenti analitici, in grado di distinguere a monte le interferenze reciproche e gli scambi biunivoci, in altri termini quella che potremmo chiamare la matrice sincretica del "diritto processuale europeo"⁴. Che la nozione di diritto processuale europeo non asseconi soltanto

¹ L'espressione "*Rechtssprechungsverbund*" si trova in H.W. RENGELING, M. KOTZUR, *Grundlagen europäischer Rechtskontrolle*, in H.W. RENGELING, A. MIDDEKE, M. GELLERMANN (a cura di), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, Monaco, 2014, 13, che evidenzia come successivamente al Trattato di Lisbona, soprattutto in applicazione dell'art. 19, par. 1, del TUE, qualificato come "*Verbundnorm*" per eccellenza, sia stata presa la decisione definitiva per la concezione del sistema della tutela giurisdizionale come sistema coordinato, decentrato, cooperativo e fondato sulla reciproca responsabilità delle Corti, dell'Unione e degli Stati membri.

² Sull'opportunità di sviluppare una scienza europea del diritto amministrativo, A. VON BOGDANDY, *Alla ricerca di basi comuni della cultura giuridico-amministrativa europea: un esercizio per funamboli provetti*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 9 ss.; recentemente, per un'analisi più ampia, A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2018.

³ L'elaborazione teorica della figura del *Verfassungsverbund* trova una sua corrispondenza in quella del *Rechtsschutzverbund*, con la quale successivamente al Trattato di Lisbona viene sottolineata la necessità per gli Stati membri, ossia per i suoi giudici, di operare in modo coerente, cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOßKUHLE (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, Monaco, 2012, 261 ss., spec. 271 ss.

⁴ Evocato nei lavori di N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011; riflessioni sul tema della configurabilità di un diritto processuale europeo anche in P. BIAVATI, *Le catego-*

un'aspirazione speculativa ma esprima un'esigenza di ordine concreto è testimoniato da lavori scientifici di carattere sistematico, che negli ultimi anni hanno contribuito a inquadrare la portata di un fenomeno non ancora sufficientemente indagato⁵.

La creazione di uno spazio giuridico europeo attraverso il livellamento delle regole processuali nazionali ha mostrato in termini esemplari il ruolo istruttivo e proficuo della comparazione, posto che il progressivo avvicinamento degli istituti giuridici, in particolare di quelli processuali, degli Stati membri non dovrebbe avvenire secondo una modalità "unilaterale" ma quale esito finale di un percorso di "apprendimento reciproco"⁶.

Il diritto amministrativo sostanziale e processuale europeo – come efficacemente rilevato da Eberhard Schmidt-Aßmann – si è alimentato della comparazione e contribuisce a stimolarla ulteriormente⁷; in altri termini, lo sviluppo del diritto amministrativo europeo non ha esaurito l'importanza del diritto amministrativo comparato, ma ne ha ulteriormente amplificato e rafforzato l'utilità scientifica. È in questo senso che le ricadute dell'europeizzazione del diritto amministrativo e in particolare le spinte alla convergenza delle discipline processuali nazionali – nonostante lo schermo dell'autonomia procedurale degli Stati membri⁸ – possono essere analizzate attraverso la lente della comparazione, evidenziando i fili delle reciproche interferenze non solo come un procedimento discendente, che dal livello sovranazionale condi-

rie del processo civile alla luce del diritto europeo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1323 ss., che lo riconduce a una molteplicità di fattori, tra i quali alcuni utilizzabili anche per il diritto processuale amministrativo, quali le relazioni tra le Corti sopranazionali e le Corti supreme dei singoli Stati, nonché alla "formazione di un embrione di diritto processuale europeo tramite i regolamenti procedurali dell'Unione, ai tentativi di armonizzazione fra le procedure nazionali, alla ricaduta delle pronunce delle corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo"; cfr. H.W. RENGELING, M. KOTZUR, *Grundlagen europäischer Rechtskontrolle*, cit., 17 ss.

⁵ A titolo esemplificativo si rinvia ad alcuni tra i lavori sistematici che muovono dall'idea dell'esistenza o della progressiva formazione di un insieme di regole processuali comuni europee, che si fondano sull'interazione e sul condizionamento degli ordinamenti processuali nazionali: P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2015, 14, dove viene evidenziato il ruolo creativo affidato alla Corte di giustizia, che ha svolto un ruolo di completamento in un sistema giurisdizionale non completo; N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit.; H.W. RENGELING, A. MIDDEKE, M. GELLERMANN (a cura di), *Handbuch des Rechtsschutzes*, cit., *passim*.

⁶ La valorizzazione della prospettiva comparatistica è stata ripresa in uno scritto recente: E. SCHMIDT-ASSMANN, *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2018, 808, dove l'Autore evidenzia il favore con il quale la scienza del diritto amministrativo ha tradizionalmente guardato all'importazione di istituti giuridici da altri ordinamenti, e quanto questa collaborazione fornisca linfa vitale all'evoluzione del diritto amministrativo.

⁷ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Zum Standort der Rechtsvergleichung*, cit., 839.

⁸ Tra gli scritti sul tema dell'autonomia procedurale, G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1 ss.

ziona gli ordinamenti nazionali, ma anche e soprattutto come un procedimento ascendente, che a livello europeo codifica e sintetizza tradizioni processuali degli Stati membri⁹.

La prospettiva di diritto comparato, e in particolare la considerazione della disciplina processuale specifica di alcuni degli ordinamenti dell'Unione, risulta estremamente proficua perché aiuta a comprendere come anche l'evoluzione del diritto amministrativo europeo, e delle sue regole, presenti un legame simbiotico con le trasformazioni, endogene ed esogene, del suo sindacato giurisdizionale. Ciò in modo analogo a quanto è stato osservato con riguardo soprattutto all'esperienza francese, ma anche a quella del nostro ordinamento, dove si rinviene una sovrapposizione tendenziale tra perimetro disciplinare del diritto amministrativo e oggetto e natura della giurisdizione amministrativa, collocandosi piano sostanziale e piano processuale in una comune dimensione di specialità.

Ci si interroga, allora, in una prospettiva diacronica, se e in quale misura la specialità della giurisdizione amministrativa, con particolare riferimento alla nostra esperienza nazionale, abbia costituito una reazione fisiologica alla conquistata autonomia disciplinare del diritto amministrativo, e se abbia o meno contribuito ad accentuarne le inevitabili relazioni asimmetriche¹⁰.

Passando al piano europeo, il progressivo emergere di regole relative alla c.d. "amministrazione diretta" dell'Unione – partecipazione, motivazione, presupposti e condizioni del suo sindacato – si è sviluppato grazie all'impulso della giurisprudenza della Corte di giustizia, così come sollecitata dalle garanzie imposte dal rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 47)¹¹. Impulsi attraverso i quali si è tentato, dapprima timidamente e poi con più evidente convinzione, di introdurre le garanzie tipiche di una giurisdizione di diritto soggettivo in un contesto inizialmente improntato a una venatura spiccatamente oggettiva¹².

⁹ Il diverso percorso discendente e ascendente, che ha progressivamente condotto all'applicazione, ad esempio, di principi comuni negli ordinamenti nazionali quale conseguenza del primato del diritto comunitario, consente di recuperare la loro specifica matrice nei singoli ordinamenti degli Stati membri.

¹⁰ Per l'esame, in una prospettiva storica, della formazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987.

¹¹ Il carattere aperto e flessibile delle disposizioni dello Statuto della Corte di giustizia e dei regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale, capace di adattarsi ai diversi ordinamenti processuali degli Stati membri, viene integrato con le garanzie previste nella Carta dei diritti fondamentali della UE e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché dai principi generali degli ordinamenti nazionali: J. NEUMANN, *Das Gerichtsverfahren vor dem EuGH*, in H.W. RENGELING, A. MIDDEKE, M. GELLERMANN (a cura di), *Handbuch des Rechtsschutzes*, cit., 393 ss.

¹² Su tale profilo, in termini generali, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., 14, che muovendo dal ruolo più spiccatamente sovranazionale attribuito alla Corte di giustizia, rispetto alle altre istituzioni europee, afferma: "Da un punto di vista sistematico, questa peculiare funzione della giurisdizione europea condiziona sotto molti aspetti l'interpretazione delle norme processuali. L'enunciazione del diritto dell'Unione è il compito primo ed essenziale dei giudici di Lussemburgo e tale com-

L'inscindibile nesso tra effettiva attuazione dell'ordinamento giuridico europeo e controllo giurisdizionale è oggi un dato acquisito. Nella ormai storica sentenza della Corte di giustizia Van Gend en Loos del 1963 è emerso in termini espliciti come al ricorso giurisdizionale dei singoli vada attribuita una funzione centrale per l'effettiva applicazione del diritto europeo. La dottrina tedesca ha ben assimilato questa fondamentale rilevanza che la cosiddetta "mobilitazione dei cittadini" svolge per l'enforcement del diritto europeo; rilevanza che ha portato a coniare la categoria dei c.d. "diritti soggettivi procuratori"¹³, capaci di contaminare la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa tedesca, e di innescare ulteriori riflessioni nella direzione di una sdrammatizzazione della secca alternativa tra giurisdizione di diritto soggettivo e di diritto oggettivo.

Nel menzionato passaggio giurisprudenziale, estremamente significativo per l'edificazione della allora Comunità economica europea nei termini di una Comunità di diritto, già si ritrovano le coordinate per il successivo dibattito sulla natura della giurisdizione europea, sin da subito costruita in chiave di stretta funzionalità e strumentalità rispetto al primato e all'effetto diretto delle norme comunitarie.

2. La comune matrice culturale dei sistemi di giustizia amministrativa, tra garanzia degli amministrati e autonomia dell'amministrazione

Nel nostro ordinamento, il tema classico circa la qualificazione della giurisdizione amministrativa quale "giurisdizione di diritto soggettivo o di diritto oggettivo" affonda le sue radici concettuali nella vicenda di formazione del nostro sistema di giustizia amministrativa, sorto dall'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo con l'intento precipuo di interrompere ogni relazione di continuità con un sindacato interno all'amministrazione e preordinato a un mero controllo di legalità dell'atto amministrativo, ancora sorretto da una latente presunzione di legittimità¹⁴.

pito viene prima (pur ovviamente non escludendoli) di quello di comporre le controversie, di reintegrare le posizioni soggettive lese, di accertare la verità materiale dei fatti".

¹³ Il concetto di diritto soggettivo procuratorio è stato indagato nella prospettiva del diritto europeo da J. MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht*, Berlino, 1997, 175 ss. e 218 ss.; ID., *Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, A. VOß-KUHLE (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, cit., 437 ss., spec. 499; E. SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Tübinga, 2013, 110 ss.; A.K. MANGOLD, R. WAHL, *Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept*, in *Die Verwaltung*, 2015, 1 ss. ma spec. 4 ss.

¹⁴ Stabilisce una concordanza tra principio inquisitorio e presunzione di legittimità dell'atto amministrativo F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 104 ss.

Alla fine dell'Ottocento si viene a creare una particolare congiuntura e fioritura giuridica che, parallelamente alla nascita degli Stati nazionali e al progressivo rafforzamento della superiorità istituzionale del Parlamento, cerca di stabilire un binomio indissolubile tra principio di legalità e azionabilità delle posizioni soggettive dei destinatari dell'azione amministrativa¹⁵. La cultura liberale europea avrebbe poi progressivamente cementato la figura dello Stato di diritto, nelle sue differenti declinazioni nazionali di *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Estado de derecho*, attraverso la previsione di limitazioni alla libertà del potere amministrativo, che si sono tradotte essenzialmente nella garanzia della sua controllabilità e quindi nella necessità di attribuire il relativo sindacato giurisdizionale a un giudice che, in applicazione del principio di divisione dei poteri, rispondesse alla duplice esigenza di essere separato dall'amministrazione e diverso dal giudice ordinario, competente a occuparsi delle controversie civili e penali¹⁶.

In Italia la creazione di un giudice speciale non rispondeva soltanto a un'esigenza di garanzia degli amministrati nei confronti di quegli "affari non compresi", scorporati dalla formula liberale dei "diritti civili e politici" (art. 2, l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), ma – in quel particolare clima politico, nel quale si andavano avvicinando al potere la sinistra e la destra – rappresentava altresì una mossa strategica volta a ottenere successi elettorali, in un contesto istituzionale inquinato da episodi di mal costume amministrativo che avevano generato una latente sfiducia nei confronti delle ingerenze dei partiti politici nelle questioni amministrative. In questa chiave di lettura, la "giustizia nell'amministrazione" ha rappresentato in parte l'esito di un compromesso¹⁷ – quale reazione all'insofferenza manifestata verso la commistione tra politica e amministrazione contenziosa – destinato a lasciare notevoli incongruenze teoriche nel quadro complessivo del nostro sistema di giustizia amministrativa¹⁸.

¹⁵ Sul rapporto tra principio di legalità e azionabilità delle posizioni soggettive degli amministrati, B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., *passim*. Obiettivo che inizialmente poteva facilmente essere raggiunto nei confronti di quelle situazioni soggettive, la proprietà e la libertà, espressione della classe politica allora in ascesa a detrimento della protezione di altre situazioni e interessi, che sarebbero successivamente emersi quale espressione di cambiamenti sociali ed economici. Per un'analisi storico-politica dell'evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa, ID., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, 1985, spec. 215 ss.

¹⁶ Per la stretta connessione tra Stato di diritto e sistema della tutela giurisdizionale amministrativa, T. WÜRTEMBERGER, *Kontrolle von Verwaltungsbandeln ab 1806: Justizstaat versus Administrativjustiz*, in K.P. SOMMERMANN, B. SCHAFFARZIK (a cura di), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, Berlino, 2019, 32 ss.

¹⁷ Per questa analisi si rinvia al recente lavoro di F. MERUSI, *Incontri pericolosi ... Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2019, I, 13 ss. e spec. 26, dove si fa rilevare l'incongruenza tra l'ordine del giorno presentato alla Camera nel 1864 da Crispi, con il quale si incaricava la Commissione di presentare alle deliberazioni parlamentari una nuova proposta che spingeva nel senso della sopravvivenza di alcune competenze dei tribunali amministrativi (tribunali del contenzioso) relative al contenzioso nei confronti della pubblica amministrazione, e la scelta fissata nella legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato nel 1889 di affidare gli affari non compresi a un giudice speciale.

