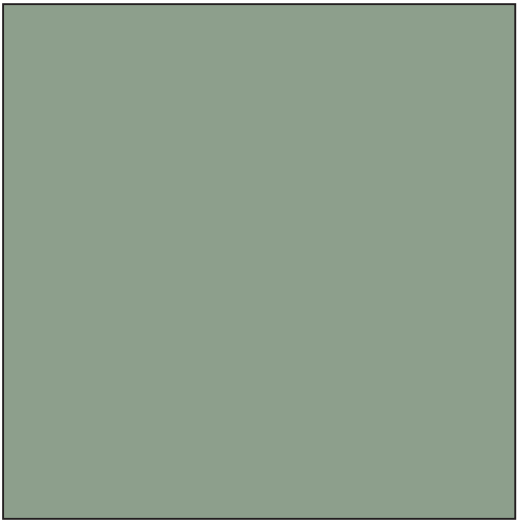
per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

145



ANDREA ORSI BATTAGLINI

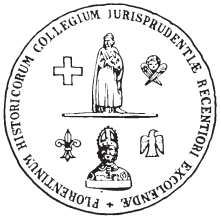
ALLA RICERCA DELLO STATO DI DIRITTO

PER UNA GIUSTIZIA "NON AMMINISTRATIVA" (*SONNTAGSGEDANKEN*)

Ristampa inalterata

Lefebvre Giuffrè

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da GIOVANNI CAZZETTA

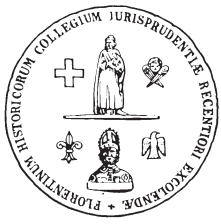
I volumi della Collana sono sottoposti a referee anonimo da parte di due esperti selezionati dal Consiglio scientifico del Centro. Responsabile del processo di valutazione è il direttore della Biblioteca.

La sede del Centro di Studi è in Firenze (50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOQUARANTACINQUESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da GIOVANNI CAZZETTA

I volumi della Collana sono sottoposti a referee anonimo da parte di due esperti selezionati dal Consiglio scientifico del Centro. Responsabile del processo di valutazione è il direttore della Biblioteca.

La sede del Centro di Studi è in Firenze (50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOQUARANTACINQUESIMO

ANDREA ORSI BATTAGLINI

ALLA RICERCA DELLO STATO DI DIRITTO

Per una giustizia "non amministrativa"
(Sonntagsgedanken)

Ristampa inalterata
con Prefazioni di Bernardo Sordi, Leonardo Ferrara e Aldo Travi

Lefebvre Giuffrè

ISBN 9788828875628

FSC

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2025
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - www.lefebvregiuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Tipografia Galli & C. S.r.l. - Varese

PREFAZIONI

LA 'DOMANDA STRAVAGANTE' DI UN CAVALIERE ERRANTE

1. Ho avuto la fortuna, ormai oltre venti anni fa, di leggere in anteprima, in una versione ancora elaborata al computer, il libro che oggi viene opportunamente ristampato, in questa collana dedicata alla storia del pensiero giuridico moderno.

Da pochi mesi la Corte costituzionale aveva dichiarato, con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204 (Presidente Zagrebelsky, Relatore Vaccarella), la parziale illegittimità delle norme (d.lgs. 80/1998; legge 205/2000) che, in parallelo alla sentenza n. 500/1999 delle Sezioni unite della Cassazione, stavano ridisegnando, a cavallo del secolo, gli equilibri tra giudice ordinario e amministrativo.

In qualche modo, l'ordinamento italiano di giustizia amministrativa si riassestava, dopo il brusco cambio di paradigma che il diritto amministrativo europeo aveva vissuto negli ultimi decenni del Novecento e all'indomani della 'restaurazione' legislativa di un solido primato del giudice amministrativo, che ne era seguita. Una traiettoria di lì a poco definitivamente completata, anche in evidente dissonanza con quanto la Corte statuiva in punto di ampiezza della giurisdizione esclusiva, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo nel 2010: traiettoria che Andrea Orsi, per l'improvviso aggravarsi di una malattia che lo affliggeva ormai da anni, purtroppo, non avrebbe potuto seguire.

Il suo volume anche allora mi era sembrato assolutamente sorprendente. Sorprendente, innanzi tutto, per lo sforzo concettuale che vi era sotteso e che pure l'autore, nonostante un'interfaccia con la tastiera che la malattia stava rendendo sempre più arduo, neppure faceva trasparire, regalando al lettore pagine di lettura avvincente, distesa, problematica, capaci di attanagliarne l'attenzione, in un vorticoso *à rebours* nei meandri della vicenda storica della giustizia amministrativa italiana.

Sorprendente il titolo, nella fase immediatamente precedente la stampa, ancora debitore della colorita espressione micologica di Silvio Lessona, poi ricordata nel primo capitolo dell'opera: *La malefica fungosità*.

Sorprendente l'indice che, abbandonando la consueta, prosaica, articolazione delle monografie giuridiche, sposava senza imbarazzi il fantasioso e tumultuoso incedere del romanzo picaresco e cavalleresco.

Sorprendente il sottotitolo, che ancora compariva nella versione di lavoro: *sulla compatibilità costituzionale della giustizia amministrativa*; e ancor più sorprendente, infine, l'interrogativo di apertura del volume, che lo stesso autore si premurava, sin dal prologo, di definire « domanda stravagante »: a ben pensarci, non sarebbe stata proprio *una giustizia non amministrativa* l'unica davvero compatibile con i valori costituzionali? Il pensiero domenicale che Richard Thoma in una celebre *querelle* weimariana con Rudolf Smend, aveva contrapposto all'austero lavoro feriale del giurista, si ammantava così di toni quasi poetici, come se soltanto le rose non colte, *le cose che potevano essere e non sono state*, fossero, anche in questa delicata materia istituzionale, le uniche degne di esser prese in considerazione.

E sorprendente, in una parola, quel volume ancora oggi appare, a una più profonda rilettura, perché il giurista, forte del proprio privilegio di costruzione teorica e di immaginazione, vi spiccava un balzo repentino oltre la tradizione, metteva definitivamente in questione la specialità, la collateralità, la relativa indipendenza del giudice, le fattispecie sintomatiche, persino l'interesse legittimo, cui pure quella stessa carta costituzionale, invocata per il test di compatibilità, offriva per la prima volta un esplicito riconoscimento normativo. Lo stesso, sofferto, problema del riparto veniva ridimensionato a favore di una rinnovata formalizzazione del principio di giurisdizione unica fondato su di una solida unità funzionale della giurisdizione.

Il cambiamento di paradigma era dunque profondo: la giustizia amministrativa veniva completamente assorbita all'interno dei postulati fondamentali della funzione giurisdizionale, abbandonava il suo incerto *juger*, storicamente venato di *administrer*, per divenire semplicemente giustizia e giurisdizione, senz'aggettivi. Il criterio del

diritto amministrativo non era più introvabile; più semplicemente veniva accantonato, negandone in radice l'esistenza e restituendo per intero alla logica e agli istituti del diritto comune anche i caratteri sostantivi, metaindividuali, propri del diritto dell'amministrazione. Il potere amministrativo, in quanto posizione precostituita e apodittica di supremazia, cessava di esistere e d'imporsi pregiudizialmente all'interprete, arrestando, una volta incanalato nei rigidi binari del dettato normativo, le possibilità argomentative a sostegno della specialità.

Il lettore avverte subito che la « domanda stravagante » di partenza, stravagante non era affatto nel suo elaborato percorso argomentativo di risposta. Vediamolo un momento.

Sullo sfondo, e non poteva essere altrimenti, rimangono le due grandi leggi ottocentesche di impianto, del 1865 e del 1889, nucleo costante dell'elaborazione concettuale del sistema italiano di giustizia amministrativa e della stessa parte generale. Ma l'interesse e l'attenzione dell'autore si concentrano quasi per intero sulla stagione repubblicana, prendendo estremamente sul serio il problema della « compatibilità » e mettendo in discussione temi e problemi della giustizia amministrativa alla luce degli inediti postulati dello Stato costituzionale del Novecento. Di qui anche la notevole originalità dell'opera e la sua persistente attualità.

Si scopre così che, per il nostro autore, l'anno zero della giustizia amministrativa non coincide affatto con le date classiche di formazione del sistema italiano, il 1865, il 1877, il 1889, il 1907, il 1923-24, ma viene al contrario a orbitare intorno a quel primo gennaio 1948 di entrata in vigore della costituzione.

Certo, la lettura della costituzione non può arrestarsi all'imbalsamazione organizzativa consegnataci dalla tradizione. La costituzione, nella sua capacità di incidenza sul modello amministrativo, va letta 'per intero', mettendo così a frutto una precoce, ludicissima, intuizione di Carlo Esposito, e ricavando dalla piramide rovesciata e dal nuovo impianto dei diritti fondamentali, uno stringente imperativo a mettere all'unisono i valori dell'individualismo sociale della Carta con un sistema di tutela di remoto impianto, impregnato sino in fondo dello statualismo ottocentesco e segnato dalle *disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, severamente ripercorse da Andrea Orsi già nel 1987, in un vibrante incontro cagliaritano del 'Gruppo San Martino'.

Il nostro 'cavaliere errante', sedotto dalla propria « domanda stravagante », inizia allora il suo viaggio fantastico, con un meticoloso sguardo retrospettivo, disponibile sì a ripercorrere la lenta e progressiva messa al passo dei postulati ottocenteschi con i nuovi paradigmi costituzionali, ma rifiutandosi in partenza d'impoverire il disegno amministrativo della costituzione nella mera sedimentazione della tradizione liberale e fascista. La secca sconfitta in Assemblea della proposta di Piero Calamandrei di rivedere l'intero sistema di tutela va naturalmente presa in carico, nei suoi persistenti equilibri organizzativi e funzionali, ma non può e non deve pregiudicare la naturale espansione, anche sul versante amministrativo, dei principi di piena adeguatezza della tutela.

Per l'autore, come ben dimostra il titolo definitivamente scelto per la stampa, quel consolidamento non affida ancora, in modo rassicurante, il cittadino alle tutele e alle garanzie dello Stato di diritto. Quel traguardo, molto semplicemente, va ancora inseguito, traendo dai principi costituzionali tutte le necessarie, qualificate, integrazioni. Un monito severo ed esigente, ancora attualissimo, che pretende un'osmosi completa tra costituzione e amministrazione, e che da solo merita la riproposizione di quella « domanda stravagante » e di questa ristampa, riportando ancor'oggi quel programma, anche per le sue evidenti implicazioni *de iure condendo*, all'attenzione del dibattito istituzionale.

2. La posta in gioco — l'abbiamo già sottolineato — è particolarmente alta: l'unità della giurisdizione è assunta nel suo significato più radicale; il mito del giudice unico è rispolverato non per assestare secondo nuove relazioni gli equilibri del riparto, ma per negarli in radice, smussando le invarianti del modello continentale e riportando integralmente il diritto amministrativo alla logica dell'intrinseca paritarietà del rapporto giuridico. A essere investito in pieno dalla demolitrice critica dell'autore è il piano più propriamente sistematico, interno allo stesso statuto disciplinare del diritto dell'amministrazione. Nessuna nostalgia dell'antico, dunque: malgrado una simpateticità che più volte si avverte con le scelte del legislatore dell'unificazione, non è il dottrinarismo ottocentesco dei Mancini e dei Borgatti, espressione di una fase di primissimo consolidamento della giurisdizione amministrativa, a suo modo fortemente segnata dalla specialità del potere, a ritornare in auge.

Nessuna nostalgia neppure del rovello che ancora attanagliava la generazione precedente di studiosi, i primi ad avviare, pur con una certa riluttanza, già dagli anni Cinquanta, il confronto tra costituzione e amministrazione.

Eccesso di potere come vizio della funzione; procedimento come modo di estrinsecazione e di farsi del potere; interesse legittimo come momento di partecipazione alla realizzazione dell'interesse pubblico, cadono uno dietro l'altro, di fronte alla forza espansiva della giurisdizione e del suo carattere individualistico, di fronte alla negazione di ogni possibile plusvalore giuridico, della statualità e della sovranità, che non sia già strettamente incorporato nella fattispecie legale.

La critica della tradizione è penetrante, severa. Va ben al di là dei padri ottocenteschi del modello continentale. Né coinvolge soltanto il massimo momento di sublimazione di quella tradizione, quello gianniniano, affidato alle celebri *Lezioni* del 1950, nelle quali, per il nostro autore, spiccava l'assenza di ogni riferimento alla costituzione. Impatta invece anche tutte le letture adeguatrici della tradizione in senso paritario e partecipativo, da quella di Feliciano Benvenuti sino a quella di Mario Nigro, arrestatesi però, secondo Andrea Orsi, di fronte alla conservazione della natura tipicamente pubblicistica della tutela scaturibile dal rapporto amministrativo. Esiti problematici e critici, questi ultimi, della tradizione dello Stato di diritto, ma pur sempre interni a una storia del diritto pubblico come esclusivo diritto dell'autorità e delle sue manifestazioni e dunque fortemente segnata da una specialità chiusa nei confronti del carattere individualistico della tutela giurisdizionale e portata a rafforzare, in una giustizia tipicamente amministrativa, lo spazio della funzione e dell'interesse pubblico.

Nel suo lungimirante 'pensiero domenicale', il giurista spinge così, sino al massimo limite di compatibilità semantica, l'interpretazione sistematica, pur muovendo sempre da enunciati normativi cui cerca di restituire una nuova e diversa articolazione di senso. Lo smontaggio dei costrutti della specialità — primo fra tutti proprio la frattura tra giurisdizione ordinaria e amministrativa — avviene dall'interno. Il carattere individualistico della tutela (art. 24 Cost.), da un lato, il 'giusto processo', dall'altro, forte del valore normativo dell'espressione 'ogni processo' che nella nuova redazione dell'art.

111 Cost. ne generalizza le prospettive applicative, diventano i punti privilegiati di attacco al cuore del diritto amministrativo sostanziale. L'antico aforisma *juger c'est juger*, rinvigorito dal concetto unitario di giurisdizione ricavabile dal testo costituzionale, ancora si oppone al brocardo napoleonico *juger l'administration c'est encore administrer* e soprattutto ai suoi esiti di lunga durata, che ancora cementano il giudice amministrativo come il massimo artefice della specialità.

La ricostruzione sistematica del disegno costituzionale prende dunque il sopravvento sull'interpretazione letterale e sulla ricerca della storica intenzione dei Costituenti. Ma è un prevalere dolce, che procede, sull'onda del divertentissimo sommario, con la levità fantastica del romanzo.

Nessuna fuga onirica, comunque. L'autore è ben altrimenti deciso e convinto della sostenibilità delle proprie tesi, per quanto audaci: l'immaginazione del giurista si rifugia nelle proprie 'stravaganti' domande, piuttosto che 'rinsavire' di fronte alla dura realtà del diritto positivo, legislativo o giurisprudenziale che sia.

Il giudice amministrativo e il dualismo pietrificato non si dissolvono, comunque, per incanto in queste pagine. La compatibilità costituzionale non può travolgere un sistema organizzativo che la stessa costituzione ha testualmente ratificato. L'unità della giurisdizione che avvicina a un modello compiuto di Stato di diritto ha un significato diverso, sostanziale più che organizzativo; esprime la confluenza di ogni processo, di ogni giudizio, nella cultura (unitaria) della giurisdizione e nel carattere necessariamente individualistico della tutela giurisdizionale. Non è il giudice amministrativo in quanto tale a perdere la propria cittadinanza costituzionale: fuori della costituzione si pongono però tutti gli annacquamenti legislativi delle doverose garanzie di imparzialità, indipendenza, terzietà del giudice e, così, un certo modello di giudizio amministrativo: quello a tipo oggettivo, che trova nell'occasionalità della situazione giuridica, che legittima il ricorso, il suo tratto più caratteristico.

La trasfigurazione ermeneutica continua, necessariamente, a muovere dal quadro offerto dal diritto positivo, non abbraccia unità organizzative della giurisdizione, irraggiungibili sul puro piano dell'interpretazione; investe gli istituti, le categorie concettuali; gioca sul terreno che gli è più familiare, quello delle definizioni e delle costruzioni sistematiche. Ha un immediato e confessato obiettivo

concettuale: muovere da « una rilettura sistematica della costituzione » e da « un ordito di teoria generale » per approntare, di contro alla « implosione del paradigma amministrativistico » ed « alla crisi interna del diritto amministrativo », « una soluzione adeguata » (p. 123).

Soluzione adeguata significa, in primo luogo, ridefinizione, *ab imis fundamentis*, della nozione di interesse legittimo. Sinora congelata nei caratteri contingenti impressigli dalla tradizione, quella nozione finalmente si scioglie, offrendosi all'interpretazione evolutiva dei principi di relazionalità dei rapporti giuridici, liberandosi dei tratti di occasionalità, accessorietà all'interesse pubblico, fragile radicazione individualistica. Ripudia il proprio contraddittorio sentiero di faticosa costruzione di una specialità di tutela giurisdizionale oltre le frontiere del diritto soggettivo. Cessa di essere, a un tempo, un mero espediente esegetico e un segno tangibile delle sovradeterminazioni statualistiche.

L'interesse legittimo compatibile con lo Stato di diritto deve essere un'altra cosa. Non può più rappresentare la risultante del carattere unilaterale della norma rivolta all'amministrazione, il riflesso, sul piano delle situazioni soggettive, di quella norma d'azione, per principio, irriducibile a un pieno rapporto giuridico. Deve identificarsi in « una forma di protezione diretta dell'interesse individuale nell'ambito di un rapporto giuridico paritario » (p. 101), deve condividere e respirare l'atmosfera individualistica che ogni tutela giurisdizionale porta con sé.

Ecco, sono questi i termini di compatibilità costituzionale della giustizia amministrativa: le condizioni che consentono di disseccare interamente « sul maestoso albero della giustizia » la « malefica fungosità » (p. 7), che ancora allontanava il giudice amministrativo da una compiuta unità della giurisdizione. Queste le risposte alla « domanda stravagante » di partenza.

Il cerchio, tuttavia, ancora non si chiude. Alcune pagine, preziose, che ridimensionano le capacità euristiche delle incursioni dell'interesse legittimo in alcuni ambiti del diritto privato, fanno implicitamente comprendere al lettore che una soluzione adeguata alle difficoltà del paradigma amministrativistico non può essere individuata nella semplice ripulitura delle categorie concettuali.

La meditata risposta alla « domanda stravagante » ha ben altri obiettivi: primo fra tutti quello di recuperare al lessico e alla

grammatica giuridica del diritto comune anche i più pesanti fardelli della specialità, a partire dal nesso funzionalizzazione-vincolo di scopo, che identifica il nucleo più solido e profondo della specialità-garanzia. Ed è proprio questa matrice di specialità a essere messa in discussione da Andrea Orsi nelle sue trame concettuali e nelle sue storiche incompiutezze. Anche i rapporti di soggezione devono quindi prendere la strada del rapporto giuridico e della parità sottesa allo schema diritto-obbligo, condividendo con i poteri dispositivi privati lo stesso raggio problematico, magari solo con una diversa calibratura delle aree della fattispecie regolate dalla norma.

Persino dagli esiti garantistici della legittimità si inizia a prendere le distanze, almeno quando quegli esiti sboccano in forme di tutela speciali e minori rispetto alla tutela piena offerta dalla cognizione del diritto e del fatto. E per lo stesso eccesso di potere si propone un riassorbimento all'interno delle problematiche generali e comuni, ruotanti intono al concetto di causa del negozio giuridico (p. 165), che azzera il percorso secolare della specialità e richiama soluzioni teoriche che da Cammeo in poi avevano lasciato tracce significative nella scienza giuridica italiana.

Queste pagine sono state pensate e scritte prima che, nel 2010, il Codice del processo amministrativo — una 'consolidazione', come Paolo Grossi l'aveva subito efficacemente definita, nata all'interno dello stesso Consiglio di Stato e operata per principi generali, come sedimentazione di un diritto vivente di fonte essenzialmente giurisprudenziale —, mandasse in soffitta, sia pur in un quadro sistematico ancora profondamente intriso di vecchio e di nuovo, l'antiquato regolamento del 1907, dischiudendo così le porte a un processo amministrativo arricchito nelle tipologie di azioni esperibili, nei poteri istruttori, nella incidenza conformativa delle decisioni sul riesercizio del potere.

Alcune soluzioni interpretative suggerite in queste pagine, a partire da una rinnovata centralità del criterio del *petitum*, giocata intorno all'« antico segnavia » del diritto alla legittimità dell'atto (p. 149), possono oggi apparire poco realistiche rispetto all'assestamento di un riparto ormai prevalentemente regimato per blocchi di materie, ma è proprio il passo in avanti compiuto dal Codice verso la giurisdizione e il giudizio una ragione in più per considerare e sentire coraggiosamente protesi verso il futuro il monito sistematico

e l'ordito di teoria generale, sottesi a questo volume. Così che, quando il lavoro feriale del giurista metterà finalmente mano a un ormai imprescindibile ritracciamento sistematico complessivo, questo 'pensiero domenicale' potrà segnarne la rotta.

BERNARDO SORDI

VERSO LA *CIVILIZZAZIONE* DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO SULLE ORME DI ANDREA ORSI BATTAGLINI

Nella celeberrima collana *Biblioteca* del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno viene ristampato, a distanza di vent'anni dall'edizione originale, il saggio di Andrea Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*.

Chi scrive vuole esprimere la propria gratitudine al direttore della collana Giovanni Cazzetta e a tutti gli altri amici fiorentini storici del pensiero giuridico moderno per questa ragguardevole operazione. Piace qui ricordare anche quante volte il fondatore della *Biblioteca*, Paolo Grossi, abbia riservato calorose parole di stima per l'Autore e Maestro prematuramente scomparso.

La ristampa di *Alla ricerca dello Stato di diritto* è meritoria perché agevola la trasmissione dei valori, delle riflessioni e degli insegnamenti di un libro che può ormai definirsi un classico e che, come i classici, incanta sin dal momento in cui si pronuncia il suo titolo. Verrebbe fatto di aggiungere, per connessione, di come il lettore resti catturato dagli intertitoli, che richiamano alla memoria la prosa dei cronisti italiani medioevali, sebbene non risiedano sul versante letterario le ragioni per le quali il pensiero di Andrea Orsi Battaglini rappresenta un punto di riferimento essenziale per gli studi delle generazioni future.

Alla ricerca dello Stato di diritto, infatti, è un classico non soltanto perché tutti lo ritengono tale, perché importante, perché si è ritagliato uno spazio nell'immaginario collettivo, ma perché « persiste come rumore di fondo anche là dove l'attualità più incompatibile fa da padrona » (1).

---

(1) La citazione è tratta da *Perché leggere i classici* di Italo Calvino, uno scrittore che Andrea Orsi Battaglini amava, come testimonia anche il brano da *Il cavaliere*

In questo saggio Orsi Battaglini, con quello spirito libero e logico che gli era consueto (2), ha affrontato un tema scomodo, nella « consapevolezza di chi, dopo avere fatto per intero quanto è nella propria disponibilità, sa bene che il gioco è più ampio, che gli attori e i motivi in gioco sono molti altri, che il rapporto tra quanto facciamo e quanto accadrà è labile » (3). Epperò, finché la Costituzione e lo Stato di diritto resteranno delle guide per la trasformazione dell'esistente (4) (compresa la riforma delle stesse disposizioni costituzionali che contrastano con i suoi principi o valori fondanti (5)), il programma di « una giustizia 'non amministrativa' » rimarrà attuale e influente (6).

Non è dubbio che una revisione costituzionale nel senso dell'abbandono del dualismo giurisdizionale non sia dietro l'angolo (7) e che anche la sola interpretazione evolutiva della sottrazione delle decisioni del giudice amministrativo al controllo nomofilattico della Cassazione (e quindi del limite dei « motivi inerenti alla giurisdi-

---

inesistente, riportato nella chiusa di un altro suo celebre saggio, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990.

(2) Ché libertà e logica si garantiscono a vicenda.

(3) M. Cammelli, *Ricordo di Andrea*, in « Diritto pubblico », 2006.

(4) *Ibidem*; A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013.

(5) Ché, se è di acquisizione comune che in Costituzione compaiono eccezioni, ambiguità, discrasie interne o contraddizioni, non è ardito guardare alla stessa, sistematicamente (anziché letteralmente e storicamente) interpretata, quale una lungimirante norma programmatica, che postula nel tempo la sua stessa revisione (e non solo la sua attuazione).

(6) Tanto più influente quanto più si converrà che « anche il giurista tecnico, cultore del diritto privato o del diritto amministrativo o di qualsiasi ramo del diritto, deve formarsi una mentalità costituzionalistica, deve cioè, nella sua opera di interprete e di costruttore del sistema, trarre dalle norme contenute nella carta costituzionale le fondamentali direttive ermeneutiche e costruttive »: così S. Pugliatti, *Il diritto ieri oggi domani. Ultima lezione*, Milano, 1993, ristampato per i tipi di Messina University Press nel 2024, con curatela di A. Federico.

(7) Seppure significativi ridimensionamenti della « embricazione » del giudice amministrativo con la pubblica amministrazione (l'espressione, come noto, risale a M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976) potrebbero (invero dovrebbero, in attuazione della stessa Carta costituzionale, se solo fosse sistematicamente interpretata, così come propone « Alla ricerca dello Stato di diritto ») avvenire a livello di legislazione ordinaria: segnatamente, in punto di nomina e di incarichi extragiudiziari del giudice.

zione », di cui all'art. 111, comma 8, Cost.) non abbia avuto l'avallo né del giudice costituzionale né di quello europeo (8).

Eppure, gli argomenti a sostegno della specialità del giudice amministrativo trovano in dottrina sempre meno sostenitori (9) e soprattutto si sono fatti ancora più scricchiolanti.

Proviamo a ricordarli questi argomenti (10), che hanno una matrice comune, con la (parziale) eccezione della negazione stessa della differenza tra giudice speciale e giudice specializzato sulla base di false rappresentazioni comparatistiche (11).

---

(8) Il riferimento è a Corte costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 6 e a Corte di giustizia, 21 dicembre 2021, C-497/20, Randstad Italia s.p.a.

Suona, peraltro, sconcertante e, diciamo pure, fraudolento ragionare di « unità funzionale della giurisdizione » (così come il giudice delle leggi aveva fatto già con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204) in assenza dell'anzidetta interpretazione evolutiva o dinamica (inaugurata, come noto, da Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, dove si è per l'appunto sostenuto che « è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si esercita »).

(9) Si veda, a mero titolo esemplificativo, ma tra Autori che si muovono in un ambito ideale e concettuale (e quindi anche sistematico) decisamente distante da quello di Orsi Battaglini, F. Volpe, *Sull'attualità del sistema dualistico di giustizia amministrativa*, in *lexitalia.it*, 2019; E. Follieri, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in « Dir. proc. amm. », 2016.

Si potrebbe anche dire, parafrasando il titolo del capo I di *Alla ricerca dello Stato di diritto*, che le « voci dissonanti » sono tutt'altro che « isola[te] ».

(10) Almeno alcuni dei più frequentemente utilizzati anche in tempi recenti. Per una ricognizione più ampia, ragionata e dettagliata rinvio a L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in « Diritto pubblico », 2014.

Di conio fresco sembra invece l'attribuzione al Consiglio di Stato di una indispensabile funzione ausiliare rispetto alle debolezze dell'amministrazione italiana nei confronti del sistema politico: argomento discutibile sin dalla premessa circa il soggetto autenticamente debole e più in generale il rapporto tra politica e amministrazione (si veda G. della Cananea, *Il Consiglio di Stato: una prospettiva comparata*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, il quale, peraltro, vede nella nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato « il rischio, tutt'altro che teorico, che vi sia uno sviamento nell'uso del meccanismo, a favore di dirigenti pubblici con i quali si ritiene — a torto o a ragione — che vi sia un rapporto di fiducia politica, antitetico all'esigenza di imparzialità che deve connotare [la] magistratura »).

(11) Emergenti segnatamente quando si nega l'unità della giurisdizione in Spagna e in Germania: merita a questo proposito ascoltare l'audizione di rappresentanti dell'Associazione italiana professori di diritto amministrativo avvenuta durante la XVIII

La specialità del giudice amministrativo risulta allora predicata « quasi per scivolamento » lungo il sentiero immaginario della incompatibilità tra diritto speciale e diritto generale, tra principi del diritto amministrativo e principi nati nel solco del diritto civile, tra interesse legittimo e diritto soggettivo, tra disciplina (e sindacato) del potere e disciplina (e sindacato) del rapporto, tra processo amministrativo e processo civile (12).

Se la sintesi è corretta, quegli argomenti e queste incompatibilità si sono fatti più fragili di fronte al formante normativo.

Il valore di un'opera sicuramente non si misura sull'accoglimento (tanto più immediato) delle tesi sostenute, ma è straordinario notare, pur nella distanza che, come detto, continua a separare l'ordinamento italiano da una « giustizia 'non amministrativa' », quanti passaggi della fitta rete argomentativa del « testamento spirituale » (13) di Orsi Battaglini abbiano trovato recezione negli anni successivi in seno alla legislazione ordinaria.

Si pensi alle pagine dedicate alla esperibilità di ogni forma di tutela che sia strumentale a soddisfare il tipo di pretesa protetta dalla norma sostanziale (pp. 51 e ss. e 133 e ss.), a quelle volte a declinare

---

legislatura nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 649 Bartolozzi, recante « Delega al Governo per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di cassazione », in https://www.radioradicale.it/scheda/564562/commissione-giustizia-della-camera-dei-deputati.

Quanto all'Inghilterra, avvicinandoci anche alle considerazioni di cui tra poco nel testo, si attendono le risposte alla "sfida lanciata" da P. Craig, *English Administrative Law from 1550: Continuity and Change*, Oxford, 2024, il quale « dimostra che il diritto amministrativo può tranquillamente sorgere impiegando concetti e istituzioni del diritto comune e continuare (con qualche cambiamento) a operare con essi anche nel XXI secolo » (S. Civitarese Matteucci, *La "vera" storia del diritto amministrativo inglese secondo Paul Craig. Quando un libro manda al "macero intere biblioteche"*, in « Diritto pubblico », 2024, p. 551.

(12) "Da questa (presunta) incompatibilità, quasi per scivolamento, si finisce per identificare come carattere necessario del (*vero*) diritto amministrativo l'esistenza (anche) di un giudice speciale": S. Civitarese Matteucci, *La "vera" storia del diritto amministrativo inglese*, cit., p. 575.

(13) Così è stato definito il saggio di Orsi Battaglini (si veda la mia *Recensione* a *Alla ricerca dello Stato di diritto*, in « Diritto e società », 3/2008), sul presupposto che vi fosse rappresentata l'eredità ideale di un itinerario di ricerca che ha radici lontane e che ha trovato una sua tappa imprescindibile nella fondazione programmatica della rivista « Diritto pubblico » (contenuta nell'*In limine* del primo fascicolo del 1995).

un vero e proprio rapporto giuridico tra la pubblica amministrazione e il soggetto privato destinatario dell'attività amministrativa (p. 63 e ss.), a quelle tese ad ancorare l'oggetto della domanda, del processo e del giudicato alla situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo (p. 105 e *passim*); si pensi, infine, alla serrata e ricorrente critica del concetto di norma di azione (pp. 106, 125, 127, 151-152, 158, 160-161).

Ebbene, il principio di atipicità delle azioni, o almeno della pluralità delle azioni disponibili, è stato recepito dal codice sul processo amministrativo (artt. 29 ss.); l'art. 1, comma 2-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo, così come riformata nel luglio del 2020 (14), riconosce che tra il cittadino e la pubblica amministrazione corrono « rapporti [...] improntati ai principi della collaborazione e della buona fede »; l'interesse legittimo è stato elevato a oggetto del giudizio, di nuovo per opera del codice sul processo amministrativo (artt. 7, 31 comma 3, 34 comma 5) (15); la distinzione tra norme di relazione e norme di azione, in cui ha risuonato l'eco della contrapposizione ottocentesca tra norme civili e norme amministrative e in seguito di quella romaniana tra obbligo e dovere (16), è travolta dalla previsione codicistica di forme di tutela in forma specifica e per equivalente monetario, veicolate da differenti tipologie di azioni di condanna (artt. 30 e 31), fino al punto di vedere messo in crisi, se non invertito, il rapporto tra regola ed eccezione che ha tradizionalmente dominato il diritto amministrativo in riferimento alla stessa dicotomia tra norme di validità e norme di condotta (o di comportamento) (17).

Non è questa la sede per scendere in un'analisi più approfondita, ma ve ne è abbastanza per intravedere una *civilizzazione* del

---

(14) V. d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

(15) Malgrado l'azione di annullamento nel diritto vivente continui a trovare la *causa petendi* nei vizi di legittimità del provvedimento amministrativo denunciati dal ricorrente attraverso i motivi di impugnazione (c.d. vizi-motivi).

(16) Santi Romano, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

(17) Transitando quindi verso il sistema sussistente nel diritto civile, che fa delle regole di comportamento il principio e di quelle di validità l'eccezione. In proposito si vedano per esempio G. Poli, *I principi* nel *diritto amministrativo. Tracce di un cambiamento*, Napoli, 2023; G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli,

processo amministrativo e (18) una « omogeneizzazione tra le norme che regolano l'azione dei poteri pubblici e quelle applicabili ai rapporti interprivati », a dispetto di chi vi vede degli sbocchi « inauspicabili [...], suscettibil[i] di ridurre la funzione giurisdizionale amministrativa a una mera *species* di quella ordinaria e pertanto di avallare la deprecata idea dell'inesistenza di una reale specificità della giurisdizione amministrativa » (19).

