

GIULIA MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2016 (MARGHERITA RAMAJOLI)

Il volume di Giulia Mannucci ha il merito di contribuire lucidamente al dibattito sulle pretese dei privati nei confronti della pubblica amministrazione. L'apporto alla sempre vivace discussione in materia <sup>(1)</sup> è rimarchevole anzitutto per la prospettiva prescelta e per il metodo adottato. L'A. analizza la consistenza giuridica della relazione tra privati e amministrazione prendendo in considerazione una particolare categoria di privato, ossia il terzo. Lo spazio teorico da riservare a questa categoria è poi individuato non procedendo per facili generalizzazioni e forzando la realtà per affermare un'idea precostituita, ma, facendo proprio il precetto scolastico del *distingue frequenter*, venendo a scomporre ciò che per comodità, per prassi, o per vischiosità, si tende a concepire unitariamente.

Premessa logica del processo di scomposizione della figura del terzo nel diritto amministrativo è la presa d'atto che il terzo manca di un suo *ubi consistam*. Esso infatti è stretto tra l'essere configurato come genericamente interessato alla cura concreta dell'interesse pubblico e l'essere titolare di un interesse qualificato e differenziato contrapposto all'interesse pubblico.

La difficoltà di ricostruzione della posizione del terzo è precipitata della perenne ambivalenza del diritto amministrativo. Questa ambivalenza perdura nonostante i cambiamenti intervenuti nel corso del tempo, primi tra tutti -per rimanere esclusivamente nell'ambito della gerarchia delle fonti del diritto- una Costituzione rigida e il grande manto avvolgente del diritto europeo.

L'ambivalenza propria del diritto amministrativo permea ogni suo singolo concetto: la pubblica amministrazione è talvolta percepita come autorità contrapposta all'individuo, talvolta come funzione necessaria all'individuo; la discrezionalità amministrativa è stata definita da una parte della dottrina "un rischio e un male", ma è parimenti configurabile come

---

<sup>1</sup> Da ultimo si veda l'importante monografia di F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, 2017.

indispensabile mezzo per il soddisfacimento dei bisogni di promozione e di progresso dei singoli; il provvedimento amministrativo è sintesi della superiorità del potere pubblico, che decide e trasforma unilateralmente situazioni giuridiche soggettive private, ma, al tempo stesso, è anche baluardo di garanzia per i privati; nel processo amministrativo coesistono una logica sostanzialistica in ordine alla legittimazione ad agire e una logica incline al riconoscimento di forme di legittimazione oggettiva che rendono il giudizio mero strumento di controllo della legalità dell'atto amministrativo.

A questo destino d'ambivalenza non si sottrae neppure la categoria del terzo, caratterizzata da “incrostazioni oggettivistiche” (pag. 105). Il terzo va incontro a un duplice fenomeno di “ipoprotezione” e di “iperprotezione” (pag. 15). Da un lato, terzi titolari di una posizione soggettiva meritevole di tutela sono intesi come meri garanti dell'interesse pubblico (il terzo come “frammento indifferenziato dell'interesse pubblico” si scrive a pag. 16) e come titolari di un più ampio interesse alla legittimità dell'azione amministrativa e di una pretesa che si esaurisce sul piano processuale. Dall'altro lato, terzi non titolari di una pretesa individuale sono comunque garantiti giurisdizionalmente in ragione “della pubblicità dell'azione e della sua funzionalizzazione a un pubblico interesse” (sempre pag. 16).

Per dare consistenza all'immagine, sfuocata, del terzo titolare di una frazione dell'interesse pubblico l'indagine dell'A. procede attraverso la comparazione dell'evoluzione delle posizioni rispettivamente del destinatario dell'azione amministrativa e del terzo.

Originariamente destinatario e terzo risultavano entrambi privi di una dimensione sostanziale ed erano accomunati dalla “indistinzione” rispetto all'interesse pubblico. È noto infatti che il concetto originario di interesse legittimo esprime la convergenza dell'interesse di fatto del singolo con l'interesse all'attuazione del diritto obiettivo.

Solo a partire dalla seconda metà del XX secolo le strade del destinatario e del terzo si sarebbero biforcute, in ragione “sia della struttura dualista che il diritto amministrativo assume”, “sia dalla centralità che si riconosce al provvedimento nei rapporti tra privati e amministrazione” (pag. 58); di conseguenza solo il destinatario dell'atto a partire da un certo momento storico “viene saldamente agganciato al polo della libertà” (pag. 64).