¹⁸ Ulteriori approfondimenti delle ragioni storiche, ma prima di tutto politiche, che portarono all'i-

3. Particolarismo giuridico e accentramento istituzionale: i modelli della giustizia amministrativa in alcuni Stati dell'Europa

Cruciale nel percorso di definizione dei diversi sistemi di giustizia amministrativa in Europa è stata la configurazione più o meno particolaristica delle realtà ordinarie precedenti la formazione degli Stati nazionali, nonché le diverse modalità con le quali furono realizzate le grandi unificazioni alla fine dell'800¹⁹. Questo criterio analitico consente di registrare la presenza o meno di una pluralità di opzioni dogmatiche relative ai modelli di controllo giurisdizionale sull'amministrazione: in Stati, come la Germania, caratterizzati da una forte frammentazione territoriale sono state offerte una pluralità di soluzioni geograficamente connotate circa le forme di controllo giurisdizionale dell'amministrazione, che vedevano fronteggiarsi – in linea di prima approssimazione – un sindacato di tipo oggettivo e uno più spiccatamente soggettivo, e offrivano risposte parzialmente differenti alla questione relativa all'opportunità della sopravvivenza di controlli interni all'amministrazione, realizzati nella forma della c.d. *Administrativjustiz*²⁰.

Anche in Germania la nascita della giustizia amministrativa ha costituito il frutto di un compromesso politico²¹.

Da un lato, vi erano i sostenitori del c.d. principio monarchico, espresso dalla classe conservatrice, legata alla logica dello Stato autoritario – rinvigorito con l'ondata della restaurazione seguita al fallimento dei movimenti nazionalistici del 1848-1849 – e refrattaria a sottoporre il potere della Corona al controllo dei tribunali ordinari, considerati competenti a pronunciarsi soltanto su questioni relative al “mio e al tuo”, ossia a rapporti inter-privati; in una logica di difesa delle prerogative monarchiche, i tribunali ordinari venivano considerati inadeguati a garantire il perseguimento del bene comune e a occuparsi di questioni non esclusivamente giuridiche.

Dall'altro, vi erano i fautori dello Stato di diritto, incarnati dalla borghesia liberale, i quali invocavano il controllo del potere amministrativo ad opera di giudici indipendenti dall'Esecutivo, e perciò ritenuti garanti dei loro diritti e delle loro aspi-

stituzione della IV sezione del Consiglio di Stato nel 1889, con la legge Crispi (l. 21 marzo 1889, n. 5992), in F. MERUSI, *Incontri pericolosi*, cit., 13 ss. e spec. 20 ss.

¹⁹ L'analisi della frammentazione territoriale prima dell'unificazione nazionale in Germania viene dettagliatamente analizzata nella prospettiva della storia della formazione del sistema della tutela giurisdizionale amministrativa in K.P. SOMMERMANN, B. SCHAFFARZIK (a cura di), *Handbuch der Geschichte*, cit., che, articolato in tre volumi, esamina l'evoluzione e la nascita della *Verwaltungsgerichtsbarkeit* in Germania nei diversi *Länder* tedeschi.

²⁰ Sull'analisi delle soluzioni offerte nei singoli *Länder* della Germania, T. WÜRTENBERGER, *Kontrolle von Verwaltungshandeln*, cit., 42 ss.; F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, Monaco, 2013, 24-26; circa il carattere frammentato del diritto pubblico in Germania, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato, Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 29 ss.

²¹ Per questa ricostruzione in prospettiva storica, M. STOLLEIS, *Hundertfünfzig Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2013, 1274 ss., spec. 1277.

razioni economiche. Nel periodo dell'assolutismo in Germania, il potere giurisdizionale era ancora considerato parte del potere esecutivo, anche se nettamente distinto dalla amministrazione attiva²².

Punto di parziale convergenza tra conservatori e liberali si rinveniva nelle regole procedurali accordate dalla c.d. *Administrativjustiz* che contemplava alcune garanzie proprie della giurisdizione civile: il diritto del contraddittorio, il diritto di prendere visione degli atti di causa, la diversità dell'organo decidente rispetto a quello che ha emanato il provvedimento sottoposto a ricorso, la pluralità delle istanze di controllo, la composizione collegiale nelle istanze superiori²³.

Nella prima metà dell'800 la decisione cruciale cadeva sull'alternativa tra estendere le competenze dei tribunali ordinari al controllo del potere amministrativo ovvero creare uno specifico e ulteriore ramo della giurisdizione cui affidare tale controllo.

In una prospettiva storica, l'archetipo primigenio della tutela giurisdizionale amministrativa si rinviene nella legge del Granducato del Baden del 5 ottobre 1863, che risulta di estremo interesse perché offre un'interpretazione differente rispetto alla vulgata dell'assenza nell'esperienza tedesca di una situazione intermedia tra amministrazione e giurisdizione²⁴. Proprio, infatti, nei paragrafi 15-19 della legge del 1863 vennero istituiti dei consigli distrettuali quali tribunali amministrativi di prima istanza, composti da laici sotto il controllo di funzionari distrettuali: forma ibrida di tutela giurisdizionale, espressione di amministrazione e di rappresentanti del popolo. Quale organo di seconda istanza venne istituita una Corte amministrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) costituita, invece, da giudici professionali e da "rappresentanti dell'interesse statale". In questo modo, attraverso una differente composizione dei tribunali di prima e di seconda istanza, veniva raggiunto un equilibrio tra obiettivi conservatori, legati al mantenimento del principio monarchico e delle sue prerogative autoritarie, e obiettivi garantisti, iscritti nella formula dello Stato di diritto e affidati alla riforma dell'amministrazione e della giustizia²⁵. Questa soluzione compromissoria finì per estendersi per progressiva imitazione agli altri *Länder* della Germania, sia pure secondo regole procedurali geograficamente differenziate in or-

²² Per ulteriori approfondimenti, K.P. SOMMERMANN, *Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in K.P. SOMMERMANN, B. SCHAFFARZIK (a cura di), *Handbuch der Geschichte*, cit., 1740.

²³ T. WÜRTEMBERGER, *Kontrolle von Verwaltungsbandeln*, cit., 42.

²⁴ Per questa interpretazione, M. STOLLEIS, *Hundertfünfzig Jahre*, cit., 1274 ss., che nel 150° anno dall'istituzione di questa embrionale forma di giurisdizione amministrativa, stretta tra un modello di contenzioso amministrativo e uno di acerba giurisdizione amministrativa, individua la ragione della scelta compromissoria nell'esigenza di mettere in equilibrio principio monarchico e Stato di diritto.

²⁵ Sul carattere compromissorio della riforma sull'organizzazione interna dell'amministrazione, realizzata con la l. 5 ottobre 1863 del Baden, G. SYDOW, *Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden*, in K.P. SOMMERMANN, B. SCHAFFARZIK (a cura di), *Handbuch der Geschichte*, cit., 154, che sottolinea come questa legge avesse avuto il pregio di superare la tensione irrisolta tra la concezione c.d. *justizstaatlich* e la c.d. *Administrativjustiz*.

dine ai gradi di giudizio e all'individuazione del criterio di ripartizione delle competenze (*Rechtsweg*) rispetto ai giudici ordinari²⁶. In particolare, si alternavano, e in alcuni casi si combinavano, il criterio dell'enumerazione delle materie e quello della c.d. clausola generale (delle controversie in cui fosse coinvolta un'amministrazione), così come differenti erano i contenuti, soggettivi od oggettivi, del controllo giurisdizionale, con delle sfumature variegata che rendono tutt'ora insoddisfacente e meramente convenzionale la polarizzazione tra il modello dei *Länder* del Nord, in particolare la Prussia, teorizzato da Rudolf von Gneist, e quello dei *Länder* del Sud, come la Baviera, riconducibile al pensiero di Otto Bähr²⁷.

Il descritto mosaico geografico consente di sottolineare la complessità della scelta relativa all'istituzione della giurisdizione amministrativa tedesca, che evidenzia sia momenti di continuità che momenti di rottura con il precedente sistema dell'*Administrativjustiz*: elemento di maggiore continuità può essere individuato nel persistente utilizzo, nel § 86 della VwGO, dell'*Untersuchungsgrundsatz*, quale principio istruttorio più congeniale a processi di controllo di diritto oggettivo, nei quali campeggia l'interesse pubblico; al contrario, come elemento di discontinuità, spicca l'enfaticizzazione della tutela individuale, quale portato dello Stato di diritto e quale esito della definitiva elaborazione della figura del diritto pubblico soggettivo (cfr. *infra*)²⁸.

Nel caso, invece, di Stati contrassegnati da un più risalente e radicato accentramento, come la Francia, dove l'articolazione amministrativa tra centro e periferia era stata il risultato di una ripartizione cartesiana del territorio, ci si è trovati di fronte a soluzioni monolitiche²⁹. Il primato rivoluzionario riconosciuto al Parlamento vincolava contemporaneamente il potere esecutivo e quello giurisdizionale, posti in posizione di sostanziale pari-ordinazione. La rigida applicazione del principio di divisione dei poteri escludeva in termini drastici e ideologici ogni possibile intromissione del giudice ordinario negli affari dell'amministrazione. Il Consiglio di Stato, cui era affidato il sindacato sugli atti della pubblica amministrazione, non era perfettamente distinto nell'esercizio della sua attività dal potere esecutivo; durante l'arco del diciannovesimo secolo, infatti, la concettuale prossimità tra esercizio del potere amministrativo e suo sindacato contribuiva a rimarcare la specialità della giustizia amministrativa e ne accentuava la distanza dalla giurisdizione ordinaria³⁰.

²⁶ M. STOLLEIS, *Hundertfünfzig Jahre*, cit., 1274 ss.; G. SYDOW, *op. cit.*, 167 ss.

²⁷ Per ulteriori approfondimenti, F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., 27 ss.

²⁸ M. STOLLEIS, *Hundertfünfzig Jahre*, cit., 1274 ss., che definisce la tutela giurisdizionale come un qualcosa che "incorpora istituzionalmente lo Stato di diritto".

²⁹ B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato, Una genealogia storica*, cit., 112.

³⁰ Per una recente ricostruzione dell'evoluzione della giurisdizione amministrativa in Francia, nel senso di stabilire un nesso tra sua specialità e incremento di poteri c.d. esorbitanti in capo alle pubbliche amministrazioni espressione della classe borghese, antagonista delle classi nobiliari, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, 44 ss.; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato, Una genealogia storica*, cit., 115-116.

In Italia, la definizione del sistema della giustizia nell'amministrazione fu fortemente condizionata dall'esperienza d'oltralpe, con alcune variazioni ispirate alla legislazione belga. L'allegato E della l. 20 marzo 1865, n. 2248 attuava quanto, in via programmatica, era stato fissato nello Statuto albertino del 1848: in particolare, l'attribuzione dei diritti civili e politici al giudice ordinario e la sottrazione a quest'ultimo dei cosiddetti "affari non compresi", espressione ambigua ma destinata a mostrare una notevole elasticità e forza espansiva³¹. Nell'esperienza italiana l'influenza francese fu diretta conseguenza della "piemontesizzazione" realizzata al momento della nostra unificazione nazionale, quando, su di un mosaico particolaristico e fortemente frammentato imputabile alle differenti tradizioni amministrative degli Stati pre-unitari, si stabilì di estendere o di imporre, in assenza di una formale scelta costituente, la legislazione sabauda al territorio del regno italiano appena costituito³². In quel contesto, l'esigenza di creare una giurisdizione amministrativa, affrancata dal suo vincolo genetico con l'amministrazione contenziosa, avrebbe portato – attraverso un percorso non dettato esclusivamente da ragioni strettamente giuridiche, ma fortemente condizionato da motivazioni politiche – a ricercare una corrispondenza e una specularità, non agevole e tutt'ora irrisolta, con la giurisdizione ordinaria³³. Nell'alternativa tra un criterio di tipo oggettivo, che selezionava le controversie nelle quali fosse stata parte una pubblica amministrazione, e un criterio soggettivo, costruito in relazione agli interessi in gioco, ossia alla presunta specificità di alcuni interessi, considerati eterogeni rispetto ai diritti (civili e politici) tipici dei rapporti tra privati, prevalse quest'ultimo, sulla spinta dell'esigenza di offrire tutela a situazioni individuali delle quali ancora incerti erano i contenuti sostanziali. In questo quadro non rimase priva di conseguenze la ricercata simmetria con l'oggetto del processo civile, che si sarebbe nel tempo progressivamente estesa ai poteri del giudice e alle azioni esperibili.

Dell'aspirazione incompiuta alla "civiltà" della giurisdizione amministrativa rimane traccia nell'incertezza che tutt'ora aleggia sull'oggetto del processo amministrativo³⁴: originariamente era l'atto amministrativo, oggi una situazione giuri-

³¹ Per queste riflessioni, ALB. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in AA.VV., *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario dell'Istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 ss.

³² Per le vicende storiche e giuridiche dell'unificazione nazionale, G. MIGLIO, *Le contraddizioni dello Stato unitario*, in F. BENVENUTI, G. MIGLIO (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Venezia, 1969, 27 ss.; F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo*, *ivi*, 65 ss.; circa la piemontesizzazione realizzata con l'estensione della legislazione sabauda fortemente influenzata, per prossimità geografica e per una sotterranea affinità ideologica, dalla cultura giuridica statalista francese, S. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, in ID., *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, 404 ss.

³³ Critico nei confronti dei tentativi di abolizione del giudice amministrativo, in vista della sua sostituzione da parte di sezioni specializzate della magistratura ordinaria, ritenute presidio di una maggiore imparzialità, è R. VILLATA, *Appunti per un dialogo costruttivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, I, 221 ss.

³⁴ Circa la complessità dell'oggetto del processo amministrativo, A. ROMANO TASSONE, *Poteri del*

dica soggettiva artificialmente creata e sfuggente nei suoi contenuti definitivi, ma comunque capace, quale frutto di sofisticati percorsi scientifici, di offrire una tutela particolarmente intensa a interessi emergenti direttamente dal tessuto sociale e non ancora provvisti di un sufficiente grado di delimitazione normativa. Incertezza sull'oggetto del processo amministrativo capace di ricomprendere non solo la più moderna "spettanza"³⁵ di una situazione soggettiva individuale (protetta in modo specifico da una norma) ma anche la garanzia di meri interessi, situati nel cono d'ombra delle norme disciplinanti l'esercizio del potere amministrativo e strettamente connessi alle sue vicende. L'indeterminatezza e l'elasticità dello spettro di tutela offerto dalla giurisdizione amministrativa ha costituito la causa principale delle oscillazioni, cicliche e ricorrenti, intorno alla sua natura, a differenza di quanto, invece, è dato osservare nell'impianto rigorosamente soggettivo del sistema giurisdizionale amministrativo tedesco, nel quale – ad esempio – la tutela del terzo ha trovato spazio con notevoli ritardi e forzature teoriche, muovendo da settori speciali del diritto amministrativo, come ha mostrato in modo lampante la dogmatica della pianificazione territoriale urbanistica³⁶.