In definitiva, quanto osservato si direbbe più che sufficiente per impostare sulla base dell'essere (e non più del solo dover essere (20)) l'interrogativo che Orsi Battaglini retoricamente poneva al lettore (a pagina 137):

> se è vero, infatti, che diritti soggettivi e interessi legittimi hanno la stessa natura giuridica di forme di protezione esclusiva dell'interesse individuale, che l'interesse pubblico resta come tale totalmente estraneo alla scena del rapporto e del giudizio, che i mezzi di tutela seguono, senza pregiudiziali esclusioni o inclusioni, la natura del rapporto controverso secondo i principi di pienezza e di effettività della tutela, quale base storica o logica può giustificare il dualismo [di giurisdizione], che pure, in termini organizzativi, è espressamente conservato dalla Costituzione?

La storia dirà se anche nella sistemazione teorica si ammetterà (21) che « il diritto amministrativo può tranquillamente [ope-

---

2023; F. Orso, *Contributo allo studio del silenzio-assenso (a partire dall'inefficacia dell'atto tardivo)*, Napoli, 2024.

(18) In chiave teorica, in ragione della strumentalità tra processo e sostanza, dovrebbe dirsi (non 'e' ma) 'quale riflesso di'.

(19) Così R. Greco, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*.

(20) Riferendo il dover essere alla Carta costituzionale e l'essere alla legislazione ordinaria, senza però potersi trascurare che anche quest'ultimo rappresenta un dover essere, se messo al confronto dell'interpretazione giurisprudenziale e più in generale del diritto vivente.

(21) Smuovendo « gli studiosi del diritto e del processo amministrativo e con essi i giudici amministrativi dalla separatezza intellettuale nella quale si sono voluti confinare, dando eccessivo risalto alle specificità, che ci sono e sono innegabili, della loro disciplina »: così G. Verde, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in « Dir. proc. amm. », 1993, p. 588, che Orsi Battaglini cita, giungendo a leggere nello statuto disciplinare del diritto amministrativo il « risultato di intrecci e di convergenze tra mondo accademico, giudici (speciali), professione forense, apparati dello Stato » (pp. 16-18).

rare] impiegando concetti e istituzioni del diritto comune » (22) e, in particolare, si avvererà la profezia di Franco Ledda ricordata da Andrea Orsi Battaglini (a pag. 127):

> l'interesse legittimo era servito a far nascondere o far affievolire i diritti soggettivi; e a sua volta si affievolirà, finirà per dissolversi del tutto senza lasciar molte tracce né espressioni veramente sincere di rimpianto. Era nato per risolvere nel senso meno liberale il problema del giudizio su un'amministrazione che veniva pensata essenzialmente come autorità, e in modo quasi naturale scomparirà quando si sarà avuta la conquista del giudizio, e quindi di un processo che assicuri il farsi del giudizio nel modo più adeguato ai dati dei problemi. [...] Sarà un giorno bellissimo, io penso: diradate le nebbie, vedremo ricomparire quei diritti che l'interesse legittimo ci nascondeva (23).

Si legga dunque questa lodevole ristampa, perché non si possa mai dire che dietro il superamento del dualismo giurisdizionale vi è una « ideologica volontà di semplificazione del sistema giudiziario » (24).

Unità, uguaglianza, parità, legalità sono i valori che informano il saggio di Andrea Orsi Battaglini. Tra di loro corre una relazione di consequenzialità discendente e ascendente. Essi sono gli archi di un cerchio al cui interno si trova lo Stato di diritto: ne spezzi uno e lo Stato di diritto è perduto.

LEONARDO FERRARA

---

(22) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La "vera" storia del diritto amministrativo inglese*, cit. (v. *supra* n. 11), il quale aggiunge che « ciò non vuol dire che questo non sia diritto pubblico, nel senso di rispondere a principi e valori che non sono caratteristici dei rapporti tra privati; forse vuol semplicemente dire che non è necessario per isolare (a fini di studio) un'area (non discreta) del diritto rompere la sua fondamentale unità ».

(23) F. LEDDA, *La giurisdizione raccontata ai nipoti*, in « Jus », 1997, p. 401.

(24) F. BERTUZZI, *L'istruttoria*, in *Dizionario di giustizia amministrativa* (a cura di U. Fantigrossi), Piacenza, 2019, p. 75.

PER UNA GIUSTIZIA 'NON AMMINISTRATIVA' (*)

1. Il volume che viene ora ripubblicato nella collana fondata da Paolo Grossi ha proposto una intensa riflessione su alcuni temi fondamentali del nostro diritto amministrativo e della giustizia amministrativa, avviando un dibattito che prosegue anche oggi, a vent'anni dalla sua pubblicazione (1). Come per tutte le opere maggiori di Orsi Battaglini la lettura non è facile e la presentazione degli argomenti secondo un criterio di chiarezza e di rigore logico e con un ordine coinvolgente può trarre in inganno il lettore (2). Lo stile dell'autore è inconfondibile: le affermazioni non si fondano mai su un solo argomento, ancorché importante, come invece sarebbe se il ragionamento si sviluppasse in forza della mera correttezza di una premessa, sulla base del criterio deduttivo utilizzato comunemente

---

(*) In queste pagine introduttive sono riproposte anche alcune considerazioni esposte già in *Rileggendo Orsi Battaglini. Alla ricerca dello stato di diritto, Per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*, in « Diritto pubblico », 2006, p. 91 e ss.

(1) Il dibattito si è aperto subito dopo la pubblicazione del volume. Ne sono testimonianza i contributi *In ricordo di Andrea Orsi Battaglini* pubblicati su « Diritto pubblico », 2006, 1 (scritti da Cammelli, Sorace, Silvestri, Scoca, Azzariti, Travi, Rescigno, Marzuoli); R. Guastini, *"Un soggetto, un diritto, un giudice". I fondamenti teorici di una giustizia non amministrativa*, in « Diritto pubblico », 2008, p. 29 e ss.; L. Ferrara, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in « Dir. amm. », 2013, p. 465 e ss.; *Individuo e potere. Incontro di studio in ricordo di Andrea Orsi Battaglini*, suppl. a « Diritto pubblico », 2016 (con contributi di Pinelli, Ferrara, Sorrentino, Greco, Pioggia, Clarich, Di Gaspare, Merloni, Bilancia); M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. "Per una piena realizzazione dello Stato di diritto"*, Rimini, 2017. Per ampi riferimenti alle tesi esposte nel volume, cfr., fra gli altri, B. Sordi, *Interesse legittimo*, in *Enc. diritto*, *Annali*, Milano, 2008, p. 709 e ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, p. 341 e ss.

(2) Così come può trarre in inganno lo stile dei sommari dei capitoli, consueto in certi romanzi del passato (che spesso, dietro l'apparenza faceta, celavano un'acuta riflessione), ma certamente non in testi giuridici.

dagli autori giuridici. Ogni passaggio si confronta invece con una serie di considerazioni e si regge sulla coerenza con una trama articolata di argomenti che vengono analizzati in profondità. In questo modo emerge uno scrupolo estremo di rigore e, nello stesso tempo, la necessità di un confronto sempre aperto, senza pregiudiziali, che non fa sconti alle proprie tesi e che semmai cerca di cogliere al meglio quelle degli altri.

Questo modo di procedere rispecchia una piena consapevolezza dell'oggetto dell'indagine. Il diritto non è costituito da nozioni isolate, che in quanto tali possano prestarsi a indagini frammentate o unidirezionali: anche quando sia considerato nella prospettiva di un singolo 'istituto', è sempre rappresentato da una serie di elementi diversi. Nel diritto non esiste separatezza e il dogma delle specialità è solo un simulacro, frutto di comodità e di apparenze. Soltanto attraverso il confronto con tutti gli elementi in gioco la scienza giuridica è realmente tale e può proporre soluzioni appaganti.

Per chi ha conosciuto Andrea Orsi Battaglini questa era un'espressione della sua lucidità, che tante volte abbiamo avuto modo di misurare e di ammirare, anche nelle occasioni più comuni, come nei colloqui personali o nella corrispondenza minuta, e nello stesso tempo era un'espressione della sua capacità di indagare senza compromessi, a costo di mettere in discussione le concezioni più diffuse e accreditate (3). Era l'espressione di una ricerca appassionata di verità, non su un piano metafisico, ma su un piano scientifico e culturale, che riconosce come canone fondamentale per l'indagine giuridica la coerenza appunto con il dato giuridico e che opera nella consapevolezza che la libertà dell'indagine scientifica interpella l'individuo (4) ed è nello stesso tempo responsabilità, perché richiede innanzi tutto l'impegno a superare quei preconcetti e quelle incrostazioni che costituiscono l'ideologia comune in un certo settore.

La nuova pubblicazione del volume, da tempo esaurito, vuole consentire a chi non abbia conosciuto direttamente l'autore di

---

(3) Cfr. M. Cammelli, *Ricordo di Andrea*, in *In ricordo di Andrea Orsi Battaglini*, cit., p. 1 e ss.; C.M. Mazzoni, *Andrea Orsi Battaglini. Ricordi*, in « Pol. dir. », 2005, p. 689 e ss.

(4) Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, p. 89 e ss., oggi in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1391 e ss.

cogliere ed apprezzare il suo insegnamento. Vale anche come invito e monito a proseguire sulla strada tracciata dall'autore, pur consapevoli che l'insegnamento di un vero maestro non impegna mai ad adottare le sue conclusioni e a farne una sorta di manifesto ideologico: non era questo lo stile di Andrea Orsi Battaglini. L'insegnamento di un vero maestro richiede invece di condividerne i valori più profondi, di impegno, di metodo, di onestà intellettuale, ben sapendo che la ricerca giuridica non conduce a risultati assolutamente conclusivi: lascia, però, un segno profondo che interpella chiunque intenda accostarsi con sincerità allo studio del diritto.

Il volume di Andrea Orsi Battaglini rappresenta tutto questo, ma anche altro. Come si è già accennato, il metodo seguito nell'esposizione è ispirato ad una sintassi rigorosa ed un lettore superficiale può forse cogliere in questo aspetto l'illusione per una scienza giuridica nutrita solo di logica e di norme. Una critica del genere fu mossa in effetti: basti pensare alle polemiche (5) avviate nei confronti del progetto che fu all'origine di una delle più ardite iniziative dell'autore, la fondazione della rivista Diritto pubblico.

Nel primo numero della rivista, Orsi Battaglini aveva illustrato la sua proposta culturale. Segnalava l'esigenza di rinascita di una scienza del diritto pubblico fondata però su paradigmi nuovi, che riuscisse a conciliare il carattere scientifico dell'indagine con il superamento dei postulati e delle categorie di cui era imbevuta la scienza del diritto pubblico del passato. In questo quadro « è la questione del metodo a rivelarsi ancora una volta cruciale e con esso il problema dell'autonomia del giuridico », messa in discussione particolarmente nel diritto pubblico dalle « lusinghe di una ragione descrittiva e strumentale ». « Non è infatti difficile individuare, in tutti gli indirizzi 'evolutivi' una più o meno esplicita polemica antiformalistica, antisistematica e antipositivista e per sfuggire alle rigide deduzioni della dottrina ricevuta si utilizzano argomenti tratti da altre discipline: dalla storia, dalla filosofia politica, dalla scienza

(5) Alle critiche Orsi Battaglini replicò con fermezza (e con fine ironia) in *Il puro folle e il perfetto citrullo (discutendo con Sabino Cassese)*, in « Diritto pubblico », 1995, p. 639 e ss. In proposito cfr. D. Sorace, *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in « Diritto pubblico », 2006, p. 40 e ss.

politica, dall'economia ». Orsi Battaglini non era convinto che fossero giustificate le critiche mosse al carattere sistematico dell'ordinamento e al « processo logico-deduttivo di determinazione della norma del caso singolo »; era convinto, invece, che in discussione avrebbero dovuto essere posti « i principi informatori e del sistema e dell'interpretazione », che hanno generato « la persistente, sotterranea, talvolta pure inconsapevole, adesione ai vecchi paradigmi », attraverso i quali si perpetua una « 'riserva latente' di autorità » (6).

Il rigore di Orsi Battaglini era dunque tutt'altro che funzionale ad una mera speculazione intellettuale ed era tutt'altro che tributario di una visione astratta del diritto (in particolare, del diritto pubblico): l'indagine giuridica è sempre anche un confronto con una realtà articolata e palpabile, proprio perché la ragione giuridica si innerva sempre in una dimensione culturale e sociale. La sua analisi coglieva il nucleo del problema, che era rappresentato dalla continuità delle categorie e dei modelli nel diritto pubblico, nonostante la loro incoerenza rispetto ai cambiamenti strutturali, apportati, in primo luogo dalla Costituzione. Basti pensare al fatto che continuano ad essere ammesse l'autoreferenzialità delle categorie dell''autorità' e dello Stato, l'ossequio a poteri originari che sfuggono al principio di legalità, l'assegnazione all'effettività del ruolo di fonte primaria di legittimazione, invece « [del]l'assoggettamento dello Stato al diritto, [del]la libertà del soggetto definita dalla legge » (7). Lo Stato di diritto merita dunque di essere riesaminato, come « chiave determinante per ripensare il diritto pubblico », e nello stesso tempo « come oggetto e principio di scienza », ragione di « unità e omogeneità dell'ordinamento », nella consapevolezza che « l'ordine scientifico unitario dello Stato di diritto sia precondizione di libertà » (8).

Questa proposta, che si poteva cogliere già negli scritti precedenti dell'autore, trova riscontro al massimo grado nel volume in esame: le tesi che l'autore matura nelle sue riflessioni sono concrete

---

(6) Orsi Battaglini, *In limine*, in « Diritto pubblico », 1995, 1, pp. III-VII.

(7) Ad Orsi Battaglini oggi non sarebbe certo sfuggito il ricorso sempre più frequente alla figura dell'« atto politico », che solleva gli interrogativi più gravi rispetto ad ogni concezione dello Stato di diritto.

(8) Orsi Battaglini, *In limine*, cit., p. VII.

e propongono con ricchezza di argomenti un cambio di paradigma che si svolge sì nel diritto, ma che riesce a ridisegnare le istituzioni, le regole sociali, la posizione di libertà del cittadino. Il significato di una giustizia 'non amministrativa' è dato appunto da un cambiamento profondo, strutturale, nel rapporto fra il singolo (l'individuo) e le istituzioni, ricercato sempre in base alla ragione giuridica (9).

Di essa si coglie il rilievo decisivo anche quando la riflessione dell'autore conduce a proposte di riforma. La ragione giuridica è rappresentata innanzi tutto da considerazioni tratte da un'attenta riflessione sui principi costituzionali e dal riconoscimento della loro irrinunciabile centralità: il rapporto fra il cittadino e l'amministrazione delineato nella Costituzione è incompatibile con qualsiasi condizione di soggezione; la pari dignità delle situazioni giuridiche soggettive, espressa in varie norme costituzionali (10), deve indurre a riflettere sulle concezioni tradizionali che hanno costruito la separatezza dell'interesse legittimo; l'indipendenza del giudice è un requisito preliminare e irrinunciabile per l'esercizio della funzione giurisdizionale e non accetta compromessi neppure rispetto ad una giustizia 'amministrativa'. La Costituzione non è intesa come un fattore che orienta, magari un poco più di altri, la lettura della legge (11): è invece alla base stessa di qualsiasi lettura della legge. E ciò vale anche a costo di essere ascritti alla congerie di « generosi sognatori o inconcludenti acchiappanuvole » (p. 191), che si distaccano dal « solco tracciato nella tradizione disciplinare » e che non accettano che la riflessione scientifica debba appiattirsi sulla dimensione della 'fatica feriale' (12) che non ambisce ad orizzonti nuovi.

In questa prospettiva, che anima il volume, si coglie anche la passione dell'autore per il diritto amministrativo e una capacità

---

(9) Cfr. L. Ferrara, *Individuo e potere in un gioco di specchi*, in *Individuo e potere*, cit., p. 11 e ss. (soprattutto p. 13 e ss.).

(10) In primo luogo nell'art. 24, ma anche in altre disposizioni, come l'art. 113.

(11) Come invece è nella logica della recezione, a lungo dominante negli studi sulla giustizia amministrativa.

(12) La '*Werktagsarbeit*', che è contrapposta ai '*Sonntagsgedanken*' (p. 190).

straordinaria di trarre orizzonti nuovi anche nell'interpretazione di leggi antiche (13).

2. « Alla ricerca dello Stato di diritto » rappresenta una conclusione cui era pervenuta, sul piano del metodo e su quello dei risultati, un'indagine scientifica svolta dall'autore nel corso da un quarantennio (14). Al tema dell'indipendenza del giudice amministrativo Orsi Battaglini aveva dedicato un intervento puntuale già nei primi anni della sua attività scientifica, in occasione dell'istituzione dei Tar, con osservazioni critiche rispetto ad una ideologia che induceva a riconoscere al giudice amministrativo un ruolo di mediazione fra politica e amministrazione, più che di stretta garanzia della legalità (15). In quegli stessi anni, traendo spunto dalla disciplina per le vertenze sull'indennizzo alle imprese interessate dalla nazionalizzazione del settore elettrico, aveva sostenuto la tesi secondo cui, nonostante la lettera della legge, anche la parte pubblica (e non solo quella privata) avrebbe potuto ricorrere in sede giurisdizionale contro le decisioni della Commissione istituita per la liquidazione degli indennizzi, perché il diritto d'azione doveva ritenersi indefettibile per qualsiasi parte. Inoltre, aveva analizzato le peculiarità della medesima disciplina, ponendo in evidenza i rapporti fra l'atto di liquidazione dell'indennizzo, da lui allora ritenuto a tutti gli effetti

---

(13) Orsi Battaglini, *In limine*, cit., p. VII, ove la proposta dell'autore viene così rappresentata: « è possibile comporre rivoluzione e continuità nel pensiero scientifico ricavando il nuovo dalla interna struttura del vecchio? ».

(14) Il primo scritto di Orsi Battaglini fu, salvo errore, una nota pubblicata sul *Foro amministrativo* nel 1965 (*Omissione di atti del procedimento amministrativo e sanatoria, con riferimento alla variante del piano regolatore*, in « Foro amm. », 1965, p. 195 e ss., oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 1 e ss., in nota a Cons. Stato, ad. plen., 26 febbraio 1964, n. 6). La nota prendeva in considerazione l'autorizzazione allora richiesta dalla legge urbanistica per le procedure di variante al piano regolatore generale e la possibilità di una sanatoria della sua omissione, ad opera dell'approvazione della variante. L'indagine richiedeva quindi l'analisi delle principali costruzioni del procedimento di pianificazione urbanistica e l'esame della tesi, sostenuta nella decisione annotata, secondo cui l'effetto sanante sarebbe stato precluso dalla costituzione di diritti contrari di terzi prima della sanatoria. L'importanza di alcuni dei temi trattati è testimoniata dalla loro perdurante attualità: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in « Foro it. », 2021, III, c. 377.

(15) *I tribunali amministrativi regionali e la continuità dello Stato liberale*, in « Quale giustizia », 1972, p. 306 e ss., oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 361 e ss.

un atto amministrativo, e l'azione civile successiva, e la portata dell'introduzione di termini decadenziali per tale azione (16).

I precedenti più prossimi, nelle riflessioni dell'autore, si colgono, però, in alcuni scritti della fine degli anni '80, che avevano fatto seguito ad un'intensa produzione scientifica dedicata principalmente alle autonomie locali e alle trasformazioni in corso nel rapporto di pubblico impiego (17). L'importanza di tale produzione scientifica è stata giustamente sottolineata dalla dottrina, che ha posto in luce come in essa sia possibile riscontrare la maturazione di una riflessione critica rispetto ad alcune delle categorie tradizionali (18): in particolare, a conclusione di queste riflessioni, era riconosciuta con chiarezza la labilità delle differenze riscontrabili fra la disciplina del pubblico impiego e quella del rapporto di lavoro privato, era espressa la consapevolezza che anche le norme costituzionali non imponessero una disciplina differenziata e veniva escluso che la tutela del rapporto di lavoro offerta dal giudice ordinario potesse risultare istituzionalmente deteriore rispetto alla tutela offerta dal giudice amministrativo (19). Si colgono, perciò, motivi destinati ad essere sviluppati e sostenuti con chiarezza nelle opere successive. Ad ogni modo, tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 Andrea Orsi Battaglini pubblicò una serie di contributi di ampio respiro che testimoniavano un interesse nuovo per alcuni temi che nel dibattito culturale di quegli anni, per molti della mia genera-

---

(16) Cfr. Orsi Battaglini, *Ricorso amministrativo e azione giudiziaria in materia di indennizzi per le imprese elettriche espropriate*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1967, p. 603 e ss., nonché *Note sul ricorso amministrativo contro le liquidazioni dell'Enel*, in « Foro amm. », 1967, p. 151 e ss., e *In tema di contenzioso sull'indennizzo per le imprese elettriche espropriate*, in « Giur. it. », 1967, I, 2, 1c ss. (oggi in *Scritti giuridici*, cit., rispettivamente p. 27 e ss., p. 97 e ss., p. 111 e ss.).

(17) A questi temi Orsi Battaglini aveva dedicato due monografie (*Le autonomie locali nell'ordinamento regionale*, Milano, 1974, e *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, 1982), oltre a numerosi contributi minori. Queste tematiche erano al centro di un intenso dibattito culturale che vedeva impegnati molti studiosi del diritto amministrativo (fra i quali lo stesso Orsi Battaglini) non solo sul piano scientifico, ma anche nelle proposte di riforma, e in questo dibattito uno dei motivi ricorrenti era la ricerca di modelli coerenti con il disegno costituzionale.

(18) Cfr. Sorace, *L'epistemologia del diritto pubblico*, cit., p. 9 e ss.

(19) Orsi Battaglini, *Impiego pubblico e impiego privato, per un nuovo statuto comune*, in « Lav. Dir. », 1989, p. 571 e ss. (oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 1355 e ss.).

zione, erano piuttosto trascurati o sembravano destinati a passare in secondo piano.

In alcuni di questi scritti la relazione con il volume che viene ora ripubblicato può sembrare meno evidente. Si pensi, per esempio, ai due contributi di Orsi Battaglini sulla ricerca scientifica pubblicati all'inizio degli anni '90 (20). In essi il tema della libertà della ricerca era trattato da angolature diverse: nel primo contributo, alla luce della dottrina giuspubblicistica specie italiana e della proposta di rinvenire un elemento proprio della libertà nella scienza, specifico e ulteriore rispetto alle libertà generali; nel secondo, dando largo spazio al confronto con esperienze straniere, soprattutto a quelle maturate nella dottrina tedesca e in quella nordamericana. In effetti nel dibattito in questi Paesi era ricorrente riconoscere il ruolo del progresso scientifico come fattore di sviluppo economico e sociale, ma nello stesso tempo emergeva, seppur con toni diversi, anche la problematicità dei rapporti con gli interessi economici e politici, da alcuni considerati come pericolosi per l'autonomia e la libertà nella ricerca, da altri (specie nella cultura nordamericana) come utili motori per processi di selezione e di sviluppo.

Le considerazioni di fondo di Orsi Battaglini erano chiare. Innanzi tutto, il punto di partenza è la Costituzione: dalla Costituzione nasce ogni riflessione su ragioni di fondo. Nella Costituzione la libertà della scienza è una libertà piena, perché la « scienza è indagine della realtà svincolata da ogni ipoteca di tipo religioso o metafisico: la realtà esiste, ha un suo statuto oggettivo, una sua verità, e la ragione è strumento di per sé idoneo per indagarlo perché il suo statuto corrisponde a quello della realtà » (21). Nello stesso

---

(20) Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit.; Id., *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, Milano, 1991, p. 441 e ss., oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 1447 e ss. L'importanza di questi scritti è stata posta in evidenza da Sorace, *L'epistemologia del diritto pubblico*, cit., p. 31 e ss.; Merloni, *Libertà della scienza e della ricerca*, in *Individuo e potere*, cit., suppl. a « Diritto pubblico », 2016, p. 161 e ss. (cfr. ivi soprattutto pp. 161-163, sul rapporto fra libertà della scienza e libertà di pensiero); Bilancia, *La libertà della scienza e della ricerca: attualità della riflessione di Andrea Orsi Battaglini*, ivi, p. 177 e ss.

(21) Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit., p. 1396. Secondo l'autore si deve, però, distinguere fra libertà della ricerca e

tempo era respinta con fermezza ogni ideologia elitaria o aristocratica, in primo luogo perché « la scienza è *scoperta* delle leggi della realtà, è accumulo progressivo di conoscenza, è *progresso*, e dal progresso della conoscenza deriva, come da fonte originaria, un più esteso controllo della natura, e in definitiva migliori condizioni per l'uomo » (22), e in secondo luogo perché la libertà scientifica è un « *diritto di tutti* in quanto nel suo nucleo essenziale essa riguarda in modo eguale e indifferenziato l'individuo in quanto tale, anche se poi può assumere forme diverse in relazione a specifiche qualificazioni del suo titolare » (23).

Orsi Battaglini nei due contributi affrontava vari profili di rilievo: la posizione della libertà della scienza rispetto alle libertà fondamentali, come la libertà di pensiero (alla luce del testo dell'art. 33 della Costituzione repubblicana, ma anche alla luce della sua collocazione in altri testi costituzionali), le condizioni necessarie per la tutela della libertà nella ricerca scientifica, il confronto con le logiche di mercato e di concorrenza (logiche preponderanti, nell'esperienza degli Stati Uniti), i rimedi istituzionali per evitare una subordinazione ad interessi economici e politici (24), la posizione dello Stato (dello Stato come soggetto e dello Stato come ordinamento), il rapporto fra potere legislativo e potere esecutivo rispetto alle scelte di ordine scientifico (e quindi anche l'incidenza del principio di legalità), il ruolo delle Università e degli altri istituti di ricerca a tutela della libertà di ricerca, la collocazione della comunità scientifica e l'esame dei modelli attraverso i quali essa si è organizzata, ecc. I due contributi, però, erano anche la sede di riflessioni che rivelavano il pensiero dell'autore in termini ancora più generali. Mi riferisco soprattutto alla capacità di valorizzare le considerazioni tratte dall'ordine costituzionale, cogliendo una dimensione naturale

---

applicazione dei risultati della ricerca: la tematica dei limiti varrebbe per i secondi, ma non per la prima.

(22) *Ibidem*. I corsivi sono presenti nell'originale, pubblicato negli *Scritti in onore di Paolo Barile*.

(23) Ivi, p. 1402 (il corsivo è nell'originale).

(24) Questi interessi possono condizionare non solo l'accesso alla ricerca, ma anche la diffusione dei suoi risultati, per esempio attraverso un eccesso di segretezza. Si tratta di temi che Orsi Battaglini affrontava attraverso il riconoscimento di una posizione elevata per la libertà della ricerca nella gerarchia dei valori costituzionali.

che non era più solo quella del diritto amministrativo, ma che era piuttosto quella del diritto pubblico nel suo complesso, e che traeva dalla continuità del diritto amministrativo col diritto costituzionale una completezza di argomenti. Questa prospettiva consentiva di rilevare ragioni di fondo di più ampia portata, in grado anche di superare il perimetro dei Paesi (come l'Italia, la Germania, l'Austria) nei quali la libertà della ricerca scientifica era anche garantita dalla Costituzione e di proporre uno 'status' generale delle attività di ricerca.

In questo contesto appare significativo il riferimento dell'autore ai criteri ordinanti nella Costituzione italiana, rappresentati dai principi di individualismo, pluralismo e universalismo. L'importanza dei tre criteri 'ordinanti' è riconosciuta, ma « la dimensione individuale [...] costituisce il nucleo forte della libertà scientifica » (25). Rispetto a questa libertà l'individuo non è soltanto titolare di diritti fondamentali, riconosciuti ad ogni singola persona: è anche il « termine finale di ogni ricerca », e la ricerca risulta a pieno titolo « una fondamentale esperienza di ricerca di senso » (26), come era già stato prospettato, non senza contrasti, da una parte della dottrina tedesca intervenuta sull'art. 5 della Legge fondamentale (27). Tutto ciò, a ben vedere, consentiva anche di riconoscere alla libertà della ricerca una posizione preminente nelle gerarchie costituzionali,

In ambiti del genere alla posizione dell''individuo' nell'ordinamento va pertanto riconosciuto un rilievo centrale, non eludibile, perché si fonda sulla Costituzione. Questa convinzione che, come si accennerà, trova conferma anche in altri scritti dell'autore risalenti a quegli stessi anni, risulta per più versi significativa. Di Orsi Battaglini erano noti l'impegno politico e l'attenzione per le dimensioni sociali: anche nella selezione di alcuni temi trattati nelle sue opere precedenti (penso a quelle sulle autonomie, o a quelle sulla contrattazione nel pubblico impiego) questi interessi sembravano testimoniati con

---

(25) Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, cit., p. 1405; cfr. anche p. 1402.

(26) Ivi, p. 1400.

(27) Häberle, *Die Freiheit der Wissenschaft im Verfassungstaat*, in « Archiv des öffentlichen rechts », 1985, p. 329 e ss. L'art. 5.3 del Grundgesetz stabilisce: « L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi » (*Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei*).

chiarezza. Non può sfuggire, inoltre, che il secondo dei due contributi in esame era destinato agli Scritti per Mario Nigro, figura eminente, certamente cara all'autore per i trascorsi fiorentini e fra tutti uno degli studiosi che aveva affrontato in modo più approfondito il tema della libertà della ricerca (28). Nigro aveva accolto, però, una visione più frastagliata, che dava ampio rilievo da una parte alle esigenze organizzative (29) e dall'altra parte a ragioni solidaristiche e a considerazioni economiche (30), e aveva concluso in termini piuttosto perplessi anche rispetto alle norme costituzionali di riferimento. Era giunto a sostenere che l'art. 9 e l'art. 33 (31) dovessero considerarsi « due precetti costituzionali [che] si esauriscono in affermazioni generali » (32), mentre di maggior rilievo sarebbero stati piuttosto gli artt. 2 e 3, col risultato che « in questo contesto il principio della libertà della scienza comincia a perdere il suo carattere individualistico e astratto » (33).

La concezione di Orsi Battaglini risulta diversa. In presenza di diritti fondamentali che concernevano libertà individuali, l'individualismo, inteso come riconoscimento del valore assoluto dell'individuo, rappresenta la 'cifra' e l'unica chiave convincente di lettura sul piano giuridico e doveva essere riconosciuto (punto su cui insisteva particolarmente l'autore) come 'criterio ordinante' in base alla Costituzione. Era un riconoscimento significativo, non solo perché in esso si coglieva l'attenzione scrupolosa per la dimensione giuridica, ma anche perché veniva espresso nella piena consapevolezza di tendenze in atto che invece, rispetto a diritti del genere, subordinavano — e subordinano — l'individuo a dimensioni plura-

---

(28) M. Nigro, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1972, p. 740 e ss.

(29) Ivi, particolarmente p. 742.

(30) Ivi, particolarmente pp. 743-744.

(31) Di queste disposizioni era già stata proposta una lettura combinata, incentrata sul ruolo dello Stato, che nell'art. 9 si sarebbe concretata in un obbligo positivo, mentre nell'art. 33 si sarebbe risolto in un dovere negativo: cfr. Bonifacio, *La ricerca scientifica*, in *Atti* del Congresso celebrativo del Centenario delle leggi amministrative di unificazione, *L'Istruzione*, Vicenza, 1967, p. 275 e ss.

(32) E proseguiva in termini severi, scrivendo che erano espressione di un Costituente « dominato dalla suggestione politica immediata » (Nigro, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, cit., particolarmente p. 750 e ss.).

(33) Ivi, pp. 752-753.

listiche e sociali (si pensi ad alcune interpretazioni ricorrenti rispetto all'art. 3, comma 2, Cost.) (34). Invece, una concezione corretta dei diritti fondamentali di libertà riconduce necessariamente all'individuo. Questa affermazione non esprime soltanto la centralità dell'individuo nella Costituzione, ma aiuta anche a definire il rango dei principi in cui si deve ambientare lo studio di tali diritti.

Le considerazioni di Orsi Battaglini erano espresse in uno studio dedicato alla libertà nella ricerca. A ben vedere, però, con i doverosi adattamenti, possono estendersi anche ad altri diritti affermati dalla Costituzione, ossia a tutti quelli che sono rappresentati e tutelati in una dimensione individuale. Anche rispetto ad essi il criterio 'ordinante' è quello individualista e la fedeltà alla Costituzione impone di riconoscerli e di tutelarli come tali.

La portata delle considerazioni di Orsi Battaglini non si può arrestare, però, soltanto a questi diritti di libertà, quasi fossero di portata eccezionale: può essere esteso anche ad altri diritti che la Costituzione assegna dando rilievo alla loro dimensione individuale. Fra essi a pieno titolo, come viene ricordato anche nel volume che viene ora ripubblicato, va compreso anche il diritto d'azione, contemplato dall'art. 24 Cost. (p. 46 e ss.).

3. Nel 1987, nel Digesto delle discipline pubblicistiche, veniva pubblicata di Orsi Battaglini la voce 'Autorizzazione amministrativa'. Ad essa fecero seguito altre 'voci' dello stesso autore su altre tipologie vicine di provvedimenti (35), ma la voce sull'autorizzazione

---

(34) Questi profili, colti puntualmente da Orsi Battaglini, risultano oggi di indubbia attualità, alla luce anche della tendenza, presente anche nella giurisprudenza amministrativa, di attribuire la prevalenza alla legittimazione collettiva rispetto a quella individuale. Si pensi inoltre alla tendenza, riscontrabile anche in alcune pronunce della Corte costituzionale, di ridurre lo spazio operativo di alcuni diritti di libertà (penso all'esercizio della libertà religiosa) in una logica di contemperamento con altri interessi, certamente di rango inferiore (per esempio, di ordine urbanistico).

Si tratta di compromessi di cui l'insegnamento di Orsi Battaglini — che rivendicava con coerenza una gerarchia fra i diritti costituzionali — dimostra con evidenza la fragilità.

(35) *Licenza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, p. 253 e ss.; *Nullaosta*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, p. 183 e ss.

amministrativa riscosse subito particolare attenzione (36) e fu l'occasione per considerazioni di cui si colgono le tracce anche nei suoi scritti successivi.