Il distacco tra destinatario e terzo si sarebbe fatto ancora più accentuato sul finire del XX secolo, specie sotto il profilo processuale (pag. 85). Nel caso di terzo ricorrente gli istituti processuali sarebbero stati piegati ad esigenze di controllo del potere in funzione della legalità. Ciò sarebbe particolarmente evidente avendo riguardo alla legittimazione a ricorrere, riconosciuta dalla giurisprudenza in maniera largheggiante anche ai titolari di interessi di mero fatto, secondo criteri propri della giurisdizione oggettiva e con un eccesso di creatività (pagg. 112 ss., pagg. 174 ss.).

È questa una ricostruzione brillante e avvincente, ma necessitante di qualche precisazione, in ragione dell'estrema complessità delle relazioni tra privati e pubblica amministrazione e a testimonianza della fecondità del dibattito instaurato dal volume. Anzitutto forse è eccessivamente ottimistico ritenere il destinatario del provvedimento amministrativo del tutto emancipato dall'omnipervasività dell'interesse pubblico (pagg. 63 ss.), anche se si è consci che l'enfaticizzazione della diversità tra dimensione sostanziale del destinatario e dimensione sostanziale del terzo è funzionale a far meglio risaltare il "limbo giuridico" (per utilizzare un'evocativa espressione ricorrente nel libro) nel quale è relegata la posizione del terzo.

Infatti non è sempre vero che le ragioni del destinatario dell'azione pubblica -da residuali e subordinate che erano, interessi occasionalmente protetti, diritti riflessi, diritti condizionati, diritti in attesa di espansione- siano divenute sempre e in ogni caso la base su cui si costruisce l'attuale diritto pubblico. Anche per il destinatario dell'agire dei pubblici poteri esistono (o, meglio, stanno ritornando) sacche di resistenza nelle quali il "punto logico di partenza" è ancora lo "Stato" e non la "libertà", secondo la nota affermazione di Oreste Ranelletti <sup>(2)</sup>.

In altri termini, esistono tuttora attività sottratte integralmente al vaglio di qualsivoglia giurisdizione. Questa sottrazione si risolve in un diniego di tutela del privato che entra in rapporto con l'autorità amministrativa e impedisce pure al destinatario del potere pubblico di essere saldamente agganciato al polo della libertà.

Il pensiero corre agli atti politici, categoria fino a poco tempo fa ritenuta essere al tramonto, ma che ora sia il codice del processo

---

<sup>2</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, Macerata, 1899, anche in *Scritti giuridici scelti*, edizione a cura di E. FERRARI e B. SORDI, Napoli, 1992, vol. I, 200 ss.

amministrativo, sia una recente sentenza della Corte costituzionale <sup>(3)</sup>, hanno rinverdito. Infatti l'insindacabilità degli atti politici, originariamente prevista dall'art. 31 del T.U. del Consiglio di Stato, non era stata ripresa dalla legge Tar -sotto questo profilo espressione di una visione maggiormente evoluta del rapporto tra amministrazione e destinatario dei suoi atti rispetto all'attuale codice-, mentre è stata ora ribadita dall'art. 7 del c.p.a., ai sensi del quale non sono impugnabili "gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". Nel caso in cui ricorra un'ipotesi di atto politico (categoria controversa, in quanto non facilmente distinguibile da quella degli atti di alta amministrazione) il passato perdura, in quanto le libertà individuali, relegate a interessi di mero fatto, non sono protette da arbitrarie interferenze pubblicistiche.

Quindi è sì meritoria la lotta per un cambio di paradigma nella concezione della posizione dei terzi, ma l'affermazione di una logica liberale deve ancora compiere una lunga strada anche per lo stesso destinatario dell'agire dei pubblici poteri.

In secondo luogo, è vero che la giurisprudenza adotta un criterio oltremodo generoso di legittimazione a ricorrere -che taluni considerano comunque indispensabile per il riconoscimento "di quei diritti (in realtà interessi legittimi) la cui tutela viene evocata nel titolo del libro" <sup>(4)</sup>. D'altro canto, però, è stato evidenziato come il largheggiante criterio di legittimazione sia successivamente ridimensionato dalla medesima giurisprudenza in occasione dell'esame dell'ammissibilità dei motivi di ricorso, in cui è attribuita rilevanza al carattere protettivo della norma la cui violazione è denunciata <sup>(5)</sup>.