Senza prendere posizione sulla dicotomia "giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva", il processo amministrativo è riuscito progressivamente ad assolvere quella funzione sociale che la dottrina più attenta ha da tempo individuato come la cifra più significativa di ogni tipo di giurisdizione, consistente nella capacità di rendersi interprete dei bisogni e delle aspirazioni mutevoli della società civile³⁷. In questa

giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo, in AA.VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, vol. I, Napoli, 2013, 461, che evidenziando le ambiguità del processo amministrativo afferma: "Tra le quali, certo non ultima, spicca la problematica ascrizione di questo processo alla giurisdizione di diritto soggettivo – o meglio: l'incertezza circa il ruolo che in esso debba attribuirsi alla definizione dell'interesse pubblico sostanziale alla cui cura è rivolto il provvedimento impugnato – questione che è immediatamente e profondamente implicata dal nostro discorso"; da ultimo, sull'oggetto del processo amministrativo, R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, II, 325 ss.

³⁵ G. FALCON, *Il Giudice Amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, II, 287 ss.; sull'evoluzione del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto, cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, II, 36 ss.

³⁶ Nell'ordinamento tedesco, infatti, la funzionalizzazione del processo amministrativo alla protezione di interessi individuali si è tradotta in una iniziale resistenza a prestare tutela a interessi non coincidenti con i diritti soggettivi; questo trova conferma nei ritardi con i quali è stata offerta tutela ai diritti dei terzi. Per questa ricostruzione in chiave evolutiva, R. WAHL, *Herausforderungen und Antworten: das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlino, 2006, 48-49, dove l'Autore evidenzia come lo sviluppo teorico della figura e degli strumenti della pianificazione territoriale ha reso inadeguata una prospettiva conflittuale e dualistica tra interesse pubblico e interesse del privato proprietario a favore di relazioni giuridiche multipolari, dove anche al terzo deve riconoscersi protezione giurisdizionale; sul tema, nella letteratura precedente, già R. SCHOLZ, E. SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL*, 1976, 145 ss. e 221 ss.

³⁷ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, spec. 213 ss.

prospettiva, che valorizza la dimensione funzionale del processo, devono essere interpretate le norme delle Costituzioni successive alla seconda guerra mondiale, che hanno introdotto i principi di pienezza e di effettività della tutela, ben prima che questi fossero enfaticamente proclamati nelle varie Carte del diritto internazionale ed europeo³⁸.

4. La componente "reattiva" della connotazione soggettiva della giurisdizione amministrativa nelle carte costituzionali del '900. La costituzionalizzazione della natura della giurisdizione amministrativa

L'emanazione della Costituzione repubblicana sembrava aver voluto eliminare in modo definitivo ogni traccia oggettivante nella giurisdizione amministrativa, così suggellandone la connotazione soggettiva attraverso un'enfasi particolare e ripetuta posta sulla protezione delle situazioni soggettive³⁹.

A ben vedere, lo statuto costituzionale della giurisdizione amministrativa non rappresenta soltanto la scelta verso un determinato modello di giurisdizione, ma si distingue soprattutto per la sua componente "reattiva", legata cioè alla volontà di ripristinare quelle garanzie democratiche messe a dura prova dalle precedenti esperienze totalitarie⁴⁰.

In Germania, la degenerazione conseguente al regime nazionalsocialista rese urgente non solo la ricostruzione ma anche il perfezionamento del c.d. *Rechtsstaat*, dando luogo a un ripensamento del diritto amministrativo, inteso – ricorrendo alla nota espressione di Fritz Werner – come "diritto costituzionale concretizzato"⁴¹, ossia inverato attraverso l'attuazione di quanto stabilito in alcune norme della Costituzione, che sistematicamente interpretate hanno coniato la tutela giurisdizionale,

³⁸ Come è noto, mentre la nostra Costituzione fa riferimento alla "pienezza" della tutela, in quanto all'art. 113, co. 2, Cost. è esplicitamente sancito come "la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata per determinate categorie di atti", nell'art. 19, co. 4, GG è enunciato il principio o il dovere di garantire l'effettività della "tutela giurisdizionale" a chi sia stato leso dal pubblico potere nei propri diritti.

³⁹ La letteratura sulla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa è molto ampia e presenta toni e interpretazioni differenti, alcune inclini a predicarne l'eliminazione in vista di una sostanziale assimilazione, quanto alle tecniche di tutela, alle funzioni e ai poteri del giudice amministrativo, alla giurisdizione ordinaria; cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005; per una posizione più cauta e attenta al quadro costituzionale vigente, A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.

⁴⁰ Tra le prime ricostruzioni del sistema della giustizia amministrativa letto nella prospettiva delle norme costituzionali, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 8 ss.; per successivi approfondimenti, cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 185 ss. e spec. 211 ss.

⁴¹ F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, 527 ss.

quella amministrativa in particolare; quest'ultima ha un preciso ancoraggio costituzionale non solo nell'art. 19, co. 4, GG, ma anche in altre disposizioni che ne plasmano la fisionomia: la diretta garanzia dei diritti fondamentali (artt. 1-17 GG), il vincolo alla legge e al diritto (art. 20, co. 2, GG), il dovere più generale di garantire la giustizia (art. 2, co. 1, GG; art. 20, co. 3, GG); un'ampia ed effettiva tutela giurisdizionale (a fronte di lesioni dei diritti perpetrate dal potere esecutivo) (art. 19, co. 4, GG)⁴². Operazione ideologica e concettuale che avrebbe impresso una specifica direzione alla tutela giurisdizionale amministrativa, in una dimensione coerente con l'avvenuta soggettivizzazione del diritto amministrativo tedesco, in particolare attraverso il plusvalore riconosciuto ai diritti fondamentali e tra questi a quello relativo alla tutela giurisdizionale effettiva, quale sintesi e garanzia finale (c.d. "*Hauptgrundrecht*") dei singoli diritti fondamentali variamente dislocati nella Carta costituzionale⁴³. In altri termini, il diritto soggettivo alla tutela giurisdizionale svolgerebbe un ruolo strumentale e servente alla realizzazione dell'insieme di valori (*Wertordnung*) espressi nel *Grundgesetz*⁴⁴. Nel sistema tedesco la formulazione delle norme costituzionali sulla tutela giurisdizionale avrebbe successivamente dispiegato un effetto condizionante sulle regole di procedura amministrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO), che presentano un evidente contenuto attuativo delle prime⁴⁵.

La Costituzione italiana, invece, non risultava pienamente attrezzata o sufficientemente esplicita in ordine alla soddisfazione di alcune garanzie processuali, che, sia pur già applicate in virtù di una evoluta giurisprudenza costituzionale, sono state introdotte solo successivamente, quale recepimento di indirizzi stabiliti nelle convenzioni internazionali; in questo senso, emblematica risulta l'integrazione dell'art. 111, co. 1, della nostra Costituzione, attraverso l'introduzione della disposizione sul "giusto processo"⁴⁶. Si registra, pertanto, un più evidente condizionamento della disciplina processuale italiana ad opera delle fonti internazionali/europee.

⁴² Per la vicenda della costituzionalizzazione del diritto amministrativo tedesco successivamente alla seconda guerra mondiale, P.M. HUBER, M. GUTTNER, *Zur verfassungsrechtlichen Prägung des Verwaltungsrechtsschutzes im europäischen Rechtsraum*, in A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER, L. MARCUSSON (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. VIII, Heidelberg, 2019, 5 ss. e spec. 8.

⁴³ L'espressione "*Hauptgrundrecht*", ossia "diritto fondamentale sovraordinato", si trova in F. KLEIN, *Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz. Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes*, in VVDStRL, 1950, s. 67, 87 ss. Ci si chiede allora se l'effetto conformativo che le disposizioni della costituzione tedesca hanno esercitato sulla disciplina del processo amministrativo (VwGO), in particolare per quanto attiene al rigore nell'accesso alla giustizia, all'intensità della tutela e all'attenzione prestata all'accertamento dei fatti, non sia avvenuto, anche se in tempi successivi, anche nel nostro ordinamento; E. SCHMIDT-ARMANN, *Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG*, in TH. MAUNZ, G. DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, Monaco, 2014, 28.

⁴⁴ P.M. HUBER, M. GUTTNER, *Zur verfassungsrechtlichen Prägung*, cit.

⁴⁵ Circa la genesi dell'emanazione della *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO), E. SCHMIDT-ARMANN, *Einleitung*, in AA.VV., *VwGO - Kommentar*; W. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., 34 ss.

⁴⁶ Circa il rapporto tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e costituzionalizzazione della garanzia del giusto processo, M. CECCHETTI, *La riforma dell'art. 111 Cost.: tra fonti preesistenti, modifica*

Questa faticosa operazione di costituzionalizzazione del diritto amministrativo sostanziale e processuale non è rimasta confinata all'esperienza tedesca ma, sia pure con indubbe specificità domestiche, ha riguardato tutti gli altri paesi europei, trovando un comune denominatore nella progressiva "autonomizzazione della giurisdizione amministrativa" e nella teorizzazione della sua necessaria specialità. Non si è trattato di un esito scontato poiché, secondo un'analisi retrospettiva, è dato osservare come dall'inizio dell'Ottocento, con accenti e contenuti diversi, in tutti gli ordinamenti europei è serpeggiato il dilemma se fosse stato più adeguato attribuire la tutela dei diritti o degli interessi dei cittadini incisi dall'esercizio del potere amministrativo ai giudici ordinari o piuttosto a una giurisdizione visceralmente legata all'amministrazione ma, tuttavia, da quest'ultima progressivamente emancipata e sterilizzata. Questo interrogativo ha impegnato in termini corali la dottrina europea nella prima metà dell'800⁴⁷.

Come già accennato, il sistema francese della giustizia amministrativa costituisce il prototipo del modello refrattario a sottoporre l'amministrazione e la sua attività al controllo del giudice ordinario, al punto che l'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice amministrativo mantiene una certa promiscuità con l'amministrazione e viene tutt'ora ad essere equiparata a una "forma di amministrazione", quale retaggio di una posizione ideologica innervata nella tradizione rivoluzionaria francese.

Il modello francese ha esercitato un'influenza di segno opposto sull'ordinamento italiano e su quello tedesco. Positiva ed emulativa sul nostro ordinamento, soprattutto per quanto riguarda l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato quale giudice amministrativo, che nel 1889 nasce come costola di un organo interno all'Esecutivo con funzioni consultive, che più tardi acquisterà piena consapevolezza della sua indipendenza e imparzialità; il sistema della giustizia amministrativa si sviluppa così dall'alto verso il basso. Negativa, invece, l'influenza sul sistema tedesco, dove l'esperienza francese ha operato come "contro-modello"; risale infatti al § 182 della c.d. *Paulkirchenverfassung* del 1849 la scelta, poi rimasta lettera morta, di eliminare ogni forma di controllo interno all'amministrazione e di affidare a "giudici" il sindacato sulla lesione dei diritti⁴⁸. In questo caso l'istituzione dei tribunali amministrati-

della Costituzione, diritto intertemporale ed esigenze di adeguamento della legislazione ordinaria, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Torino, 2001, 35 ss.; nel senso di negare carattere innovativo al nuovo testo dell'art. 111, Cost., muovendo dall'analisi della risalente giurisprudenza della nostra Consulta, che già applicava il principio del giusto processo, M. LUCIANI, *Il Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, 2018, V, 100 ss. e spec. 102; ID., *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, in questa *Rivista*, 2018, I, 36 ss. e 41 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in questa *Rivista*, 2013, I, 101 ss.

⁴⁷ Riflessioni sull'attuale e incessante dibattito sull'opportunità della giurisdizione unica in G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in questa *Rivista*, 2018, III, 889 ss.; per una ricostruzione che evidenzia le linee comuni del percorso storico e intellettuale che ha condotto in Europa alla nascita della giurisdizione amministrativa, K.P. SOMMERMANN, *Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., 1735 ss.

⁴⁸ Che la scelta favorevole all'istituzione di una giurisdizione amministrativa non fosse stata scontata

vi non è espressione di una scelta imposta dall'alto, ma registra precedenti esperienze regionali/locali tra loro disomogenee; la circostanza che i giudici dei tribunali amministrativi hanno lo stesso *status* di quelli dei tribunali ordinari (facendo parte del medesimo plesso organizzativo) ha, inoltre, portato a enfatizzare l'esistenza in Germania della giurisdizione unica, mentre in realtà nelle norme costituzionali si ritrova non solo l'individuazione delle competenze della giurisdizione amministrativa ma anche la sua articolazione in tre ulteriori rami di giurisdizione specializzata⁴⁹. Il riparto di competenze tra la giurisdizione ordinaria e quella affidata ai tribunali amministrativi, fondata sulla clausola generale delle c.d. controversie di diritto pubblico (e quindi sulla natura delle norme applicabili), consente di individuare per questi ultimi un complesso di regole processuali specifiche (fissate nel codice di procedura amministrativa, VwGO)⁵⁰.

L'affresco geograficamente variegato offerto dai *Länder* della Germania offre dunque delle soluzioni molto più articolate di quella che a prima vista potrebbe sembrare la netta giustapposizione tra concezione oggettiva e soggettiva, tradottasi nella consacrazione costituzionale della tutela individuale⁵¹; il tormentato percorso storico che ha condotto alla c.d. *Systementscheidung* costituzionale è disseminato di sfumature concettuali, che forniscono supporto a ulteriori varianti interpretative che l'uropeizzazione del diritto amministrativo ha contribuito a far emergere⁵². Il ri-

è testimoniato dalla contrapposizione politica che si celava dietro la giustapposizione tra il modello della c.d. *Administrativjustiz* e quello della *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, quale eco dello schieramento politico tra i liberali, favorevoli a sottoporre l'attività amministrativa al controllo giurisdizionale, e i conservativi, inclini a mantenere il controllo dell'amministrazione nelle maglie dell'attività amministrativa contenziosa. La dichiarazione enfatica contenuta nel § 182 della *Paulkirchenvorfassung* era una diretta conseguenza della criticata vicinanza tra controllori e controllati nel sistema della *Administrativjustiz*, cfr. K.P. SOMMERMANN, *Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., 1757.

⁴⁹ La giurisdizione amministrativa è articolata in tre rami: "i giudici competenti in materia previdenziale, i giudici competenti in materia tributaria e i giudici amministrativi generali", cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, III, 713; sull'influenza che l'ordinamento processuale tedesco ha esercitato sul nostro sistema di giustizia amministrativa, e in particolare sul codice del processo amministrativo relativamente all'introduzione del principio della pluralità delle azioni, V. CERULLI IRELLI, *Su alcune tematiche rilevanti per un confronto*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, Milano, 2017, 21 ss.