Nella 'voce' per il Digesto era affrontato un tema 'classico' nel diritto amministrativo, che proprio alcuni anni prima era stato oggetto di un importante ripensamento critico (37). Nell'esame dell'autorizzazione amministrativa Orsi Battaglini si dimostrava attento a questo ripensamento e in particolare aderiva alla soluzione che assegnava all'autorizzazione amministrativa una natura costitutiva e che escludeva che potesse essere dato rilievo in contrario ad argomenti del genere di quello tradizionale rappresentato dalla rimozione di limiti all'esercizio di un diritto o di una libertà (38). L'indagine svolta da Orsi Battaglini, però, risulta importante anche per altre ragioni.

Si pensi, per esempio, allo scrupolo con cui nella 'voce' del Digesto venivano inquadrate e analizzate le tesi più significative (quella di Ranelletti, quella di Sandulli e quella di Giannini). Ogni tesi veniva considerata non estrapolandone le conclusioni (come è usuale soprattutto in una voce d'enciclopedia), ma innanzi tutto inserendola nel suo proprio contesto, cercandone le ragioni di fondo. Per esempio, della teoria di Ranelletti venivano segnalate i fondamenti culturali e ideologici, non identificati (come poi è avvenuto spesso) con argomenti banalmente politici, ma rappresentati da una visione d'insieme del rapporto fra le istituzioni e la società. Questa visione era espressa dal maestro abruzzese nella distinzione fra funzione di conservazione (o 'giuridica') dello Stato e funzione di perfezionamento (o 'sociale'): la prima caratterizzata dal confronto con le libertà individuali (perciò in una logica di sicurezza, di polizia, di ordine pubblico, di sanità) e la seconda inerente piuttosto alla

---

(36) Cfr. per esempio C. MARZUOLI, D. SORACE, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino,1989, p. 300; cfr. anche, seppur nel quadro di conclusioni in parte divergenti (per il metodo e nel merito) da quelle di Orsi Battaglini, FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 1996, soprattutto p. 180 e ss. e p. 233 e ss.

(37) Cfr. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, non a caso frequentemente richiamato da Orsi Battaglini nel suo contributo.

(38) Cfr. già ivi, soprattutto p. 177 e ss.

sfera propria dello Stato e caratterizzata da un intervento pubblico diretto ad agevolare e sostenere « lo sviluppo dell'attività individuale » ([39]). Nel pensiero di Ranelletti l'inquadramento nell'una o nell'altra funzione era la ragione fondamentale per la distinzione fra autorizzazione e concessione e di questa ragione la nota formula discretiva rappresentava solo un estremo riflesso. Inoltre, negli scritti di Ranelletti erano tratte anche altre implicazioni di rilievo, per esempio rispetto ai caratteri e alla consistenza dell'interesse pubblico, ai suoi profili di rilevanza (e di conseguenza all'atteggiarsi dell'eccesso di potere), alla preesistenza di un diritto soggettivo, alla relazione fra la posizione soggettiva e l'atto dell'amministrazione. Il contributo di Ranelletti recuperava così il suo reale significato sul piano scientifico e la teoria da lui sostenuta non aveva più nulla della formuletta scolastica con cui viene spesso liquidata nei compendi di diritto amministrativo: rispecchiava invece una riflessione di ordine politico e sociale, aperta alle trasformazioni della società e delle istituzioni negli ultimi due decenni dell'Ottocento.

L'esame della concezione di Ranelletti testimoniava così anche lo scrupolo profondo, di onestà intellettuale e di ricerca di verità, che ha caratterizzato gli studi di Orsi Battaglini. La prospettiva principale, però, non era di ordine storico. L'indagine svolta consentiva ad Orsi Battaglini di cogliere appieno anche le criticità della teoria di Ranelletti, rappresentate particolarmente dal riferimento essenziale alle 'facoltà' create dall'autorizzazione amministrativa, e quindi dalla contraddizione fra l'esigenza di ammettere, in ultima analisi, un effetto costitutivo e la centralità dell'affermazione della preesistenza qualificante di un diritto.

Le conclusioni raggiunte rispetto ai caratteri dell'autorizzazione amministrativa non esaurivano, però, la 'voce' sul Digesto di Orsi Battaglini. La seconda parte della voce era dedicata a riflessioni sulla nozione di diritto soggettivo e sulla rilevanza, a questi fini, della discrezionalità amministrativa: il diritto soggettivo doveva identificarsi in base alla sua fonte immediata — la legge — e non in base a

---

([39]) L'importanza di questo inquadramento è testimoniata anche nella dottrina successiva che ha affrontato il tema in esame: cfr. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa*, cit., p. 73 e ss. (soprattutto p. 85 e ss.).

norme costituzionali che rinviassero a loro volta alla legge (40); la posizione di chi chiede il rilascio di un'autorizzazione risultava diversa da quella di chi richiede il rilascio di una concessione, anche se rispetto all'autorizzazione si doveva riconoscere una posizione di partenza distinta dal diritto soggettivo e da qualificare piuttosto in termini di legittimazione; il carattere costitutivo doveva riconoscersi solo alle autorizzazioni discrezionali. Invece alle altre, le c.d. autorizzazioni ricognitive, dovevano essere riconosciuti caratteri del tutto diversi e, sulla scia di Capaccioli (ma senza comunque dimenticare Ranelletti), Orsi Battaglini le riconduceva ad atti di accertamento. Di conseguenza, a ben vedere, rispetto alle autorizzazioni 'ricognitive' l'identificazione di un diritto soggettivo doveva ammettersi già all'origine, prima di qualsiasi atto amministrativo.

4. L'anno successivo, nel 1988, negli « Scritti in ricordo di Enzo Capaccioli » veniva pubblicato un altro contributo fondamentale di Orsi Battaglini, quello dedicato ad « Attività vincolata e situazioni soggettive ». Il contributo si confrontava col pensiero del maestro fiorentino, mancato immaturamente pochi anni prima, e ne dava atto anche il sottotitolo (41). La rivisitazione del pensiero di Capaccioli si traduceva, però, in una riflessione organica su molti postulati tradizionali della teoria delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo e, anche se non rappresentò il traguardo conclusivo delle riflessioni di Orsi Battaglini su questo tema, introduceva molte delle ragioni che sarebbero state poi sviluppate nel volume del 2005 che viene ora ripubblicato (42).

L'indagine traeva spunto dal criterio, utilizzato tuttora dalla Cassazione e allora ampiamente rappresentato nella dottrina, secondo cui in presenza di un'attività vincolata dell'amministrazione la situazione giuridica soggettiva del cittadino avrebbe dovuto essere qualificata come diritto soggettivo o come interesse legittimo in base alla circostanza che l'attività amministrativa fosse diretta a soddisfare

---

(40) In termini analoghi VILLATA, *Autorizzazioni amministrative*, cit.; sul punto, una posizione diversa fu invece espressa da FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa*, cit.

(41) ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive. Note su alcuni temi di Enzo Capaccioli*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, p. 267 e ss. (in *Scritti giuridici*, cit., p. 1211 e ss.).

(42) Cfr. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico*, cit., p. 45 e ss.

in via primaria un interesse privato o invece un interesse pubblico. Questo criterio introduceva una disarmonia rispetto a quanto comunemente affermato per l'attività discrezionale, rispetto alla quale la qualificazione delle situazioni soggettive sarebbe stata univoca, perché con la discrezionalità sarebbe stata compatibile soltanto una situazione di interesse legittimo. Soprattutto, però, testimoniava una fragilità sostanziale, perché, proprio in un ambito rispetto al quale avrebbe dovuto essere privilegiata una logica di certezza (anche per le implicazioni concernenti la tutela giurisdizionale), veniva dato spazio a considerazioni oggettivamente ambigue, come la circostanza che la soddisfazione di un certo ordine di interessi ricoprisse un rilievo 'primario' o meno, o la circostanza che la ragione dell'attribuzione del potere fosse identificabile con l'interesse di un singolo o invece con interessi più generali (c.d. criterio della direzione). A queste ambiguità il rimedio proposto da una dottrina autorevole era stato rappresentato dall'estensione della figura dell'interesse legittimo rispetto all'attività vincolata, con l'esito, però, che restavano senza spiegazione i casi non isolati in cui la stessa legge assegnava espressamente al giudice ordinario la giurisdizione rispetto ad atti vincolati (43).

Orsi Battaglini nel suo scritto poneva in evidenza queste contraddizioni, ma soprattutto coglieva come esse rivelassero la debolezza di una serie di altri 'principi' comunemente proclamati. In questi principi era rispecchiata un'ideologia che ammetteva come chiave di lettura la rilevanza assorbente e prevalente dell'interesse pubblico nelle relazioni fra l'amministrazione e il cittadino e così postulava una 'supremazia' dell'amministrazione da riconoscere al di là di ogni disposizione di legge. Inoltre, poneva in evidenza come la

(43) Si pensi alla disciplina della tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie o dei provvedimenti in tema di iscrizione su albi o registri professionali. Su queste previsioni aveva portato l'attenzione proprio E. CAPACCIOLI, rispettivamente in *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, vol. I, Padova, 1975, oggi in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, p. 301 e ss., e in *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative*, *Atti* del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1982, p. 87 e ss., soprattutto p. 116 e ss.

critica mossa da Capaccioli (44) alla qualificazione delle situazioni soggettive rispetto all'attività vincolata, benché fondata su logiche chiare, non avesse particolarmente inciso sulla dottrina e sulla giurisprudenza. Questa circostanza avrebbe dovuto indurre a riconoscere, a maggior ragione, la fragilità della concezione predominante, o, in altri termini, il peso in essa acquisito da tradizioni e ragioni ideologiche, più ancora che da ragioni giuridiche. Il criterio applicato dalla giurisprudenza e da buona parte della dottrina, basato sull'interesse da soddisfare, invece di rappresentare il fondamento per una distinzione pratica fra le situazioni soggettive, si dimostrava una formula utilizzata per dare « un velo di dignità logico-giuridica » a considerazioni di mera opportunità (45).

L'indagine toccava in profondità la distinzione fra norme di azione e norme di relazione e quelle sistematiche che avevano cercato di riproporla ammantandola però di una terminologia differente (come il ricorso alla coppia obbligo / dovere). Orsi Battaglini notava come queste formule, anche se talvolta sembravano proporre un fondamento tipicamente strutturale (46), avevano però il loro fondamento ultimo in un criterio finalistico, rappresentato dall'interesse perseguito dalla norma: l'attribuzione di un potere all'amministrazione diretto a soddisfare un interesse pubblico avrebbe imposto l'identificazione di un interesse legittimo del cittadino. In questo modo si delineava un paradigma istituzionale costituito da una catena di argomenti: l'interesse legittimo sarebbe stato, sul piano soggettivo, il fondamento della specialità della giurisdizione amministrativa; l'atto amministrativo sarebbe stata « la misura » di tale specialità e le sue caratteristiche avrebbero imposto di configurare

---

(44) Capaccioli aveva esposto la sua critica particolarmente in *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, Milano, 1963, in *Diritto e processo*, cit., p. 100 e ss., e successivamente nel *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1983[2], p. 239 e ss. e p. 281 e ss. Emergeva, però, anche in altri contributi dello stesso autore, in particolare: in *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973 (in *Diritto e processo*, cit., p. 358 e ss.); in *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, cit.; in *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in « Impresa, ambiente e P.A. », 1977, p. 1 e ss. (in *Diritto e processo*, cit., p. 447 e ss.).

(45) Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., p. 282.

(46) Così, per esempio, in Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984[14], vol. I, p. 112.

l'amministrazione come autorità; di fronte a questa 'naturale' supremazia dell'amministrazione, l'interesse legittimo avrebbe potuto fruire soltanto di una tutela subordinata e indiretta (47).

La critica di Capaccioli, come è noto, traeva origine innanzi tutto dalla considerazione delle utilità correlate al diritto soggettivo e all'interesse legittimo: Capaccioli escludeva che tali utilità fossero analoghe (48) e sosteneva che proprio in relazione alla diversità di oggetto non potesse accogliersi la distinzione fondata sulla diversità del carattere della tutela (diretta o indiretta). Come osservava Orsi Battaglini, l'attenzione di Capaccioli inizialmente sembrava concentrata sulla critica alla tesi dominante fondata sulla 'direzione' della norma (e cioè sul rilievo attribuito all'interesse la cui tutela sarebbe stata demandata all'amministrazione) (49). Negli scritti successivi di Capaccioli emergeva, però, l'assegnazione di un rilievo sempre maggiore alla distinzione fra attività discrezionale e attività vincolata, distinzione da ricercare sulla base della norma e non limitandosi all'atto amministrativo, e perciò dando rilievo alla produzione degli effetti giuridici secondo lo schema norma-fatto o, invece, secondo lo schema norma-potere-fatto (50). Questa ragione strutturale introduceva la riflessione di Capaccioli sulle figure soggettive e veniva da lui associata, sul piano del diritto positivo, alla distinzione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa.

Orsi Battaglini, tuttavia, non si fermava a registrare questa evoluzione e a porre in evidenza, anche per i riflessi inerenti alla identificazione delle situazioni soggettive, la diversità strutturale fra l'attività discrezionale e l'attività vincolata. Innanzi tutto, anche se al centro del suo contributo era il pensiero di Capaccioli, l'attenzione

---

(47) Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., p. 286 e ss.

(48) In gioco, utilizzando una terminologia comune, era pertanto l'individuazione del c.d. 'bene della vita' da assumere alla base dell'interesse legittimo. Si noti che in Capaccioli la rilevanza del 'bene della vita' permane sul piano teorico, ma risulta del tutto ridimensionata in linea pratica, fino a diventare evanescente (al 'bene della vita' subentrano infatti le utilità 'secondarie' che possono essere associate a un interesse legittimo in presenza di un potere discrezionale dell'amministrazione).

(49) Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, cit.

(50) Cfr. Capaccioli, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, cit.; *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, cit. La concezione finale di Capaccioli è esposta in modo organico nel *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

riservata alla dottrina era assai più ampia. Per esempio, in una nota molto densa (51) Orsi Battaglini poneva in evidenza i « numerosi e significativi punti di contatto » di Capaccioli con il pensiero di Ranelletti, espresso in alcuni passi delle Guarentigie (52), e nelle pagine successive analizzava il pensiero di Capaccioli in confronto con quello di Guicciardi, dal quale è « stata estratta una formula di comodo che solo apparentemente e letteralmente vi è iscritta ».

L'analisi condotta da Orsi Battaglini poneva in evidenza l'esigenza di non confondere il piano giuridico con quello politico-giuridico, l'attività dell'amministrazione in attuazione della norma con le ragioni che possono indurre il legislatore a introdurre una norma, ma soprattutto richiamava la necessità di ricercare le ragioni di fondo, senza accontentarsi di « formule di comodo », anche quando queste ultime fossero state ampiamente proclamate e riconosciute. La riflessione conduceva a riesaminare nozione basilari, come quella di 'potere', di cui Orsi Battaglini, anche sulle orme di Capaccioli, predicava un significato forte: il potere ha come carattere la 'novità', in cui si traduce la disponibilità effettiva degli interessi in gioco. Alla 'novità' si doveva associare il carattere della 'definitività', intesa come « impossibilità per altri soggetti per modificare il contenuto specifico della decisione » (53). La 'definitività' implicava una esclusività o riserva di competenza dell'amministrazione, tema posto al centro pochi anni prima dal volume di C. Marzuoli rispetto alle valutazioni tecniche (54), con riflessi ineludibili anche rispetto al sindacato giurisdizionale.

Nelle pagine finali emergeva in piena luce la concezione di fondo di Orsi Battaglini. Essa era espressa innanzi tutto dal rifiuto di ricostruire la relazione fra l'amministrazione e il cittadino in una logica di supremazia dell'amministrazione, tanto meno come riflesso di una supremazia dell'interesse pubblico rispetto all'interesse particolare; a questa logica era tradizionalmente associata una serie di corollari ampiamente diffusi nella cultura del diritto pubblico, come

---

(51) Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., p. 300, nota 57.

(52) Orsi Battaglini faceva quindi riferimento a un'opera di Ranelletti ben successiva ai contributi iniziali sui caratteri delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative analizzati nella voce *Autorizzazione amministrativa* per il Digesto.

(53) Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., p. 309.

(54) C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

l'assegnazione all'atto amministrativo di caratteri che esprimessero tale supremazia, la valorizzazione della libertà del cittadino in una prospettiva 'difensiva' (55). Le riflessioni di Capaccioli dimostravano invece che lo spazio della specialità, nell'attività amministrativa, corrispondeva alla discrezionalità e che la discrezionalità, come « potere riservato di valutazione comparativa degli interessi », consentiva di dare una spiegazione esauriente di ogni ragione di specialità. A questo punto anche principi basilari come il principio di legalità e il principio di effettività della tutela giurisdizionale dovevano essere ricostruiti respingendo ogni tentazione di una lettura ispirata (magari anche solo inconsapevolmente) ad una subalternità intrinseca del cittadino all'amministrazione (56).

Queste considerazioni innovative non concludevano, però, la prospettiva dell'autore. Orsi Battaglini rilevava come molte norme costituzionali — e in particolare, quelle sulla tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive — venissero lette dalla dottrina e dalla giurisprudenza facendo applicazione del diritto precedente, come se risultato della Costituzione fosse stato quello di sancire l'assetto preesistente. In questo modo, attraverso l'utilizzo delle vecchie categorie come chiave di lettura della Costituzione, si perpetuavano un sistema e un diritto che ignoravano i principi costituzionali.

> Sembrano invece maturi i tempi per capovolgere radicalmente la lettura della Costituzione, individuando al suo interno il principio (e il canone interpretativo) fondamentale e ordinando intorno ad esso le singole disposizioni e soprattutto dando ingresso all'apparato concettuale e normativo preesistente solo nei limiti consentiti da una rigorosa verifica di compatibilità (57).

E di questo progetto Orsi Battaglini individuava, già allora, un obiettivo specifico, rappresentato dalla 'ricostruzione' del sistema di giustizia amministrativa.

---

(55) Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., p. 324.

(56) Come invece emerge in certe concezioni particolarmente ampie dell'atto amministrativo, o nell'assegnazione, in sede giurisdizionale, di limiti al sindacato del giudice sui fatti non giustificati da alcuna 'riserva' fondata sulla legge.

(57) Orsi Battaglini, *Attività vincolata*, cit., p. 327.

5. Sempre nel 1988, nei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno » Orsi Battaglini aveva pubblicato un contributo che riprendeva il suo intervento in un convegno cagliaritano del gruppo San Martino, su tre volumi editi nella Collana collegata agli stessi Quaderni (58). Si trattava dei volumi di altrettanti studiosi della scuola fiorentina di storia del diritto: quello di M. Fioravanti su « Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco » (59), quello di P. Costa su « Lo Stato immaginario; metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento » (60) e quello di B. Sordi, « Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo » (61).

Lo scritto di Orsi Battaglini, già nel suo titolo (*L'astratta e infeconda idea'. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)* (62)), alludeva ad alcune posizioni della cultura giuspubblicistica che, a suo giudizio, avevano prodotto una concezione dello Stato e del diritto pubblico assai lontana dai fermenti ideali originari e poco permeabile ai mutamenti epocali in corso nella società e nelle istituzioni.

Nel volume di Fioravanti la dottrina tedesca dell'Ottocento era analizzata ponendo in evidenza la progressiva evoluzione dalle concezioni organicistiche ad una affermazione totalizzante dello Stato. In questo quadro risultava decisivo l'apporto di Gerber: lo Stato, al quale veniva assegnata una personalità giuridica, assumeva nel contempo anche una personalità 'suprema' e diventava una realtà che non richiedeva a sua volta alcuna legittimazione: non era in relazione con la società ma si imponeva ad essa; aveva esigenze che dovevano necessariamente essere soddisfatte anche al di là di ogni legittimità formale; diventava l'oggetto principale della scienza giuridica e sulla base di esso la scienza giuridica avrebbe dovuto elaborare i suoi concetti fondamentali. Fioravanti coglieva questo processo evolutivo

---

(58) SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico*, cit., p. 21 e ss.

(59) Milano, 1979.

(60) Milano, 1986.

(61) Milano, 1985.

(62) In « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XVII (1988), p. 569 e ss., oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 1307 e ss.

nelle sue diverse articolazioni e prestando attenzione alla varietà di sfumature (e quindi anche alle possibili alternative) rappresentate nella dottrina tedesca.

Orsi Battaglini nel suo scritto dimostrava di apprezzare vivamente il rigore della ricerca svolta da Fioravanti e sottolineava, per esempio, come il volume non fosse tributario di tanti luoghi comuni. In particolare risultavano smentiti argomenti classici, come la contrapposizione fra teorie organicistiche e teorie statalistiche; era rivisitata l'idea di Stato nella concezione di Hegel (idea di Stato che risultava in realtà meno 'assoluta' e meno lontana dalla realtà sociale di quanto non si sostenga ancora oggi comunemente), il 'popolo', 'das Volk', elemento centrale e unificante nella concezione del diritto di Savigny, era in realtà emarginato in Gerber, e del tutto recessivo e ormai ridotto ad una superfetazione nello « Staatsrecht » di Laband; il modello dello Stato liberale era già da tempo in crisi, come era testimoniato dalla concezione maggioritaria della sovranità, intesa non più come nozione fondamentale e multiforme da collocare all'origine dei poteri pubblici, ma come semplice qualità riconosciuta a determinati soggetti in virtù della loro capacità di rappresentare lo Stato. La reazione all'illuminismo e alla cultura di cui l'illuminismo era stato portatore, cultura intrisa di garanzie di libertà e di diritti fondamentali, portava la dottrina tedesca dell'Ottocento, pur in un contesto di elevata raffinatezza dell'indagine giuridica, a costruire una concezione del diritto pubblico che forse noi oggi potremmo descrivere indulgentemente come 'mitica', se non avessimo presente l'epilogo drammatico della Repubblica di Weimar.

Le considerazioni di Fioravanti, secondo Orsi Battaglini, trovavano un riscontro significativo anche nel volume di P. Costa. Ovviamente il contesto preso in considerazione era diverso — ad essere analizzata era la dottrina giuspubblicistica italiana — ed anche il metodo d'analisi era assai differente: P. Costa proponeva un'analisi dei testi, condotta dando spazio anche a criteri linguistici, antropologici e sociologici, superando una lettura 'lineare', basata sull'ordine materiale degli enunciati, e cercando invece di dare spazio al rispettivo 'peso' e al loro 'campo teorico', per cogliere il modo con cui essi si combinavano, così da dedurre i 'modelli'. Nel volume, attraverso questa tecnica, emergeva la centralità, nella dottrina

giuspubblicistica italiana, della relazione fra società e Stato; di conseguenza dall'esame dei testi l'autore proponeva una classificazione ricondotta a due poli, quello dualistico (di equilibrio fra società e Stato) e quelli monistici (incentrati rispettivamente sulla società o sullo Stato). Osservava, però, Orsi Battaglini che in realtà a ben vedere era « il modello monistico statocentrico a dominare la scena: è questo l'asse portante della giuspubblicistica italiana nel periodo considerato » (63).

Orsi Battaglini poneva in evidenza come l'indagine di Costa dimostrasse che « i tempi del percorso disciplinare non corrispondono a quelli del quadro ideologico generale », e ciò non solo perché nella dottrina giuspubblicistica (e non solo in essa) i mutamenti nel linguaggio sono più lenti dei mutamenti ideologici, ma anche perché non è riscontrabile una corrispondenza biunivoca fra 'modelli' e ideologie. L'analisi dei testi svolta da Costa poneva in evidenza come nella dottrina anche la stessa adesione al fascismo spesso fosse risultata più un elemento 'esibito' che un fattore determinante nella ricostruzione della disciplina. L'attenzione di Orsi Battaglini si concentrava particolarmente sull'analisi proposta dall'autore rispetto agli scritti di Vittorio Emanuele Orlando e di Santi Romano, in particolare sulle critiche mosse da Costa rispetto al primo (in cui il riferimento fondante alla 'società' finiva col perdersi, ed anche l'immagine del 'popolo' era attratta nello 'Stato', secondo un percorso che richiamava quello della giuspubblicistica tedesca di alcuni decenni precedenti) e sull'apprezzamento espresso invece per il secondo (le cui tesi sarebbero state suscettibili anche ad un'apertura 'sociocentrica'). Per Orsi Battaglini, tuttavia, anche nell'opera di Santi Romano decisivo sarebbe stata la centralità dello Stato, e ciò trapelerebbe soprattutto nella seconda parte de «L'Ordinamento giuridico», per esempio nell'analisi romaniana del profilo cruciale costituito dal rapporto fra gli ordinamenti.

Dal volume di B. Sordi, sulle origini della giustizia amministrativa in Italia e sulla formazione della figura dell'interesse legittimo, secondo Orsi Battaglini sarebbe emerso il progressivo declino di una concezione liberale, che poneva al centro il rapporto fra libertà individuale e autorità, e lo spostamento dell'attenzione sul rapporto

---

(63) Orsi Battaglini, *"L'astratta e infeconda idea"*, cit., p. 1319.

fra legge e potere esecutivo. Richiamando le riflessioni di Sordi, ma esprimendo anche considerazioni personali, Orsi Battaglini rilevava come la concezione liberale, presente nella legge del 1865, avesse espresso la distinzione « fra le sfere del rilevante e dell'irrilevante giuridico » (64), tracciando una linea precisa fra il diritto soggettivo, garantito dal giudice, e la libertà dell'amministrazione. La mancanza di una tutela giurisdizionale, per le vertenze contemplate dall'art. 3 della stessa legge, non doveva pertanto intendersi come un limite imposto dal legislatore alla giurisdizione, ma doveva intendersi come il riflesso della mancanza di una regola legale: la tutela giurisdizionale era esclusa, perché la situazione non era disciplinata da una norma. Questo disegno sarebbe fallito, però, già nella sua prima fase attuativa e il fallimento sarebbe stato definitivamente sancito dalla legge del 1889, originariamente indirizzata a costruire una giustizia 'nell'amministrazione' ma poi letta come istitutiva di una giurisdizione speciale, rendendo così più forte l'esigenza di identificare una situazione soggettiva che ne fosse l'oggetto, ma che nello stesso tempo non si identificasse col diritto soggettivo. Le perplessità di buona parte della dottrina dell'epoca rispetto a questo assetto testimoniavano la consapevolezza e la gravità della rinuncia al disegno del 1865 ispirato a una concezione liberale, ma la sorte di tale disegno era ormai segnata: ciò fu testimoniato dal rigetto della teoria del '*petitum*', che avrebbe potuto essere pur recepita e che avrebbe potuto rappresentare una soluzione conciliativa fra il modello del 1865 e l'istituzione della Quarta sezione. Dalle riflessioni di Sordi, Orsi Battaglini ricavava la traduzione nel potere amministrativo di una concezione dello Stato ormai fortemente radicata nella dottrina italiana, come già nella dottrina tedesca, di uno Stato-persona, più ancora che di uno Stato-ordinamento identificato nella legge; questa concezione sarebbe stata testimoniata in particolare dagli sviluppi della teoria della discrezionalità.

Dai tre volumi analizzati Orsi Battaglini traeva varie considerazioni, di metodo e di merito (65). Fra esse meritano di essere

(64) Ivi, p. 1324.

(65) Molte di queste considerazioni non erano presenti nella relazione cagliaritana di cui il contributo sui Quaderni fiorentini costituì lo svolgimento: questa circostanza conferma una riflessione progressiva e una maturazione non occasionale.

richiamate particolarmente quelle che pongono in evidenza le ragioni di continuità del contributo in esame con l'opera del 2005 che viene ora ripubblicata. Mi riferisco in particolare alla valorizzazione dell'argomento storico nell'indagine giuridica (66); alla ricostruzione delle ragioni originarie della giustizia amministrativa e alla loro collocazione in un contesto ideale e culturale preciso; al peso attribuito dalla dottrina giuridica allo 'Stato', come figura 'totale' in grado di assorbire in sé ogni ragione originaria. Dall'analisi dei tre volumi, Orsi Battaglini rilevava come la dottrina giuspubblicistica si fosse progressivamente distanziata dai postulati illuministici e liberali, accettando una posizione statocentrica che comportava innanzi tutto un sacrificio alla posizione dell'individuo, divenuta « astratta e infeconda idea ».

Nel titolo del contributo di Orsi Battaglini era richiamato un passo dei « Principii di diritto amministrativo » di F. Persico (citato anche da P. Costa) in cui questo risultato era proclamato a chiare lettere (67), ma lo stesso risultato sarebbe stato presentato icasticamente da Ranelletti nella sua prolusione maceratese del 1899, che

---

(66) E rappresentano quindi, innanzi tutto nei fatti, la risposta all'interrogativo iniziale posto da Orsi Battaglini in testa al suo articolo: « Qual è il rapporto dell'odierno giuspubblicista con la storia? [...] Con la sua stessa storia dunque, come storia della sua tradizione disciplinare, del suo iter formativo [...] » (Orsi Battaglini, *"L'astratta e infeconda idea"*, cit., p. 1309).

(67) « Assai più che non si crede, gli scrittori e i politici anche oggidì, pur affermando che la società è all'uomo naturale, che lo Stato non è il puro effetto di un contratto, e respingendo in parole le massime e dottrine del secolo passato, nelle varie applicazioni del diritto pubblico della politica e dell'amministrazione, muovono dall'astratta e infeconda idea dell'individuo, e sull'arbitrio individuale fondano le dottrine della potestà pubblica, delle forme politiche, della rappresentanza nazionale, delle imposte, ec. ec. Ora io stimo che il prendere le mosse dal concetto d'individuo o dell'astratta personalità umana conduce inevitabilmente al contratto sociale di Rousseau e alle sue conseguenze. Mantengo che non si perverrà mai a una scientifica organizzazione del diritto né pubblico né privato; che quella dottrina è l'atomismo recato nella scienza, le cui logiche conseguenze sono il caso e l'arbitrio signori della storia e delle società civili; e che solo l'opposto processo potrà riordinare le discipline giuridiche e soprattutto le politiche e le amministrative. Lungi di essere la società e lo Stato l'effetto e lo specchio dell'individuo, si ha a tenere l'individuo per ultima concrezione ed efficacia dello Stato e della società; e non si dee dedurre che dall'uomo in sé e dalla umana natura le leggi che la governano » (cito da F. Persico, *Principii di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1872[1], p. 3).

prendeva sì le mosse dalla « libertà civile nel campo giuridico » espressa nel « rapporto fra due termini: l'individuo e lo Stato », ma concludeva che « il punto logico di partenza non è la libertà, ma è lo Stato » (68).

Secondo Orsi Battaglini questa concezione risultava a tal punto pervasiva che si sarebbe imposta attraverso la scienza giuridica giuspubblicistica anche rispetto alla novità alla Costituzione. Avrebbe orientato l'interpretazione di disposizioni nodali, come l'art. 24 o l'art. 113, secondo i modelli precedenti, rinunciando a cogliere il mutamento di paradigma determinato dall'impianto liberaldemocratico. Le concessioni della dottrina alle formazioni e ai fenomeni sociali, al pluralismo, ecc., in realtà sembravano condurre anch'esse allo Stato, e anche la debolezza nelle analisi di certi nodi decisivi (come l'assetto dei poteri di 'necessità' e la loro difficile compatibilità con il principio di legalità, l'assunzione dell'interesse pubblico come categoria fondante e ragione assoluta di prevalenza dell'amministrazione) avevano condotto a questo risultato (69).

6. L'itinerario successivo di Orsi Battaglini, rappresentato negli scritti che hanno preceduto più direttamente il volume del 2005, si sviluppò in continuità con i risultati espressi nei contributi che sono stati appena richiamati, confermando l'interesse per un riesame critico delle categorie e delle concezioni di fondo del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa e la considerazione della Costituzione repubblicana come base necessaria per ogni riflessione sui principi del diritto pubblico.

Nella seconda metà degli anni '90, nella tredicesima legislatura, fu costituita ed operò una Commissione parlamentare per le riforma costituzionali (c.d. 'Bicamerale'), alla cui attività la rivista Diritto pubblico dedicò un fascicolo (70). In questo fascicolo, Orsi Battaglini

---

(68) Ranelletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, Macerata, 1899, in Id., *Scritti giuridici scelti*, vol. I, Napoli, 1992, p. 189 e ss. (le citazioni nel testo sono tratte rispettivamente da p. 189 e da p. 207).

(69) Orsi Battaglini, *"L'astratta e infeconda idea"*, cit., p. 1340 e ss.

(70) « Diritto pubblico » dedicò ai lavori della Commissione 'bicamerale' il n. 3 dell'annata 1997; in questo numero fu pubblicato, fra gli altri, lo scritto di Orsi Battaglini e di Marzuoli cui si farà riferimento nel testo.

e Marzuoli pubblicarono un contributo sulle proposte concernenti l'assetto della giurisdizione (71).