Venendo alla *pars construens* dello studio, l'indagine si prefigge il "recupero della dimensione soggettiva" del terzo, la "elaborazione di un concetto di rapporto amministrativo multipolare fondato su relazioni di stampo obbligatorio" e la ricerca delle condizioni che permettono di considerare un soggetto come "terza parte" di un rapporto giuridico in quanto titolare di una situazione giuridica qualificata e differenziata, in modo da distinguerlo dal semplice "chiunque" (pagg. 109 ss.).

---

<sup>3</sup> Corte costituzionale, 10 marzo 2016, n. 52, in *Giur.cost.*, 2016, 537 ss., con note di M. CROCE e di L. CARLASSARE.

<sup>4</sup> Così G. CORSO, *Recensione a G. Mannucci, La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2017, 517 ss., 520-521.

<sup>5</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 117, spec. 122 ss.

Più precisamente, la riflessione scientifica in questione s’inserisce all’interno del filone speculativo della c.d. scuola fiorentina (le cui tesi, ovviamente, non possono essere discusse in questa limitata sede) <sup>(6)</sup>. Di conseguenza, l’obiettivo è quello di definire con precisione “i caratteri delle posizioni soggettive dei terzi riconducibili alla nozione di diritto” (pag. 174), o, se si preferisce, riconducibili alla nozione di pretesa giuridicamente tutelata.

Per distinguere in seno all’eterogenea categoria dei terzi i titolari e i non titolari di pretese rilevanti giuridicamente l’A. ricorre all’apporto della teoria generale del diritto e in particolare di Neil MacCormick <sup>(7)</sup>. L’utilizzo della teoria generale si fonda sul presupposto che individuare i terzi giuridicamente rilevanti sia questione non relegata all’ambito pubblicistico, ma “che si pone in altri ambiti disciplinari, a partire da quello civilistico” (pag. 181).

Si aderisce così alla tesi dei teorici del diritto secondo cui la legge attribuisce diritti solo se essa stessa provvede ad identificare le condizioni “istitutive” o “investitive” sussistendo le quali un diritto si radica in capo a *intended beneficiaries* e un correlativo obbligo si pone per la controparte del rapporto: la norma attributiva di un diritto “è tale quando si preoccupa di individuare l’interesse soggettivo in vista del quale l’obbligo è posto, nonché di fornire all’interprete gli indici necessari per identificare i soggetti che ne sono titolari *uti singuli*” (pagg. 192-193).

Trapiantata nel diritto amministrativo, la teoria in questione scorpora la posizione del terzo da quella della generalità dei consociati impiegando i tradizionali criteri della qualificazione e della differenziazione, declinati però in maniera particolare. Tali criteri risulterebbero così intimamente connessi tra loro al punto che la differenziazione si risolve nella qualificazione, nel senso che è sempre la legge a fornire sia il criterio di qualificazione sia il criterio di differenziazione del terzo.

Per dare concretezza all’impostazione seguita s’identifica una serie di “norme investitive”, che attribuiscono diritti ai terzi, dando vita a rapporti amministrativi di tipo multipolare. Tanti sono gli esempi concreti che vivacizzano il Capitolo IV, che vanno dalla disciplina della vigilanza sui mercati finanziari, che conterrebbe criteri idonei a differenziare la

---

<sup>6</sup> Da ultimo cfr. L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in questa *Rivista*, 2016, 3, pagg. 13 ss.

<sup>7</sup> N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L. Hart*, Oxford, 1977, 189 ss.

posizione degli investitori rispetto a quella della generalità dei risparmiatori, alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole che svolgerebbe analoga funzione di specificazione della posizione dei consumatori rispetto alla massa indifferenziata degli interessati, dalla disciplina a tutela della concorrenza e del mercato che nel caso di autorizzazione ad intese tutelerebbe in maniera qualificata e differenziata i concorrenti operanti nel mercato rilevante rispetto agli altri concorrenti attivi in mercati contigui, alla normativa sul rispetto delle distanze minime che differenzierebbe il vicino leso da una segnalazione certificata d'inizio attività.

Ritenere che la differenziazione del titolare del diritto rispetto alla generalità dei consociati debba necessariamente trovare il suo fondamento in criteri definiti *ex ante* dalla disciplina normativa potrebbe recare in sé il rischio di un eccesso di astrazione, tale da impedire la fondamentale attività demandata alla giurisprudenza di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta.