⁵⁰ Circa gli aspetti organizzativi e relativi al criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e tribunali amministrativi, cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale*, cit., 713 ss. Sul percorso dottrinale che ha condotto all'assimilazione dei diritti pubblici soggettivi ai diritti tutelati davanti alla giurisdizione ordinaria, M. KAUFMANN, *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübinga, 2002, 138 ss. e spec. 159.

⁵¹ Dall'art. 19, co. 4, GG discende innanzitutto un diritto soggettivo alla tutela giurisdizionale, che ha uno spessore tale da poter attivare un ricorso diretto davanti alla Corte Costituzionale (*Verfassungsbeschwerde*). Questa disposizione, nonostante le tendenze collettivistiche affioranti nello Stato e nella società, pone al centro della tutela giurisdizionale l'individuo come persona e in questa precisa accezione costituisce un "*Bastion der Individualität*", cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG*, cit., 18.

⁵² Non è possibile in questa sede dar conto del percorso tormentato che ha condotto alla c.d. *Syste-*

chiamato contesto istituzionale, soprattutto la diversa attenzione prestata al principio di divisione dei poteri, inteso in senso più o meno rigoroso, e la conseguente interpretazione della funzione della tutela giurisdizionale amministrativa, hanno rappresentato lo scenario culturale e politico sul quale si sono progressivamente innestate le opzioni relative alla natura soggettiva od oggettiva della giurisdizione amministrativa nei differenti ordinamenti, soluzioni originariamente alternative che l'impatto del diritto amministrativo europeo ha contribuito progressivamente ad avvicinare⁵³.

5. Origini oggettive della tutela giurisdizionale europea; istituti e settori disciplinari più sensibili alla conformazione

Anche a livello europeo, con il Trattato di Lisbona – in particolare con l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore giuridico dei Trattati e con il riconoscimento ai diritti previsti nella Convenzione europea del valore di principi generali dell'ordinamento europeo – sembrerebbe compiuto l'approdo del sistema giurisdizionale verso un modello soggettivo di tutela. In questo senso, all'iniziale ruolo creativo e propulsivo della Corte di giustizia per l'attuazione dell'edificando ordinamento europeo (*"Integrationsmotor"*), segue un diverso compito della stessa Corte, efficacemente definito di "costituzionalizzazione" (*"Konstitutionalisierung"*), ossia di garanzia di un livello più alto di protezione dei diritti, non solo economici ma anche sociali, coerenti con la configurazione ormai avanzata dell'Unione quale "comunità di diritto"⁵⁴.

Come è noto, la funzione giurisdizionale del Tribunale e della Corte di giustizia non è suscettibile di trattazione unitaria in ragione delle peculiari caratteristiche e tipologie dei procedimenti esperibili di fronte ai due organi giurisdizionali dell'Unione; distinzioni che non possono essere ricostruite, in termini semplicistici, sulla base di una prevalente preordinazione del procedimento alla soddisfazione di interessi generali o, invece, di interessi più marcatamente individuali⁵⁵. Tuttavia, nono-

mentscheidung favorevole alla tutela individuale, quale risultato compromissorio di posizioni teoriche legate alle differenti tradizioni giuridiche dei *Länder* della Germania, che in termini schematici e convenzionali abbiamo sintetizzato nella contrapposizione tra *Länder* del nord della Germania, tra i quali la Prussia, favorevoli a un controllo di diritto soggettivo, e *Länder* del sud, influenzati dall'esperienza francese, che invece erano inclini a un controllo di diritto oggettivo. Un esame dettagliato delle diverse soluzioni si trova in B. SCHAFFARZIK, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf ihrem Weg von der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit*, in K.P. SOMMERMANN, B. SCHAFFARZIK (a cura di), *Handbuch der Geschichte*, cit., 874 ss.

⁵³ Circa l'opportunità di relativizzare la distinzione, K.P. SOMMERMANN, *Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., 1747 ss.

⁵⁴ H.W. RENGELING, M. KOTZUR, *Grundlagen europäischer Rechtskontrolle*, cit., 54 ss.

⁵⁵ Circa la frammentazione dei procedimenti esperibili di fronte al Tribunale e alla Corte di giustizia, per quanto attiene alla specifica funzione della tutela giurisdizionale e ai principi rispettivamente applicabili, cfr. A. SETARI, *Articolo 63 – Decisione sui mezzi istruttori*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IAN-

stante la considerazione incrementale offerta ai diritti dei singoli, restano tutt'ora dei segnali che impediscono di abbandonare le originarie venature oggettive del sistema giurisdizionale europeo⁵⁶.

L'utilizzo selettivo dello *standing*, in vista della protezione di interessi forti dell'Unione, e la costruzione del sistema probatorio quale latente strumento di indirizzo politico, talora impiegato per il perseguimento di strategie economiche, confermano come nel diritto europeo le tecniche e gli istituti processuali, nonché l'opera della giurisprudenza, pur essendo rivolti alla protezione di situazioni soggettive individuali (dei privati e delle imprese), rispondano a una logica spiccatamente politica, interna al sistema, connessa al diritto obiettivo europeo.

Tre ambiti si offrono quale osservatorio privilegiato della riemersione di componenti oggettive nei contesti nazionali, riemersione legata proprio a un fenomeno di conformazione al diritto amministrativo europeo o comunque all'effetto di spinte propulsive da esso provenienti.

Il primo è quello della legittimazione ad agire, con riguardo a due settori propri del diritto europeo, quello degli appalti e quello dell'ambiente; il secondo è quello relativo al rapporto tra principio della domanda e poteri del giudice di ultima istanza nel rinvio pregiudiziale di interpretazione, che recupera potenziali sacche di oggettivizzazione del sistema della tutela giurisdizionale in un contesto nel quale campeggia la funzione nomofilattica della Corte di giustizia, nell'ambito della quale prevale la tutela accordata alla tenuta di valori e di interessi generali dell'Unione. Infine, lo sviluppo del diritto processuale europeo e la tensione tra un modello oggettivo e uno soggettivo di tutela potrebbe essere proficuamente colto nell'analisi della disciplina dell'istruttoria probatoria del processo comunitario, perché combina – sublimandole – contrapposte tradizioni processuali nazionali e contemporaneamente si presta a veicolare obiettivi di natura latamente politica, attraverso la previsione di poteri discrezionali non del tutto definiti nella loro portata in capo al giudice comunitario.

6. Ambiguità nella disciplina europea della legittimazione. Presupposti processuali e natura del controllo giurisdizionale

Il tema della legittimazione ad agire costituisce un ambito all'interno del quale possono cogliersi in termini plastici i condizionamenti esercitati dall'ordinamento

NUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione Europea*, Napoli, 2017, 501 ss.

⁵⁶ Per la ricostruzione della natura del sindacato giurisdizionale europeo, con particolare riferimento all'azione di annullamento, resta fondamentale la monografia di R. RAUSCH, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -würdigungen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Zur gerichtlichen Nachprüfung von Kommissionentscheidungen im Vergleich zum deutschen und französischen Recht*, Berlino, 1994, 155 e spec., per la funzione che un controllo di diritto obiettivo può determinare per la protezione degli interessi individuali, 157.

amministrativo europeo sulle regole processuali nazionali, proprio in quanto rappresenta il punto di intersezione tra esigenze di attuazione del diritto oggettivo europeo e riconoscimento di situazioni individuali di matrice europea in capo ai cittadini dell'Unione. Le sollecitazioni suscitate in materia di legittimazione possono essere esaminate dalla prospettiva dell'ordinamento italiano, per quanto riguarda la materia degli appalti, e dall'angolazione dell'ordinamento tedesco, per quanto riguarda la materia dell'ambiente. In entrambi i casi, la connotazione soggettiva della tutela giurisdizionale prevista nei rispettivi statuti costituzionali ha determinato attriti o resistenze rispetto al recepimento delle indicazioni provenienti dall'Unione Europea, che spingevano verso la configurazione di forme di tutela oggettiva, poste prevalentemente a protezione dell'interesse generale (europeo).

L'art. 263 del TFUE sintetizza la duplice funzione assegnata alla legittimazione nel diritto europeo: l'istituto della legittimazione ad agire è infatti differentemente declinato nei confronti dei ricorrenti privilegiati e nei confronti delle persone fisiche e giuridiche.

Sin dall'istituzione della Comunità economica europea, tra i ricorrenti privilegiati il giudice di Lussemburgo ha assegnato una posizione di particolare favore agli Stati membri, ritenuti custodi della legalità comunitaria, per i quali le regole sulla legittimazione ad agire non sembravano dover richiedere la lesione di uno specifico interesse materiale, in quanto calate nell'ambito di un modello di giurisdizione di diritto oggettivo, proteso a consolidare l'edificando ordinamento europeo, attraverso un controllo diffuso dell'azione comunitaria. La funzione giurisdizionale europea nasceva preordinata al perseguimento di valori e di obiettivi rispetto ai quali la considerazione dei risvolti individualistici della tutela risultava ancora secondaria.

L'ascendenza culturale di questo modello si ascriveva al sistema francese della tutela giurisdizionale, notoriamente contraddistinto per la scarsa attenzione prestata alla natura della situazione soggettiva legittimante la proposizione del ricorso e incline a identificare nella figura del ricorrente un *procureur du droit*, la cui iniziativa risultava utile per attivare controlli sulla legittimità dell'operato dell'amministrazione. Obiettivo dell'originario modello del contenzioso per eccesso di potere (*recours pour excès de pouvoir*) era principalmente il ripristino della legalità violata, mentre restava in secondo piano la soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente⁵⁷. Come è noto, l'evoluzione successiva dei modelli di contenzioso e l'approdo a uno schema compromissorio di "*recours objectif de plein contentieux*" – realizzato con il riconoscimento nel ricorso per eccesso di potere di più estesi poteri di cognizione e di decisione (tipici del *recours de plein contentieux*) in capo al giudice amministrativo per estendere la tutela dei diritti dei ricorrenti – sono dovuti non tanto ai dettami

⁵⁷ Per l'analisi del sistema francese di giustizia amministrativa e per la più recente classificazione dei modelli di contenzioso amministrativo, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2008, 209 ss.; D. COSTA, *Contentieux administratif*, Parigi, 2011, 139 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, I, 74 ss.

della Corte di giustizia, quanto alle richieste provenienti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁸.

La non agevole conciliazione tra schemi eterogenei, apparentemente antitetici, risulta evidente nell'analisi della diversa legittimazione delle persone fisiche e giuridiche, i cui ricorsi diretti ricadono nella competenza del Tribunale europeo, istituito nel 1989, in un'ottica di riorganizzazione del sistema della tutela giurisdizionale, proprio al fine di incrementare le competenze di accertamento dei fatti nei procedimenti caratterizzati da una particolare complessità⁵⁹. Il trasferimento dalla Corte di giustizia al Tribunale della protezione individuale nei confronti dei provvedimenti emanati dagli organi dell'Unione contribuisce a isolare in capo al secondo l'esercizio di una forma di giurisdizione amministrativa⁶⁰.

La giurisprudenza europea è tutt'ora impegnata nel definire i presupposti della legittimazione nel ricorso di annullamento dei privati, tra esigenze di differenziazione e qualificazione della posizione dei soggetti ricorrenti (rispetto alla generalità dei cittadini europei) e finalità correttive, di tipo oggettivo, immanenti a ogni tipo di sindacato giurisdizionale sull'esercizio di funzioni di carattere amministrativo. Giurisprudenza molto rigorosa e restrittiva circa i presupposti soggettivi di accesso alla giustizia che – anche successivamente alla codificazione nell'art. 263, co. 4, TFUE di precedenti e tormentati orientamenti del Tribunale e della Corte di giustizia – non sembra ancora avere superato quell'indirizzo limitativo e selettivo dello *standing* inaugurato dalla sentenza Plaumann.

La legittimazione delle persone fisiche e giuridiche, così come disciplinata dal novellato art. 263, co. 4, del TFUE, solleva tutt'ora difficoltà di inquadramento sistematico, non essendo pienamente riconducibile alla legittimazione ad agire propria degli ordinamenti processuali degli Stati membri. L'accostamento all'impostazione soggettiva tedesca risulta, a ben vedere, solo apparente e frutto di un equivoco terminologico. Il tenore letterale dell'art. 263, infatti, non fonda la legittimazione di qualsiasi persona fisica o giuridica esclusivamente sulla titolarità di una posizione individuale lesa (*"contro gli atti adottati nei suoi confronti"*) – qualificata o meno

⁵⁸ Per tale evoluzione dei modelli di contenzioso e per i suoi riflessi sulla protezione dei diritti nella giurisdizione amministrativa, N. FOULQUIER, *Le droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Parigi, 2003, 805 ss. Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli, 2013, 239 ss.

⁵⁹ Circa l'istituzione del Tribunale, cfr. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., 220 ss.

⁶⁰ Circa l'ambivalenza della natura della funzione giurisdizionale esercitata dalla Corte di giustizia e dal Tribunale, cfr. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., 220 ss.; A. SETARI, *Commento all'art. 92 del Regolamento di procedura del Tribunale*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo*, cit., 501 ss.; J. SCHWARZE (a cura di), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2012, Art. 251, EGV, Rn. 7; circa la funzione della tutela giurisdizionale nell'ordinamento europeo, in particolare rispetto agli effetti che essa determina sull'autonomia dell'amministrazione europea, P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018, 23 ss.

come diritto soggettivo – ma estende l'impugnazione agli atti dell'Unione “*che la riguardano direttamente e individualmente*”, presupposto sostanziale di ammissibilità dell'azione di annullamento nel caso di impugnazione di decisioni di organi dell'Unione rivolte nei confronti di destinatari non determinati⁶¹. Formula, quest'ultima, che presta il fianco a interpretazioni ambigue, nello sforzo, da un lato, di garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva e, dall'altro, di evitare derive verso forme di azione popolare⁶².