La Commissione aveva previsto l'introduzione di una giurisdizione amministrativa parallela a quella ordinaria (assoggettata, però, a regole potenzialmente diverse anche quanto a stato giuridico dei magistrati) e aveva riservato al Consiglio di Stato solamente funzioni consultive: Orsi Battaglini e Marzuoli osservavano come in questo modo il principio dell'unità della giurisdizione, pur affermato in linea i principio, venisse ancora smentito e contraddetto dalla previsione di due ordini distinti di giudici. La previsione di una giurisdizione amministrativa separata da quella ordinaria riproponeva, a ben vedere, le vecchie logiche della specialità. Esse rispecchiavano a loro volta la convinzione di matrice ottocentesca secondo cui giudicare l'amministrazione fosse in definitiva attività di amministrazione; il postulato che le vicende del diritto amministrativo imponessero un giudice 'diverso' e particolare; la concezione che la giurisdizione rispetto all'attività amministrativa richiedesse una 'sensibilità' particolare per l'interesse pubblico, come se compito del giudice fosse valutare anche il merito e non solo la legittimità degli atti; la rappresentazione dell'interesse legittimo come figura soggettive che avrebbe richiesto un giudice particolare (anche se, a ben vedere, « è la specialità del giudice a costituire la fonte della specialità del c.d. interesse legittimo, e non viceversa, come da alcuni si ritiene »); la tesi che identificava nel giudice amministrativo il giudice in grado di offrire una migliore tutela (quando invece « la

(71) Orsi Battaglini, Marzuoli, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in « Diritto pubblico », 1997, p. 895 e ss. (oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 1533 e ss.). In generale, sulla riforma dell'assetto della giurisdizione rappresentato nei lavori della Commissione bicamerale, cfr. *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bicamerale*, Milano, 1999; in termini critici, con riferimento alla giustizia amministrativa, Berti, *Unità e pluralità delle giurisdizioni secondo le proposte della commissione bicamerale e secondo la nuova legislazione amministrativa*, in « Dir. economia », 1999, p. 385 e ss. In generale, con riferimento all'assetto dell'amministrazione, cfr. Ledda, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione « bicamerale »*, in « Foro amm. », 1997, c. 3303 e ss., che si espresse in termini fortemente critici rispetto alla 'disattenzione' della Commissione per un'attuazione rigorosa del principio di legalità.

qualità e l'intensità della tutela dipenderà da quanto è previsto di volta in volta dal diritto sostanziale »).

La critica mossa da Orsi Battaglini e da Marzuoli alle proposte della Commissione bicamerale era pertanto chiara: una riforma coerente ed effettiva della giurisdizione avrebbe dovuto condurre alla previsione di un giudice unico, competente per qualsiasi ordine di vertenza e per qualsiasi parte (pubblica o privata), con cognizione di legittimità e dotato di poteri adeguati per tutelare tutte le situazioni giuridiche soggettive. Nello stesso tempo dalle soluzioni prospettate dalla Commissione bicamerale si ricavava l'influenza dominante di una cultura della giurisdizione speciale, con tutti i relativi corollari, sia quanto a rappresentazione del giudice, sia quanto a rappresentazione delle situazioni giuridiche. L'esigenza di una ricostruzione della giustizia amministrativa che superasse contraddizioni e compromessi diventava, perciò, ancora più viva.

Dopo un paio d'anni la sentenza n. 500 delle Sezioni Unite avrebbe rinfocolato il dibattito sull'interesse legittimo, inducendo buona parte della dottrina a ritenere che la risarcibilità del danno avrebbe confortato ulteriormente la figura dell'interesse legittimo, perché era stato superato il limite rappresentato dalla esclusione di una tutela risarcitoria (72). Orsi Battaglini, in un contributo scritto con Carlo Marzuoli, pubblicato ancora su Diritto pubblico, prese posizione in termini assai differenti (73).

---

(72) La posizione maggioritaria non fu comunque condivisa da tutti: si veda in particolare A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in « Dir. amm. », 1998, p. 1 e ss.; *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in « Foro it. », 1999, I, c. 3222. La critica di Alberto Romano, pur formulata sulla base di premesse assai diverse, presentava alcuni significativi punti di contatto con quella svolta da Marzuoli e Orsi Battaglini nel loro articolo su « Diritto pubblico »: Alberto Romano, infatti, segnalava la diversità di impostazione accolta dalle Sezioni Unite rispetto al tema affrontato, con riferimento agli interessi c.d. oppositivi e agli interessi c.d. pretensivi, e anche con riferimento agli interessi oppositivi rilevava come la soluzione elaborata dalle Sezioni Unite risultasse « concettualmente non produttiva; eccessivamente riduttiva di un fenomeno di ben più ampie dimensioni, che non vi può essere apprezzato, quindi, in tutta la sua imponenza e radicalità; superata dall'art. 35, 1° comma, d.lgs. 80/1998 ».

(73) Orsi Battaglini, Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in « Diritto pubblico », 1999, p. 487 e ss. (oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 1553 e ss.)

L'analisi della pronuncia delle Sezioni Unite poneva in evidenza la centralità, nel ragionamento della Cassazione, dell'argomento rappresentato dalla lesione dell'« interesse al bene della vita »; come è noto, questo argomento era sviluppato nella sentenza fino a configurare, in taluni casi anche in presenza di un'attività discrezionale dell'amministrazione, la possibilità di riconoscere una posizione di spettanza del bene (74). Questi aspetti furono segnalati dalla dottrina dell'epoca (75), in prevalenza, però, in una logica 'interna' al disegno delle Sezioni unite, diretta cioè ad emendare gli anelli più deboli del ragionamento per confermarne l'impianto generale. Secondo Orsi Battaglini e Marzuoli, invece, il superamento della barriera rappresentata dalla irrisarcibilità delle lesioni a interessi legittimi avrebbe comportato la necessità di una riflessione più ampia: in particolare i due autori sostenevano che la riflessione avrebbe dovuto estendersi alla « consistenza sostanziale dell'interesse legittimo » e perciò all'identificazione dell'interesse meritevole di tutela (76). Questa riflessione, però, induceva a rilevare come diventasse problematico identificare un carattere distintivo rispetto al diritto soggettivo e a prospettare il superamento della concezione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva sostanziale, « affiancabile al diritto soggettivo »: la sua rilevanza sarebbe stata piut-

(74) « Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta ».

(75) Rispetto a questa affermazione della Cassazione era intervenuto criticamente G.D. Falcon, *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, Relazione al Convegno di Trento, 9-10 novembre 2000, su *La tutela dell'interesse al provvedimento*, in « Dir. proc. amm. », 2001, p. 287 e ss., in *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 369 e ss.; cfr. anche A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. diritto*, Agg. VI, Milano, 2001 (in *Scritti giuridici*, Napoli, 2024, vol. II, p. 847 e ss.).

(76) Orsi Battaglini, Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno*, cit., p. 1564.

tosto quella di una « forma di tutela », preordinata all'azione di annullamento. Anche le concezioni che, rifuggendo dai vecchi schemi fondati sulla subordinazione del cittadino all'amministrazione, ricostruivano l'interesse legittimo come situazione correlata a un potere amministrativo, una volta depurate da ogni incrostazione, a ben vedere avrebbero condotto a riconoscere che questa correlazione significava in definitiva che « l'interesse sostanziale è protetto attraverso il sindacato sull'esercizio del potere e attraverso l'eventuale esercizio del potere » (77). A questo punto il problema, sul piano giuridico, non poteva essere tanto la possibilità di una tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, ma piuttosto la risarcibilità di un interesse sostanziale per il quale era apprestata una tutela costitutiva.

L'analisi veniva proseguita dai due autori con ulteriori riflessioni che riguardavano le condizioni per il risarcimento del danno, la rilevanza (ai fini risarcitori) dell'attività amministrativa successiva al provvedimento annullato, la critica all'affermazione della Cassazione secondo cui il risarcimento, nel caso degli interessi c.d. pretensivi, avrebbe dovuto essere subordinato a un giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa, ecc. Mi sembra, però, che fra le varie e argomentate considerazioni proposte dai due autori, centrali fossero l'avvio di una discussione nuova sulla relazione fra interesse legittimo e interesse sostanziale e la riflessione sulla compresenza nell'ordinamento di un'azione civile (come quella per il risarcimento del danno) e dell'azione di annullamento avanti al giudice amministrativo. Questa riflessione conduceva a due argomenti importanti, che sarebbero stati svolti appieno nel volume che viene ora ripubblicato: la traduzione dell'interesse legittimo in una semplice « forma di tutela », che si concreta nell'azione di annullamento, e il recupero del '*petitum*' come criterio più appagante di riparto. Nelle ultime pagine del contributo il riconoscimento da parte delle Sezioni unite di una tutela risarcitoria diretta e autonoma rispetto all'azione di annullamento era segnalato come spunto per una revisione globale di posizioni tradizionali della giurisprudenza e della dottrina, fondate invece sulla incompatibilità fra potere amministrativo e diritto soggettivo (come era — ma non soltanto — nel caso della teoria della degradazione).

---

(77) Ivi, p. 1565.

Se si esaminano gli indirizzi testimoniati nel corso degli anni successivi nel dibattito sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi le tesi esposte dai due autori nello scritto appena richiamato possono sembrare isolate o addirittura velleitarie: il dibattito si concentrò progressivamente su questioni (emblematica quella della c.d. pregiudizialità) che rispecchiavano orientamenti pressocché opposti a quelli sostenuti da Orsi Battaglini e da Marzuoli nel loro articolo su Diritto pubblico. Oggi, dopo oltre vent'anni, sembra possibile una valutazione diversa. In particolare, è significativo che alla pronuncia delle Sezioni unite, accompagnata da tutti gli interrogativi (e dagli auspici) illustrati nell'articolo, avesse fatto seguito, dopo solo un anno, una legge approvata in tutta fretta dal Parlamento, che sottraeva al giudice ordinario le vertenze risarcitorie per lesione di interessi legittimi. Su un piano di sistema, la legge n. 205 del 2000 fu ancora più significativa della sentenza delle Sezioni unite del 1999: rappresentò il tentativo, riuscito, di assorbirne gli effetti rispetto alla giustizia amministrativa. La vicenda, al di là di ogni considerazione sul merito delle tesi esposte nell'articolo pubblicato su Diritto pubblico, dimostrava la pervasività di una concezione che faceva della specialità del giudice amministrativo la cifra per rappresentare i rapporti tipici fra amministrazione e cittadino (78) anche rispetto a un istituto di diritto comune come è la responsabilità civile, e così confermando in pieno le preoccupazioni dei due autori.

Da ultimo pare opportuno richiamare l'attenzione sulla recensione pubblicata da Orsi Battaglini nel 2001, ancora su Diritto pubblico (79), al volume di B.G. Mattarella sull'imperatività del provvedimento amministrativo (80). L'autore del volume aveva ripercorso criticamente la parabola della imperatività, intesa come carattere del provvedimento amministrativo, ponendo in evidenza particolarmente il ruolo ricoperto nella concezione di Giannini e

---

(78) Questa concezione è rispecchiata anche nell'introduzione, nel codice del 2010, di un termine decadenziale per l'azione risarcitoria davanti al giudice amministrativo per lesione di interessi legittimi.

(79) Orsi Battaglini, *Recensione a B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, in « Diritto pubblico », 2001, p. 783 e ss. (oggi in *Scritti giuridici*, cit., p. 1573 e ss.).

(80) B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000.

nello stesso tempo la debolezza di alcuni assunti, testimoniata anche nell'opera di Giannini dalle variazioni riscontrabili nel tempo e dalla progressiva limitazione della sua portata in una logica sempre più selettiva. Del volume Orsi Battaglini dimostrava di aver apprezzato anche l'indagine svolta rispetto agli elementi che avrebbero contraddistinto l'imperatività del provvedimento e la circostanza che fosse stata ricercata una corrispondenza con elementi che si riscontrano in effetti anche negli atti privatistici (l'incidenza sfavorevole sulle situazioni soggettive dei destinatari, l'unilateralità — nel caso dei provvedimenti ampliativi —, la possibilità di autotutela, l'obbligatorietà, l'efficacia anche nel caso di invalidità; invece perplessità erano espresse rispetto alla ricerca di analogie pregnanti quanto alla discrezionalità) (81).

Rispetto ad alcune conclusioni, invece, Orsi Battaglini prendeva le distanze: in particolare, rispetto alla tendenza ad assegnare alla 'funzionalità' (82) un ruolo caratterizzante, tale da subentrare all'imperatività nella qualificazione degli atti come atti amministrativi, rispetto alla tendenza ad assegnare un carattere 'funzionale' anche agli atti privatistici dell'amministrazione, e rispetto al legame, istituito invocando la funzionalità, fra l'attività amministrativa e la giurisdizione amministrativa (83). Nella sua recensione poneva in evidenza l'esigenza di un approfondimento del rilievo assegnato alla

---

(81) Anche in questa occasione (e si trattava, in fondo, di una recensione) Orsi Battaglini testimoniava il suo rigore nell'esposizione e nell'analisi degli argomenti. Per esempio, in un contesto in cui veniva dato spazio alla ricerca di elementi qualificanti per l'attività amministrativa, prendeva in considerazione la tesi, ancora oggi assai diffusa, secondo cui il provvedimento amministrativo sarebbe qualificato in ultima analisi dal regime giuridico ad esso applicabile, da ricostruire in base ai principi sanciti dalla legge n. 241/1990 e all'assoggettamento alla giurisdizione amministrativa. In questo modo, però, osservava Orsi Battaglini, l'ordine logico viene capovolto e viene sacrificata l'esigenza di « un lavoro tecnico ricostruttivo » (Orsi Battaglini, *Recensione*, cit., pp. 1585-1586).

(82) Intesa come orientamento verso la cura di interessi pubblici e perciò come necessaria rilevanza giuridica del fine concretamente perseguito. Per una diversa interpretazione del pensiero di Orsi Battaglini, cfr. F. Sorrentino, *Principio di legalità*, in *Individuo e potere*, cit., p. 83 e ss. (soprattutto p. 91).

(83) Queste considerazioni critiche riguardavano in particolare l'atteggiamento che giustifica l'estensione della giurisdizione amministrativa, soprattutto della giurisdizione esclusiva, attraverso l'argomento della 'funzionalità'. Orsi Battaglini, però, poneva in discussione anche la tendenza ad una estensione pervasiva della 'funzionalità' all'attività

nozione di 'funzione', che finiva col rappresentare nella cultura giuspubblicistica lo strumento « per una ricomposizione 'trasversale' del concetto di potere », contraddicendo così l'obiettivo di una ricostruzione paritaria del rapporto giuridico. Soprattutto segnalava l'esigenza di affrontare il tema dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri sul piano dei principi costituzionali e di verificare se fosse compatibile con tali principi « un regime 'pubblicistico' derogatorio rispetto alla consistenza delle situazioni individuali protette, alle loro forme di tutela e alla terzietà del loro giudice » (84). E concludeva, in modo programmatico: « Ma di ciò si riparlerà, eventualmente, in altra sede ».

7. « Alla ricerca dello Stato di diritto », come si è già accennato, prende le mosse dal confronto fra la Costituzione e la giustizia amministrativa. Questo confronto era stato a lungo letto (ed in genere viene letto tuttora) secondo i canoni della c.d. recezione, che vede sostanzialmente nelle disposizioni costituzionali la 'consacrazione' del sistema precedente (p. 12). Fra gli studiosi della giustizia amministrativa solo pochi, come Silvio Lessona (85) o Vittorio Bachelet (86), avevano espresso una posizione diversa, proponendo (soprattutto nel caso di Bachelet) di assumere come punto di partenza la Costituzione.

I canoni della recezione erano stati accolti anche da illustri innovatori del diritto amministrativo, come Giannini e Nigro, che pure non avevano mancato di cogliere alcune contraddizioni di fondo nel sistema della giustizia amministrativa. Erano stati ampiamente condivisi anche in ambito costituzionalistico e in ambito

---

dell'amministrazione: per esempio la trasformazione del regime dei rapporti di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione testimoniava, secondo Orsi Battaglini, la possibilità e la legittimità della sottrazione di un ambito dell'attività amministrativa al vincolo di scopo (Orsi Battaglini, *Recensione*, cit., p. 1587).

(84) Orsi Battaglini, *Recensione*, cit., p. 1590.

(85) Lessona, *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario sistematico della giurisdizione italiana*, diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze, 1950, vol. II, p. 199 e ss.

(86) Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, oggi in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1981, p. 451 e ss.

processualcivilistico (87). La recezione ha come argomento fondamentale (la peculiarità del)l'interesse legittimo e come criterio metodologico la continuità con la tradizione storica. Uno dei motivi centrali del volume di Andrea Orsi Battaglini è l'analisi critica nei confronti di questa posizione.

In effetti dall'approccio prevalente nella dottrina, il volume di Orsi Battaglini si stacca profondamente. Oggetto dell'indagine non è l'evoluzione della giurisdizione amministrativa, che nella dottrina più raffinata conduce alla ricerca del 'ruolo' attuale del giudice amministrativo in un contesto di continuità con le esperienze precedenti. Orsi Battaglini, in modo chiaro e stringente, restituisce una posizione centrale alle questioni realmente di fondo, che attengono innanzi tutto alle condizioni per l'esercizio della funzione giurisdizionale, soprattutto nei confronti dell'amministrazione, e in ultima analisi alla giustificazione della specialità del diritto amministrativo e della sua 'giustizia'. Il volume eleva la discussione a un livello superiore e recupera il primo posto per quei temi preliminari ed imprescindibili, a diretto contatto con la Costituzione, che invece spesso quanti sono abbagliati dagli sviluppi recenti sembrano ormai trascurare.

I termini del dibattito meritano di essere richiamati puntualmente, perché la loro rilevanza non si arresta all'assetto della giustizia amministrativa e coinvolge ragioni più generali. Queste ragioni toccano il tema fondamentale rappresentato dall'interpretazione giuridica, tema fondamentale che, soprattutto per un giuspubblicista, riconduce innanzi tutto all'interpretazione della Costituzione (88).

Da un lato c'è la prospettiva della recezione degli istituti e delle categorie, così come sono stati tramandati nella cultura giuridica da una tradizione autorevole e spesso di altissima qualità. La recezione,

---

(87) Fra le eccezioni, con riferimento alla dottrina recente, Orsi Battaglini richiama particolarmente Giovanni Verde e Andrea Proto Pisani (p. 15).

(88) Questo aspetto è stato posto particolarmente in luce da G.U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro* Alla ricerca dello Stato di diritto), in « Diritto pubblico », 2006, p. 111 e ss., soprattutto a p. 116 e ss., e da G. Azzariti, *Interpretazione sistematica della Costituzione, riparto delle giurisdizioni e vocazione espansiva dell'art. 102 Cost. (a proposito dell'ultimo studio di A. Orsi Battaglini)*, in « Diritto pubblico », 2006, p. 75 e ss.

nelle sue modalità più elevate con le quali è doveroso confrontarsi, non va intesa come passività o rinuncia al cambiamento, ma è innanzi tutto opera di prudente adattamento, che in genere sacrifica alla coerenza del sistema complessivo le ragioni di novità e che privilegia tali ragioni solo in casi eccezionali, quando si verifichi una 'rottura' intollerabile. Il 'sistema' giuridico, come viene più comunemente inteso, ha una sua intrinseca complessità, che lo rende poco assoggettabile a rivoluzioni copernicane e rispetto al quale risulta invece importante la continuità delle categorie, delle tecniche, del consenso.

Dall'altro lato vi è la prospettiva che sollecita invece il giurista a cercare alla fonte della Costituzione e a scoprire in questo modo cose nuove. È una prospettiva che qualifica la figura del giurista come Orsi Battaglini descrive esplicitamente nelle pagine finali, nell'« epilogo » che si è già avuto occasione di richiamare: è il giurista che opera valorizzando quella 'immaginazione' che sul primo numero di Diritto pubblico Pietro Costa aveva descritto in un intenso articolo (89), richiamato significativamente nell'ultima nota del volume che oggi viene ripubblicato. In questa prospettiva anche il consolidamento di certe categorie del diritto non giustifica la rinuncia a una ricerca critica di 'senso', né tanto meno l'assuefazione alle posizioni acquisite. Rende maggiore, piuttosto, l'esigenza di riferimenti appaganti: così è testimoniato da Orsi Battaglini anche attraverso l'attenzione per la teoria generale e per lo sviluppo di alcune nozioni basilari (come diritto o azione), oltre che per i principi costituzionali.

L'abbandono del criterio della continuità e della recezione deve essere giustificato, però, da un fondamento forte e coerente con il carattere giuridico dell'indagine: altrimenti la proposta innovativa non può più essere verificata, cade nell'arbitrarietà e può diventare ideologia. Nel secondo Novecento il fondamento per le proposte innovative è stato ricercato spesso nella Costituzione, ma nel caso della giustizia amministrativa anche le norme costituzionali sono state lette in genere come conferma e giustificazione della continuità, nella prospettiva della recezione. Basti pensare alle disposizioni sul

(89) P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in « Diritto pubblico », 1995, p. 1 e ss.

Consiglio di Stato (art. 103 Cost.), sulla limitazione alle possibilità di ricorso alla Cassazione contro le decisioni del giudice amministrativo (art. 111, comma 8, Cost.), sulla tassatività del potere del giudice ordinario di annullare atti amministrativi (art. 113, comma 3, Cost.), sulla disarticolazione delle tutele giurisdizionali in tutela dei diritti e tutela degli interessi legittimi (artt. 24). Secondo una concezione comune queste disposizioni costituzionali avrebbero consolidato il sistema precedente sia per quanto riguarda lo 'status' del giudice amministrativo, sia per quanto concerne le regole del riparto, esprimendo così implicitamente una valutazione positiva per tale sistema e fornendo alla sua specialità un fondamento superiore. D'altronde le stesse disposizioni della Costituzione sulla giustizia amministrativa sono state elaborate ragionando sul modello esistente.

Una lettura del genere, come si è già ricordato, è prevalente in dottrina e, come si avrà modo di segnalare, è stata condivisa, nei suoi tratti essenziali, anche dalla Corte costituzionale.

Questa lettura, secondo Orsi Battaglini, produce conseguenze paradossali, che solo una certa assuefazione verso le concezioni tradizionali avrebbe impedito fino ad oggi di cogliere pienamente. Se la Costituzione viene considerata come garanzia delle istituzioni esistenti della giustizia amministrativa o comunque della sua 'specialità', si finiscono col legittimare, attraverso la Costituzione, le deroghe allo stato giuridico dei magistrati proprie dei giudici amministrativi, la riduzione del valore dell'indipendenza che si riscontra nei rapporti fra il Consiglio di Stato e il Governo, la commistione di funzioni istituzionali diverse, la stessa negazione pratica del principio di unità della giurisdizione sancito dall'art. 102 Cost. All'interno della Costituzione si coglierebbe una grave contraddizione: i principi innovatori sulla tutela delle posizioni soggettive e sulle garanzie della funzione giurisdizionale si arresterebbero di fronte alla giurisdizione amministrativa.

Una proposta innovativa, rispetto alla giustizia amministrativa e pertanto rispetto al diritto amministrativo, deve confrontarsi innanzi tutto con l'interpretazione costituzionale. L'autore, nel suo volume, traccia una direzione netta, che orienta la lettura dell'intero testo costituzionale.

È stato scritto, in proposito, che per Orsi Battaglini il testo della Costituzione è il punto di partenza (90), indipendentemente da tutte le ragioni storiche o ideologiche che possono aver orientato la sua redazione; le ragioni storiche e ideologiche devono essere conosciute, ma non possono rappresentare un vincolo che supera la Costituzione. A me pare che la rilevanza assegnata nel volume in esame al testo costituzionale meriti una precisazione. L'attenzione prioritaria verso la Costituzione, nel pensiero dell'autore, consente di affermare la logica della 'discontinuità' delle norme costituzionali rispetto alle leggi precedenti sulla giustizia amministrativa e pone così sfide nuove. Nello stesso tempo, però, le riflessioni di Orsi Battaglini dimostrano, a mio giudizio, che è necessario riconoscere anche fra le norme costituzionali una precisa gerarchia logica (o una 'gerarchia nelle verità', parafrasando certa teologia moderna, in passato tacciata di 'eresia'), con l'esigenza di valorizzarne alcune e di ammettere invece un'interpretazione restrittiva per altre (91). Le norme costituzionali non possono essere considerate tutte sullo stesso piano, perché non sono sempre destinate a permeare allo stesso modo l'ordinamento: per esempio, nella sua lettura del riparto di giurisdizione, Orsi Battaglini afferma l'inidoneità dell'art. 111, comma 8, Cost., ad orientare una lettura del sistema delle due giurisdizioni (p. 185 e ss.). La disposizione che, circoscrivendo la funzione nomofilattica della Cassazione, determina la separazione fra la giurisprudenza amministrativa e quella civile non può costituire un elemento fondante per ricostruire il sistema di tutela giurisdizionale del cittadino.

Rispetto ai temi della giustizia amministrativa, le previsioni fondanti vanno identificate nella garanzia individualistica del diritto d'azione (art. 24 Cost.) e nella garanzia del giusto processo e della terzietà del giudice (art. 111 Cost.), sostenute a loro volta da altri principi essenziali, come il principio di eguaglianza. Il nostro sistema

---

(90) In questo senso, con riferimento al volume di A. Orsi Battaglini che viene ora ripubblicato, AZZARITI, *Interpretazione sistematica della Costituzione*, cit., p. 79 e ss. (« È l'ancoraggio al *testo* che impedisce una torsione soggettivistica, che trasformi l'*interpretazione costituzionale* in *un'interpretazione dell'interprete* » — corsivi nell'originale).

(91) Si rileva così una continuità con le considerazioni svolte dall'autore nei contributi sulla libertà della ricerca, a proposito della 'gerarchia' nell'ordine costituzionale.

di giustizia amministrativa (e conseguentemente tutto il nostro diritto amministrativo) deve essere riletto in modo coerente con la valorizzazione piena e incondizionata di queste norme. Dell'incidenza dell'art. 111 Cost. si farà cenno più avanti; il riferimento all'art. 24 Cost. è non meno importante, perché la norma garantisce la tutela giurisdizionale non come tecnica per realizzare il diritto obiettivo, ma come protezione di una posizione soggettiva del singolo. Il diritto d'azione va perciò considerato in una prospettiva 'individualistica' (come diritto della persona) che condiziona tutta la ricostruzione del processo: impone di riconoscere il principio dell'atipicità delle azioni, di ammettere la possibilità di un concorso fra le azioni e non la loro tendenziale incompatibilità, di riservare al cittadino la scelta dell'azione da esperire e di non assoggettarlo ad un catalogo rigido ed astratto (92).

In ogni caso, a conforto della proposta di Orsi Battaglini, va osservato che le esigenze di sistematicità, sempre presenti in una riflessione di ampio respiro, non possono sacrificare la capacità innovatrice della Costituzione. Il fatto che l'indagine giuridica abbia per sua natura come oggetto un sistema complessivo non può mortificare il rilievo del 'principio' costituzionale. L'atteggiamento che privilegia invece le ragioni dell'omogeneità o dell'omologazione fra regole di peso diverso finisce col perdere la misura essenziale del testo costituzionale.

8. L'interrogativo che solleva Orsi Battaglini nel suo volume si può pertanto riassumere in questi termini: è possibile ricostruire una giustizia amministrativa che non rinunci mai a una coerenza rigorosa con il testo costituzionale? Quando scriveva Orsi Battaglini la soluzione affermativa poteva sembrare scontata per chi, considerando gli sforzi di oltre un cinquantennio di dottrina (si pensi, innanzi tutto, ai contributi di Mario Nigro) e l'elaborazione della

(92) In questo modo, a ben vedere, emerge anche la concezione dell'autore sul rapporto fra le norme costituzionali e le disposizioni ordinarie sul processo. L'individuazione dello spazio assegnato alla legge è questione importante, a maggior ragione dopo la riforma del 1999 che ha inserito nell'art. 111 Cost. il principio del 'giusto processo' e che ha previsto che il « giusto processo » sia « *regolato dalla legge* ». Orsi Battaglini l'affronta, escludendo che la portata dei principi costituzionali possa essere ridimensionata dalla legge.

giurisprudenza anche costituzionale, riteneva che le norme costituzionali avessero ormai permeato il processo amministrativo. A maggior ragione oggi la soluzione affermativa sembra definitivamente acquisita, dopo la riforma del processo amministrativo del 2010, che specie nei primi articoli ha inteso proclamare una continuità con alcuni principi costituzionali (93). L'assetto attuale, nelle sue linee generali, realizzerebbe in modo soddisfacente quell'equilibrio (o, forse meglio, quel compromesso) fra i caratteri generali della funzione giurisdizionale e il riconoscimento della specialità che in vari articoli della Costituzione repubblicana sembra contraddistinguere la giurisdizione amministrativa.

Secondo Orsi Battaglini per rispondere all'interrogativo è invece essenziale e preliminare una riflessione a tutto campo sulla funzione giurisdizionale, sul giudice amministrativo, sull'interesse legittimo, sul riparto di giurisdizione, sui caratteri della giurisdizione nei confronti degli atti dell'amministrazione. Questa riflessione, in coerenza con le premesse già richiamate, deve essere condotta assumendo come ragione essenziale il testo della Costituzione.

9. La prima parte del volume può risultare di più agevole lettura. Orsi Battaglini rileva giustamente come la Costituzione assuma un concetto unitario di giurisdizione (94), che si sovrappone anche al modello rappresentato dalla pluralità di ordini giurisdizionali, e riconduce a questo concetto unitario una serie di principi fondamentali. Sono affermati, innanzi tutto, il carattere individualistico della tutela giurisdizionale (p. 46 e ss.), l'effettività della tutela attraverso l'atipicità e la disponibilità degli strumenti di tutela (p. 51 e ss.), la parità delle parti (95), il valore dell'indipendenza e dell'imparzialità e della terzietà del giudice, sancite nell'art. 111 Cost. dall'introduzione del principio del 'giusto processo' (p. 61 e ss. e p.

(93) Si noti, però, che in questi articoli non viene richiamato espressamente il principio di indipendenza e di terzietà del giudice.

(94) Principio affermato solo con timidezza dalla Corte costituzionale: cfr., per esempio, Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77, in « Foro it. », 2007, I, c. 1009, a proposito della c.d. *translatio iudicii* nel caso di declinatoria di giurisdizione.

(95) Orsi Battaglini (p. 61 e ss.) pone giustamente in evidenza il nesso inscindibile fra parità delle parti e terzietà del giudice.

73 e ss.) (96). Le pagine del volume richiedono al lettore di confrontarsi, senza ambiguità, con il principio del giusto processo, inserito nella Costituzione per ragioni pressoché contingenti, ma subito riconosciuto come elemento strutturale e qualificante per l'esercizio della funzione giurisdizionale. La tesi di Orsi Battaglini, radicale ma del tutto ragionevole, è che la specialità non possa giustificare deroghe di nessun genere al principio del giusto processo, perché altrimenti sarebbero compromessi i principi essenziali della giurisdizione.

In effetti si deve riconoscere, con Orsi Battaglini, che il principio costituzionale del giusto processo non consente sconti. Di conseguenza sono pienamente condivisibili anche i corollari che l'autore ricava da questo principio. Il principio del giusto processo impone, sul piano soggettivo, una piena terzietà del giudice, che a sua volta richiede una assoluta separatezza fra chi esercita una funzione giurisdizionale e chi invece opera, a diversi livelli (di consulenza, di collaborazione anche solo tecnica, di assistenza giuridica, di mera contiguità), con l'amministrazione e con il Governo. Invece, rispetto al magistrato amministrativo (soprattutto nel caso del consigliere di Stato) risulta spesso avvalorata l'immagine del giudice-funzionario (97) e questa immagine, legittimata, in definitiva, anche dalla Corte costituzionale (98), ha svariate espressioni, che

---

(96) La dottrina tende ad assegnare a 'indipendenza', 'terzietà' e 'imparzialità' valori diversi: si tratta, però, di tre caratteri ugualmente essenziali e necessari per l'esercizio della funzione giurisdizionale. Molte considerazioni svolte da Orsi Battaglini richiamando il principio di imparzialità (cfr. p. 73 e ss.) possono essere associate anche agli due caratteri, in particolare all'indipendenza del giudice.

(97) Uso il termine 'funzionario' nel significato enunciato da Natalino Irti in una conversazione tenuta l'11 febbraio 2025 alla Scuola superiore della magistratura sul *Processo* di F. Kafka (https://www.youtube.com/watch?v=TNcQr225G_s): il funzionario ha come carattere distintivo la consapevolezza e la responsabilità di essere parte di una 'organizzazione'. Il magistrato, pertanto, non può e non deve essere 'funzionario': ce lo ricorda l'art. 101, comma 2, Cost.

(98) Si veda, per esempio, Corte cost. 21 ottobre 2011, n. 273, in « Foro it. », 2012, I, c. 51. La Corte costituzionale, con riferimento a una questione che evidenziava la diversità di trattamento fra magistrati dei Tar e consiglieri di Stato, rilevò: « Va ricordato che nel Consiglio di Stato coesistono funzioni giurisdizionali e consultive che fanno di tale organo, ad un tempo, il giudice di più elevata istanza nella tutela della giustizia nell'amministrazione ed il più importante istituto di consulenza giuridico-amministra-

spaziano dalle nomine governative (99), all'inserimento di magistrati amministrativi nei gangli più elevati degli apparati pubblici (100), fino a coinvolgere la stessa concezione della funzione giurisdizionale (101). Genera infatti la convinzione, assai diffusa, che il giudice amministrativo sia l'interprete di ultima istanza del giusto modo di concepire l'interesse pubblico (102) e che la giustificazione istituzionale della specialità della sua giurisdizione derivi proprio dall'essere giudice dell'interesse pubblico. Si tratta, come è evidente, di una convinzione non conciliabile con i principi di indipendenza e di terzietà che devono permeare, in base alla Costituzione, la funzione

---

tiva. Pertanto, il passaggio per anzianità del consigliere di Tar al Consiglio di Stato presuppone l'accertata idoneità all'esercizio non solo di funzioni giurisdizionali in grado di appello, ma anche di funzioni di natura consultiva, corrispondenti appunto al ruolo di organo di consulenza giuridico-amministrativa che l'art. 100 Cost. assegna al Consiglio di Stato (art. 15 e 19 della legge n. 186 del 1982). Proprio in ragione di siffatta attribuzione di funzioni consultive, la nomina a consigliere di Stato non si risolve in una mera progressione di carriera nell'ambito della stessa funzione, ma segna uno spartiacque nella carriera della magistratura amministrativa, determinando non irragionevolmente — salve le giustificate eccezioni previste in via transitoria dalla norma censurata — l'azzeramento dell'anzianità maturata nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali di primo grado ».

(99) Queste nomine che, nonostante quanto sostenuto dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost. 19 dicembre 1973, n. 177), sono inevitabilmente condizionate da valutazioni di merito politico.