Tuttavia l'A. si premura di specificare che la differenziazione è un processo complesso articolato in due tappe: essa viene realizzata anzitutto dalla norma in via astratta e poi interviene il “secondo livello” di applicazione della norma al caso di specie, necessario per “identificare i terzi che, in una determinata situazione fattuale, rientrano nella categoria dei beneficiari dell'obbligo” e che possono così fruire dalla tutela normativamente prevista (pag. 202).

La distinzione tra piani è evidentemente molto sottile, ma indispensabile vuoi per far meglio risaltare gli interessi o i valori che il legislatore reputa degni di tutela al punto di imporre in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di loro soddisfazione, vuoi per respingere la creazione in via pretoria di situazioni giuridiche soggettive a partire da indici di differenziazione di tipo meramente fattuale.

A riprova della tenuità della distinzione l'A. riconosce l'esistenza di ipotesi in cui la legge identifica sì il valore da tutelare, ma sceglie di attribuire quel determinato valore a “chiunque”; in tal caso, secondo l'A., la differenziazione della posizione del terzo si realizza comunque, ma non secondo il processo a due livelli (astratto-concreto), sopra delineato, bensì alla maniera tradizionale, e cioè “sulla base di un contatto materiale, di una interferenza dell'autorità pubblica suscettibile di produrre una lesione del bene individuale garantito dall'ordinamento” (pagg. 224-225). Si pensi, ad esempio, all'impresa in possesso dei requisiti indicati nel bando di gara

che risulterebbe differenziata in concreto rispetto alla generalità degli operatori economici in ragione del “fatto concreto” della sua partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica (pagg. 274-275).

Infine l'indagine, acuta e puntuale, relativa agli altri terzi, ossia i terzi non qualificati, oppure non differenziati, o differenziati solo in via procedimentale (pagg. 287 ss.), consente al lettore di svolgere qualche ulteriore riflessione. Il volume sottolinea criticamente la creazione pretoria di pretese dei terzi attraverso il riconoscimento largheggiante d'ipotesi di legittimazione a ricorrere. Tuttavia la valorizzazione giuridica del terzo titolare di un interesse di mero fatto non è dovuta solo alla tendenza giudiziale alla moltiplicazione delle posizioni tutelabili. È lo stesso legislatore a contribuire consapevolmente al fenomeno di strumentalizzazione del terzo in funzione di un interesse della generalità, assegnando al chiunque un ruolo di tutela e promozione di valori pubblicistici.

Emblematica a tal proposito è la recente disciplina dell'accesso civico a dati, informazioni e documenti pubblici, tutelato in via giurisdizionale tramite una forma di legittimazione oggettiva in virtù della quale il singolo fa valere in sede processuale un interesse di carattere generale <sup>(8)</sup>. L'azione a tutela dell'accesso civico è chiaramente un'azione popolare di tipo correttivo, in quanto mira a rimediare all'omissione della pubblica amministrazione che non ha pubblicato determinati documenti interessanti la generalità dei cittadini. Tuttavia così non solo si trasforma indebitamente il mero terzo in un terzo parte di un rapporto amministrativo, ma si altera la funzione del processo amministrativo, che viene ad essere di mero controllo o, addirittura, d'implementazione della disciplina sostanziale, inattuata a livello amministrativo.

La soppressione non sufficientemente meditata dei tradizionali controlli amministrativi e la presa d'atto che le pubbliche amministrazioni non sono in grado di svolgere con tempestività i propri compiti accertativi, specie per la scarsa attenzione legislativa in termini di risorse umane e finanziaria, conducono a scaricare sul terzo il ruolo di controllore (ciò è particolarmente evidente, oltre che in materia di pubblicità dei dati

---

<sup>8</sup> Cfr. il testo dell'art. 5, co. 7, del d. lgs. n. 33/2013, nonostante le modifiche apportate dall'art. 6, co. 1, del d.lgs. n. 97/2016, le quali lasciano coesistere un accesso civico e un accesso generalizzato; sul punto, se si vuole, M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Giappichelli, 2017, 143 ss.

amministrativi, anche nel caso della segnalazione certificata d'inizio attività).

Il tentativo di riallineamento del diritto amministrativo dei terzi a una logica di tipo soggettivo, appassionatamente e motivatamente sostenuto nel volume, si scontra (anche) con alcuni dati di diritto positivo che rendono ancora difficile l'auspicata liberazione "dal fardello oggettivizzante dell'interesse pubblico". Il dibattito continua, grazie anche a questa pregevole riflessione in materia.