Questa doppia anima della legittimazione (ricorrenti privilegiati, da un lato; persone fisiche e giuridiche, dall'altro) inscritta nelle regole europee stabilisce una corrispondenza tra soggetti legittimati (privilegiati o non privilegiati), presupposti di ammissibilità dell'azione e funzione del processo (oggettiva o soggettiva), consentendo di evidenziare come il funzionamento del sistema giurisdizionale europeo abbia innescato dei cambiamenti nelle regole processuali nazionali, che muovendo da situazioni iniziali di forte differenziazione hanno poi condotto a soluzioni connotate da una maggiore convergenza. In questo quadro, l'art. 19, par. 2, del TUE – *Verbundsnorm* per eccellenza del sistema della tutela giurisdizionale – ha rappresentato il grimaldello per giustificare un controllo sempre più penetrante della Corte di giustizia sulla conformità ai parametri europei dell'attività giurisdizionale degli Stati membri, rendendo sempre più evanescente il limite posto dal rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

7. La legittimazione ad agire in materia di appalti e le concezioni oggettivanti provenienti dall'ordinamento europeo

La materia degli appalti risulta particolarmente significativa al fine di comprendere come l'attuazione del diritto europeo richieda non solo la collaborazione dei giudici nazionali, ma anche l'uniformazione delle regole processuali degli Stati membri.

⁶¹ Sulla legittimazione nel diritto amministrativo europeo, M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 428 ss.; B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 201 ss.; I. DERVISPOPOULOS, *Klagebefugnis*, in H.W. RENGELING, A. MIDDEKE, M. GELLERMANN (a cura di), *Handbuch des Rechtsschutzes*, cit., 132 ss.; M. ELIANTONIO, CH.W. BACKES, C.H. VAN RHEE, T. SPRONKEN, A. BERLEE (a cura di), *Standing up for your right(s) in Europe. A comparative study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts*, Cambridge, 2013.

⁶² Per questa interpretazione in termini espliciti, cfr. *Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott*, presentate il 17 gennaio 2013, in causa C-583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, punto 64: “Il criterio dell'interesse diretto e individuale (seconda ipotesi dell'art. 263, quarto comma, TFUE) è volto a procurare alle persone fisiche e giuridiche una tutela giurisdizionale effettiva contro gli atti giuridici dell'Unione non indirizzati a loro senza però estendere al contempo il campo di applicazione del ricorso di annullamento al punto di farne una sorta di azione popolare (*actio popularis*)”.

Con le direttive ricorsi il legislatore europeo, con una intensità crescente a partire dal 1989, si è posto l'obiettivo di introdurre un livello minimo e uniforme di tutela in un settore nel quale l'incomunicabilità tra i sistemi processuali nazionali rischiava di pregiudicare la tenuta della stessa disciplina sostanziale in materia di appalti pubblici⁶³.

La nozione di legittimazione contenuta nella prima direttiva ricorsi del 1989 ha un carattere generico e volutamente aperto per consentirne l'adattamento alle diverse discipline processuali degli ordinamenti degli Stati membri. Il fine precipuo era quello di favorire la costruzione di un mercato unico, comune, aperto e concorrenziale, attraverso la garanzia del diritto al ricorso. Questo passaggio avvenne sotto una forte ascendenza del sistema anglosassone, nel quale la relazione tra piano sostanziale (la protezione dell'interesse) e versante processuale (il riconoscimento del rimedio) è ispirata a un rapporto di priorità logica inversa rispetto ai sistemi continentali: non già dall'interesse al rimedio, bensì dal rimedio all'interesse; dalla previsione del ricorso discende la protezione della situazione individuale⁶⁴.

Il metodo della comparazione consente di evidenziare progressivi avvicinamenti reciproci tra i sistemi nazionali, in virtù dell'applicazione di un comune diritto sovranazionale: si osserva, infatti, una crescente ibridazione nella costruzione della legittimazione ad agire, che conferma come la dicotomia tra modelli di *common law* e di *civil law*, tradizionalmente utilizzata quale principale parametro distintivo nelle analisi di diritto comparato, abbia perso capacità descrittiva e forza sistematizzante⁶⁵.

Nella materia degli appalti pubblici, in tema di legittimazione a impugnare gli atti di aggiudicazione, il nostro ordinamento si è visto progressivamente costretto ad accogliere un'interpretazione estensiva del presupposto dell'utilità, al fine di offrire protezione anche alla figura del c.d. interesse strumentale, strettamente connesso al ri-esercizio del potere amministrativo e non necessariamente conseguente all'accoglimento del ricorso⁶⁶. La figura dell'interesse strumentale – si è rilevato – non ac-

⁶³ La letteratura sul tema è sconfinata. Circa il delicato problema dell'autonomia procedurale e delle esigenze di uniformazione imposte dall'effettività del diritto europeo nel settore degli appalti pubblici, M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, 10 ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, 119; sul profilo specifico della legittimazione così come conformata dalle prime direttive comunitarie in materia di appalti, G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 825 ss.

⁶⁴ Per questa impostazione, già A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012.

⁶⁵ Circa lo svanire della contrapposizione tra *common law* e *civil law* intese quali modelli contrapposti impiegati negli studi di diritto amministrativo comparato, E. SCHMIDT-ARMANN, *Zum Standort der Rechtsvergleichung*, cit., 834-835; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 18 ss.

⁶⁶ In relazione alle vicende giurisprudenziali italiane, L. FERRARA, *L'adunanza plenaria ritorna sul ricorso incidentale escludente – Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 918 ss.; è intervenuto più volte sul tema R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 791 ss.; ID., *L'Adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e incidentale*, *ivi*, 811 ss.; ID., *Ricorso incidentale escludente*

corda diretta protezione all'interesse individuale del ricorrente non aggiudicatario, che aspira a ottenere il bene della vita che gli è stato negato (ossia, l'aggiudicazione), bensì riflette una tendenza espansiva e oggettivante nel sistema della tutela giurisdizionale amministrativa, volto alla protezione non solo dell'iniziativa economica della singola impresa, ma anche del corretto funzionamento concorrenziale del mercato.

L'assenza di forza individualizzante nelle direttive europee in materia di appalti – meramente dirette a disciplinare procedure e non a creare posizioni soggettive sostanziali – è testimoniata dall'evoluzione *sui generis* della relativa disciplina nell'ordinamento tedesco: in Germania, come anche in Italia, le regole sui procedimenti di gara hanno la loro genesi nelle leggi della contabilità di Stato, strumentali alla tutela della spesa pubblica; solo con l'europeizzazione del diritto degli appalti pubblici viene superato il limite concettuale tedesco di ritenere non giustiziabili gli interessi protetti dalle norme procedurali; la regolamentazione delle procedure di gara viene però inserita nella norma in materia di restrizioni sulla concorrenza (GWB), che prevede un procedimento amministrativo quasi giustiziale davanti alla *Vergabekammer* a tutela delle posizioni soggettive delle imprese partecipanti alle gare⁶⁷.

Nell'ordinamento italiano il contrasto tra giudice europeo e giudici amministrativi nazionali è emerso in relazione all'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale c.d. escludente, che ha innescato una *querelle* giurisprudenziale molto istruttiva e utile per mettere a confronto l'orientamento della Corte di giustizia, volto ad assegnare una funzione eminentemente oggettiva alla tutela giurisdizionale, e la diversa posizione del Consiglio di Stato. La questione dell'ordine di esame dei ricorsi ha infatti permesso al giudice amministrativo italiano di assumere un atteggiamento critico nei confronti dell'ampliamento della tutela all'interesse strumentale, atteggiamento fondato sull'assenza dell'effettiva titolarità, in capo al ricorrente, di una situazione sostanziale protetta e differenziata, necessaria per la presentazione del ricorso in un sistema soggettivo di tutela giurisdizionale⁶⁸. Il giudice europeo, al contrario, introduce una concezione della legittimazione sganciata da una consapevole e matura elaborazione delle situazioni soggettive; la sussistenza del cosiddetto interesse individuale, invero, non risponde sempre a una logica coerente, ma si presta a interpretazioni differenziate e selettive, che lasciano trasparire il plurisvalore riconosciuto alla tutela di interessi generali dell'Unione.

Proprio muovendo da questa particolare attenzione dell'ordinamento europeo verso la protezione di interessi generali cruciali per il perseguimento delle politiche

ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo, *ivi*, 881 ss.; L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligienica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, II, 1198 ss.; per un inquadramento più ampio del tema, C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Padova, 2016.

⁶⁷ Sul sindacato giurisdizionale relativo agli appalti pubblici in Germania, F. CORTESE, F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 262 ss. e spec. 283 ss.

⁶⁸ R. VILLATA, *Finale di partita*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, II, 826 ss.

europee, già l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, difendendo lo statuto soggettivo della nostra giurisdizione amministrativa, aveva rimarcato come la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non potesse essere compiuta nell'astratto interesse generale, ma esclusivamente al fine di soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente⁶⁹. La disputa si è poi inasprita ulteriormente in seguito ad alcune sentenze della Corte di giustizia, molto scarse e sbrigative nelle motivazioni: prima la sentenza *Fastweb*, poi *Puligienica*, dalle quali emerge chiaramente come l'interpretazione sempre più ampia dell'interesse strumentale finisca per assottigliare oltremisura la componente individuale dell'interesse al ricorso e della legittimazione ad agire, giungendo nelle sue interpretazioni più estreme a svuotare il presupposto dell'utilità o del vantaggio, anche meramente eventuale, ricavabile dall'accoglimento del ricorso⁷⁰. Arretramento della componente individuale che risulta inversamente proporzionale allo spazio di tutela accordato all'interesse strumentale, riconosciuto non solo nell'ipotesi dei procedimenti che vedono fronteggiarsi il ricorrente e il controinteressato, ma anche in capo all'intera platea delle imprese concorrenti, incluse quelle in fondo alla graduatoria ed estranee al giudizio; queste ultime infatti – secondo la sentenza *Puligienica* – contestando la sola aggiudicazione potrebbero in futuro avvantaggiarsi dell'eventuale annullamento in autotutela disposto dalla stazione appaltante⁷¹. L'estesa legittimazione imposta negli ordinamenti nazionali aveva prodotto un ulteriore incremento di ricorsi aventi ad oggetto l'impugnazione delle procedure di gara. Questa litigiosità non è stata del tutto risolta con l'introduzione dell'art. 120, co. 2-*bis*, nel codice del processo amministrativo, che costituisce un'ulteriore declinazione del "rito specialissimo" e accelerato previsto per gli appalti pubblici, in questo caso proprio strumentale a ridurre il contenzioso relativo alle impugnazioni delle ammissioni ed esclusioni nel procedimento di aggiudicazione dei contratti pubblici⁷².

⁶⁹ Così, in termini espliciti, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sent. 7 aprile 2011, n. 4.

⁷⁰ Sull'allentamento della componente di individualità discendente dalle norme europee e dagli interessi da queste ultime tutelati, E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., 108 ss.

⁷¹ Come è noto, la sentenza c.d. *Fastweb*, Corte giust. UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, pronunciandosi in ordine alla questione dell'ordine di esame dei ricorsi, aveva riconosciuto la protezione del c.d. interesse strumentale alla ripetizione della gara nelle sole ipotesi di contestazione del medesimo vizio, ossia il difetto di legittimazione, da parte di due sole imprese rimaste in gara. Il principio affermato dalla sentenza *Fastweb* era stato ripreso dalla successiva ad. plen. n. 9/2014, che ne aveva ulteriormente precisato la portata limitata. La successiva sentenza *Puligienica*, Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-689/13 ha invece stravolto e ulteriormente spinto verso una lettura oggettiva della giurisdizione in materia di gare pubbliche, stabilendo come l'interesse strumentale debba essere protetto anche a fronte di motivi di illegittimità non simmetrici contestati dalle imprese e nei casi in cui le imprese ricorrenti siano più di due. Inoltre la sentenza *Puligienica* tende a configurare l'interesse strumentale anche in capo alle imprese estranee al giudizio, in quanto potrebbero avvantaggiarsi della scelta dell'amministrazione di annullare la procedura in autotutela.

⁷² R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., 325 ss. La modifica normativa non è valsa neanche a eliminare alcuni profili di giurisdizione oggettiva latenti nella materia degli appalti pubblici, come ad esempio il potere/dovere del giudice di pronunciarsi sulla sorte del contratto nel caso

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11 maggio 2018, n. 6, ha nuovamente rimesso alla Corte di giustizia la questione circa l'esatta portata della nozione di interesse strumentale inscritto nell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CE, con ciò dimostrando come non sia ancora risolta la discrepanza tra dettami europei in materia di legittimazione negli appalti pubblici e regole processuali nazionali: in particolare, alla Corte di giustizia è stato chiesto, ancora una volta, di prendere posizione sulla possibile deriva oggettivante innescata dalla richiamata sentenza Puligienica, nonché parzialmente ridimensionata da alcune sentenze successive della Corte, nonché fatta oggetto di applicazioni differenti da parte dei nostri giudici amministrativi⁷³. Senza entrare nel dettaglio della questione tecnica, il punto centrale che emerge dalle argomentazioni dei giudici amministrativi, volte a stigmatizzare un eccessivo allargamento della nozione di interesse strumentale, è la necessità di un nesso stringente, che leghi l'accoglimento del ricorso e il conseguente effetto conformativo della sentenza all'utilità che potrebbe direttamente derivare in capo al ricorrente. Nesso non esclusivo, ammette il Consiglio di Stato, in quanto l'astratta possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto potrebbe anche discendere dalla sentenza che annulla il provvedimento di aggiudicazione ritenuto illegittimo, successivamente alla quale la stazione appaltante potrebbe decidere di ripetere la gara, ovvero anche dalla scelta discrezionale dell'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione ritenuto viziato; ciò che tuttavia è necessario per entrambe le ipotesi è la titolarità in capo al ricorrente, principale o escludente, di una situazione qualificata, non configurabile in capo a chi difetti della qualifica di "offerente interessato", come ad esempio l'offerente che sia stato definitivamente escluso⁷⁴ (con provvedimento dell'amministrazione ovvero del giudice)⁷⁵.

La Corte di giustizia, pronunciatisi sulla rimessione con sentenza 5 settembre 2019⁷⁶, ha ribadito la prevalente finalità di tutela della correttezza delle procedure

di annullamento per vizi gravi dell'aggiudicazione. Su tale profilo, M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, 3, 2017.

⁷³ Corte giust. UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudetrennung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, in C-244/15, che ha parzialmente circoscritto l'interpretazione più ampia dell'interesse strumentale contenuta nella precedente sentenza *Puligienica*, rimarcando come l'offerente escluso da un provvedimento definitivo dell'Amministrazione non possa essere considerato interessato ai sensi dell'art. 2-bis della direttiva 89/665/CEE; Corte giust. UE, 11 maggio 2017, *Archus*, C-731/16, che ha ad oggetto una situazione parzialmente diversa da quella del ricorso incidentale escludente.

⁷⁴ Per una recente analisi delle incongruenze presenti nelle sentenze della Corte di giustizia successive al caso *Fastweb*, R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, cit., 325 ss.