(100) E, quindi, dall'espressione di una relazione fiduciaria col Governo o con altre amministrazioni di rilievo, e con l'assegnazione di compiti autorevoli, spesso più volte rinnovati nel tempo.

(101) A. Pioggia, *Per una 'ridrammatizzazione' della questione dell'interesse legittimo*, in *Individuo e potere*, cit., p. 113 e ss., specialmente p. 117 e ss., con ampi riferimenti critici a quanti hanno invece difeso la 'specialità' del giudice amministrativo sulla base di una valutazione positiva del profilo in esame nel testo.

(102) Come viene sostenuto spesso anche nelle sedi più solenni. Leggo in una relazione d'inaugurazione dell'anno giudiziario di un Tar: « Il Giudice Amministrativo è il giudice dell'interesse pubblico; egli è gravato del delicato compito di individuare quale sia l'interesse pubblico ovvero quale sia l'interesse pubblico prevalente in un bilanciamento fra più interessi pubblici contrapposti sottostanti alla norma. Più tutela dell'ambiente, dello sviluppo o dell'occupazione? È chiaro che questo equilibrio, per prima, lo fa l'Amministrazione, ma le sue scelte non sono esonerate dal controllo giurisdizionale. Il Giudice Amministrativo dirà, poi, se la scelta fatta è rispondente o meno all'interesse pubblico. Se la risposta è positiva (ossia se la scelta è rispondente...) il privato non avrà nulla da pretendere; se è negativa (ossia se la scelta non è rispondente...) il privato otterrà l'annullamento dell'atto ».

giurisdizionale. Le considerazioni tratte da Orsi Battaglini dal principio della terzietà del giudice, nell'ordine soggettivo della giurisdizione amministrativa, sono perciò inequivocabili: la distanza fra l'assetto attuale e la norma costituzionale 'presa sul serio' appare incolmabile. Semmai dobbiamo registrare con disappunto che nei vent'anni che ormai ci separano dal volume di Orsi Battaglini non si siano verificate modifiche sostanziali.

La soluzione che l'autore propone agli interrogativi sollevati dalla incompatibilità fra l'art. 111 Cost. e l'assetto attuale della giurisdizione amministrativa non è rappresentata, però, dalla riconduzione di ogni funzione giurisdizionale al giudice ordinario: una soluzione del genere era stata auspicata dall'autore in interventi che seguivano una prospettiva diversa, di riforma costituzionale (103), ma risultava improponibile a Costituzione invariata, perché si sarebbe posta in contraddizione con le disposizioni costituzionali che assegnano al Consiglio di Stato proprie funzioni giurisdizionali. L'art. 111 Cost. impone, però, un deciso superamento di tutti gli istituti, riguardanti in primo luogo la struttura del Consiglio di Stato e lo stato giuridico dei giudici amministrativi, che non siano pienamente in linea con il principio di terzietà.

Del principio del giusto processo è componente, sul piano oggettivo e funzionale, anche la effettiva parità delle parti (p. 61 e ss.). Di questo principio Orsi Battaglini, nel suo volume, ha considerato particolarmente le implicazioni rispetto alle situazioni giuridiche (« *Di fronte alla legge* le situazioni giuridiche non possono che essere su un piano di parità », p. 63 — il corsivo è nell'originale) e la stretta relazione con la terzietà del giudice, già sottolineata con vigore da Franco Ledda (« l'uguaglianza delle parti è *costitutiva dell'idea di giudice* » (104)).

A mio parere, anche se si analizza il principio della parità delle parti nella sua dimensione più banale ed elementare, rappresentata dalla c.d. parità delle armi, la situazione nel complesso non appare confortante. Basti pensare alle posizioni più comuni espresse sul

---

(103) Orsi Battaglini, Marzuoli, *Unità e pluralità della giurisdizione*, cit.

(104) Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in « Jus », 1997, p. 315 e ss., oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 389 e ss. (la citazione nel testo è a p. 384).

sindacato delle valutazioni tecniche ancorché non abbiano alcun carattere 'riservato', sulla priorità assegnata alla verificazione rispetto alla consulenza tecnica (105), sulla attendibilità privilegiata riconosciuta alla ricostruzione e alla interpretazione dei fatti accolte dall'amministrazione, sul carattere principalmente 'cartolare' dell'istruttoria nel processo amministrativo (106), ecc. Né vale invocare in proposito il modello impugnatorio su cui si fonda l'azione di annullamento avanti al giudice amministrativo: questo modello si riflette sull'onere della prova da cui risulta gravato il ricorrente, ma una cosa è l'onere della prova di un fatto, altra cosa è l'attendibilità di una tesi soggetta a verifica processuale. Si registrano indirizzi incompatibili con il principio della effettiva parità delle parti, principio su cui invece deve reggersi, secondo la Costituzione, ogni funzione giurisdizionale, in base al canone essenziale del giusto processo.

Mi sembra significativo che nel 1999, pochi mesi prima della pronuncia delle Sezioni unite sulla risarcibilità del danno cagionato a interessi legittimi, una pronuncia del Consiglio di Stato avesse posto in discussione alcuni indirizzi tradizionali sui limiti del sindacato giurisdizionale di legittimità (107): fu accolta al momento con il più vivo interesse, anche perché sembrava destinata ad aprire orizzonti nuovi (108). È trascorso un quarto di secolo, ma nel complesso l'attrazione per gli indirizzi tradizionali sembra prevalsa: la resilienza delle categorie e delle concezioni ad esse associate, che Orsi Battaglini lamentava nella sua critica alla specialità, si è verificata anche in questo caso. In definitiva, alla luce di tale esperienza, è risultato più facile accettare un « evento sismico » (109), come quello rappresen-

---

(105) Priorità sancita oggi dall'art. 67 cod. proc. amm. Si riscontra, in questo caso, un arretramento del codice del 2010 rispetto alla disciplina precedente, introdotta dalla legge n. 205/2000 (art. 16).

(106) Si tratta di un carattere rafforzato dalla riforma del 2010: basti pensare alla disciplina della prova testimoniale, che eppure era stato frutto di un intervento della Corte costituzionale (Corte cost. 10 aprile 1987, n. 146, in « Foro it. », 1987, I, c. 1349).

(107) Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in « Foro it. », 2001, III, c. 9.

(108) Si veda, per tutte, la nota di D. De Pretis, in « Giornale dir. amm. », 1999, p. 1179 e ss.

(109) Così veniva definita la portata della pronuncia delle Sezioni unite del 1999 da Orsi Battaglini, Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno*, cit., p. 1555.

tato da una responsabilità civile dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, che modificare i caratteri del sindacato del giudice amministrativo, rendendoli più coerenti con gli artt. 24 e 111 Cost. E, come Orsi Battaglini ha posto in evidenza, il principio della parità delle parti e il principio della terzietà del giudice sono fra loro in un rapporto inscindibile.

10. La lettura del volume risulta più complessa nelle pagine successive. Sono le pagine in cui Orsi Battaglini svolge le sue riflessioni che conducono ad una diversa concezione del rapporto giuridico fra amministrazione e cittadino, sulla linea delle categorie del diritto e dell'obbligo, anziché dell'interesse legittimo e del potere amministrativo, con l'intento di ricondurre tale rapporto ad una parità che sia di ordine sostanziale, prima ancora che di ordine processuale. Queste pagine suscitano varie ragioni di interesse.

A mio parere, però, prima di prendere in considerazione il tema rappresentato dalle situazioni soggettive, pur di evidente rilievo rispetto ad ogni riflessione sulla giustizia nei confronti dell'amministrazione, è utile richiamare un altro argomento nodale del volume, che è costituito dalle considerazioni sui caratteri della giurisdizione. Orsi Battaglini dedica ampio spazio alle situazioni soggettive perché rispetto ad esse emergevano ragioni nuove che richiedevano di essere illustrate più puntualmente, ma l'argomento basilare delle sue considerazioni mi sembra sia rappresentato soprattutto dai caratteri della giurisdizione. La riflessione su questi caratteri consente di rivendicare senza incertezze una giustizia « non amministrativa ».

Orsi Battaglini fa propria la concezione chiovendiana secondo cui la giurisdizione ha come ragione e carattere l'attuazione della norma (della « legge » (110)) nel caso concreto. Ciò vale per la giurisdizione in qualsiasi vertenza, indipendentemente dal giudice, dalle parti, dal tenore della controversia.

Questa circostanza pone subito l'esigenza di una precisazione: se il caso concreto non ricade nella portata di una norma, non vi è

(110) Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, sez. I, Napoli, 1934, p. 9.

spazio per l'esercizio della giurisdizione (p. 153 e ss.) (111). Se invece una norma regola, in tutto o in parte, quella situazione, la giurisdizione può e deve essere esercitata, nel rispetto di quella norma: di conseguenza il giudice può intervenire nei limiti in cui opera la norma. La circostanza che manchi una 'giustiziabilità' là dove non vi sia una norma non umilia per nulla le prerogative della giurisdizione, ma costituisce, a ben vedere, una garanzia per l'attendibilità della funzione giurisdizionale (112) e soprattutto per la sua coerenza con il quadro costituzionale.

In effetti si deve concordare con Orsi Battaglini che il sindacato di legittimità ha caratteri universali e non ammette distinzioni in funzione delle situazioni soggettive. Ciò significa, fra l'altro, che certe affermazioni comuni, come quella (già segnalata) che qualifica il giudice amministrativo come giudice dell'interesse pubblico, o come quella che, quando siano in gioco atti amministrativi, proclama come più incisiva la cognizione del giudice amministrativo di quella del giudice ordinario, non hanno alcun fondamento e sono patentemente incompatibili anche con la Costituzione. Ciò significa, inoltre, che il sindacato giurisdizionale di legittimità su un atto amministrativo non presenta caratteri strutturalmente diversi rispetto al sindacato giurisdizionale su una vertenza fra privati. Le ragioni della specialità, su questo piano, sono del tutto inconsistenti.

---

(111) Si pensi all'esercizio di un potere discrezionale, quando non assuma rilievo la violazione di una norma giuridica e perciò sia contestato solo il 'merito' della scelta operata; considerazioni analoghe dovrebbero valere nei casi (da considerarsi, a mio parere, eccezionali) in cui la valutazione tecnica sia 'riservata' all'amministrazione.

Orsi Battaglini, anche in questa occasione, esprime una posizione rigorosa, che sfugge a tante mode oggi in voga e dimostra attenzione e responsabilità per i principi costituzionali. Il ruolo della giurisdizione che viene delineato nel volume non corrisponde affatto a quello che si vorrebbe avvalorare oggi, come se il giudice fosse chiamato ad interpretare direttamente e ad attuare le esigenze espresse nella società, superando il diaframma della legge. Letture di questo genere, anche se spesso prospettate richiamando i principi della Costituzione, sono eversive dell'ordine costituzionale che impone di distinguere il ruolo di chi è chiamato a elaborare le norme e di chi è chiamato ad applicarle. Per una critica recente a queste letture, cfr. F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

(112) Tale attendibilità è strettamente legata al principio, dettato per ogni giurisdizione, dall'art. 101, comma 2, Cost.

11. Si è già visto, esaminando alcuni contributi precedenti di Orsi Battaglini, come nella sua concezione la categoria dell'interesse legittimo perpetui una concezione di subordinazione della posizione del cittadino all'interesse pubblico (113): radicherebbe perciò un contesto di ambiguità, che ammetterebbe una disparità intrinseca nel rapporto fra cittadino e amministrazione (114). Uno scenario nuovo è prospettato con il superamento della 'coppia' potere amministrativo/interesse legittimo e con la ricostruzione anche delle relazioni fra cittadino e amministrazione e cittadino secondo il modello diritto soggettivo/obbligo.

Il tema delle posizioni soggettive viene approfondito in alcune pagine molto dense del volume, nelle quali viene dato particolare rilievo alla posizione del cittadino rispetto all'attività discrezionale: si tratta in effetti della posizione più problematica sul piano giuridico e che, nello stesso tempo, ha giustificato maggiormente la contrapposizione rispetto al diritto soggettivo (115). In questo caso, infatti, non si può configurare una garanzia rispetto al soddisfacimento

---

(113) Questa critica, mossa da Orsi Battaglini in modo diretto e sviluppata con coerenza fino ai suoi ultimi corollari, era stata svolta di recente soprattutto da Franco Ledda (in particolare in *Alla ricerca della lingua perduta del diritto*, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 496 e ss.; *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit.; *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in « Giur. it. », 1999, c. 2212 e ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 511 e ss.). Ledda aveva criticato il ricorso alla figura dell'interesse legittimo sostenendo che essa avrebbe impedito « la promozione del suddito di un tempo a cittadino » (cfr. *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, cit., p. 528) ed è uno degli autori con cui Orsi Battaglini dimostra maggiore consonanza.

I dubbi sulla figura dell'interesse legittimo erano stati espressi di recente anche da altri autori, che tuttavia non avevano rinunciato ad utilizzarla e a confermarla: cfr. A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, II agg., Milano, 1998, p. 967 e ss., che riconosceva il diritto soggettivo come « emblema della primazia della persona su un'amministrazione servente » (p. 968) e criticava la scarsa efficacia « assiologica » dell'interesse legittimo (p. 971).

Nel senso che la critica di Orsi Battaglini avrebbe posto in evidenza la fragilità dommatica della figura dell'interesse legittimo cfr. Guastini, *"Un soggetto, un diritto, un giudice". I fondamenti teorici di una giustizia non amministrativa*, cit.

(114) Come si è già osservato, Orsi Battaglini pone in evidenza che, se il rapporto controverso non è configurato come un rapporto giuridicamente paritario, anche il giudice non può essere realmente 'terzo' rispetto alla controversia.

(115) Non si può dimenticare la critica svolta da Capaccioli alla possibilità di ammettere una situazione diversa dal diritto soggettivo rispetto all'attività vincolata. L'interesse legittimo ha come termine paradigmatico l'attività discrezionale.

dell'interesse materiale del soggetto, garanzia che invece viene tradizionalmente ritenuta propria del diritto soggettivo (116). Di conseguenza il confronto con la discrezionalità amministrativa rappresenta un tema centrale rispetto a qualsiasi indagine che proponga la figura del diritto soggettivo, invece dell'interesse legittimo, nelle relazioni con l'amministrazione.

Tradizionalmente la figura dell'interesse legittimo, rispetto alle diverse modalità dell'azione amministrativa, raggiunge una sua unitarietà, come posizione giuridica, attraverso il richiamo al c.d. 'bene della vita': si tratterebbe dell'utilità finale che il cittadino perseguirebbe sia rispetto all'attività vincolata che rispetto all'attività discrezionale e che costituirebbe la ragione del riconoscimento a lui di un interesse legittimo. Perseguire un bene della vita rappresenterebbe il denominatore comune nell'interesse legittimo del cittadino nei confronti dell'atto amministrativo. Rimane però oscuro quale sia il bene della vita realmente identificabile, dal punto di vista giuridico, in presenza di un'attività discrezionale, perché se l'attività è discrezionale manca qualsiasi garanzia di conseguirlo.

Orsi Battaglini, invece, sostiene che nel caso dell'attività discrezionale la ricerca, nella situazione giuridica soggettiva, di uno specifico bene della vita sarebbe vana: se vi è discrezionalità, non vi è neppure alcuna garanzia di una utilità finale; l'interessato può solo pretendere che l'amministrazione agisca legittimamente e la sua reazione nei confronti di un atto illegittimo può semmai condurre a un nuovo esercizio del potere ed eventualmente al giudizio di ottemperanza. Anzi, a ben vedere, come aveva già osservato Capaccioli, sul piano dei risultati utili cui può ambire il cittadino, paradossalmente in molti casi la violazione dell'interesse legittimo comporta un vantaggio più elevato del risultato prodotto da un atto legittimo (117).

L'illegittimità dell'atto discrezionale conduce tutt'al più ad una 'possibilità' di conseguire l'utilità finale. Tale 'possibilità', secondo

---

(116) Così ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 971.

(117) Si pensi al caso del c.d. interesse legittimo oppositivo, rispetto al quale la maggiore utilità conseguibile è rappresentata dall'annullamento dell'atto illegittimo, e non certo dall'esercizio legittimo del potere dell'amministrazione.

alcuni (118), rappresenterebbe il 'proprium' dell'interesse legittimo, in una logica che pur sempre accoglierebbe la relazione fra interesse legittimo e bene della vita e respingerebbe la proposta di risolvere l'interesse legittimo in un interesse alla legittimità dell'azione amministrativa. Orsi Battaglini ritiene invece che questa logica non sia appagante. L'interesse alla legalità è di per sé elemento caratteristico ed è esso stesso rappresentabile come 'bene della vita', nella componente costituita dalla certezza dei rapporti giuridici e dalla aspettativa di una condotta dell'amministrazione; dunque sarebbe anche « economicamente valutabile » (p. 178). Rispetto poi alla critica mossa frequentemente (in particolare, da Giovanni Miele (119) e da Mario Nigro (120)) alla configurabilità di una posizione giuridica rappresentata da un interesse alla legittimità, perché un interesse del genere sarebbe indifferenziato, Orsi Battaglini replica affermando l'esigenza di distinguere fra l'oggetto della tutela (l'interesse alla legittimità) e la differenziazione, intesa come fattore di legittimazione (e riferibile al bene materiale di cui si discute). Di conseguenza l'interesse legittimo va letto non come strumento di tutela minore di un bene della vita, ma come strumento a tutela di un bene diverso: l'interesse legittimo è in realtà un diritto soggettivo alla legittimità dell'atto amministrativo. Fra l'altro in questo senso si coglierebbero già vari spunti nel nostro diritto amministrativo. In particolare è significativo il caso dei 'diritti' procedimentali (il diritto alla partecipazione al procedimento in primo luogo, ma anche il diritto d'accesso ai documenti amministrativi, ecc.) che sono tipicamente correlati all'attività amministrativa, ma di cui si predica comunemente il carattere di 'diritto', pur essendo dissociati dal conseguimento di uno specifico 'bene della vita'.

Una volta che sia acquisito che la giurisdizione sulle situazioni

---

(118) Orsi Battaglini (p. 177) richiama qui in particolare D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in « Foro it. », 1988, V, c. 207, e *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005^{3}, p. 366; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002^{5}, p. 72; FALCON, *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit.

(119) G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse legittimo*, in « Foro amm. », 1940, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, p. 279.

(120) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983^{3}, p. 118.

soggettive si risolve costantemente nella verifica di conformità alla norma giuridica, la figura dell'interesse legittimo perde rilievo, e alla luce delle considerazioni appena esposte può servire tutt'al più per designare una 'species', ma non più un 'genus' (p. 179), in una logica di mera 'nomenclatura' di una forma di tutela ([121]): la distinzione dal diritto soggettivo perde la sua ragione fondamentale. Di conseguenza anche nei rapporti con la pubblica amministrazione le figure soggettive possano essere identificate dalla coppia diritto/obbligo ed Orsi Battaglini esprime la sua preferenza per queste categorie che non lasciano filtrare privilegi dell'amministrazione. Il diritto e l'obbligo sono traducibili pienamente in un rapporto 'giuridico', in quanto tale qualificato dalla norma e sindacabile dal giudice. Ciò che rimane al di fuori, il c.d. merito, non può essere risolto in termini giuridici. Il rapporto giuridico nei termini di diritto/obbligo è un rapporto paritario anche nella prospettiva giudiziale, perché « ciascuna delle pretese raffigurazioni del rapporto ha (deve avere) identiche potenzialità di essere accolta » (p. 118).

Nella concezione di Orsi Battaglini, decisiva è la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive in termini che, su questo piano, non lascino spazio per posizioni di subordinazione all'amministrazione (che è ben altra cosa rispetto alla subordinazione alla legge).

([121]) Il richiamo qui è a BERTI, *Commento all'art. 113 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione a cura di Branca. La magistratura*, Bologna, 1987, p. 86 e ss., soprattutto p. 107, che concludeva: « Diritti e interessi legittimi sono allora soltanto delle *specificazioni*, sul versante dei rapporti privati e in quello dei rapporti amministrativi, di un'unica sostanziale tutela e garanzia. È chiaro che l'attività amministrativa dà luogo a situazioni di tutela relative ai rapporti che si istituiscono tra cittadino e amministrazione. Ma questa relatività non vuol dire riduzione o affievolimento di tutela, che deve essere piena e diretta » (corsivo aggiunto).

Per il termine 'nomenclatura' Orsi Battaglini si riferiva a S. SATTA, *Giurisdizione*, in *Enc. diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 226, che qualificava come una questione di 'nomenclatura' la circostanza che anche nella Costituzione certi interessi del cittadino non siano qualificati diritti, ma interessi legittimi (« secondo una nomenclatura diffusa, e ormai fatta propria dalla stessa Costituzione, gli interessi del cittadino non sono qualificati diritti, ma interessi legittimi o occasionalmente protetti » — il passo è riportato da Orsi Battaglini, p. 179, nota 263). Secondo S. Satta la distinzione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa poteva giustificarsi solo per ragioni storiche (da lui ricondotte soprattutto alla difficoltà di riconoscere, in origine, il carattere giurisdizionale alle Quarta sezione) e per ragioni legate alla modalità della tutela (con riferimento all'annullamento degli atti amministrativi).

L'utilizzo di alcune formule invece di altre è di rilievo minore: importante è che le formule consentano di apprezzare in modo inequivocabile il risultato appena descritto. Si capisce, allora, perché l'autore ammetta anche la possibilità di conservare le nozioni di potere e di soggezione, precisando però che esse possono essere accolte purché siano intese correttamente. Infatti, se esse sono intese correttamente, il potere va considerato sempre come potere soggetto all'ordinamento giuridico, e la sua coppia con la figura giuridica della soggezione non implica alcuna sovraordinazione, né la presenza di un soggetto dotato di alcuna 'autorità', e descrive invece un rapporto giuridico « assolutamente paritario » perché pienamente sottoposto alla legge (p. 119) (122).

Del 'paradigma amministrativo' la figura dell'interesse legittimo è stata ed è tuttora un argomento fondante per la specialità; una volta riconosciuto, invece, che la posizione giuridica del cittadino è di diritto soggettivo (e che l'interesse legittimo ha semmai solo un valore descrittivo), queste ragioni di specialità possono essere superate. Più radicalmente, lo stesso potere 'amministrativo' (123) viene posto in discussione da Orsi Battaglini. Infatti nei casi in cui la posizione del cittadino è giuridicamente protetta (e perciò, come si è visto, è configurabile come diritto soggettivo) l'amministrazione è titolare di obblighi. Nei casi in cui invece non si giustappone una posizione protetta del cittadino (si pensi all'ambito proprio delle scelte discrezionali), l'amministrazione si ambienta giuridicamente in una condizione di libertà.

Il superamento della figura dell'interesse legittimo e la sua riduzione da situazione soggettiva a modalità di tutela (espressa dall'azione di annullamento) aprono la strada anche alle conclusioni che Orsi Battaglini trae nell'ultima parte del volume rispetto al tema del riparto. L'art. 103 Cost. diventa passibile di una lettura diversa

---

(122) Si noti in questa pagina il richiamo all'insegnamento di G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 45 e ss., a proposito della nozione di 'potere': « Nella sterminata letteratura in materia [...] la concezione di Miele si distingue, a mio avviso, per l'estremo rigore concettuale [...] ».

(123) Figura alla quale la stessa Corte costituzionale ha dato rilievo, fino a considerarla un elemento decisivo per la distinzione fra diritto privato e diritto amministrativo (cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in « Foro it. », 2004, I, c. 2594, in riferimento all'art. 103, primo comma, Cost.).

da quella tradizionale che è incentrata sulla distinzione ontologica fra diritto soggettivo e interesse legittimo e che quindi assume che la giurisdizione del giudice amministrativo sia definita dalla specificità della situazione soggettiva fatta valere in giudizio. Per il riparto della giurisdizione viene valorizzata la distinzione fra illiceità della condotta e illegittimità dell'atto (p. 177) (124) e viene proposto il recupero dello storico criterio del 'petitum', che ha come corollario il riconoscimento della competenza del giudice amministrativo per le azioni di annullamento (125). In coerenza con una concezione individualista dell'azione, è rimesso alla parte decidere quale iniziativa assumere per meglio tutelare la sua posizione giuridica (126).

12. L'interpretazione delle posizioni soggettive proposta da Orsi Battaglini nel suo volume (ma, come si è già accennato, anticipata almeno in parte negli scritti precedenti) suscita vari interrogativi. Di alcuni di essi mi sembra utile dare conto, nella convinzione che il dialogo con un autore prosegue anche dopo la sua opera ed il volume che viene ripubblicato si presta per un dialogo destinato a durare nel tempo. Le osservazioni che seguono vanno quindi intese non come conclusioni critiche, ma come spunti per proseguire un dialogo che, sul piano mio personale, era iniziato ben prima di questo volume e che, innanzi tutto, ha come obiettivo di ricercare e di cogliere appieno la concezione dell'autore.

---

(124) L'autore si riferisce in modo particolare all'attività discrezionale dell'amministrazione.

(125) Prima di Orsi Battaglini, nella letteratura recente, a favore del criterio del 'petitum' aveva preso posizione F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978[1], soprattutto p. 25 e ss., che aveva segnalato come il criterio del 'petitum' consentisse un riparto meno complesso e difficoltoso di quello accolto comunemente. Filippo Satta, però, merita di essere ricordato soprattutto per aver fondato le sue conclusioni sugli artt. 24 e 113 Cost., sostenendo che alla luce di queste disposizioni della Costituzione « il criterio di distinzione può essere attinto solo dalle diverse competenze, dai diversi poteri attribuiti al giudice ordinario ed a quello amministrativo » (così p. 25).

Per il dibattito avviato da questa proposta di Orsi Battaglini, cfr., in termini critici, F.G. SCOCA, *Un pensatore generoso*, in « Diritto pubblico », 2006, p. 69 e ss., soprattutto p. 73, secondo cui il criterio del 'petitum' non sarebbe « in linea con il dettato costituzionale ».

(126) Così anche F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, cit., p. 27, che rivendica il diritto, per la parte, « di scegliere il giudice da adire, a seconda delle necessità tecniche della concreta tutela giurisdizionale che si chiede ».

A mio parere è convincente la collocazione dell'interesse legittimo nell'ambito dei diritti soggettivi: non si tratta di due situazioni giuridiche contrapposte, ma sia tratta di un unico 'genus', il diritto soggettivo, nell'ambito del quale trova posto, in un quadro articolato, anche l'interesse legittimo (127). La modalità della tutela (per esempio, la rilevanza che può assumere una pretesa demolitoria di un atto) non sembra una ragione sufficiente per elaborare due situazioni soggettive 'diverse': la modalità della tutela è sempre un elemento successivo alla individuazione di una situazione soggettiva, e non è quindi il carattere che consente di definirla. La relazione con un potere giuridico può comportare un carattere di strumentalità, ma non identifica un elemento tipico di una relazione con la pubblica amministrazione, diverso dal diritto soggettivo, come invece viene espresso tradizionalmente attraverso la categoria dell'interesse legittimo: si riscontrano esempi di una relazione analoga anche nel diritto del lavoro, nel diritto di famiglia, nel diritto dei contratti, ecc. (128). Invocare, in proposito, l'estensione della figura dell'interesse legittimo nel diritto privato (129) non pone in discussione questa considerazione, ma semmai rende più acuto l'interrogativo rispetto alla bontà di assumere l'interesse legittimo come criterio del riparto.

Mi sembra convincente anche la ricostruzione della funzione giurisdizionale sostenuta da Orsi Battaglini. Da un punto di vista giuridico l'unità di misura che rileva per la funzione giurisdizionale è rappresentata dal diritto obiettivo e non incontra deroghe neppure

---

(127) In termini diversi, G.U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello Stato di diritto)*, in « Diritto pubblico », 2006, p. 111 e ss., sulla base di un'analisi anche lessicale del testo costituzionale. Il punto cruciale, osserva Rescigno, è che « il testo costituzionale sia nell'art. 24, sia nell'art. 103, sia nell'art. 113 nomina gli interessi legittimi, usando questo nome, e li distingue dai diritti soggettivi. Da queste parole si traggono almeno questi punti fermi: [...] gli interessi legittimi, nel linguaggio del testo costituzionale, si differenziano per almeno un qualche aspetto essenziale dai diritti soggettivi in generale ». Il tema riporta, ancora una volta, all'interpretazione costituzionale.

(128) Cfr. *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di Breccia, Bruscuglia, Busnelli, Torino, 2001.

(129) In particolare, secondo la concezione espressa da L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

di fronte ad un'attività discrezionale: un rapporto giuridico, in questo senso, è sempre paritario di fronte alla legge. Anche il debitore è in rapporto paritario col creditore, nel senso che il creditore può pretendere da lui solo l'adempimento della prestazione dovuta in base alla legge, e nulla di più. Una sovraordinazione prevista dalla norma non contraddice la paritarietà del rapporto da un punto di vista giuridico, nei termini considerati da Orsi Battaglini.

I punti che, a mio parere, si prestano ad una discussione sono piuttosto altri.

Innanzi tutto non mi pare che nella figura dell'interesse legittimo, *se correttamente intesa* (130), siano reali i profili di ambiguità rappresentati da Orsi Battaglini nel volume del 2005 e in alcuni suoi contributi precedenti (131). Che l'interesse legittimo abbia una tradizione assai complessa è certamente vero e gli scritti di matrice storica su cui l'autore aveva avuto occasione di sottolineare l'importanza (132) l'hanno dimostrato ampiamente. Altrettanto indubitabile è che molti profili di complessità siano legati alla scarsa chiarezza con cui in passato è stato distinto il piano della legittimità da quello del merito. Non si può dimenticare che in passato questa ambiguità ha prodotto anche esiti importanti per il diritto amministrativo e per il cittadino: si pensi, a titolo d'esempio, all'elaborazione della figura dell'eccesso di potere ed al significato rappresentato dall'interpretazione di tale espressione contenuta nella legge istitutiva della Quarta sezione, quando per eccesso di potere il legislatore intendeva tutt'altro (133). Resta, però, il fatto che questa ambiguità non ha più ragione d'essere e oggi deve essere considerata a tutti gli effetti come

---

(130) La precisazione non significa che Orsi Battaglini non abbia correttamente inteso la nozione di interesse legittimo; significa, invece, come si spiegherà oltre nel testo, che la nozione di interesse legittimo è realmente spesso afflitta dalle concezioni che Orsi Battaglini ha criticato nel suo volume. Il valore che viene assegnato a una parola spesso non corrisponde al suo significato tecnico.

(131) In particolare in *La Cassazione sul risarcimento del danno*, cit.

(132) Mi riferisco soprattutto a SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, cit.

(133) Non si dimentichi, infatti, che l'espressione presente nell'art. 3 della legge del 1889 riproduceva testualmente quella riportata nell'art. 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761, sui conflitti.

una patologia dell'interprete (per quanto autorevole possa essere), e non come un elemento strutturale della categoria giuridica. Di conseguenza non penso che la figura dell'interesse legittimo implichi una 'perdita' per la posizione del cittadino e comporti una subordinazione del cittadino all'interesse pubblico: anche in presenza di un interesse legittimo l'osservanza della legge non è mai subordinata all'interesse pubblico, neppure quando sia in gioco una scelta discrezionale.

Il confronto reale, pertanto, non è fra interesse legittimo e interesse pubblico, ma è piuttosto fra legittimità e merito. La figura dell'interesse legittimo non è al confine fra legittimità e merito, ma è tutta sul versante della legittimità (134).

Le considerazioni svolte da Orsi Battaglini sono pienamente condivisibili come critiche a una certa concezione dell'interesse legittimo, distorta ma ugualmente assai diffusa, che confonde legittimità e merito, magari nell'auspicio di assegnare al giudice amministrativo il ruolo quasi divinatorio di regolatore dei confini, e sono

---

(134) Si potrà forse obiettare (come io stesso feci in passato nei confronti della concezione di Orsi Battaglini) che il confine fra legittimità e merito non è sempre identificabile in astratto, a priori, prima dello svolgimento dell'azione amministrativa, ma è identificabile solo a posteriori, in concreto, alla luce delle modalità e dell'esito dell'azione amministrativa. All'avvio di un procedimento in cui si attua un'attività discrezionale dell'amministrazione è difficile stabilire che cosa sarà legittimità e che cosa sarà merito; invece già in quel momento è possibile stabilire esattamente se vi sia un interesse legittimo e chi ne sia il titolare (ciò assume anche un rilievo concreto, per esempio ai fini dell'individuazione dei soggetti destinatari della comunicazione prescritta dall'art. 7 della legge n. 241/1990). Oggi, però, non mi pare più un'osservazione utile per superare la ragione di una distinzione rigorosa fra legittimità e merito, né tanto meno per mettere in discussione la concezione di Orsi Battaglini. È del tutto fisiologico, infatti, che l'illegittimità di un atto non possa essere qualificata compiutamente a priori, prima dell'esercizio dell'attività amministrativa, ma possa essere valutata solo quando l'attività amministrativa sia già definita e perciò conclusa.

In altre parole, la parte che interviene nel procedimento può proporre soluzioni che riguardano profili tipicamente di opportunità e la garanzia della partecipazione al procedimento comprende anche tutto ciò. In presenza di un intervento che introduca nel procedimento elementi del genere, anche i margini di libertà dell'amministrazione nel suo spazio decisionale ne risentono. Questa vicenda, però, trova fondamento in una norma e perciò non mette minimamente in discussione la distinzione fra legittimità e merito. La distinzione rimane ferma; altro discorso è che normalmente sia possibile verificarla solo 'a posteriori', e non 'a priori'.

pienamente condivisibili anche come critiche a una 'cultura' dell'interesse legittimo, che alla ricerca di una ragione della figura soggettiva ha costruito un sistema arroccato sulla specialità e sulla salvaguardia ad oltranza del c.d. interesse pubblico. Tuttavia, anche se si accoglie una nozione di interesse legittimo che non scenda a compromessi con l'interesse pubblico, le riflessioni dell'autore sulla limitata utilità concettuale della figura di interesse legittimo, sul suo essere rilevante sul piano della 'nomenclatura' degli interessi, ma certamente non nei termini di una contrapposizione rispetto ai diritti, mantengono un'indubbia efficacia.

Di notevole interesse sono anche le connotazioni della situazione soggettiva affermate da Orsi Battaglini nell'illustrare le sue ragioni per il superamento della categoria dell'interesse legittimo.

Orsi Battaglini contesta la rilevanza riconosciuta al c.d. bene della vita nella ricostruzione più comune dell'interesse legittimo: a suo giudizio, la posizione del cittadino rispetto all'attività discrezionale va verificata astraendo dal bene della vita inteso come utilità finale, perché la legge per definizione non ne garantisce il conseguimento. L'utilità finale può valere come fattore di legittimazione, di differenziazione, o di interesse a ricorrere, non come oggetto di tutela (p. 178) ([135]). L'interesse legittimo si risolve perciò nel diritto alla legittimità dell'atto amministrativo (o dell'azione amministrativa, in una logica procedimentale) e solo l'osservanza di questo diritto costituisce l'oggetto dell'accertamento principale del giudice in sede giurisdizionale. In definitiva, la garanzia di tutela definisce il diritto ([136]). Le conclusioni sono quindi diverse da quelle che, come si è già ricordato, oggi assegnano all'interesse legittimo una componente sostanziale rappresentata da un bene della vita, inteso anche come utilità finale.

([135]) L'autore richiama in modo particolare L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003 (per il dibattito aperto da questo volume mi permetto di richiamare la mia recensione in « Diritto pubblico », 2004, p. 317 e ss.)

([136]) Questa conclusione ricorda quella proposta più di un secolo fa da Lodovico Mortara, per affermare che gli « interessi » considerati dalla legge Crispi erano in realtà diritti alla legittimità dell'atto amministrativo: cfr. *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1899[1], p. 56. Dal riconoscimento di un 'diritto' Mortara traeva un argomento decisivo per affermare la natura giurisdizionale della Quarta sezione.

In realtà questa dimensione 'sostanziale' dell'interesse legittimo, pur risultando ampiamente maggioritaria, non trova ancora oggi una ricostruzione pienamente condivisa. Per alcuni il bene della vita, così inteso, è una componente a pieno titolo dell'interesse legittimo, secondo la costruzione esemplare di Giovanni Miele (137); in alcune concezioni, addirittura, l'interesse legittimo finirebbe anzi annettere rilievo alla spettanza di un risultato utile (138); sul versante opposto, per altri, il bene della vita costituirebbe invece una sorta di presupposto che diventerebbe più evanescente, perché la figura si caratterizzerebbe soprattutto per la strumentalità (139). La discussione non si arresta qui e condiziona anche altri profili di rilievo: si pensi, per esempio, al ruolo che comunemente, nell'azione di annullamento degli atti amministrativi, viene assegnato all'interesse a ricorrere, in genere ricondotto alla possibilità di conseguire un'utilità pratica attraverso l'azione giurisdizionale (140), col rischio però di 'doppiare'

Fra gli autori recenti, per una qualificazione dell'interesse legittimo disancorata dal 'bene della vita' cfr. Berti, *Commento all'art. 113 della Costituzione*, cit., p. 111, che però si esprime in termini ipotetici.

(137) Miele, *Questioni vecchie e nuove*, cit., p. 275 e ss., soprattutto p. 279 e p. 293.

(138) Cfr. G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in « Dir. amm. », 2014, p. 479 e ss.

Questa posizione è stata illustrata, in un confronto specifico con la concezione di Orsi Battaglini, da G. Greco, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, in *Individuo e potere*, cit., p. 97 e ss. e particolarmente p. 100. Ivi, p. 104 e ss., anche la replica alla obiezione di L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, p. 182 e ss., e in *Statica e dinamica nell'interesse legittimo*, in *Colloquio sull'interesse legittimo (Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013)*, Napoli, 2014, p. 105 e ss., secondo cui « una situazione giuridica soggettiva [deve] essere definibile [...] quale che essa sia [...] prima della conclusione della controversia sul piano giurisdizionale » (obiezione a mio parere non infondata, dato che l'azione viene proposta facendo valere un diritto la cui sussistenza non è ancora stata accertata).

(139) Per questo indirizzo cfr. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, soprattutto p. 179 e ss., al quale si deve un'ampia analisi delle concezioni in esame.

(140) È emblematico, in proposito, il panorama delle interpretazioni proposte per l'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, presentato da Villata, *Interesse ad agire. Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1988, oggi in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 585 e ss. Cfr. anche F. Trimarchi Banfi, *Interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 117 e ss., soprattutto p. 126 e ss.

l'interesse legittimo (141) e comunque con sviluppi che invece non trovano corrispondenze nel processo civile.

Dobbiamo chiederci, a questo punto, se ciò che non sia oggetto principale dell'accertamento giudiziale sia per ciò stesso estraneo alla situazione giuridica. Per esempio, nel caso di impugnazione del licenziamento, la vertenza si incentra sulla validità del licenziamento: questa circostanza, però, non pare sufficiente per negare al lavoratore licenziato la configurabilità di una posizione soggettiva caratterizzata dalla pretesa a una utilità finale (il diritto al posto di lavoro). Nel giudizio sul licenziamento, attraverso l'impugnazione, viene fatta valere la pretesa del lavoratore ad una utilità finale, e ciò vale anche senza la necessità di aderire all'interpretazione secondo cui l'impugnazione si risolverebbe in casi del genere in un'azione di accertamento (nella specie, l'accertamento del diritto alla conservazione del posto di lavoro (142)).

In realtà la relazione con il 'bene della vita' è oggetto di discussioni anche rispetto al diritto soggettivo: basti considerare, nel diritto privato, la distinzione fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, e, più di recente, fra obblighi di protezione ed obblighi di prestazione, e il rilievo che in questo contesto (quasi a titolo di compensazione) hanno assunto figure come l'affidamento, la chance (143), ecc. (144). Il fenomeno che Orsi Battaglini riconduce

---

(141) La distinzione, proclamata anche dalla giurisprudenza, fra legittimazione a ricorrere e interesse a ricorrere sottolinea ulteriormente questo rischio, perché esige di distinguere l'utilità rilevante per l'interesse a ricorrere con il 'bene della vita' rilevante per l'interesse legittimo. Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in « Foro it. », 2022, III, c. 57 ss.

(142) Cfr. Proto Pisani, *Giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, in « Foro it. », 1990, V, c. 364 e ss., specialmente c. 371 ss. In argomento v. anche C. Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. Oggetto del giudizio e impugnazione del licenziamento*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1991, p. 569 e ss.; per il confronto fra azione d'accertamento e azione costitutiva, cfr. A. Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907 c.c.)*, Milano, 2018, p. 746 e ss.; I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, soprattutto p. 197 e ss.

(143) Cfr. F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in « Dir. proc. amm. », 2015, p. 873 e ss.

(144) A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 67 e ss.

al diritto alla legittimità (nel nostro caso, dell'atto amministrativo), caratterizzato dal fatto che la tutela si incentra sulla legittimità di una condotta senza però assicurare una utilità finale, sembra comune anche ad altre situazioni: si pensi appunto alle obbligazioni di mezzi, che sono caratterizzate proprio dalla mancanza di una garanzia al conseguimento dell'utilità finale. Ed è significativo che anche nella ricostruzione delle obbligazioni di mezzi, secondo un'autorevole dottrina, il riferimento a una utilità finale, al 'bene della vita', non scomparirebbe del tutto dalla situazione soggettiva (145).

Più in generale, carattere comune dei diritti non pare sia la garanzia del raggiungimento effettivo del bene della vita, ma sembra piuttosto la 'tensione' verso di esso. Chiovenda lo ricordava all'inizio delle sue trattazioni sul rapporto fra diritto ed azione, incentrate sull'attenzione per il 'bene della vita': « I diritti sono varii, come varii sono i modi di tendere a un bene della vita e i beni stessi » (146), e nel pensiero di Chiovenda la nozione di 'bene della vita' era importante anche per il contatto fra il diritto e la realtà dei fatti, che anche

---

Per la rilevanza di questi sviluppi, cfr. C. Marzuoli, *Un diritto 'non amministrativo'?*, in « Diritto pubblico », 2006, p. 138.

(145) Nel suo volume Orsi Battaglini richiama spesso i profili di analogia con le obbligazioni di mezzi. Tuttavia, mi pare significativo che chi per primo ha affrontato il tema della distinzione delle obbligazioni di mezzo dalle obbligazioni di risultato, ponendolo al centro della riflessione civilistica, avesse premesso al suo studio l'esigenza di riconoscere la relatività della distinzione proprio quanto al profilo rappresentato dall'utilità finale. « Un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in sé stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata. Le cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato. Una distinzione delle obbligazioni, che enunci l'idea del risultato dovuto soltanto con riferimento a una categoria, lascia credere che nei rapporti appartenenti alla categoria opposta oggetto del diritto di credito sia un contegno del debitore, per sé considerato. Si potrà discutere ancora sull'oggetto dell'obbligazione, ma almeno un punto deve ritenersi fuori discussione: *'in generale non esistono obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato'* » (Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in « Riv. dir. commerc. », 1954, oggi in *Scritti*, vol. II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 141 e ss.; la citazione è a p. 145 e riproduce un'affermazione del civilista tedesco Heinrich Siber). In altre parole, anche nella concezione delle obbligazioni di mezzi, il riferimento a una utilità finale, al 'bene della vita', non scompare del tutto.

(146) Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 33.

per l'indagine giuridica rappresenta sempre un termine decisivo di confronto.

Ogni situazione giuridica ha nel suo nucleo la garanzia di un comportamento legittimo delle altre parti, ma ciò rappresenta un minimo comun denominatore e non la esaurisce.

Orsi Battaglini propone di considerare, come elemento proprio di ciò che comunemente viene designato come interesse legittimo (e considerando sempre come ipotesi paradigmatica l'attività discrezionale dell'amministrazione), un diritto alla legittimità dell'azione amministrativa; come si è già ricordato, all'obiezione classica rappresentata dal carattere indifferenziato di un tale diritto, replica sostenendo che « il bene materiale [...] non ha nulla a che vedere, né in via diretta né indiretta, con l'oggetto della tutela: esso costituisce soltanto un fatto idoneo a differenziare l'interesse del soggetto titolare da quello della generalità dei cittadini, un fatto cioè di legittimazione ». Le ragioni di differenziazione atterrebbero pertanto alla legittimazione (p. 178 e ss.). Si può pure prescindere dalla problematica specifica sulla figura della legittimazione nel processo amministrativo (147) e si può considerare la tematica in termini più generali, sul piano sostanziale. Mi chiedo, cioè, se sia possibile scindere il contenuto della situazione soggettiva da ciò che definisce la sua titolarità: ho il dubbio, infatti, che in questo modo si finisca con l'espungere dalla situazione soggettiva il suo elemento specifico e proprio, e di ricadere in una formula astratta.

Nei confronti dell'amministrazione che espropria un bene, il proprietario vanta un 'diritto' (148) a non essere espropriato se non con l'osservanza della legge; nei confronti dell'amministrazione alla quale viene richiesta un'autorizzazione discrezionale, il richiedente vanta un diritto a che l'esame della sua richiesta sia svolto nel rispetto della legge; ecc. Il bene della vita (inteso, come ritiene Orsi Battaglini, come 'utilità finale') non scompare; semmai emerge nei termini già prospettati da Miele, e cioè modellati sulla disciplina

(147) Esaminare questa problematica richiederebbe di pendere posizione rispetto al dibattito se la legittimazione implichi la titolarità effettiva di una situazione soggettiva o solo la sua affermazione, tema che però nel contesto in oggetto non assume un particolare rilievo.

(148) Uso l'espressione 'diritto' anche per agevolare il confronto con la concezione di Orsi Battaglini.

stabilita dalla legge per l'azione amministrativa. Ancora una volta può essere utile ambientare il tema in un quadro di diritto sostanziale, più ampio di quello rappresentato dalla tutela giudiziale. Si pensi ancora alla richiesta di un provvedimento discrezionale: è plausibile che l'interesse legittimo rilevi, nella fase procedimentale, solo come diritto alla legittimità dell'atto amministrativo, senza tener conto dell'interesse del richiedente all'ottenimento di quell'autorizzazione? Non appare forse più esauriente, e soprattutto più aderente alla realtà dei fatti, ritenere che la garanzia della legittimità dell'azione amministrativa rappresenti una modalità di tutela della situazione soggettiva, senza però esaurirne la tensione verso un bene della vita?

Questi interrogativi sono sollevati senza dimenticare, però, che le pagine del volume potrebbero prestarsi anche per una lettura diversa, per più versi coerente con la critica appena enunciata. Orsi Battaglini, illustrando il « diritto soggettivo alla legittimità dell'atto », precisa che non si tratterebbe di « un interesse al rispetto della legalità obiettiva [...], ma dell'interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che la particolare regola del rapporto venga osservata » (p. 169) ([149]). In questo modo, se non sbaglio, rimane uno spazio per un 'bene determinato' che definisca l'interesse del soggetto; la separazione fra oggetto del diritto e legittimazione diventa più sottile; la differenziazione non è estranea al diritto soggettivo, ma lo integra conferendogli il carattere della concretezza. Su questo punto, dunque, il confronto rimane ancora molto aperto.

Ferma restando questa precisazione, tradurre l'interesse legittimo in un mero diritto alla legittimità dell'atto amministrativo significa, a mio parere, concedere troppo all'astrazione: tutte le situazioni soggettive implicano, in definitiva, un diritto a una condotta 'corretta' del soggetto 'obbligato'. Ad ogni modo, se anche si accetta la configurabilità di un diritto 'tout court' alla legittimità dell'atto amministrativo, mi sembra che Orsi Battaglini fosse consapevole del rischio che ne consegue e per questo avesse rappresentato un profilo di specificità della figura. Nei riferimenti all'azione di

---

([149]) L'attenzione per questa pagina è sottolineata da SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico*, cit., p. 57 e ss.

annullamento, il diritto alla legittimità di cui scrive (e che dovrebbe imporsi rispetto alla figura dell'interesse legittimo) è qualificato sempre dal riferimento all'atto amministrativo e dall'esercizio del potere amministrativo (p. 183 e ss.).

Questo riferimento, che per certi versi sembra risolvere un problema, a mio giudizio apre lo spazio anche a nuove riflessioni. Infatti, la critica di Orsi Battaglini alla categoria dell'interesse legittimo, coinvolge anche la figura del potere 'amministrativo', che in genere è invocata come posizione speculare all'interesse legittimo: la figura del potere 'amministrativo' non reggerebbe a una analisi rigorosa. Rimane, però, attraverso la figura dell'atto amministrativo, e rimane a un punto tale da assumere un rilievo qualificante per ragionare sulla posizione soggettiva del cittadino e sul riparto. Che cosa contraddistinguerebbe altrimenti l'atto amministrativo, se non si ammettesse più un potere 'amministrativo' che abbia un rilievo giuridico caratterizzante (150) ?

In ogni caso la proposta di Orsi Battaglini, sulla necessità di elaborare un diritto rigorosamente conforme alla Costituzione, risulta ferma ed attuale. La sistematica delle situazioni soggettive comunemente accolta come regola del riparto e richiamata nell'art. 103 Cost. appare 'misteriosa' e incomprensibile per la normalità dei cittadini, che invece dovrebbero essere destinatari delle garanzie apprestate dall'ordinamento e perciò di esse dovrebbero essere per lo meno consapevoli (151). Il c.d. potere amministrativo non può implicare una sovraordinazione istituzionale e originaria rispetto al cittadino, perché alla base deve essere la posizione dell'amministrazione in uno Stato di diritto, e questa posizione è definita dall'assoggettamento al principio di legalità, senza eccezioni di sorta. Al centro va perciò posta sempre una concezione rigorosa dello Stato di diritto.

Nello stesso tempo mi sembra che vi siano due modi diversi per interpretare la sfida prospettata dall'autore. Infatti, oltre alla conce-

---

(150) È, a mio parere, la sfida testimoniata nella recensione cit. di Orsi Battaglini al volume di B.G. Mattarella sulla imperatività dell'atto amministrativo. Si noti che la recensione concludeva auspicando una prosecuzione della riflessione su questi temi così centrali nel diritto amministrativo.

(151) Un criterio di riparto 'esoterico', secondo G. SILVESTRI, *Un libro che fa 'respirare'*, in « Diritto pubblico », 2006, p. 61 e ss., soprattutto p. 66.

zione sostenuta da Orsi Battaglini, vi è anche spazio per una concezione differente, secondo cui potere amministrativo e interesse legittimo non possono mai valere come strumenti per dimidiare la posizione del cittadino, ma devono essere intesi (e praticati con rigore) come fondamento per garantire la sua libertà. In questa prospettiva la specialità del diritto amministrativo nella Costituzione non viene negata, purché non tolga nulla ai diritti dei cittadini e valga solo per attuare « *il pieno sviluppo della persona umana* ».

Rimane evidente il rischio che anche una 'specialità' di questo genere possa infine riprodurre le distorsioni segnalate da Orsi Battaglini nel suo volume. Infatti, è difficile governare 'a senso unico' la specialità, tanto più in un Paese come il nostro nel quale la specialità è stata spesso la formula invocata per dissimulare il privilegio.

12. Le ragioni di attualità del volume non si identificano solo con il contenuto della proposta operativa dell'autore e con le concezioni da lui espresse rispetto a categorie fondamentali del nostro diritto pubblico. La lettura del volume introduce a una serie di elementi che consentono di conoscere meglio una figura straordinaria di studioso.

Orsi Battaglini era un giurista che conosceva bene il peso delle parole. La discussione da lui sostenuta sulla figura dell'interesse legittimo non può essere compresa se non si coglie la consapevolezza dell'autore che ogni termine giuridico di una certa importanza, oltre al significato tecnico suo proprio, ha anche una dimensione di ordine politico e sociale. L'interesse legittimo è il 'simbolo' (nel senso etimologico del termine (152)) di un modello culturale di rapporti civili e sociali. La dimensione storica è illuminante, da questo punto di vista.

Nelle pagine del volume questa dimensione emerge con lucidità ed è testimoniata anche nelle pagine in cui viene criticata la teoria della recezione, che in fondo ha sempre invocato come ragione principale proprio l'argomento storico. La dimensione storica, però, non è solo quella presente a chi sia abituato a considerare l'argo-

(152) Il significato etimologico della parola allude all'essere 'sintesi' dei caratteri significanti di un modello o di un sistema.

mento storico come uno strumento utile per l'interpretazione di una disposizione di legge: in questo modo rischia di passare in secondo piano un profilo non meno importante. Si tratta dell'importanza del diritto per la storia, intesa innanzi tutto come storia civile. Basti pensare alle due leggi che nell'Ottocento sono state all'origine del sistema dalla nostra giustizia amministrativa, la legge del 1865 e quella del 1889, e a come la loro interpretazione (talvolta distorta e oggettivamente opinabile) abbia segnato l'evoluzione civile del nostro Paese. La proposta di Orsi Battaglini non rinuncia alle esperienze del passato, ma offre una sorta di risarcimento per una disattenzione della cultura dominante rispetto alla novità della Costituzione e per la difficoltà che la dottrina sembra incontrare nell'elaborare un disegno coerente che non sia condizionato dall'omaggio alla tradizione.

Considerazioni non dissimili valgono per il rilievo riconosciuto allo Stato di diritto. Nella dottrina giuspubblicistica recente lo Stato di diritto sembra visto soprattutto come un modello un po' ingombrante, di cui si colgono i limiti e che perciò va per lo meno integrato, se non addirittura relegato nel passato. Orsi Battaglini ci ricorda, invece, che lo Stato di diritto, di cui è espressione il valore fondante del principio di legalità, è ancora ben lontano dall'essere pienamente realizzato (153).

I temi affrontati nel volume non si esauriscono, pertanto, nel ruolo della giurisdizione amministrativa da un lato e nella articolazione delle posizioni soggettive in diritti o in interessi legittimi dall'altro lato. Orsi Battaglini riporta al centro del dibattito i temi di fondo del nostro diritto pubblico. Il volume, traendo spunto da questi temi, propone una critica serrata nei confronti delle ragioni e delle giustificazioni di tante specialità che costituiscono il nostro diritto amministrativo (154) (sul piano soggettivo, sul piano oggettivo e su quello della tutela giurisdizionale (155)). Queste specialità sembrano ormai pienamente acquisite, tanto che ad esse siamo

---

(153) In questo senso cfr. C. PINELLI, *Presentazione* a *Individuo e potere*, cit., p. 10.

(154) Cfr. MARZUOLI, *Un diritto 'non amministrativo'*, cit., p. 133 e ss.

(155) La critica riconduce quindi al programma « [un] soggetto, un diritto, un giudice », enunciato dall'autore a conclusione di *In limine*, cit., nel primo numero di « Diritto pubblico ».

ormai assuefatti e non abbiamo più consapevolezza delle loro ragioni contingenti: Orsi Battaglini, invece, non solo le rende nuovamente visibili, ma anche le sottopone ad indagine critica. Procedendo nella lettura del volume si avverte che è il diritto amministrativo ad essere messo progressivamente in discussione, fino a coinvolgere il modo stesso di analizzarlo e di interpretarlo. Cambia lo scenario: obiettivo diventa l'elaborazione di un diritto amministrativo che, senza compromessi, sia coerente con i principi costituzionali e con lo Stato di diritto.

Le riflessioni di Orsi Battaglini sulle posizioni soggettive rispetto all'attività vincolata avevano segnato alla fine degli anni '80 la conclusione di una stagione nello studio del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa: avevano posto in evidenza l'insostenibilità e la debolezza di alcune vecchie categorie, nonostante il consenso di cui esse ancora godevano (e, almeno in parte, ancora oggi godono). Nello stesso tempo, affermando la possibilità piena di un diritto soggettivo nei confronti dell'attività amministrativa, avevano messo in crisi la rappresentazione del diritto amministrativo come diritto intrinsecamente speciale.

Il volume sulla giustizia amministrativa introduce una stagione diversa: sulla critica ai vecchi paradigmi si innesta ora la proposta di una rappresentazione realmente innovativa, orientata rigorosamente ai principi costituzionali. La discussione su questa proposta è aperta: è chiaro, comunque, che di tutta una serie di premesse, di convinzioni, di pregiudizi, di luoghi comuni Orsi Battaglini ha dimostrato l'insostenibilità. Grazie a lui oggi, nel dibattito sui grandi temi della giustizia amministrativa e sulla 'specialità' del diritto amministrativo, possiamo ragionare con maggiore consapevolezza delle categorie di cui ci serviamo e dei valori che esse racchiudono.

Aldo Travi

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
90

ANDREA ORSI BATTAGLINI

ALLA RICERCA DELLO STATO DI DIRITTO

PER UNA GIUSTIZIA "NON AMMINISTRATIVA"

(Sonntagsgedanken)

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2005

a Claudio

Stabilirai dei giudici e de' magistrati
alle porte di tutte le città
che il Signore Dio tuo ti darà
in ognuna delle tue tribù,
perché giudichino il popolo
con giusto giudizio,
senza parzialità verso una o l'altra parte.

Deuteronomio 16, 18-19

Prologo

DOVE SI PONE UNA DOMANDA STRAVAGANTE

L'ordinamento della giurisdizione amministrativa, nei suoi tradizionali fondamenti e nella sua attuale configurazione, è conforme alla Costituzione? Una simile domanda può apparire stravagante e provocatoria e, in effetti, in termini così globali e ultimativi, non risulta che nessuno l'abbia mai formulata. Il problema che viene proposto non riguarda, infatti, singoli aspetti della sua disciplina, su cui molto è stato detto in passato e molto resta probabilmente da dire nell'ambito di una discussione pienamente plausibile, ma intende investire i fondamenti dell'istituto, dalla conformazione e dall'esistenza stessa di un giudice speciale per l'amministrazione ai criteri adottati per determinare l'area della sua giurisdizione, dalla struttura del processo alle forme di tutela che esso fornisce, fino a coinvolgere lo stesso paradigma teorico che per circa un secolo, con varietà di accenti ma con un "senso" graniticamente costante, ha presieduto alla mediazione del conflitto autorità – libertà: il concetto di interesse legittimo.

Le ragioni più immediate e (apparentemente) evidenti per cui la cultura giuspubblicistica ha ignorato una verifica di questa ampiezza sono due: la prima "originaria", attinente alla struttura stessa del testo costituzionale; la seconda, successiva, riferibile alle notevoli trasformazioni che la giustizia amministrativa ha subito dal 1948 ad oggi. In apparenza, infatti, la Costituzione sembra chiaramente recepire le linee portanti del sistema preesistente, e dunque tutto ciò che può apparire derogatorio rispetto al generale ordinamento della giurisdizione sarebbe dotato di una esplicita copertu-

ra: e sarebbe conseguentemente priva di senso la domanda se una parte (pur se speciale) della Costituzione sia in contrasto con un'altra (pur se generale). In ogni caso, poi, è indubbio che il legislatore (e, in qualche misura, anche la Corte costituzionale) abbiano, almeno nell'ultimo trentennio, modificato in modo sensibile il sistema, riducendo di molto le distanze tra regole ed eccezioni e "avvicinando" sempre più la giurisdizione amministrativa al modello delineato per quella ordinaria.

Entrambi gli ordini di considerazioni sono, a nostro avviso, criticabili: ma vorremmo preliminarmente porre in rilievo la loro contraddittorietà di fondo e il risultato che questa produce rispetto all'attuale fase di profonda crisi del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Affermare, infatti, che la giustizia amministrativa degli anni '30 è stata, nei suoi fondamenti teorici e istituzionali, "costituzionalizzata", equivale ad affermare l'immutabilità di tali fondamenti e ad introdurre seri dubbi sulla ammissibilità di alcune delle trasformazioni in atto; e, all'inverso, sostenere la sostanziale correttezza del processo di "avvicinamento" ai principi generali sulla giurisdizione equivale a negare che la "recezione" del vecchio sistema nella Costituzione sussista o (quantomeno) abbia carattere così integrale come generalmente si ritiene. Tale contraddizione non sembra preoccupare nessuno: anzi, non è neppure avvertita; ma la sua rimozione non è senza significato. Su un piano pratico-politico, ignorare il problema può apparire utile per non creare ostacoli ad un processo evolutivo ampiamente condiviso (e per certi aspetti sicuramente condivisibile): sarebbe, infatti, con tutta evidenza inaccettabile ritenere la giustizia amministrativa "pietrificata", per il tramite della recezione operata dalla Costituzione, nell'assetto a questa preesistente; ma, d'altra parte, rivisitare in modo radicale e privo dei condizionamenti della tradizione il testo costituzionale potrebbe non solo svelare che una sua interpretazione sistematica esclude in radice il concetto di recezione, ma anche fornire in positivo

delle linee-guida *realmente* unificanti con le quali, per opposti motivi, le trasformazioni in atto non sembrano per nulla conformi.

Si può dunque assistere, nella discussione più recente, ad una singolare mescolanza di tradizione e Costituzione: da un lato si vantano i progressi sulla via della crescente assimilazione tra le due giurisdizioni, dall'altro, ove questi progressi appaiono eccessivi e "pericolosi", si gettano su tale via i macigni della tradizione. L'eclettismo metodologico celebra ancora una volta i suoi fasti: esso consente di giustificare i mutamenti che emergono dai rapporti di potere, di attingere a singole norme costituzionali quando queste assecondino tali mutamenti e di rimuovere invece la Costituzione intesa come sistema di valori da interpretare in modo coerente e unitario(*).

(*) Il titolo di questo lavoro fa riferimento al concetto di "Stato di diritto", espressione tanto comunemente usata, quanto incerta e controversa nel suo significato. Affrontarne peraltro una definizione teorica preliminare in questa sede porterebbe troppo lontano: preferisco dunque che il senso che intendo attribuire ad esso emerga, induttivamente e quasi sperimentalmente, dai valori e dai principi su cui viene fondato il discorso svolto. In ogni caso, per una ampia ed approfondita rivisitazione del problema, rinvio a P. Costa - D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; nonché, per una sua particolare prospettazione, E. Santoro, *Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello Stato di diritto*, in *Diritto privato 2001-2002*, voll. VII-VIII (*L'interpretazione e il giurista*), Padova, Cedam, 2003, pp. 97 ss.

Capo Primo

DOVE SI RACCONTA DI COME UNA DOTTRINA PUBBLICISTICA, O PER DISATTENZIONE O PER COMPLICITÀ, PARVE NON ACCORGERSI DELL'AVVENTO DELLA COSTITUZIONE, E DI COME SEPPE ISOLARE ALCUNE VOCI DISSONANTI

SOMMARIO: 1. "La malefica fungosità": le contraddizioni del testo costituzionale. – 2. "*Verwaltungsrecht besteht*": la tesi della recezione. – 3. Le opinioni dissonanti: il rovesciamento della prospettiva. – 4. La mediazione pragmatica: il "processo di avvicinamento".

1. *"La malefica fungosità": le contraddizioni del testo costituzionale.*

"Se questa malefica fungosità aduggiante il maestoso albero della giustizia sia frutto più di un interesse egoistico dell'amministrazione o di una spinta subcosciente di antagonismo dell'«esecutivo» nei confronti del «giudiziario» è impossibile stabilire. Certo è che il male esiste, mentre è altrettanto certo che non è un male necessario, perché nessuna ragione politico-sociale giustifica la disintegrazione della giurisdizione quale essa si realizza oggi nel nostro Stato"([1]).

([1]) S. Lessona, *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, vol. II, Firenze, Barbera, 1950, p. 202. E ancora: "politicamente e socialmente la pluralità delle giurisdizioni non ha ragione di essere e la «perniciosa crittogama della giustizia» dovrebbe e potrebbe essere completamente eliminata"; quest'altra colorita espressione è ripresa dall'on. Turco, che la pronunciò in Assemblea costituente (*Verbali Assemblea Costituente*, CCCXXXI, del 6 novembre 1947, p. 1797).

Il linguaggio è certamente enfatico ma, quali che siano il metodo da adottare e l'orientamento da prescegliere per affrontare il problema, sarebbe difficile negare che, "a prima lettura", il testo costituzionale presenti una vistosa contraddizione; o meglio, è possibile negarlo solo da chi preferisca consapevolmente fingere che il problema non sussista.

La funzione giurisdizionale è infatti armonicamente regolata dal Titolo IV sulla base di una consolidata cultura liberale dello Stato di diritto e della separazione dei poteri e i principi in esso affermati parrebbero riferirsi all'intera area concettuale della funzione stessa. Le espressioni "giustizia" e "giudici" (art. 101), "funzione giurisdizionale" e "magistrati ordinari" (art. 102), "magistratura" (art. 104), nonché le garanzie di autonomia e indipendenza dell'ordine e dei singoli giudici, e infine, adesso, i principi "sulla giurisdizione" di cui ai primi due comma dell'art. 111, sembrano avere una portata generale, che, in linea di principio, potrebbe anche essere compatibile con l'esistenza di una pluralità di organi dotati di particolare competenza, come quelli previsti dall'art. 103. Ma il quadro complessivo è ben altrimenti contraddittorio: limitando il discorso alla giurisdizione amministrativa, questa appare infatti, dentro e soprattutto fuori dal Titolo IV, dotata di uno *status* particolare che la configura come un vero e proprio corpo estraneo, quasi una escrescenza anomala rispetto al limpido asse centrale. Il dato più vistoso sta nel fatto che gli organi della giustizia amministrativa sono previsti non solo al di fuori del Titolo IV, ma in titoli concernenti il Governo e l'amministrazione: ed è tanto vistoso che si preferisce normalmente ignorarlo. Vale invece la pena rileggere ciò che da sempre è sotto gli occhi di tutti: il Consiglio di Stato è previsto nel Titolo III, relativo al Governo, e in particolare nella Sezione III, dedicata agli organi ausiliari del Governo stesso, ed è definito come "organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione". Parrebbe dunque da escludersi, sul piano letterale, che in questa sede detto organo sia previsto solo come organo consultivo; esso sembra ricevere qui

la sua investitura e qualificazione *complessiva*, nonché il limite della garanzia sua e dei suoi componenti, che consiste nella (sola) indipendenza di fronte al (solo) Governo: principio ben diverso e più ridotto della autonomia e indipendenza "da ogni altro potere" di cui gode l'ordine giudiziario (art. 104) e delle puntuali garanzie dell'ordine stesso e dei singoli magistrati previste nel Titolo IV. Non solo, ma l'espressione che l'art. 100 usa per definire le funzioni "giurisdizionali" del Consiglio di Stato sembra infelicemente recepita dal lessico originario del dibattito relativo alla legge del 1889 e riferibile a quella funzione di tutela della legalità oggettiva, *interna* al potere esecutivo, che venne affidata alla IV Sezione([2]). In che modo, dunque, un organo ausiliario del Governo preposto a funzioni di consulenza e di controllo svolte nell'interesse di quest'ultimo possa essere considerato appartenente al potere e alla funzione giurisdizionale non è agevole dire. Né, a tal fine, sono di significativo aiuto altre norme *interne* al Titolo IV: non quella per cui il Consiglio di Stato ha "giurisdizione" per la tutela degli interessi legittimi (art. 103), perché, a fronte della collocazione e della definizione di cui all'art. 100, tale termine sembra piuttosto indicare l'ambito di esercizio della funzione e non la sua natura; non quella relativa all'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali (art. 108, co. 2), perché, anzi, essa, rinviando alla legge, pare escludere che le garanzie espressamente previste in Costituzione per i magistrati in genere siano per ciò stesso applicabili a quelli amministrativi e legittima (come in effetti è servita a legittimare) forme di garanzia non solo diverse, ma anche *minori*, fino alla ammissibilità della loro nomina politica.