⁷⁵ L'interesse strumentale va dunque verificato caso per caso, non potendosi prestare a interpretazioni generalizzanti. In questa prospettiva si colloca Cons. St., sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, in questa *Rivista*, 2016, 1198, che pone dei paletti alla configurabilità dell'interesse strumentale: soprattutto nelle ipotesi di un numero di offerenti superiore a due e nei casi nei quali non tutte le offerte presentate erano viziose; pertanto in queste ipotesi non ci sarebbe stato spazio per la ripetizione della gara in quanto l'amministrazione avrebbe potuto procedere ad aggiudicare la gara attraverso uno slittamento della graduatoria.

⁷⁶ Corte giust. UE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18.

di gara anche a discapito delle regole processuali nazionali eventualmente più rigorose nell'individuazione delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi. In questa prospettiva, secondo il giudice europeo, imporre al ricorrente principale l'onere di provare l'irregolarità di tutte le offerte classificate alle sue spalle, per dimostrare la sussistenza in concreto di un interesse strumentale alla riedizione della gara, sarebbe eccessivamente e inutilmente gravoso, potendosi ritenere sufficiente la mera possibilità che il ricorso conduca al rinnovo della procedura.

8. Ulteriori spunti nelle Adunanze del Consiglio di Stato in materia di appalti

Alla difesa enfatica del modello soggettivo della giurisdizione amministrativa si affianca, anche nel nostro ordinamento, la valorizzazione della dimensione pubblica del processo amministrativo, che induce a ridimensionare la pretesa inconciliabilità tra i due modelli di giurisdizione⁷⁷. Il principio della domanda, della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, corollari del carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, imporrebbero al giudice di rispettare la graduazione dei vizi-motivi così come indicata nel ricorso; tuttavia, nel caso in cui venga in rilievo un vizio più radicale per l'esercizio della funzione amministrativa, quale quello di incompetenza, il giudice è tenuto a dargli la precedenza derogando all'ordine stabilito dal ricorrente⁷⁸.

L'*humus* culturale europeo appare dunque a favore di un'interpretazione inclusiva, fondata sulla funzionalizzazione del processo all'interesse generale della collettività⁷⁹. La rilevanza dell'accertamento della legittimità dell'azione amministrativa, momento centrale e ineliminabile anche in un sindacato di natura soggettiva, ha indotto il Consiglio di Stato a svolgere ulteriori considerazioni attinenti al "tipo di verità" cui deve aspirare un processo vertente sul corretto esercizio della funzione amministrativa⁸⁰: l'aspirazione al raggiungimento di una verità processuale tenden-

⁷⁷ F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 149 ss.; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo e oggettivo (osservazioni sparse)*, in *Giustamm.it*, 2013, 1 ss.

⁷⁸ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sent. 27 aprile 2015, n. 5; cfr. M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, IV, 1101 ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, III, 630 ss.; F.G. SCOCA, *Il modello processuale*, cit., 149 ss.

⁷⁹ Per un'analisi critica della netta contrapposizione tra interesse pubblico/generale e interesse individuale si vedano le lucide riflessioni di A. ROMANO, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 2010, 405 ss.; E. SCHMIDT-ABMANN, *Die Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., 11 ss.

⁸⁰ Per un'analisi approfondita dell'evoluzione del sindacato di legittimità del giudice amministrativo, A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir.*

zialmente coincidente con la verità storica, e quindi non meramente formale, impone di esaminare l'incremento dei poteri officiosi del giudice amministrativo, in relazione ad alcuni ambiti specifici, quale possibile manifestazione della dicotomia giurisdizione soggettiva/oggettiva.

9. La materia ambientale quale segnale di una possibile trasformazione del sistema tedesco della tutela giurisdizionale

Lo scollamento tra situazione soggettiva legittimante e oggetto del processo ha suscitato forti preoccupazioni anche nella dottrina tedesca, che si è interrogata con toni drammatici sull'eventualità di un'imminente *Funktionswandel* (mutazione della funzione) della tutela giurisdizionale⁸¹. In Germania, l'impatto della europeizzazione del diritto amministrativo sulla legittimazione ad agire ha riguardato in primo luogo la materia ambientale, in virtù degli obblighi internazionali discendenti dalla Convenzione di Aarhus, ma in realtà assume una portata più ampia, che per essere compresa necessita di un sintetico inquadramento storico e concettuale.

Occorre muovere dal richiamato statuto costituzionale della giustizia amministrativa, che con la c.d. *Systementscheidung* all'art. 19, co. 4, GG ha codificato la funzione individuale della tutela giurisdizionale, ma che, tuttavia, nell'interpretazione più aggiornata offerta dalla dottrina tedesca risulterebbe suscettibile di adattamento all'innovativa prospettiva aperta dall'ordinamento europeo, che riconosce alla società civile e ai cittadini degli Stati membri un ruolo attivo nel controllo della legalità dell'azione amministrativa, come ad esempio nella verifica della correttezza delle scelte in materia ambientale⁸².

La soluzione costituzionale e la sua attuazione – fissata nella VwGO (codice della procedura amministrativa) del 1960 – nel consacrare la centralità della tutela individuale presuppongono in applicazione della c.d. *Rechtswidrigkeitszusammenhang* (§ 113, VwGO) una stretta penetrazione tra lesione del diritto soggettivo e violazione normativa da parte dell'atto impugnato, e quindi non escludono in radice il controllo sulla violazione di quelle norme pubblicistiche che radicano la competenza dei tribunali amministrativi; norme che, pur dovendo necessariamente proteggere in modo diretto gli interessi individuali dei ricorrenti (secondo quanto richiesto dalla c.d. *Schutznormlehre* quale bussola interpretativa per individuare nella trama nor-

proc. amm., 2017, III, 816 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, IV, 906 ss.

⁸¹ K.F. GÄRDITZ, *Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag. Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand*, Monaco, 2016, 15 ss.

⁸² Per questa lettura della partecipazione attiva dei cittadini (*Aktivbürgerschaft*) sollecitata dal diritto europeo, K.P. SOMMERMANN, *Entwicklungspfade europäischer Verwaltungsgerichtsbarkeit*, cit., 1755.

mativa le posizioni individuali rientranti nella categoria dei diritti pubblici soggettivi), svolgono altresì una funzione – ulteriore rispetto a quella di tutela degli interessi individuali – di indirizzo nei confronti dell'amministrazione, orientandola al perseguimento degli interessi della collettività. Diversamente opinando, si rileva, verrebbe a cadere la distinzione tra norme pubblicistiche e norme privatistiche (e dunque lo stesso criterio di riparto tra giurisdizione amministrativa e ordinaria)⁸³.

La prima e più importante implicazione processuale della scelta soggettiva ha investito proprio la legittimazione ad agire, istituto travolto dall'incidenza della giurisprudenza europea che ha spinto la dottrina tedesca a invocare l'urgenza di aggiustamenti sistematici. Se infatti l'accesso alla tutela giurisdizionale imposto dal diritto europeo risultava troppo ampio per la dogmatica processuale tedesca, nella prospettiva europea l'approccio restrittivo praticato in Germania ostacolava la garanzia dei diritti di origine europea; aspetto quest'ultimo che conferma la complessità del sistema giurisdizionale europeo, fondato sulla necessaria e coerente collaborazione delle Corti nazionali.

Nonostante il principio dell'autonomia procedurale, la Germania è stata ripetutamente condannata dalla Corte di giustizia in materia ambientale, per questioni relative all'incompatibilità del sistema tedesco con le direttive europee, che non solo impongono agli Stati membri di riconoscere un'ampia legittimazione al pubblico interessato e quindi alle associazioni, ma pretendono un sindacato non limitato alla legittimità sostanziale, bensì capace di fornire particolare rilievo ai vizi procedurali degli atti delle amministrazioni. Rilievo che ha suscitato forti resistenze nell'ordinamento tedesco a causa della distinzione dogmatica tra vizi procedurali relativi e assoluti, connessa alla funzione meramente servente riconosciuta al procedimento amministrativo⁸⁴. Più in particolare, l'ampliamento della legittimazione oltre la sfera individuale avrebbe potuto determinare un necessario ripensamento circa la funzione e l'intensità del sindacato giurisdizionale, e in definitiva circa l'intero sistema tedesco di giustizia amministrativa, fondato, a differenza del nostro⁸⁵, su di una perfetta simmetria tra accesso alla tutela e oggetto del processo⁸⁶.

⁸³ Sul criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, E. SCHMIDT-ARMANN, *Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG*, cit., 120 ss.

⁸⁴ Il tema della distinzione tra vizi sostanziali e procedurali è molto ampio e nell'economia del nostro discorso può essere soltanto accennato, cfr. J. SAURER, *Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht*, Monaco, 2014, 351 ss.; P. LAZZARA, voce *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Treccani.it enciclopedia* (2012).

⁸⁵ Per tutti, A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 1989, 511 ss.; per un inquadramento più recente, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, II, 341 ss.; sia consentito rinviare per ulteriori riflessioni inserite nel contesto del diritto amministrativo europeo a M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 267 ss.

⁸⁶ Ne è derivata nella prassi un'irragionevole disparità tra i due livelli (nazionale ed europeo) ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale. Occorre, infatti, segnalare che, paradossalmente, la cosiddetta "mobilitazione dei singoli" e quindi l'estensione della legittimazione – insistentemente sollecitata dalla

Il diritto europeo rompe il sillogismo tedesco (norma materiale – protezione di un interesse individuale – legittimazione ad agire) per due ordini di ragioni: immette nel sistema norme procedurali che si riempiono di significato sostanziale – come è avvenuto in materia di appalti –; costringe il giudice amministrativo tedesco ad abbandonare il rigore usato nel selezionare i diritti giustiziabili, per adattarsi a tutelare interessi generali europei. Gli imperativi europei hanno così prodotto due conseguenze diverse nel sistema processuale tedesco: una modifica normativa e un aggiustamento sistematico.

Successivamente alla sentenza della Corte di giustizia Trianel del 2011⁸⁷, il legislatore tedesco ha infatti dovuto modificare un articolo della norma interna di recepimento della direttiva 2003/35/CE, che subordinava la proposizione dei ricorsi da parte delle associazioni alla condizione che la norma ambientale (§ 2 dell'*Umwelt-Rechtsbehelfgesetz* del 2006) proteggesse anche diritti individuali⁸⁸; norma quest'ultima considerata lesiva del principio dell'effettività della tutela. Sul piano sistematico, invece, i giuristi tedeschi sono stati dapprima costretti ad ampliare le maglie di individualità del diritto soggettivo, creando la figura dei diritti soggettivi procuratori, portatori di istanze legate a nuove esigenze economiche e sociali⁸⁹. I contenuti delle norme europee e l'esigenza di cooperazione e di coerenza richiesta ai giudici nazionali in veste di giudici dell'Unione hanno portato la dottrina tedesca ad ammettere come le azioni delle associazioni non possano essere interamente ricondotte a un modello soggettivo di tutela, in quanto indirizzate a definire un equilibrio tra interessi non limitato a una semplicistica relazione verticale Stato-individuo, ma esteso a relazioni trasversali, nel quale, tuttavia, anche l'interesse individuale può ottenere soddisfazione⁹⁰. Queste azioni costituiscono una modalità aggiuntiva e integrativa della tutela giurisdizionale individuale, non incompatibile con la portata prescrittiva dell'art. 19, co. 4, GG, che non esclude forme di controllo di diritto oggettivo. In altri termini, la garanzia prevista dal GG si prefigge di assicurare uno standard minimo di tutela, ma nella sua interpretazione evolutiva si estende anche a ricomprendere quelle modalità ulteriori, capaci di offrire protezione a interessi soggettivamente più sbiaditi che, se anche non perfettamente riconducibili alla categoria del diritto pubblico soggettivo, hanno consentito di sottoporre a controllo giurisdizionale attività delle amministrazioni altrimenti non giustiziabili⁹¹.

Corte di giustizia nei confronti degli Stati membri – non viene rispettata al livello dell'Unione, che relativamente alla impugnazione degli atti dell'Unione stenta ad applicare i medesimi *standard* di accesso alla giustizia imposti agli Stati membri.

⁸⁷ Corte giust. CE, 12 maggio 2011, C-115/09, *Trianel*.

⁸⁸ E. SCHMIDT-ARMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., 112.

⁸⁹ Sulla nozione di diritto soggettivo procuratorio, A.K. MANGOLD, R. WAHL, *Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept*, cit., 4 ss.; E. SCHMIDT-ARMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., 110 ss.

⁹⁰ Circa le questioni legate alla tutela delle azioni delle associazioni nel sistema processuale tedesco, A.K. MANGOLD, R. WAHL, *Das europäisierte deutsche Rechtsschutzkonzept*, cit., 4 ss.

⁹¹ P.M. HUBER, M. GUTTNER, *Zur verfassungsrechtlichen Prägung*, cit., 20 ss., che evidenzia come tut-

I ragionamenti appena svolti possono proficuamente essere impiegati anche per il nostro ordinamento, nel senso di ritenere che la garanzia e l'azionabilità delle posizioni individuali costituiscano una proiezione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale previsto dalla nostra Costituzione (artt. 24 e 103 Cost.), ma questo non esclude la possibilità di veicolare attraverso la tutela di interessi soggettivamente più allargati anche nuovi valori ed esigenze sociali. In questo senso, le aperture oggettive del sindacato giurisdizionale hanno prodotto esiti positivi nei termini di incremento dell'attività amministrativa giustiziabile.

10. *Le ipotesi di legittimazione ex lege e il possibile superamento della distinzione tra giurisdizione di diritto soggettivo e di diritto oggettivo*

In materia ambientale, l'ordinamento italiano ha presentato minori difficoltà di quello tedesco nell'adeguamento alle sollecitazioni oggettivanti europee, probabilmente per due diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, le caratteristiche strutturali della peculiare figura dell'interesse legittimo hanno consentito da subito di estendere la tutela giurisdizionale a una varietà di interessi, individuali ma anche superindividuali, incisi dall'esercizio del potere amministrativo, secondo un percorso di giuridicizzazione espansiva imputabile alla connotazione elastica di quella figura concettuale, capace di registrare anche nuovi interessi di fatto, emersi da nuove esigenze sociali ed economiche, così sfumando la contrapposizione tra interesse individuale e interesse generale⁹².

La seconda ragione è imputabile a un diverso fenomeno, non limitato alla materia ambientale, e consistente nella previsione di un numero incrementale di ipotesi di legittimazione *ex lege* in capo a pubbliche amministrazioni (amministrazioni indipendenti per lo più), alle quali è stata affidata la tutela di interessi generali, particolarmente vicini all'ordinamento europeo (concorrenza, appalti, procedure di gara, servizi pubblici). Ipotesi definite variamente, straordinarie o derogatorie della legittimazione soggettiva coerente con lo statuto costituzionale della nostra giurisdizione amministrativa⁹³. Casi in cui la distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva

tavia, nonostante le aperture a forme di sindacato inclini sotto l'influenza del diritto europeo a prestare attenzione anche al controllo della legalità dell'azione amministrativa, questo momento costituisce sempre un effetto riflesso, in un sindacato nel quale resta centrale la tutela della posizione individuale.