Per quanto riguarda poi i Tribunali amministrativi regionali, è significativo che essi siano previsti nel Titolo V, relativo all'ordinamento degli enti territoriali: quasi un parallelismo, a livello re-

([2]) Salvo quanto si dirà sul modo in cui l'espressione venne intesa dal costituente (nt. 40), si deve comunque tener presente che essa fu coniata da Silvio Spaventa (nel 1880) per evidenziare il carattere interno all'amministrazione di una funzione che si voleva contenziosa.

gionale, del rapporto tra potere politico centrale e Consiglio di Stato; parallelismo di cui, almeno per quanto riguarda la nomina politica di alcuni componenti, si può trovar testimonianza negli Statuti speciali della Sicilia e del Trentino Alto Adige. Non solo: ma è opportuno ricordare che, quando si trattò di istituire i Tribunali amministrativi regionali, l'idea di generalizzare la (pur parziale) nomina politica, e dunque il rapporto privilegiato con le Regioni-enti politici, fu sostenuta con forza e solo all'ultimo risultò perdente nei confronti del reclutamento "professionale" dei magistrati, e quindi di una più accentuata autonomia degli organi locali(3).

È dunque evidente, da questa prima ricognizione di dati condotta, per ora, con riferimento alla lettera del testo costituzionale del 1948, come il giudice amministrativo non venga concepito come caratterizzato dall'imparzialità: e, se è vero, come è certamente vero, che tale principio, pur non espressamente nominato da quel testo, costituiva già allora il nucleo centrale di qualificazione degli organi e della funzione giurisdizionale, la piena appartenenza del primo a quest'ultima appare quantomeno incerta.

La separazione e la profonda differenza qualitativa tra giurisdizione in genere e "giurisdizione" amministrativa risultano poi ampiamente confermate qualora si estenda la lettura ad altre norme costituzionali.

Sempre "a prima lettura" (ma non tanto "prima" se essa ha resistito almeno mezzo secolo) l'art. 113, co. 1, stabilisce il riparto di funzioni tra i due ordini di giudici secondo il criterio delle situazioni giuridiche soggettive in questione, mentre l'art. 103, co. 1, (sempre secondo l'interpretazione dominante) irrigidisce a vera e propria riserva il rapporto tra interesse legittimo e giudice amministrativo. E, infine, ed è il dato più significativo della frattura, l'art. 111, co. 8, "chiude" la giurisdizione amministrativa stabilendo l'insindacabilità delle decisioni del Consiglio di Stato, negando

---

(3) Per una ricostruzione della vicenda, v. il mio *I tribunali amministrativi regionali e la continuità dello Stato liberale*, in *Quale giustizia*, 1972, p. 306.

così la stessa funzione di nomofilachìa della Corte di Cassazione e la stessa unità dell'ordinamento giuridico.

Si giunge così al cuore del problema: l'intero sottosistema della giurisdizione amministrativa, separato e anomalo rispetto alla funzione giurisdizionale "generale", appare costruito, nella Costituzione, intorno al concetto di interesse legittimo nella sua (allora certo dominante) tradizionale accezione di situazione soggettiva protetta in via occasionale e indiretta rispetto alla tutela primaria dell'interesse pubblico. Concetto che conferisce una rigorosa compattezza interna al sottosistema e una indiscutibile coerenza alla sua separatezza rispetto al sistema giudiziario: se è vero che la tutela dell'interesse pubblico è il fine caratterizzante della legge amministrativa, è indiscutibilmente logico che la tutela su di essa fondata sia rigorosamente sottratta alla magistratura ordinaria (riserva *ex* art. 103, co. 1, e riparto *ex* art. 113); è indiscutibilmente logico che essa sia affidata a un "giudice" interno al potere esecutivo o comunque fortemente collegato con esso; è indiscutibilmente logico che le decisioni del giudice dell'interesse pubblico siano sottratte a ogni sindacato di legittimità della Corte di cassazione. Il riferimento all'interesse legittimo, ripetuto tanto in sede di norme specifiche, quanto in sede di principi generali, costituirebbe dunque la chiave di volta per leggere nella Costituzione una sorta di autodichìa del potere esecutivo, una estesa sottrazione dello Stato amministrativo ai principi dello Stato di diritto; o, quantomeno, per leggere nella Costituzione una legittimazione in tal senso la cui estensione e le cui modalità resterebbero alla discrezione del legislatore.

Una simile "prima lettura" del testo costituzionale può apparire estremizzata: ma, sul piano dell'interpretazione letterale e storica delle norme relative al sottosistema, essa è soltanto rigorosa, e appare sgradevole sol perché definisce con nomi appropriati sul piano della teoria dello Stato ciò che viene comunemente accettato nella sostanza e soltanto mascherato nella forma.

Ma è questo un risultato accettabile? E, se lo era nel '48, può esserlo ancora adesso? La risposta sembra ovvia, ma solo di recente è stata formulata in termini netti e inequivoci: "sembra davvero contraddittoria l'idea di una Costituzione fortemente innovativa e proiettata verso il futuro, come quella italiana, che si limita a fissare, quasi pietrificandolo, un sistema di tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione già vecchio e irrazionale negli anni precedenti la sua entrata in vigore"(4).

Meno agevole è certamente formulare una diversa ricostruzione del testo costituzionale ma, oltre mezzo secolo dopo, questa operazione appare non solo possibile ma, scientificamente e praticamente, indispensabile.

2. *"Verwaltungsrecht besteht": la tesi della recezione.*

Il problema del rapporto tra giustizia amministrativa e Costituzione è stato trattato, nella dottrina giuridica italiana, sulla base di una convinzione di fondo: che il sistema previgente, nella sua logica complessiva, o almeno nei suoi fondamenti, sia stato recepito, o "consacrato"(5), dal costituente. Tale atteggiamento risulta

---

(4) G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 40; si veda anche il duro giudizio di G. Verde, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 603: "anche il costituente è stato fuorviato da quell'abile e misterioso regista che ha congegnato in modo diabolicamente mistificatorio la storia della giustizia amministrativa nel nostro paese"; al costituente era stata infatti rappresentata "una strana e deformata vicenda di diritti che affievoliscono di fronte al potere o all'esercizio pur se illegittimo del potere, di situazioni strumentali dalla cui soddisfazione potevano nascere le premesse per la soddisfazione di situazioni ulteriori, di giudici cui è inibito di ingiungere alcunché all'amministrazione, [...] di altri giudici che possono incidentalmente conoscere dell'illegittimità degli atti senza poterli annullare"; peraltro, secondo l'autore, l'opinione che attribuisce agli artt. 24, 103 e 113 Cost. un contenuto fortemente innovativo, "meglio coglie i fermenti innovativi della Carta nel suo complesso" (*ivi*, nt. 29).

(5) Per quanto riguarda la dottrina amministrativistica, ci limitiamo a ricordare alcune delle opinioni in tal senso: secondo M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 76, la Costituzione "non solo non ha mutato ma ha consolidato i lineamenti del sistema quali risultano dalle leggi del 1865 e del 1889 (e della interpretazione data ad essi dalla giurisprudenza)"; "è

anzitutto prevalente su un piano quantitativo, perché poche e frammentarie restano per lungo tempo, come vedremo, le voci dissonanti: ma soprattutto assume un ruolo di "pensiero dominante", confermativo della tradizione e garante della continuità, tale da condizionare in senso limitativo o preclusivo ogni possibilità di sviluppo di costruzioni alternative.

Ciò vale in primo luogo, come è ovvio, per la dottrina amministrativistica: ma la situazione non muta se guardiamo a quella costituzionalistica o a quella processualcivilistica, che pure (anzi prioritariamente) dovrebbero essere coinvolte nel problema costituzionale della giustizia amministrativa. Ma, come pure è ben noto e inspiegabilmente accettato in tutta serenità, una indagine in questi due campi disciplinari fornisce risultati assolutamente sconfortanti.

---

vero altresì, aggiunge l'autore, che ha dettato alcune disposizioni specifiche che concorrono al completamento e al miglioramento di esso"; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 175; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 44, secondo cui "per ciò che concerne la ricostruzione delle posizioni soggettive la Carta costituzionale si è semplicemente allineata all'esperienza precedente, esperienza che era stata tutta elaborata dal Consiglio di Stato [...] cosicché, la Costituzione ha riconosciuto e consacrato quel ruolo di ricostruttore della disciplina giuridica dell'amministrazione che il Consiglio di Stato aveva in precedenza svolto"; in senso analogo L. MAZZAROLLI, *Giustizia amministrativa*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, Monduzzi, 1998, p. 1778, che, pur genericamente convenendo che la Costituzione abbia "in un certo modo" rinnovato lo spirito degli istituti, si allinea alla tesi dominante della "conferma" del sistema precedente, tanto nella sua impostazione generale, quanto rispetto al criterio di riparto di giurisdizione. Anche secondo M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 231, "il complesso dei precetti costituzionali non ha [...] contenuto innovativo rispetto al sistema che era in vigore prima della Costituzione, ma ha invece un contenuto confermativo": v. peraltro, sull'opinione di tali autori, la successiva nt. 15. Afferma, infine, A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 450, che "il discorso sulle norme e sui principi costituzionali della giustizia amministrativa nel nostro paese, per quanto paradossale possa sembrare, prende le mosse da una disciplina non costituzionale. Il dato strutturale del nostro sistema di giustizia amministrativa [...] è infatti costituito da una legge ordinaria di cui le norme costituzionali – o almeno alcune di esse – appaiono come uno sviluppo coerente".

I costituzionalisti, infatti, trattano della giustizia amministrativa in modo del tutto sommario, quasi di sfuggita, normalmente inserendo in più o meno ponderose e sofisticate trattazioni sulla tutela giurisdizionale qualche cenno, che di norma consiste nel riassumere lo stato dell'arte nella dottrina amministrativistica(6).

---

(6) C. Mortati, come noto, fu il più convinto e autorevole sostenitore, in Assemblea costituente, del mantenimento del giudice amministrativo e nel manuale (*Istituzioni di diritto pubblico*, VI ediz., Padova, Cedam, 1962) si limita a confermare le motivazioni della scelta, senza realmente affrontare il problema dei limiti della *specialità* di tali giudici rispetto ai principi generali; da un lato cioè vengono ribaditi i caratteri specifici della funzione giurisdizionale (la qualità di soggetti *super partes* conferita ai titolari degli organi che la esercitano e, correlativamente, la posizione giuridica loro garantita allo scopo di conferire ai medesimi la massima indipendenza possibile dalle parti in giudizio e, in genere, dalle pubbliche autorità (p. 213), dall'altro si prende atto che la Costituzione ha accolto il principio della giurisdizione unica "temperato" dall'ammissione di alcune giurisdizioni speciali (p. 940), che sarebbero giustificate dall'indole propria di determinate controversie (p. 939). Nelle principali trattazioni istituzionali successive la situazione non cambia di molto: la tesi della costituzionalizzazione del regime speciale di alcune giurisdizioni convive acriticamente con la enunciazione dei principi generali sulla giurisdizione e, se qualche riserva viene avanzata, in particolare sull'indipendenza dei giudici in relazione al potere governativo di nomina, ciò non si traduce mai in una vera e propria censura di incostituzionalità, ma resta sul piano delle sollecitazioni al legislatore. Si vedano, ad esempio, P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ediz., Padova, Cedam, 1987, p. 396, che parla di costituzionalizzazione secondo tradizione o A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, Il Foro Italiano, 1978, p. 450, che parla di differenze nella struttura degli organi che determinano evidenti limiti alla loro autonomia e indipendenza; in senso analogo C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1976, p. 979, P. Caretti - U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ediz., Torino, Giappichelli, 2001, p. 418, secondo i quali neppure le recenti riforme sugli organi di "autogoverno" dei giudici amministrativi e contabili hanno risolto pienamente il problema della loro autonomia esterna, che risulta ancora compromessa dal permanere di un potere di nomina governativa. Più decisa appare la posizione di G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, IV ediz., Bologna, Zanichelli, 1994, secondo cui "la Costituzione detta norme generali valide per tutti i giudici, sia ordinari che speciali, cosicché se la legge, nel disciplinare i giudici, ordinari o speciali che siano, non si attiene a tali principi, è incostituzionale": viene peraltro rinviata a trattazioni specialistiche l'esame dei singoli regimi particolari dei giudici speciali. V. inoltre F. Sorrentino, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pp. 68 ss., per cui il disegno costituzionale della giustizia amministrativa "ha nella massima parte recepito il sistema risultante dalle leggi del 1865, del 1877 e del 1889" sottraendo il sistema stesso alla disponibilità del legislatore.

Non molto diversa, almeno fino a tempi recenti, appare la posizione dei processual-civilisti: anche qui, in testi fondamentali, troviamo riferimenti soltanto sommari al tema, che danno per scontati i tratti caratterizzanti il sistema e la sua costruzione amministrativistica. E, come i costituzionalisti sembrano voler evitare il confronto con una lettura complessiva e coerente del testo costituzionale, così i teorici della giurisdizione e dell'azione sembrano considerare la giustizia amministrativa come una trascurabile e curiosa anomalia di cui non val nemmeno la pena di occuparsi(7).

Tale convinzione ha, come si è appena sottolineato, una forte base nella lettera di molte norme costituzionali(8), a cui va ag-

---

(7) Significativo, per tutti, è l'esempio di S. SATTA, *Giurisdizione. Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 226, che limita il riferimento alla giurisdizione amministrativa a pochi cenni, concludendo nel senso che è la presenza della pubblica amministrazione a creare la specialità della giurisdizione e del processo nonché le deviazioni ben note dalla giurisdizione e dal processo civile. Tra gli interventi più critici nei confronti della giurisdizione amministrativa, v. invece A. PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, V, cc. 21 ss. (che peraltro si riferisce principalmente alla situazione determinatasi in seguito alle riforme del 1998 e del 2000), nonché G. VERDE, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, cit., p. 587, che svolge un radicale discorso critico sull'intero sistema e propone di riconsiderarlo alla luce dei principi costituzionali e dei caratteri essenziali della funzione giurisdizionale; ed è significativo il fatto che, rispetto ad alcuni problemi cruciali, come l'espansione della tutela reintegratoria e l'affermazione di quella risarcitoria, tale autore ritenesse allora non solo auspicabile ma inevitabile un'evoluzione in tal senso.

(8) La tesi della "recezione" è fortemente presente nella sent. 6 luglio 2004 n. 204 della Corte costituzionale, in *Foro it.*, 2004, I, cc. 2594 ss., in materia di giurisdizione esclusiva: "Del tutto correttamente – si afferma al punto 2.2. della motivazione – i remittenti osservano che la Carta costituzionale ha recepito [...] il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa quali evolutisi a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865". Tale assunto è appena attenuato dalla considerazione per cui l'art. 102, co. 1, Cost., conserverebbe traccia dell'orientamento favorevole al principio di unità della giurisdizione: tale principio, infatti, implicherebbe soltanto che "in nessun caso il legislatore ordinario può far sì che la pubblica amministrazione sia, in quanto tale, assoggettata ad una particolare giurisdizione, ovvero sottratta alla giurisdizione alla quale soggiace «qualsiasi litigante privato»" (punto 3). Ma, al di là del richiamo storico, la Corte fonda la sua decisione sulla consolidata distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e, correlativamente, tra poteri "privatistici" e poteri "autoritativi" della pubblica amministrazione: la censura di inco-

giunto un indubbio fondamento sul piano storico: è noto infatti come nell'Assemblea costituente il principio di unità della giurisdizione fu sostenuto con vigore soprattutto da Calamandrei e come risultò perdente(9).

Ma i fattori che, nel tempo, dovevano risultare decisivi rispetto all'atteggiamento della dottrina, furono anche altri: in primo luogo l'idea che una "specializzazione" della giurisdizione concernente la pubblica amministrazione fosse vantaggiosa, se non addirittura indispensabile; inoltre il giudizio sulla prova che il Consiglio di Stato aveva dato di sé era generalmente positivo; e, in ogni caso, non parve, e seguitò per molto tempo a non apparire opportuno, alterare radicalmente il sistema. Tutto ciò trovava poi un duplice supporto: sul piano pratico-politico, nella forza che il

---

stituzionalità viene infatti accolta sulla base del criterio per cui l'estensione della giurisdizione amministrativa a diritti soggettivi presuppone il radicamento della giurisdizione generale di legittimità nella "circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo" (punto 3.2, e, con riferimento ai pubblici servizi, punto 3.4.2.); non ci soffermiamo qui sul punto perché alla confutazione di tale impianto concettuale è dedicato questo intero lavoro.

(9) Vinsero dunque i sostenitori della "recezione" del sistema precedente e del ruolo tradizionale del Consiglio di Stato; ma tale alto consesso non ricambiò la Costituzione con pari riguardo, sostenendo che in essa vi erano "anzitutto, vaghe enunciazioni di principi, dichiarazioni astratte di diritti, generiche formulazioni programmatiche, valevoli appena come orientamento o esortazione o anche appiglio all'opera del futuro legislatore, ma, per ciò stesso, del tutto mancanti di ogni apprezzabile concretezza ed efficienza giuridica: è ancora l'ideologia, che aspira ma stenta a diventare diritto" (Cons. Stato, IV Sez., 27 luglio 1948, n. 351, in *Foro amm.*, 1948, p. 319); più ampiamente, sull'atteggiamento del Consiglio di Stato relativamente al rapporto tra Costituzione e amministrazione, v. M. Magri, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 55 ss. Sul dibattito all'Assemblea costituente v., da ultimo, L. Chieffi, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 1998, pp. 67 ss. Nella sent. n. 204/2004, di cui alla nota precedente, la Corte costituzionale si sofferma pure a lungo sul riferimento ai lavori della Costituente, con una confusa prospettazione dell'ambivalenza del richiamo che tanto Calamandrei come i suoi oppositori fecero al riassorbimento nella Costituzione dei principi fondamentali della legge del 1865: ma, al di là di questo, colpisce il rilievo assegnato dalla Corte all'interpretazione storica e alla ricerca dell'intento originario del costituente; criteri che, a nostro avviso, devono considerarsi del tutto secondari rispetto a una ricostruzione sistematica riferita al presente. Ma anche di ciò si dirà ampiamente più avanti.

Consiglio di Stato stesso aveva acquisito nel tempo, nella diretta influenza che esercitò sui lavori della Costituente prima e sull'attività legislativa poi, nonché nei "concordati" stabiliti con la Corte di Cassazione; sul piano teorico e ideologico, nella specialità del diritto amministrativo, ormai da tempo acquisita e definita nei suoi fondamenti.

È questa una vicenda davvero esemplare del modo in cui opera la separazione disciplinare([10]) che dovrebbe essere oggetto di una seria riflessione anzitutto sul piano della teoria generale del diritto e della cultura giuridica([11]). Occorrerebbe cioè capire come

---

([10]) Ricordiamo l'appello rivolto da G. VERDE, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa?*, cit., p. 588, per un "risveglio salutare, che smuova gli studiosi del diritto e del processo amministrativo e con essi i giudici amministrativi dalla separatezza intellettuale nella quale si sono voluti confinare, dando eccessivo risalto alle specificità, che ci sono e sono innegabili, della loro disciplina".

([11]) Il diritto amministrativo (e la relativa "giustizia") costituiscono probabilmente l'area disciplinare in cui la forza della tradizione ha con maggiore intensità eclissato l'innovazione (e in molti casi la discontinuità) costituzionale, confermando l'antico, notissimo detto, *Verfassungsrecht vergeht*, *Verwaltungsrecht besteht*, dove il *Bestehen* affonda le sue rinnovate radici in una sorta di *conventio ad excludendum* (s'intende della Costituzione) stipulata tra Consiglio di Stato, Cassazione e dottrina giuridica e intesa a mantenere la risoluzione dei pur notevoli conflitti interni nell'ambito dei rapporti tra tali attori, affidando al legislatore (ove necessario) il ruolo di esecutore degli accordi raggiunti e mantenendo la Costituzione fuori dal giuoco. Valga per tutti l'esempio del *Discorso generale* di Giannini: un saggio cioè di uno dei maggiori amministrativisti del secolo, che ripercorre l'intero nostro sistema di giustizia amministrativa sottoponendolo ad una critica radicale, espressa più volte nei modi pittoreschi che gli erano congeniali; un saggio che ha esercitato una forte influenza nelle vicende che ci riguardano e che, rivisto oggi in quest'ottica, svela con tutta chiarezza due caratteristiche che, a suo tempo, erano rimaste del tutto in ombra: l'omaggio (o quanto meno la pragmatica acquiescenza) ai concordati giurisprudenziali che avevano segnato (oltre e contro le "leggi fondanti") i caratteri del sistema e la pressoché totale assenza di riferimento alla Costituzione, che viceversa poteva e doveva divenire il punto di avvio e di forza per trasformare le violente quanto innocue critiche in una costruzione alternativa (M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*. *Parte I*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, pp. 522 ss., *Parte II* e *Parte III*, *ivi*, 1964, pp. 12 ss. e 217 ss.). Per limitarci a un solo punto, peraltro assolutamente centrale, quando Giannini affronta il problema dei "modi" di rapporto tra atto amministrativo e diritto soggettivo (di separazione, di equiparazione e di distinzione) conclude (parte I, p. 545): "posto che ciascuno dei tre modi può invocare il patronato di un principio generale dell'ordinamento e che nessuno di questi è sopraordinato agli altri, una scelta in base ai principi generali non è possibile. Essa deve quindi farsi ricorrendo al sussidio di altri

sia stato possibile che un apparato di istituti e di concetti come quello proprio della tradizione amministrativistica, pur così modesto sul piano teorico, dalle tanto evidenti connotazioni ideologiche e politiche e, soprattutto, così apertamente disomogeneo rispetto alle ben più complesse e solide tradizioni processualistiche e costituzionalistiche, sia potuto rimanere, anche sul piano culturale, un "corpo estraneo", ignorato o, al più, benevolmente tollerato.

La vicenda potrebbe essere collocata in un contesto di decadenza di una cultura giuridica generale e unitaria che una pluralità di fattori sta determinando: ma sarebbe un piano di risposta insufficiente, perché la separatezza del diritto amministrativo e dei suoi istituti di tutela non è certo nuova, ma è coeva e coessenziale alla nascita stessa della disciplina; e la stessa constatazione fatta rispetto al periodo post-costituzionale potrebbe essere ripetuta anche rispetto al periodo orlandiano o agli anni '30; e il fatto che oggi il confronto sia, in ultima analisi, con i principi costituzionali, è soltanto un'aggravante. Certamente lo stato amministrativo era, per la cultura giuridica anteriore al '48, una nozione di tipo costituzionale, che giustificava in ampia misura la profonda diversità della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione: ma, sul piano strettamente culturale, all'interno della sua (vera o presunta) autonomia, non è in realtà adeguatamente giustificabile il progressivo distacco del diritto dello Stato nonché dei relativi concetti guida dall'alveo del diritto privato e processuale(12).

---

principi. Quali?". La domanda pare retorica e, con la stessa ingenua immediatezza dei piccoli lettori di Pinocchio, verrebbe da rispondere: "quelli costituzionali!"; e invece no: Giannini divaga sul fatto che un giudice inglese "li avrebbe subito ravvisati nei principi a presidio delle libertà, e anzi avrebbe riconosciuto preminenza al principio di legalità, scegliendo quindi il primo modo". E se è giusta la critica ai giudici italiani che hanno invece scelto il secondo, non si capisce perché, esistendo anche da noi tali principi a livello costituzionale, si rinunci in partenza a sviluppare su tali basi un discorso alternativo. Quel discorso che, come è ben noto e come ricorderemo tra breve, in quegli stessi anni era già stato risolutamente impostato da Vittorio Bachelet.

(12) Per una significativa analisi della formazione e dello sviluppo dei modelli pubblicistici e autoritativi a danno di quelli contrattuali-privatistici, nel

In realtà se da noi esistesse una sociologia del diritto e della cultura giuridica (o meglio, se essa non si occupasse soltanto di problemi della famiglia e della devianza), è qui che andrebbe cercata una risposta al problema della separatezza disciplinare e dei suoi effetti nefasti. Si potrebbero allora, con adeguate metodologie, ricostruire le singole discipline come espressioni di contesti politici e sociali diversi, leggere i loro reciproci rapporti (o la mancanza di rapporti) come manifestazioni di equilibri e di compromessi tra tali contesti e le forze che li sostengono, analizzare la compattezza delle discipline stesse (e per il diritto amministrativo non sarebbe difficile) come risultato di intrecci e di convergenze tra mondo accademico, giudici (speciali), professione forense, apparati dello Stato. Da un lato, dunque, si potrebbe vedere con chiarezza come ciascuna disciplina acquisti una sua forza reale, e come qui affondino le radici della sua autonomia, nonché della non ingerenza di disciplina nei confronti dell'altra.

Ma questo sarebbe altro discorso: proseguiamo dunque il nostro secondo la logica e il metodo che ci compete.

3. *Le opinioni dissonanti: il rovesciamento della prospettiva.*

Si è detto che la tesi della "recezione" costituzionale del sistema di giustizia amministrativa si presenta come largamente dominante nel panorama della nostra dottrina giuridica. Ciò non toglie, ovviamente, che siano riscontrabili opinioni e atteggiamenti diversi, di cui va ora dato brevemente atto, in quanto, seppur rivelatisi incapaci di significativi sviluppi, testimoniano in vario modo di una latente insoddisfazione, di una più o meno nitida consapevolezza del fatto che la compromissoria soluzione adottata dal costituente sia percorsa da contraddizioni nel lungo periodo non eludibili. Queste voci dissonanti hanno contenuti e accenti assai

---

più ampio quadro della transizione tra Stato liberale teorico e Stato amministrativo, v. di recente W. Gasparri, *"Il punto logico di partenza". Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2004.

variegati e, per pura chiarezza di esposizione, proveremo a raggrupparle in diverse categorie.

In primo luogo si deve ricordare come, sulla scia dell'acceso confronto svoltosi nell'Assemblea costituente sul tema dell'unità della giurisdizione, non mancarono, nell'immediato, critiche anche radicali alla scelta compiuta: ma si trattava, appunto, di critiche al fatto che la Costituente avesse rinunciato ad affrontare i problemi di fondo, scegliendo invece di confermare l'esistente([13]); critiche, dunque, che non ponevano in discussione, sul piano interpretativo, la tesi della "recezione". La constatazione di questo fondamentale "intento originario" non escluse, naturalmente, lo sviluppo di un articolato confronto del sistema "recepito" con al-

---

([13]) Particolarmente vivace la contestazione di S. LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, cit., pp. 202 ss., articolata in alcune affermazioni di cui oggi non può che riconoscersi l'elementare fondatezza. In primo luogo l'autore osservava essere intrinseca al concetto di giurisdizione la sua unità organizzativa "senza riguardo alla natura dei soggetti"; quanto alla possibilità di annullamento degli atti amministrativi da parte dell'(unico) giudice ordinario essa non concreterebbe alcuna subordinazione dell'esecutivo al giudiziario, ma solo la subordinazione dell'amministrazione al diritto obiettivo, "il che è perfettamente ortodosso allo stato di diritto" (p. 202); quanto alla specializzazione tecnica, essa poteva ben essere realizzata con sezioni specializzate all'interno di un unico ordine. È poi interessante ricordare come, pur all'interno della soluzione pluralistica accolta, Lessona criticasse l'adozione del criterio di riparto fondato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive, affermando che meglio sarebbe stato riferirsi alla distinzione tra attività vincolata e discrezionale, o meglio tra questioni di legittimità e "revisione amministrativa degli atti" (p. 205). In proposito v. anche G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia,* in *La giustizia amministrativa. Atti del congresso sul centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza, 1968, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1031 ss., che osserva come il dualismo di giurisdizione "viene considerato ogni giorno di più come un sistema privo di una convincente ragion d'essere, se non proprio artificiosa; ed è un gran peccato che si sia voluto stabilizzarlo con la garanzia costituzionale, senza averlo sottoposto prima ad un serio e approfondito ripensamento" (p. 1050); quanto poi alla "scarsa praticità" della distinzione tra diritto e interesse "avremmo preferito, prosegue Miele, [...] che la Costituzione non si fosse riferita ad essa [...], ma avesse lasciato impregiudicato il punto per consentire al legislatore ordinario quella *semplicissima e praticissima riforma* [il corsivo è mio] che consiste nell'assumere a criterio della distinzione delle rispettive competenze il contenuto del provvedimento giurisdizionale che si chiede all'interessato: l'annullamento dell'atto amministrativo o il risarcimento del danno (criterio del *petitum*)" (p. 1052).

cune norme sicuramente innovative: e la stessa Corte costituzionale procedette ad un'attenta ripulitura del sistema stesso, specialmente per quanto riguardava le situazioni di palese mancanza di indipendenza di alcuni organi, le più vistose limitazioni di effettività della tutela e le più stridenti manifestazioni del principio di autorità; ma, in carenza di una riflessione più ampia sul tema, il significato di questa operazione è stato quello, opposto, di ridurre le innovazioni entro la logica del sistema(14).

Tra i due tipi di atteggiamento da ultimo ricordati (rifiuto pregiudiziale e processo di adeguamento) si collocano poi numerose affermazioni critiche che potremmo definire "innocue"; esse infatti sembrano proporre il problema di una complessiva riconduzione delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa nell'ambito dei principi generali sulla giurisdizione e sui diritti fondamentali. Ma si tratta di spunti che, nel pensiero dei singoli autori, non conducono a una radicale revisione del problema: anzi, talvolta, essi appaiono contraddittori con le rispettive ricostruzioni del sistema vigente a livello di legislazione ordinaria.

Talvolta infatti ci si limita a formulare l'esigenza di "ripartire dalla Costituzione", esigenza che peraltro rimane nel cassetto dei buoni propositi o di futuri programmi mai attuati(15). Talvolta il

---

(14) Per un esame dei principali interventi della Corte costituzionale in materia di giustizia amministrativa, v. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 87 ss.; F. Sorrentino, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, cit.

(15) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 77: "un discorso completo sull'argomento non potrebbe prescindere dal considerare, prima che le specifiche disposizioni sulla giustizia amministrativa, i principi generali di struttura e di azione fissati dalla Costituzione per la nostra comunità politica [...] e in particolare per la stessa amministrazione"; come avremo modo di dire meglio più avanti, Nigro ha svolto in modo fortemente innovativo i principi costituzionali rispetto al rapporto tra giudice ordinario e pubblica amministrazione, affermando la tendenziale generalità dei mezzi di tutela esperibili di fronte a detto giudice, mentre la sua teoria dell'interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa, pur costituendo un salto di qualità teorica rispetto alle idee correnti e pur comportando una notevole valorizzazione del soggetto privato nel procedimento e nel processo, resta ancora "interna" al carattere "ontologico" della dicotomia tra le situazioni giuridiche soggettive e alla connessione dell'interesse legittimo con l'interesse pubblico. V. poi M.S. Giannini - A. Piras, *Giurisdizio-*

giudizio entra nel merito rivendicando l'esigenza di parità di tutela direttamente postulata dagli artt. 1, 3 e 24 Cost. e della conseguente necessità di "giudici e processi che siano tali nel vero significato dei termini"([16]). In altri casi troviamo giudizi assai più netti sul

---

ne amministrativa, cit., p. 231, i quali, pur allineandosi alla tesi dominante della recezione costituzionale (v. *retro*, nt. 5), aggiungono che "prima di trarre conclusioni definitive dalla lettura delle norme costituzionali [...] occorre ricostruire il sistema, tentare di stabilire qual è il significato attuale delle proposizioni legislative". Di rilievo, anche se non priva di ambiguità, la posizione di F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, che da un lato parla di *profonda forza eversiva* dei principi costituzionali, traendo indicazioni significative dall'art. 113 nel senso della parità, pienezza ed effettività della tutela, ma, dall'altro, sembra piegarsi alla forza della tradizione, affidandosi a un lungo futuro cammino di trasformazione dell'ordinamento: "in fondo – conclude – siamo ancora troppo vicini alla vivida luce della elaborazione dottrinale della prima metà del secolo perché si possa pensare che il legislatore colga la *timida luce* che sgorga dalla Costituzione" (p. 814, corsivo mio). Ma, soprattutto, il carattere paritario del rapporto tra amministrazione e cittadino appare in contrasto con il concetto di interesse legittimo che Benvenuti stesso fa proprio negli *Appunti di diritto amministrativo*, V ediz., Padova, Cedam, 1987, pp. 232 s.: un concetto che, in definitiva, viene ridotto ad una aspettativa a che l'amministrazione non eserciti i suoi poteri in modo difforme dalle leggi. La cultura autenticamente liberale dell'autore, peraltro, giungerà a liberarsi del retaggio della tradizione amministrativistica: nel saggio *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Padova, Marsilio, 1994, pp. 72 ss., si afferma a chiare lettere che l'interesse legittimo si risolve in una posizione giuridica di inferiorità di natura "bensì sostanziale ma non interamente tutelata come era invece quella del diritto soggettivo", e che la distinzione tra diritti e interessi appare ormai un "reperto archeologico" (p. 78). Sul pensiero di Benvenuti, v. U. Allegretti, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, pp. 399 ss.

([16]) G. Abbamonte - R. Laschena, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, vol. XX, Padova, Cedam, 1997, p. 25: qui si riconosce con decisione e con ampiezza di orizzonti che "i fondamenti tecnico – politici della normativa del 1923 non rispondono più alla mutata realtà" in quanto essa si inseriva in una visione che risentiva dell'impostazione dello Stato liberale mentre "la Costituzione repubblicana ha segnato una profonda svolta verso la democrazia sociale" e questa evoluzione della società e dello Stato "non poteva e non può non avere una profonda incidenza negli istituti di giustizia amministrativa". Più precisamente, poi, si pone in rilievo la rilevanza diretta degli artt. 1, 2, 3 e 24, da cui va dedotto "il riconoscimento di una *effettiva posizione di eguaglianza* del privato nei confronti della pubblica amministrazione, *pur* tenendo conto delle peculiari caratteristiche del sistema" (p. 26); l'art. 24, co. 1, in particolare, va inteso nel senso che intende assicurare "*sia* ai diritti soggettivi, *sia* agli interessi legittimi, *giudici e processi*, che siano tali nel vero significato dei termini. La Costituzione ha voluto cioè assicurare *pa-*

contrasto tra i principi e il "corpo estraneo": si è parlato di "tracce di un'anima amministrativa dello Stato, quasi una sub-costituzione dell'ordinamento statale, che la costituzione fondamentale e lo Stato parlamentare non hanno mai eclissato del tutto"([17]). O di vera e propria "ingiustizia" di un ordinamento che preveda un foro privilegiato per lo Stato([18]).