⁹² Il dibattito sulla definizione dell'interesse legittimo non può ancora dirsi concluso, restano però centrali i lavori di G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 120 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973; ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, I, 1 ss. Per una recente analisi, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

⁹³ Per una ricostruzione sistematica delle recenti ipotesi di legittimazione *ex lege*, V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva"*, cit., 341 ss.

tende a sfumare e il ruolo di *enforcement* del diritto europeo, affidato al ricorso dei singoli, viene attribuito al ricorso delle pubbliche amministrazioni⁹⁴. Si pone dunque il problema della riconduzione di queste forme di legittimazione *extra ordinem* ai modelli teorici tradizionali, elaborati dalla dottrina processuale. La questione riguarda temi e riflessioni di una certa complessità, con esiti che presentano importanti ricadute di natura sistematica e applicativa.

Ci si interroga se l'aumento esponenziale di ipotesi derogatorie possa determinare l'effetto di un "cambio di paradigma", secondo l'espressione di Eduardo García de Enterría, ossia se le ipotesi di legittimazione straordinaria (quali quelle dell'AGCM, dell'ANAC, e altre), slegate dalla titolarità di un interesse individuale protetto – e che dunque sembrerebbero collocabili nel modello di tipo oggettivo –, siano tali da scardinare o da indurre a un ripensamento circa il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa⁹⁵. La risposta all'interrogativo deve passare attraverso l'analisi delle ripercussioni che la legittimazione straordinaria è in grado di produrre sul piano delle regole processuali applicabili.

In questa prospettiva è la distinzione, introdotta da Vincenzo Cerulli Irelli, tra legittimazione oggettiva e giurisdizione di diritto oggettivo. La prima consisterebbe nell'attribuzione legislativa, o talora giurisprudenziale, della legittimazione ad agire a determinate pubbliche amministrazioni, a protezione di interessi generali (di regola quelli affidati alle specifiche cure di un'amministrazione) o di interessi collettivi. La seconda, ossia la giurisdizione di diritto oggettivo, riguarderebbe più propriamente l'oggetto del giudizio: non già la protezione di interessi individuali o soggettivi, bensì la garanzia della corretta applicazione della legge, e si contraddistinguerebbe per l'iniziativa d'ufficio e non a domanda di parte⁹⁶. Legittimazione straordinaria e giurisdizione di diritto oggettivo non costituiscono dunque un binomio obbligato, potendosi dare ipotesi di legittimazione straordinaria nell'ambito del modello di giurisdizione soggettiva.

In questo quadro, posto il comune carattere derogatorio delle ipotesi di legittimazione straordinaria, sembra utile – in via preliminare – valorizzare una distinzione, tra i casi nei quali il legislatore attribuisce la legittimazione straordinaria a pub-

⁹⁴ Nella prospettiva di ritenere come la legittimazione *ex lege* riconosciuta alle associazioni ambientaliste a tutela dell'ambiente si riempia di una connotazione oggettiva, A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva?*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 333 ss. Per un'analisi completa delle differenti tipologie di legittimazione, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

⁹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010, 65.

⁹⁶ La teoria del processo amministrativo tedesco, attraverso l'impiego delle c.d. *Maximen*, offre l'esempio concreto di come debba distinguersi tra piano attinente all'iniziativa processuale e principio della domanda, che affida al ricorrente il potere di definire attraverso l'indicazione dei vizi-motivo il perimetro della controversia. La dottrina tedesca, infatti, utilizza termini differenti per identificare il potere di iniziativa processuale (*Verfügungsgrundsatz*), con i suoi corollari relativi all'eventuale potere di rinunciare alla proposizione dell'azione, e, invece, il principio della domanda, che attiene alla delimitazione del *thema decidendum*.

bliche amministrazioni tenute a curare determinati interessi pubblici (come avviene nel caso dell'Antitrust, o dell'ANAC, anche se qui in modo più articolato, stante la pluralità di interessi affidati alle sue cure) e le diverse ipotesi nelle quali la legittimazione straordinaria viene riconosciuta in capo ad associazioni e comitati (di natura privata), preposti alla protezione di interessi cosiddetti diffusi, superindividuali, adespoti (come nel caso ormai risalente della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente)⁹⁷. Nel primo caso, infatti, la legittimazione *ex lege* svolge una funzione di *enforcement* delle regole (della concorrenza, o di quelle che presidiano le procedure di gara); mentre nel secondo caso assume una evidente veste suppletiva – compensativa di un deficit di riconoscimento di tutela giurisdizionale – a fronte della perdurante riluttanza del giudice amministrativo a riconoscere la legittimazione ad agire ai singoli, per la tutela di interessi superindividuali presenti allo stato diffuso e privi di un sufficiente radicamento soggettivo.

La legittimazione speciale, dunque, nel primo caso deroga alla generale, affiancandosi e non sostituendosi a questa ultima, mentre nel secondo caso colma un vuoto di tutela, così come efficacemente descritto dalla dottrina tedesca che qualifica le azioni delle associazioni a tutela dell'ambiente come azioni "altruistiche" (*altruistische Verbandsklage*)⁹⁸.

La legittimazione straordinaria con funzione di *enforcement* svolge, di volta in volta, un ruolo alternativo, rafforzativo o anticipatorio. La legittimazione straordinaria dell'Antitrust, ad esempio – esercitabile solo dopo avere infruttuosamente tentato di evitare le distorsioni della concorrenza attraverso le indicazioni formulate nel parere, ritenuto un presupposto procedurale⁹⁹ –, si aggiunge a quella delle imprese, con funzione rafforzativa della tutela, nel caso di impugnazione di provvedimenti puntuali contrastanti con le regole sulla concorrenza; invece, nel caso dell'impugnazione di regolamenti o atti amministrativi generali, svolge un ruolo anticipatorio della tutela, in quanto l'assenza dell'immediata lesività dell'atto impugnato impedirebbe la configurazione dell'interesse ad agire in capo alle singole imprese.

Ulteriori spunti di riflessione riguardano la natura della legittimazione speciale in funzione di *enforcement*¹⁰⁰. Innanzitutto dovrebbe essere sgombrato il campo da

⁹⁷ Sulla legittimazione delle associazioni in materia ambientale, M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di Environmental Interests nella Judicial Review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, III, 734 ss. Sulla legittimazione *ex lege* dell'Anac, E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell'Anac: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 119*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 261 ss.

⁹⁸ Per il termine "*altruistische Verbandsklage*", W. SKOURIS, *Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozess*, Köln, 1979.

⁹⁹ Per ulteriori approfondimenti sul punto, P. LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Conc. e merc.*, 2018, 65 ss.

¹⁰⁰ Per un inquadramento generale di questa forma speciale di legittimazione, M. CLARICH, *Il "pu-*

alcuni equivoci relativi alla legittimazione straordinaria dell'AGCM (e dell'ANAC) inclini a far derivare dal riconoscimento dell'azione processuale la titolarità di una situazione soggettiva sostanziale "di nuovo genere". L'art. 21-bis, l. n. 281/1990, così come l'art. 211, co. 1-bis, del codice dei contratti pubblici, sono norme processuali che in quanto tali non possono essere considerate attributive di nuove situazioni giuridiche soggettive sostanziali ultra-individuali¹⁰¹. Il potere di iniziativa processuale attribuito all'AGCM (e anche in capo all'ANAC) è funzionale alla tutela del medesimo interesse già soggettivato in capo all'amministrazione al momento della sua istituzione. L'aspetto di più difficile decifrazione resta quello relativo alla qualificazione della natura dell'interesse, di rilievo costituzionale ed europeo, alla protezione della concorrenza, trattandosi di un interesse senz'altro generale che si sostanzia, però, nella garanzia dell'iniziativa economica delle singole imprese e nel benessere dei consumatori¹⁰². Queste ipotesi recenti di legittimazione *ex lege* costituiscono una variante nazionale delle tecniche di *enforcement* ampiamente impiegate nel sistema giurisdizionale europeo, che – come già visto – da subito ha fatto un uso strumentale della legittimazione ad agire per conseguire l'effetto diretto e il primato del diritto comunitario.

11. Inquadramento sistematico delle forme di legittimazione oggettiva o derogatoria: la soluzione tedesca

Si può tentare di trovare una risposta all'interrogativo circa l'inquadramento sistematico di queste forme di legittimazione derogatoria nel codice tedesco di procedura amministrativa. Nel nostro ordinamento, la previsione di ipotesi di legittimazione straordinaria o *ex lege* ha sempre seguito un andamento puntiforme ed episodico. Nel sistema tedesco, improntato a una concezione rigorosamente individuale della tutela giurisdizionale, il codice di procedura amministrativa prevede al § 42 una clausola di apertura, che consente nei casi espressamente previsti dalla legge di riconoscere l'accesso alla giustizia derogando al presupposto della titolarità di un diritto soggettivo¹⁰³. Il legislatore tedesco ha risolto la questione in termini generali attraverso l'astratta previsione di una categoria derogatoria di legittimazione sottoposta ad esplicita riserva di legge, capace di offrire tutela agli interessi non indivi-

blic enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990, in *Conc. e merc.*, 2018, 99 ss.

¹⁰¹ Per questa interpretazione, M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Conc. e merc.*, 2018, 83 ss.

¹⁰² M. RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza*, cit., 16 ss.

¹⁰³ K.F. GÄRDITZ, § 42, in F. SCHOCH, J.P. SCHNEIDER, W. BIER (a cura di), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Monaco, 2012.

duali, ai quali il legislatore ritiene opportuno riconoscere protezione giurisdizionale¹⁰⁴; questa forma speciale di legittimazione non altera, tuttavia, la struttura soggettiva del processo amministrativo, che resta sottoposto alle medesime regole processuali contenute nella VwGO.

L'ampliamento esponenziale delle ipotesi di legittimazione *ex lege* in capo alle pubbliche amministrazioni solleva questioni più generali, che dal mutamento della funzione della tutela giurisdizionale amministrativa si estendono all'eventualità di un suo sconfinamento in attività riservate alle pubbliche amministrazioni. In queste ipotesi derogatorie, infatti, il giudice amministrativo interviene non già per offrire soddisfazione alla pretesa materiale del ricorrente leso da un provvedimento dell'amministrazione, bensì per sopperire a inefficienze della pubblica amministrazione nella cura degli interessi a essa affidati (la protezione dell'ambiente, l'*enforcement* del diritto antitrust, il corretto espletamento delle procedure di gara). Ci si chiede allora se il compito affidato al giudice di garantire la corretta applicazione della legge – in materia di protezione dell'ambiente, di concorrenza, di procedure dell'evvidenza pubblica – non determini un'indebita invasione in una sfera di competenza riservata a un altro potere, dando luogo a un'amministrativizzazione della funzione giurisdizionale¹⁰⁵.

12. Le regole probatorie tra modello soggettivo e modello oggettivo di giurisdizione

In termini tradizionali si registra la tendenza a giustapporre paradigmi istruttori e modelli di giurisdizione: da un lato il principio inquisitorio, o della c.d. *Untersuchungsmaxime*, dall'altro il principio dispositivo, o della c.d. *Verhandlungsmaxime*. L'applicazione del primo sembrerebbe più congeniale alla ricerca della c.d. verità reale o storica, che il giudice dovrebbe accertare nell'ambito di un modello oggettivo di giurisdizione avente ad oggetto l'esercizio di pubbliche funzioni; mentre l'applicazione del secondo si adatterebbe meglio a un modello soggettivo, ossia a quei processi volti all'accertamento della c.d. verità formale¹⁰⁶, nei quali il giudice resta rigorosa-

¹⁰⁴ Il problema si è posto in modo particolarmente evidente a fronte dell'impatto del diritto europeo, ossia rispetto alla possibilità di riconoscere o meno l'accesso alla tutela giurisdizionale a interessi non coincidenti con la figura dogmatica del diritto pubblico soggettivo.

¹⁰⁵ L. DE LUCIA, *Locus Standi and distrust of the public administration. A comparison of three models*, in *Review of European Administrative Law*, 2017, II, 7 ss., spec. 10 ss.

¹⁰⁶ Richiama questa giustapposizione A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici*, Napoli, 2014, 183 ss.; spunti utili in P. LOMBARDI, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva «temperata»*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, I, 128 ss.

mente vincolato alle allegazioni delle parti, in quanto prevale l'obiettivo della risoluzione della controversia sulla correttezza della pronuncia giurisdizionale.

Il processo comunitario, come è noto, si articola in una pluralità di procedimenti tra loro fortemente differenziati, tanto da attribuire al giudice europeo ruoli e poteri differenti: in via esemplificativa, nel caso dei ricorsi diretti (di annullamento) si configura una forma di tutela prossima a quella giurisdizionale amministrativa; mentre nel caso del rinvio pregiudiziale di interpretazione il ruolo del giudice europeo si può accostare a quello di una Corte costituzionale. La scelta del principio istruttorio applicabile al processo dinanzi al giudice europeo risulta dunque condizionata anche dal diverso grado di attenzione prestato all'interesse generale o, invece, all'interesse individuale; nel primo caso, infatti, l'esigenza più forte di ricostruzione e di accertamento dei fatti spingerebbe il giudice a far ricorso anche a poteri di iniziativa d'ufficio, mentre nel secondo caso l'obiettivo prevalente di risolvere controversie tra privati lascerebbe il giudice meno attivo nella ricerca della verità e più incline ad accontentarsi degli elementi fattuali allegati dalle parti.

La disciplina dell'istruzione probatoria ricavabile nello Statuto della Corte di giustizia e nei regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale presenta un indubbio carattere compromissorio delle regole probatorie degli Stati membri: essa, infatti, combina il principio dispositivo con quello inquisitorio, ispirandosi alle differenti tradizioni processuali degli ordinamenti degli Stati membri¹⁰⁷. Le disposizioni dei regolamenti presentano contenuti alquanto succinti e lasciano al giudice un notevole margine di discrezionalità nel fare o meno uso dei suoi poteri officiosi, soprattutto per quanto riguarda la richiesta di produzione di documenti o di informazioni rivolta alle parti, ma anche nei confronti dei terzi, che nel processo comunitario riveste un ruolo strategico. Nel processo comunitario esiste una forte asimmetria tra le parti private, da una parte, e quelle istituzionali/statali, dall'altra, pertanto l'intervento "riequilibratore" del giudice, attraverso l'ordine di acquisizione al giudizio di materiali nell'esclusiva disponibilità di una parte, può essere decisivo, posto che il giudizio resta comunque improntato al principio dell'onere della prova¹⁰⁸.

Forte risulta l'ascendenza della dottrina processuale amministrativistica tedesca relativamente alla convivenza tra c.d. *Verhandlungsmaxime* (principio dispositivo) e

¹⁰⁷ Su questo carattere compromissorio la dottrina è piuttosto unanime, cfr. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., 220, che sottolinea come l'istituzione del Tribunale come giudice competente ad accertare i fatti avrebbe fatto presagire un incremento dei suoi poteri inquisitori, esito che invece non si è realizzato; K. ANDOVÁ, *Das Gerichtsverfahren vor dem EuGH, dem Gericht der EU und dem Gericht für den öffentlichen Dienst*, in H.W. RENGELING, A. MIDDEKE, M. GELLERMANN (a cura di), *Handbuch des Rechtsschutzes*, cit., 459-460.

¹⁰⁸ Nella sia pur scarna disciplina dei regolamenti di procedura il ricorso ai poteri officiosi da parte del giudice comunitario resta sottoposto a delle limitazioni (rimanendo prevalente la logica della finalità riequilibratrice), così come anche la richiesta di acquisizioni o l'ordine di esibizione di documenti nella disponibilità di un'altra parte deve essere giustificata e motivata dalla parte che la richiede, cfr. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., 226 ss.

Untersuchungsmaxime (principio inquisitorio); questa apparente ambivalenza è imputabile all'impiego di varianti lessicali parzialmente fraintese. Nel processo comunitario, infatti, nonostante la vigenza del principio della domanda, che impone ai ricorrenti, pena l'inammissibilità del ricorso, di delimitare l'oggetto della controversia attraverso l'indicazione degli elementi di fatto e di diritto, nonché attraverso il deposito di documenti e l'indicazione dei mezzi di prova esperibili, il giudice non è strettamente vincolato all'allegazione delle parti, disponendo di un ampio margine di manovra, che può manifestarsi soprattutto nella richiesta di documenti e di informazioni nonché nell'acquisizione di ulteriori mezzi di prova, secondo una procedura che, quanto a termini di decadenza, risulta meno rigorosa e stringente di quella prevista per i ricorrenti¹⁰⁹. L'aspetto più delicato è rappresentato dall'assenza di una definitiva regolamentazione dei limiti all'esercizio del potere officioso da parte del giudice comunitario.

Al carattere lacunoso della disciplina generale, contenuta nello Statuto della Corte di giustizia e nei regolamenti di procedura davanti al Tribunale e alla Corte di giustizia, si aggiunge negli atti di diritto derivato, che specificano le parti gravate dell'onere probatorio, l'assenza di qualsiasi indicazione sul livello di evidenza probatoria necessario a convincere il giudice; esemplificativi di questa lacuna regolatoria sono il regolamento n. 1/2003 in materia di *enforcement* della concorrenza e il regolamento n. 139/2004 relativo al procedimento di controllo sulle fusioni tra imprese, che attraverso un utilizzo strategico e oscillante di differenti *standard* probatori si prestano a interpretazioni particolarmente sensibili alla tutela del mercato, a discapito dei diritti di difesa e dell'iniziativa economica delle imprese¹¹⁰.

La disciplina lacunosa dell'istruzione probatoria e soprattutto il carattere mobile e selettivo della ripartizione degli oneri probatori tra le parti, unitamente all'indeterminatezza del livello di evidenza probatoria preteso, mostrano come il processo comunitario sia preordinato non tanto e non solo alla tutela delle posizioni individuali dei ricorrenti, ma soprattutto risulti strategicamente funzionale al perseguimento degli interessi generali dell'Unione, come evidenzia l'ampio ricorso alle inferenze e alle presunzioni, che il giudice comunitario compie in particolare nella ricostruzione degli elementi di fatto nel sindacato sulla legittimità dei provvedimenti di infrazione della Commissione. In questa materia, allora, non solo i paradigmi istruttori impiegati combinano tradizioni processuali e culturali differenti, ma la tecnica di accertamento dei fatti praticata dal Tribunale, così come della Corte di giustizia, operano

¹⁰⁹ Mentre infatti ai ricorrenti per ragioni organizzative viene imposto di presentare documenti o richieste di provvedimenti istruttori ulteriori entro la conclusione della fase orale, al Tribunale, nonostante le preclusioni fissate nell'art. 48, § 2, del regolamento di procedura davanti al Tribunale, non è impedito di prendere in considerazione nella sua decisione anche elementi che siano stati depositati in violazione delle suddette preclusioni, cfr. K. ANDOVÁ, *Das Gerichtsverfahren vor dem EuGH*, cit., 469.

¹¹⁰ Sul tema, con ampi riferimenti alla giurisprudenza europea, F. CASTILLO DE LA TORRE, E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Northampton, 2017, 25 ss.

come strumenti di indirizzo e di potenziale condizionamento degli esiti delle decisioni giurisdizionali, accrescendo l'effettività del diritto oggettivo europeo¹¹¹.

13. La funzione nomofilattica del rinvio pregiudiziale e il sacrificio delle preclusioni processuali imposte dagli ordinamenti nazionali

Il rinvio pregiudiziale di interpretazione costituisce un ulteriore terreno di crisi della struttura soggettiva del processo amministrativo italiano, crisi legata alle esigenze di corretta interpretazione ed effettività del diritto europeo.

Con un'ordinanza del Consiglio di Stato di qualche anno fa il giudice amministrativo investiva la Corte di giustizia, *inter alia*, della questione riguardante le ricadute che la connotazione soggettiva del processo amministrativo italiano avrebbe potuto determinare sul funzionamento del rinvio pregiudiziale¹¹². La questione riguardava, più precisamente, il rinvio pregiudiziale di interpretazione da parte del giudice di ultima istanza, e in particolare i poteri del giudice nazionale e delle parti nell'individuazione delle questioni da sottoporre al giudice dell'Unione¹¹³. In altri termini, ci si chiedeva se, utilizzando il lessico processuale interno, la questione pregiudiziale sollevata dall'appellante potesse essere considerata alla stregua di un motivo di ricorso. In caso affermativo, in applicazione del principio della domanda il giudice del rinvio avrebbe dovuto attenersi rigorosamente a quanto indicato dalle parti, senza alcun potere di intervenire sui contenuti della questione pregiudiziale sollevata in giudizio. Il Consiglio di Stato chiedeva se le preclusioni processuali previste nel nostro sistema di giustizia amministrativa, che fissano "*termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte*", fossero o meno compatibili con l'art. 267, par. 3, del TFUE; più precisamente, la Corte avrebbe dovuto chiarire se il giudice di ultima istanza dovesse sempre ammettere una domanda di rinvio pregiudiziale, intesa quale motivo di ricorso, anche in deroga al divieto di introduzione di nuovi motivi in appello, e se spettasse al giudice un potere di soccorso e di integrazione rispet-

¹¹¹ Il ruolo cruciale svolto dal giudice comunitario nell'accogliere o meno una richiesta di una parte di acquisizione di un documento al processo, laddove il documento fosse nella disponibilità di un'altra parte ma risultasse indispensabile per supportare la sua strategia difensiva, è emerso nella sentenza della Corte giust. CE, 4 marzo 1999, C-119/97, *Ufex e altri c. Commissione*.

¹¹² Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244.

¹¹³ Sul tema, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, TFUE e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio AIC*, 2014, I; M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, V, 745 ss.

za è im-
o comu-
pone ai
ntrover-
verso il
e non è
margine
e di in-
a proce-
li quella
a di una
arte del

o della
Corte di
gravate
za pro-
golato-
nza e il
tra im-
proba-
cato, a

mobile
ndeter-
sso co-
viduali
imento
enze e
uzione
azione
impie-
accer-
erano

menti o
ale, no-
bunale,
tati de-
or dem

GIPPINI

to alla formulazione delle domande sollevate dalle parti. La Corte di giustizia nel 2013¹¹⁴, incurante delle regole interne poste a presidio del carattere soggettivo della giurisdizione, ha riconosciuto in capo al giudice di ultima istanza il potere di determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione, rilevanti ai fini della decisione principale.

Le preclusioni interne, allora, se potenzialmente limitative delle competenze e degli obblighi del giudice nazionale di rinviare alla Corte di giustizia, devono essere oggetto di disapplicazione da parte dello stesso giudice; emerge, da un lato, il carattere cedevole dell'autonomia procedurale degli Stati membri, laddove quest'ultima possa pregiudicare l'efficacia delle norme comunitarie; e, dall'altro, la doverosità del rinvio da parte del giudice nazionale di ultima istanza – fermo restando il suo potere discrezionale di sottoporre la richiesta di parte allo scrutinio di rilevanza per la soluzione della controversia – quale strumento di cooperazione giudiziaria strumentale al diritto obiettivo europeo¹¹⁵.

Non è l'unica volta che il giudice europeo prende posizione sulle preclusioni processuali degli Stati membri. Nel 2015 la Corte di giustizia ha ritenuto lesiva del diritto europeo la c.d. preclusione materiale, disciplinata nel § 73, co. 4, della legge tedesca sul procedimento amministrativo e nella legge recante disposizioni complementari relative ai ricorsi in materia ambientale¹¹⁶. Anche in questo caso, la Corte di giustizia ha considerato incompatibili con il principio di effettività della tutela regole processuali interne poste a presidio della tempestiva definizione dell'oggetto della controversia (ma anche dell'efficiente funzionamento del sistema giurisdizionale), laddove avrebbero limitato l'accesso alla giustizia e la portata del controllo giurisdizionale, impedendo alle associazioni intervenute nei procedimenti di pianificazione ambientale di essere considerate legittimate ad agire per violazioni relative a profili di illegittimità non fatti già valere nel procedimento amministrativo, nella fase della partecipazione.

La Corte di giustizia nella sua giurisprudenza ha dunque assunto un atteggiamento severo nei confronti delle preclusioni processuali nazionali, funzionali a preservare la connotazione soggettiva dei sistemi di tutela giurisdizionale. Il rispetto di istituti processuali posti a presidio dell'autonomia dispositiva delle parti processuali sembrerebbe così passare in secondo piano rispetto alla garanzia del controllo diffuso della legalità comunitaria.

¹¹⁴ Corte giust. UE, 18 luglio 2013, C-136/12.

¹¹⁵ Sulla funzione del rinvio pregiudiziale, M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in ID. *Diritto amministrativo europeo*, cit., 498 ss.; B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, cit., 203 ss.

¹¹⁶ K. RENNERT, *Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluß des Unionsrechts? – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand. Referat auf dem 71. Deutscher Juristentag in Essen*, in www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160914_essen_funktionswandel_rennert.pdf, 2016, 11ss.

14. Verso un ridimensionamento della contrapposizione

Le spinte oggettivanti suscitate dalla necessità di conformazione dei sistemi nazionali ai dettami europei non sempre si sono tradotte in un affievolimento di tutela per i privati e per le imprese. La contrapposizione tra giurisdizione di diritto soggettivo e di diritto oggettivo, apparentemente inasprita nel dialogo tra giudici nazionali e giudici europei, andrebbe dunque ridimensionata. Le due forme di controllo sono due modelli ideali, che non esistono nella realtà nella loro astratta purezza¹¹⁷.

La desoggettivizzazione dell'interesse materiale protetto dalle norme sull'evidenza pubblica, oltre a tutelare l'interesse europeo alla concorrenza, protegge in modo crescente le aspirazioni delle imprese non aggiudicatarie. I contrasti giurisprudenziali innescati dal diritto europeo hanno determinato l'ampliamento degli interessi protetti e quindi azionabili, non più correlati al solo provvedimento di aggiudicazione, ma configurabili già nei confronti degli atti di ammissione e di esclusione, con ciò anticipando i tempi di proposizione del ricorso giurisdizionale, sulla base dell'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a.

L'ordinamento tedesco – da parte sua – ha accettato gli effetti sovversivi discendenti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia ambientale, recuperando la funzionalizzazione del processo amministrativo al perseguimento di interessi generali, capaci di garantire anche le posizioni individuali dei privati.

Anche la doverosità impressa al rinvio pregiudiziale e preordinata al rafforzamento dell'ordinamento amministrativo europeo potrebbe finire con il produrre incrementi di tutela per le parti della controversia pendente di fronte al giudice nazionale, almeno nel senso della definizione delle loro posizioni – in applicazione del principio della certezza del diritto – anche laddove venissero sacrificati alcuni degli istituti espressione della struttura soggettiva del processo amministrativo.

In una prospettiva comparata, dunque, l'inconciliabilità tra i due modelli di giurisdizione è andata progressivamente stemperandosi. La funzionalizzazione dei processi amministrativi nazionali al perseguimento di interessi generali europei ha reso meno drammatica la tensione tra un'impostazione strettamente soggettiva della tutela giurisdizionale e la presenza di spinte oggettive; queste ultime hanno prodotto delle conseguenze sostanziali negli ordinamenti nazionali, favorendo la giuridicizzazione di interessi prima sprovvisti di protezione.

La diffidenza nei confronti di forme di controllo di diritto oggettivo ha una radice storica, radicata nell'ideologia tipica dei sistemi processuali ottocenteschi, nei quali, in modo analogo alla contrapposizione tra principio inquisitorio e principio

¹¹⁷ Che i due modelli di controllo giurisdizionale non fossero in netta contrapposizione si legge già nelle parole di un giurista difensore della concezione soggettiva della tutela giurisdizionale amministrativa: così R. VON GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlino, 1879, 270: «Folgeweise sind alle Controlen der Staatsverwaltung gleichzeitig zum Schutz der Gesamtheit wie des Einzelnen bestimmt».

dispositivo nell'istruttoria processuale, si tende a ricondurre la dicotomia tra giurisdizione di diritto oggettivo o di diritto soggettivo all'alternativa retorica tra autoritario e liberale¹¹⁸. Pregiudizio che deve ormai essere superato, sia per la sopravvenuta difficoltà di differenziare in termini drastici i due modelli di giurisdizione e le funzioni da essi svolte, sia per la circostanza che nel processo dell'integrazione europea il riconoscimento di poteri officiosi in capo al giudice e la previsione di controlli diffusi sulla legalità dell'azione amministrativa non si sono mostrati inconciliabili con la protezione delle garanzie e dei diritti fondamentali dei cittadini europei.

¹¹⁸M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2006, 451 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 22.

Finito di stampare nel mese di marzo 2021
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220