Va infine ricordata la posizione di chi, pur ritenendo che i principi costituzionali non riflettano semplicemente l'assetto precedente, ma abbiano inciso in profondità sulla giustizia amministrativa, imponendo trasformazioni significative, e pur dando ampio spazio a tali trasformazioni([19]), resta fermo nel ritenere che almeno due dei pilastri del vecchio sistema risultino confermati e, anzi, valorizzati: il riparto di giurisdizione e l'intrinseca autonomia concettuale dell'interesse legittimo che sta a fondamento della autonomia della giurisdizione amministrativa([20]).

---

rità di tutela, per quanto consentito dalla *realtà* storica ed ordinamentale in cui si inseriscono, ai diritti soggettivi *ed* agli interessi legittimi" (p. 27) (i corsivi sono degli autori).

([17]) G. Berti, *Commento all'art. 113*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *La magistratura. Artt. 111-113*, tomo IV, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. edit. Il Foro Italiano, 1987, p. 90.

([18]) E. Capaccioli, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.* 1972, p. 402: "quando insorge una controversia l'essenziale è che vi sia un giudice in grado di risolverla con indipendenza ed imparzialità di giudizio; non vi sono ragioni logiche perché il giudice che si ritiene adatto a risolvere imparzialmente le liti fra privati non possa risolvere anche le controversie tra le pubbliche amministrazioni e i soggetti che si ritengono lesi dall'azione amministrativa; al fondo una giurisdizione separata, organizzata specificamente per risolvere le liti amministrative, costituisce [...] un foro privilegiato e ciò contrasta con i principi di uguaglianza e di imparzialità che non possono essere disattesi da un ordinamento moderno (ma sarebbe preferibile dire: da un ordinamento giusto)".

([19]) A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 85 ss.

([20]) A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., pp. 90 s., per cui l'art. 24 ha operato un'importante riconoscimento della rilevanza istituzionale dell'interesse legittimo attribuendogli piena dignità, ma ha al tempo stesso costituzionalizzato il principio secondo cui la tutela giurisdizionale nei confronti dell'Amministrazione è articolata in tutela dei diritti soggettivi e in tutela degli interessi legittimi, mentre gli artt. 103 e 113 hanno costituzionalizzato il criterio di riparto (pp. 102 ss.). In senso analogo, F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 18. Molto nettamente afferma, invece,

Non sono mancate, è vero, nella dottrina amministrativistica, voci dissonanti: ma ad esse sembra essere toccata la sorte di quegli antichi autori di cui la reazione orlandiana "ha cancellato perfino la memoria"([21]); anzi, quando, come nella maggior parte dei casi, era difficile perdere la memoria degli autori, si è provveduto a cancellare dai loro scritti, quasi a volerle sterilizzare, le affermazioni e le riflessioni disarmoniche (o apertamente polemiche) con l'assetto culturale dominante, magari affidando alla "tradizione orale" un subdolo omaggio alle loro generose e suggestive fantasie progettuali, incapaci peraltro di entrare in contatto con la "realtà" dell'ordinamento.

Per far riferimento al caso più tipico, è significativo constatare quanta poca influenza abbia esercitato (e quanto raramente, e per dovere d'ufficio, venga ormai addirittura citato) un autore che aveva da tempo criticato la sottovalutazione delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa, "ritenute semplicemente confermative del sistema"([22]), e che aveva in concreto dato avvio ad una loro rilettura estraendo da alcune significative innovazioni una logica espansiva, proiettata verso principi non omogenei. In quelle poche pagine, con una lucidità e preveggenza che invano avremmo ritrovato in migliaia di altre destinate ad affaticarci nei decenni successivi, si trova infatti ben più che una interpretazione

---

G.B. Verbari, *Principi di diritto processuale amministrativo*, III ediz., Milano, Giuffrè, 2000, p. 70, che la Costituzione "solo formalmente ha lasciato inalterato il sistema dualistico precedente".

([21]) L'espressione è di S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 12.

([22]) Ci si riferisce, come ovvio, a V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966 (una prima edizione più ridotta, con lo stesso titolo, è peraltro del 1962), che apriva il suo (sempre meno) noto saggio rilevando come non avesse ancora attratto in modo particolare l'attenzione e gli sforzi degli studiosi la ricostruzione sistematica della materia sulla base dei principi, profondamente innovatori, della vigente Costituzione, e insisteva osservando: "si può ritenere che la ricostruzione di un sistema sia impossibile e che la composizione alluvionale e lo stesso sviluppo giurisprudenziale abbiano fatto del nostro un "parasistema" incoerente nei suoi "giunti" (il riferimento è a Giannini, *n.d.a.*): e tuttavia lo sforzo di revisione e di riordinamento non può che essere proposto in coerenza con i principi della Costituzione".

"progressiva" di singole disposizioni([23]), atta a correggere le storture più evidenti ed autoritarie del sistema "recepito" o "consacrato": vi si possono leggere invece le linee portanti di una costruzione alternativa, di un progetto di piena armonizzazione della giustizia amministrativa, e degli stessi principi di diritto sostanziale, ai caratteri essenziali di quello Stato di diritto che la Costituzione repubblicana intende pienamente ripristinare. Al centro dell'attenzione sta l'esigenza di una "teoria generale della legalità amministrativa" che da un lato implica il recupero e la riqualificazione degli strumenti *interni* di garanzia([24]) ma dall'altro il deciso distacco della giurisdizione amministrativa dall'ambiguità del concetto di "giustizia nell'amministrazione" e la sua piena collocazione nell'ambito della funzione giurisdizionale. E ciò significa, con ineccepibile coerenza logica, rifiuto di ogni concezione oggettivistica, separazione netta tra funzioni giurisdizionali e consultive del Consiglio di Stato, esclusiva finalizzazione delle prime alla tutela dell'interesse individuale([25]). Ciò consente (ma dovrebbe piuttosto dirsi

---

([23]) Si veda ad esempio quanto V. Bachelet, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 8 ss., osserva sull'art. 113 relativamente al quale "ci si è in fondo limitati ad un esame o ad una applicazione [...] ai casi di volta in volta venuti in considerazione, senza prospettare l'ipotesi che esso avesse una più larga incidenza sistematica"; l'averlo interpretato come costituzionalizzazione di una clausola generale già esistente nell'ordinamento, prosegue l'autore, "oltre a mettere in ombra la portata in un certo senso rivoluzionaria del terzo comma [...] [ha] fatto da schermo anche ad una esatta valutazione dei penetranti riflessi che gli stessi due primi commi hanno rispetto a tale sistema, per la qualificazione costituzionale che essi danno degli atti amministrativi, degli interessi legittimi e in special modo della giurisdizione amministrativa".

([24]) Il riferimento è alle formule di organizzazione, ai procedimenti e ai controlli, da non intendere *solo* come espressione di vecchie concezioni dello Stato assoluto, ma da collocare accanto al sindacato giurisdizionale con netta distinzione di natura giuridica ma con analogia di funzione (*op. cit.*, p. 7, nt. 12).

([25]) V. Bachelet, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 22 ss.: respingendo con decisione ogni analogia tra funzione consultiva e giurisdizionale nonché la complementare distinzione tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, "quasi che solo la prima fosse predisposta a tutela di situazioni soggettive dei singoli, mentre l'altra avrebbe avuto natura di giurisdizione di diritto oggettivo", Bachelet condensa l'innovazione costituzionale in tre punti che vale la pena di ricordare ancor oggi per esteso: "1) il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa sono veri giudici che svolgono un'attività giurisdizionale a

impone) una ridefinizione in senso sostanziale dell'interesse legittimo: un'operazione questa che, in apparenza, già era, e ancor più era destinata a divenire, opinione comune, anzi tanto comune da diventare rituale e sostanzialmente non significativa(26) e che invece, in queste pagine, assume accenti di inequivocabile rigore teorico, suscettibile di ben diverse implicazioni. Torneremo più avanti sul punto, ma fin d'ora è il caso di ricordare come Bachelet sia stato tra i pochi (specialmente a quel tempo) ad affermare con chiarezza che, quando parla di interesse legittimo, «il costituente si riferisce [...] a situazioni soggettive la cui tutela è apprestata *nell'interesse del titolare*», che interessi legittimi e diritti soggettivi vengono presentati "quasi come gradazioni diverse di situazioni soggettive di vantaggio tutelate entrambe nel prevalente interesse dei loro titolari", e che ciò "sottolinea la crisi della tradizionale configurazione dell'interesse legittimo come interesse tutelato dall'ordinamento in occasione della tutela di un *prevalente* interesse generale"(27).

La strada aperta da Bachelet non è certo rimasta deserta nel panorama della dottrina amministrativistica: basti ricordare i nomi di Giorgio Berti e di Umberto Allegretti, i quali, pur con varietà di accenti, riprendono e sviluppano proprio il presupposto me-

---

tutela degli interessi dei cittadini; 2) è caduta ogni possibilità di fondare la giustificazione di determinati istituti (o di determinate interpretazioni) sul rigido sistema della assoluta separazione dei poteri, che deve ritenersi superato nel vigente ordinamento; 3) la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo è sostanzialmente e formalmente identica a quella del giudice ordinario e si distingue dalle funzioni di amministrazione attiva e di consulenza o di controllo come una sentenza si distingue da un provvedimento, o da un parere o da un visto" (*op. cit.*, p. 24).

(26) E di tutta evidenza, infatti, come l'affermazione della natura "sostanziale" dell'interesse legittimo abbia pacificamente convissuto con una concezione più o meno marcatamente "oggettivistica" del processo amministrativo, e con la centralità, variamente nominata o dissimulata, dell'interesse pubblico: ed ogni esemplificazione è superflua. Basterebbe, d'altra parte, la clamorosa contraddizione, fino a pochi anni fa pacificamente accettata (e ancor oggi non pienamente risolta), tra carattere sostanziale dell'interesse legittimo e sua inidoneità a fondare una pretesa risarcitoria.

(27) V. Bachelet, *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 18 ss.

todologico di fondo, la necessità, cioè, di ricondurre le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa ai principi generali sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, al principio di legalità, ai diritti di libertà, alla centralità del cittadino come fine ultimo dell'ordinamento. Una volta accolto con profonda convinzione e senza riserve tale presupposto, il rovesciamento della tesi della "recezione" è drastico e ineluttabile: dal "declassamento" del riparto di giurisdizione([28]) rispetto alla generalità ed effettività della tutela([29]) alla riconduzione dell'interesse legittimo, come figura particolare, entro il genere del diritto soggettivo([30]). E tutto ciò

([28]) G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit., pp. 86 ss., che sostiene come la tutela dei diritti e degli interessi legittimi può essere impartita indifferentemente, e quindi a discrezione del legislatore, dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo: l'art 113, prevedendo la possibilità di annullamento da parte del primo, appare indifferente alla natura delle situazione soggettive lese, e quindi rispetto alla differenziazione tra le due che menziona.

([29]) Sul punto v. diffusamente più avanti (Capo V, par. 3), in particolare sulla posizione di G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit., p. 87, secondo cui la struttura della tutela nei confronti dell'amministrazione, anzitutto per quanto riguarda la duplicità di giurisdizione, deve ritenersi subordinata alle norme costituzionali che invece assolutizzano la libertà della persona. Sull'interpretazione corrente dell'art 113, e in particolare su quella fatta propria dalla Corte costituzionale, v. la dura critica di U. Allegretti, *La Corte costituzionale e l'amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Reg.*, 1981, ora in Id., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, pp. 135 ss., che pone in rilievo come detta norma sia stata intesa nel senso che si limiterebbe a ribadire la mera spettanza di una tutela anche verso la pubblica amministrazione e dunque "ridotta ad un significato meramente processuale: essa sancisce la presenza di una tutela della quale la Costituzione non avrebbe indicato in alcun modo la sostanza"; la norma invece va intesa come garanzia della stessa tutela stabilita in via generale dall'art. 24 (p. 152).

([30]) In tal senso G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit. p. 113, che, fermo sul principio sostanziale per cui dalla distinzione tra situazioni soggettive non può derivare alcuna differenza di tutela, preferisce conservare la nozione di interesse legittimo o come nomenclatura della relativa giurisdizione o come "diritto soggettivo speciale" (*Il «rapporto amministrativo» nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1977). Più drastico U. Allegretti, *Pubblica Amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, ora in Id., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., p. 116, secondo cui "con la doverosità della funzione amministrativa, intesa [...] come finalizzazione dell'attività a realizzare la tutela e lo sviluppo della persona, *è incompatibile ogni percezione delle posizioni del cittadino in termini diversi dal diritto soggettivo*". Per un superamento della nozione di interesse legittimo,

nel quadro di una configurazione costituzionale dell'amministrazione e della sua funzione come rivolte alla tutela e allo sviluppo della persona.

4. *La mediazione pragmatica: il "processo di avvicinamento".*

È necessario, prima di procedere oltre, dare atto di una possibile osservazione: che, cioè, la specialità della giurisdizione amministrativa, certamente "voluta" dal costituente e "tollerata" dalla cultura giuridica, si sia andata lentamente attenuando, fino a scomparire del tutto, nella realtà dell'ordinamento positivo. Si parla, infatti, da tempo, di un processo di avvicinamento di tale giurisdizione a quella ordinaria, e dunque di un suo complessivo ricollocarsi all'interno dei principi: il legislatore da un lato e la giurisprudenza dall'altro, pur in assenza di una specifica necessità costituzionale, ne avrebbero profondamente cambiato i caratteri, a tal punto che si sarebbe perso il riferimento storico della originaria "recezione". La trasformazione del sistema avrebbe così ricomposto "dal basso" le contraddizioni interne al testo costituzionale, consentendo oggi, paradossalmente, una sua lettura armonica alla luce del diritto positivo([31]). Se così fosse, il problema sollevato non si porrebbe neppure: ma, a parte quanto osservato in sede introduttiva a proposito di eclettismo metodologico, la situazione attuale non appare ricostruibile nei termini ricordati. Certamente, infatti, l'ordinamento della giustizia amministrativa è pro-

---

v. anche F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, ora in Id., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, pp. 389 ss.

([31]) Anche la dottrina più avvertita e più critica finisce per accedere a una simile prospettiva: presupponendo (e non a torto) l'impraticabilità politica e istituzionale di soluzioni traumatiche ad opera della Corte costituzionale ed ancor più di riforme organiche sul piano legislativo, essa prefigura e auspica un processo lento e graduale di adeguamento del vecchio sistema ai principi costituzionali; in tal senso, v. G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit., p. 116, che parla di una linea tendenziale di unificazione giurisdizionale in atto sia sotto il profilo dell'indipendenza del giudice, sia sotto il profilo delle azioni, unificazione che potrebbe realizzarsi a piccoli passi e per vie insospettate, come effetto non voluto e indubbiamente abnorme della riaffermata, anche nella Costituzione, divisione delle situazioni soggettive di tutela e degli ordini dei giudici.

fondamente cambiato, in particolare nell'ultimo quarto di secolo, ma, in primo luogo, resistono ancora i suoi elementi fondanti, e con essi le contraddizioni con i principi costituzionali; e inoltre le trasformazioni avvenute ne pongono di nuove.

Per giustificare questa affermazione si possono, per il momento, sinteticamente indicare i problemi principali che, malgrado tutto, appaiono ancora irrisolti e che saranno più avanti oggetto di analitica considerazione: si tratta della collocazione del giudice amministrativo, del dualismo di giurisdizioni e del suo fondamento, della effettività di tutela fornita dal processo amministrativo.

Quanto alla prima, è indubbio che le trasformazioni siano state vistose: l'istituzione dei T.a.r. e l'avvento di un corpo professionale di giudici di primo grado, il graduale svincolo di questi ultimi da una posizione di marcata subordinazione nei confronti del Consiglio di Stato, la progressiva (anche se tuttora largamente incompiuta) formazione di un ordinamento unitario dei giudici amministrativi e delle loro carriere, l'attenuazione del potere governativo di nomina dei consiglieri di Stato, l'evolversi di un organo di autogoverno più equilibrato nei rapporti interni e, da ultimo, aperto ai membri "laici", hanno reso effettivamente il giudice amministrativo più simile a quello ordinario. Se però si pensa al cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali e alla disciplina degli incarichi extra-giudiziari, nonché all'organico coinvolgimento dei giudici nelle funzioni di governo, appare ancora lecita la domanda: risponde questo giudice ai requisiti minimi del principio di imparzialità?

Sul dualismo di giurisdizioni, sconvolto nei suoi criteri originari dallo scontro istituzionale degli ultimi cinque anni, un punto fermo almeno è stato fissato dalla Corte costituzionale, che ha respinto con grande decisione e chiarezza la soluzione che pareva prevalere a seguito delle recenti riforme: quella di giungere a considerare il giudice amministrativo come giudice unico dell'ammini-

strazione([32]): ma il problema dei criteri di riparto della giurisdizione è tutt'altro che risolto, anzi risulta notevolmente complicato dalle riforme stesse.

Quanto, infine, alle garanzie processuali, è superfluo ricordare l'entità e il valore delle trasformazioni avvenute: dalla tutela cautelare all'istruttoria, dall'accelerazione e semplificazione dei processi ai poteri di decisione in sede di cognizione e di ottemperanza. Ma tutto ciò ha condotto davvero il processo amministrativo ad una reale omogeneità di funzioni rispetto a quello civile (e, per esso, ai principi costituzionali)? È valso, cioè, a liberarlo definitivamente e completamente dalla sua originaria finalizzazione alla tutela della legalità oggettiva e dell'interesse pubblico e ad affermare senza ambiguità residue la tutela piena ed effettiva delle situazioni individuali protette come canone ordinante della sua disciplina? E, rispetto a queste ultime, il c.d. "carattere sostanziale" dell'interesse legittimo è riuscito davvero a dispiegarsi in tutto il suo significato, fino a connotare forme di protezione quantomeno analoghe a quelle del diritto soggettivo? Anche queste domande, come cercheremo di motivare meglio più avanti, non sembrano poter avere risposta positiva: basti per ora ricordare la fermezza con cui il Consiglio di Stato (ormai seguito anche dalla Cassazione)([33]) ha difeso il principio della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto rispetto alle questioni risarcitorie; il che significa riaffermare, pur con tutte le trasformazioni intervenute, il carattere fondamentalmente impugnatorio del processo e, ancora a monte, la centralità dell'atto amministrativo e della sua legalità oggettiva nel rapporto tra cittadino e potere pubblico. E, d'altra parte, l'ancora nebulosa definizione del rapporto tra la sequenza annullamento-riesercizio del potere-verifica dell'ottemperanza-sosti-

---

([32]) V. Corte cost. n. 204 del 2004, cit., su cui v. oltre, in particolare nt. 117 e 198.

([33]) Cass., sez. II civ., 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2073; per la posizione del Consiglio di Stato v., tra le tante, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, p. 1344.

tuzione, e quella che collega la lesione di una situazione giuridica protetta con la sua tendenzialmente piena reintegrazione sembra confermare quella continuità di funzione tra giudice speciale e amministrazione, che trova le sue più accreditate definizioni teoriche nei concetti di giudicato a formazione progressiva e di interesse legittimo come *risultato* del processo anziché come *presupposto* e *oggetto* dell'accertamento([34]).

Questi pur sommari accenni (dietro ai quali ciascuno può agevolmente leggere la complessità dei problemi richiamati) sembrano quantomeno sufficienti a giustificare, non più soltanto con riferimento all'originaria struttura del testo costituzionale e alla presunta "recezione" in esso contenuta, ma al rapporto tra tale testo e il sistema che si è venuto formando, la domanda che si è posta in apertura: l'ordinamento della giustizia amministrativa è conforme a Costituzione? Domanda che ora possiamo meglio articolare in questi termini: esistono, e quali sono, i principi costituzio-

---

([34]) In tal senso, T.a.r. Campania-Napoli, sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 1093. Si tratta di una sentenza esemplare, in quanto riassume in modo lucido e coerente l'intero tradizionale paradigma amministrativistico: premesso, infatti (e certo a ragione), che la regola della pregiudizialità dell'annullamento "affondi le sue radici in un forte sostrato ideologico-giuridico ed ordinamentale, ricollegandosi alla natura stessa dell'interesse legittimo", il T.a.r. afferma che tale situazione soggettiva, "nella sua indissolubile connessione con la potestà, trova la sua ragion d'essere e quindi la naturale soddisfazione nel corretto esercizio della funzione", e che dunque il potere della pubblica amministrazione ha nei confronti di essa una "effettiva valenza *plasmante*"; la tutela dell'interesse legittimo non può dunque che ottenersi nell'ambito dei tempi e nei modi di sviluppo della funzione, e cioè sia nella fase procedimentale che in quella processuale, ed "è solo sulla base della rinnovata definizione dell'assetto degli interessi risultante dall'intervento giurisdizionale che è possibile dichiarare il contenuto e la portata di quell'interesse sostanziale pertinente al bene della vita che, quale sostrato dell'interesse legittimo, è il vero oggetto della lesione e quindi del risarcimento". Va peraltro osservato che, pur estremizzate e semplificate, queste affermazioni si riferiscono alle tesi di M. Nigro sul carattere "partecipativo" dell'interesse legittimo e sulla progressiva definizione del suo contenuto nell'ambito della definizione complessiva dell'interesse pubblico a cui il privato concorre. Per una impietosa raffigurazione del sistema di giustizia amministrativa quale risulta dalle riforme e dagli indirizzi giurisprudenziali più recenti, v. A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la L. 205/00. (Epitaffio per un sistema)*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, Jovene, 2001, p. 551 ss.

nali a cui fare riferimento per sottoporre a verifica le trasformazioni in corso e per orientare la loro interpretazione? E, alla luce dei principi identificati, si può dire davvero che il sistema si muova verso una sostanziale unità, ovvero che, al contrario, stia riproponendo in termini anche più radicali la specialità del rapporto amministrativo e delle relative forme di tutela individuale?

Capo Secondo

DOVE SI RICERCA, NEL TESTO COSTITUZIONALE, UN CONCETTO UNITARIO DI GIURISDIZIONE, INDIVIDUANDO, AD UN TEMPO, I PRINCIPI E I VALORI DI CUI ESSO SI SOSTANZIA

SOMMARIO: 1. Le critiche alla scelta costituzionale del pluralismo di giurisdizione. – 2. Pluralità di giudici e unità di principi. – 3. La giurisdizione nel sistema costituzionale. – 4. Il carattere individualistico della tutela giurisdizionale. – 5. L'atipicità e la disponibilità delle forme di tutela. – 6. L'imparzialità "oggettiva": il nesso tra parità e terzietà. – 7. Le garanzie "soggettive".

1. *Le critiche alla scelta costituzionale del pluralismo di giurisdizione.*

La questione centrale da cui prendere le mosse per fondare una ipotesi ricostruttiva consiste, come più volte si è accennato, nel verificare se, in base a una interpretazione sistematica della Costituzione, sia possibile ricomporre, e in che misura, quella frattura tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa che emerge da una lettura letterale e storica del testo e che abbiamo riassunto, forzandone volutamente i termini, all'inizio di queste note; nel verificare, cioè, se dopo oltre mezzo secolo di storia e di cultura costituzionale, la "malefica fungosità" possa considerarsi come disseccata, apparendo ormai, sul "maestoso albero della giustizia", come traccia di una antica malattia riassorbita dalla forza della sua linfa vitale. Una simile prospettiva, come in parte si è già accennato, ha origini lontane: la prevalenza, alla Costituente e nella opinione dominante successiva, del pluralismo

giurisdizionale e della tesi della "recezione" (che ne costituiva la giustificazione di base) risulta in realtà affiancata da un senso di insoddisfazione, dalla più o meno marcata consapevolezza della necessità di correggere e adeguare quel sistema che si riteneva recepito. Dalla "ripulitura" delle norme apertamente incostituzionali alle critiche rivolte all'inefficienza e all'ingiustizia del sistema stesso, dal "processo di avvicinamento" gradualmente e cautamente perseguito dal legislatore alla nuova stagione della Corte costituzionale, che negli anni Ottanta innesca la "crisi di fine secolo", si può, insomma, identificare un percorso, lento e tortuoso quanto si vuole, ma nella sostanza, intrinsecamente contraddittorio con l'assetto dualistico della giurisdizione; un percorso, cioè, che in parte raccoglie, ma soprattutto moltiplica, le istanze dirette a ricondurre sotto principi comuni la tutela del cittadino. E le vicende che stiamo vivendo sono il frutto, per certi aspetti drammatico, del rifrangersi di simili istanze, ormai largamente mature, contro l'assetto di potere politico-istituzionale su cui il dualismo giurisdizionale si fonda, oggi più che mai. Se, dunque, il problema dell'unità della giurisdizione non è mai rimasto soffocato dalle scelte del costituente ed ha anzi animato con forza crescente i processi istituzionali e culturali, si deve d'altra parte osservare come tali processi risultino segnati da un duplice limite. In primo luogo si sono svolti, per così dire, *praeter Constitutionem*, in una area, cioè, di soluzioni migliorative tutte costituzionalmente compatibili, o meglio costituzionalmente indifferenti, e non *a partire dalla Costituzione*, come ricerca *dell'assetto* di tutela del cittadino che la Costituzione *impone* (o, volendo essere meno rigidi, di *uno dei possibili assetti* ad essa conformi); e, inoltre, anche nei rari casi in cui tale metodo e tale sensibilità si sono manifestati, la critica non è riuscita a organizzare il discorso in modo completo e sistematico, talvolta muovendosi al livello di principi, senza svolgerne secondo stretti nessi di consequenzialità le implicazioni specifiche, talaltra, all'opposto, colpendo singoli momenti del sistema senza avere chiara consapevolezza di un quadro sistematico coerente.

Da quanto già si è avuto modo di accennare e da quanto più ampiamente vedremo tra poco, il problema dell'assetto costituzionale della giurisdizione amministrativa sembra pienamente maturo: in realtà *tutto* è già stato detto sulla linea del suo adeguamento ai principi di libertà, di uguaglianza e di legalità, *tutti* i pezzi del discorso sono reperibili nella cultura giuridica più e meno recente: quello che manca è un paziente e modesto tentativo di ricomporli in un quadro sistematico che, in quanto tale, sappia essere, a differenza di quanto è avvenuto fino ad oggi, pienamente persuasivo. Come abbiamo già accennato in termini generali, anche sul punto centrale della pluralità organizzativa di giudici, le scelte del costituente sono state spesso oggetto di critica. La dottrina mostra di essere ben consapevole del fatto che, in termini di principio, l'unità dell'ordinamento giuridico si lega inscindibilmente all'unità della giurisdizione: e ciò sia dal punto di vista oggettivo, in quanto la coerenza dell'intero sistema normativo presuppone che l'interpretazione sia affidata ad un corpo omogeneo e unitario di soggetti e ad un complesso di organi dotato di un unico vertice abilitato a pronunciarsi sulla diversità di orientamenti; ma anche, e soprattutto, dal punto di vista soggettivo, in quanto solo un complesso unitario e omogeneo di giudici può essere garanzia di uguaglianza. Ed è pure diffusa la consapevolezza che la pluralità di organi giurisdizionali non ha alcuna giustificazione valida([35]), ma riflette soltanto un insuperabile assetto di potere nell'organizzazione dello Stato([36]).

([35]) La più comune fu, all'epoca della Costituente, il riconoscimento del fatto che il Consiglio di Stato avesse dato in passato buona prova di sé (v. addirittura, in tal senso, il più severo tra i critici delle scelte costituzionali, cioè S. Lessona, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 206); e la stessa Corte costituzionale (sent. n. 204 del 2004, cit., punto 3) ha ritenuto opportuno ricordare che detto riconoscimento fosse anche fondato sull'indipendenza con la quale il Consiglio di Stato aveva operato durante il regime fascista. Sulle altre ragioni addotte a favore della specialità del giudice amministrativo (la specializzazione tecnica e l'opportunità di un giudice-amministratore) torneremo più avanti.

([36]) V., tra i tanti, G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994, p. 657, che ammette la pluralità organizzativa, pur ricondotta intorno al corpo centrale della magistratura ordinaria, ma osserva che "certo la

Il nucleo essenziale della scelta costituzionale, cioè l'espressa menzione di tre complessi giudiziari distinti dalla magistratura ordinaria, appariva peraltro superabile solo in sede di revisione della Costituzione([37]): ma questo punto fermo iniziale lasciava aperto

---

pluralità degli ordini dei giudici non riflette mai esigenze di garanzia o di tutela della persona, ma è il riflesso di una ragione di tipo organizzativo, collegata immediatamente con il potere politico." In senso analogo, A. AMORTH, "il conferimento di potere giurisdizionale a persone diverse dai magistrati ordinari [...] consente di superare il principio dell'indipendenza a tutto svantaggio dell'imparzialità e [...] tende a scalfire il principio di uguaglianza che deve ammettere gli stessi tribunali per tutti i cittadini" (*La Costituzione italiana: Commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 109); nonché E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, cit., su cui v. nt. 18. Molto nettamente anche A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 381, per cui "Quando viene invocata una tradizione che riguarda uno dei «Grandi Corpi» dello Stato, è difficile capire fino a che punto si voglia rendere omaggio a una vicenda storica, o si voglia invece perpetuare un centro di potere"; il giudice degli atti amministrativi, specifica quindi l'autore (p. 386), deve essere soggetto al medesimo stato giuridico di tutti i magistrati. Non ha più senso prevedere organi di autogoverno separati quando la disciplina che deve garantire sia la medesima.

([37]) Si veda, in proposito, il Progetto della Commissione bicamerale del 1997 (in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 923), che prevedeva la sottrazione della funzione giurisdizionale al Consiglio di Stato, l'istituzione, accanto ai Tribunali regionali, di una Corte di giustizia amministrativa, e la distinzione tra le giurisdizioni in base al criterio delle materie. In proposito, C. MARZUOLI - A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, *ivi*, p. 895. L'idea di separare le sezioni giurisdizionali dal Consiglio di Stato per farne un supremo Tribunale amministrativo non è nuova: essa fu sostenuta in seno alla Commissione reale per la riforma degli istituti per la giustizia amministrativa, nominata il 13 luglio 1910, come naturale svolgimento del carattere giurisdizionale della giustizia amministrativa. "Tale funzione contenziosa, si legge nella Relazione, in origine e provvisoriamente assegnata, per ragioni di momentanea opportunità e di economia, al Consiglio di Stato, avente continui contatti con l'amministrazione attiva, conveniva ormai, dicevano alcuni commissari, che fosse affidata ad un vero e proprio istituto giudiziario i cui componenti fossero nella loro indipendenza meglio garentiti di quel che i consiglieri di Stato non siano" (A. CODACCI PISANELLI, *La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, p. 302). Inutile dire che la proposta fu respinta "dalla gran maggioranza della Commissione": parve infatti che "la istituzione di un supremo tribunale amministrativo, avente spiccato carattere giudiziario, porterebbe facilmente a funesti attriti fra il tribunale stesso e l'autorità amministrativa, con il rischio di menomare anche il principio della responsabilità ministeriale. Il sindacato giurisdizionale amministrativo, penetrante ed efficace sino a produrre l'annullamento diretto e la sostituzione dell'atto amministrativo, non può affidarsi ad organi troppo eterogenei, senza rischio di renderlo intollerabile" (p. 303).

uno spazio interpretativo molto ampio, con una polarizzazione su due contrapposte linee di tendenza. Da un lato detta scelta poteva essere considerata come tendenzialmente derogatoria rispetto al corpo centrale del Titolo IV, e dunque idonea a far transitare nel nuovo ordinamento buona parte degli assetti storicamente consolidati, o comunque ad attribuire al legislatore ordinario un'amplissima discrezionalità nel definire, in modo più meno accentuato, i termini di ciascuna "specialità": si tratta della tesi della c.d. "recezione" o, nel migliore dei casi, del "processo di avvicinamento", considerato magari come auspicabile, ma non costituzionalmente necessitato.

Ma era anche possibile assumere come canone interpretativo fondamentale il principio di unità della giurisdizione, cercando conseguentemente di ridurre ai minimi termini possibili le differenziazioni: un orientamento rimasto a lungo minoritario o, comunque, confinato sul piano degli auspici di riforma, ma che ha di recente ripreso vigore ed è stato tradotto in una rigorosa costruzione teorica di cui ancora non si sono sufficientemente evidenziati gli sviluppi applicativi.

2. *Pluralità di giudici e unità di principi.*

Si tratta dunque di portare l'attenzione su uno snodo centrale del discorso: di accertare, cioè, se, pur in presenza di una pluralità di giudici (da ritenere tutti "ordinari" nell'ambito dell'area di competenza assegnata), sia leggibile nella Costituzione un principio superiore di unità della giurisdizione e quali ne siano i contenuti; principio e contenuti idonei a fungere da canoni interpretativi "interni" al testo ed a ridurre alla minima misura possibile i tratti di specialità che il pluralismo organizzativo sembrerebbe, in virtù della tradizione, portare con sé. Ciò significa, è opportuno sottolinearlo, andar oltre anche a quella posizione mitigata che legge nella Costituzione una centralità o preminenza della magistratura ordinaria intorno alla quale ricondurre, in un lungo processo di

riforma, le giurisdizioni "speciali"([38]). Ammettere, infatti, una qualche "alterità" di queste ultime sul piano costituzionale, può portare alla giustificazione di diversità di disciplina significative rispetto ai principi generali([39]).

Probabilmente su questo modo di vedere ha influito una sorta di remora a considerare sullo stesso piano realtà storicamente e istituzionalmente tanto diverse: quasi che una prospettiva unificante valesse di per sé come "promozione" dei giudici speciali alla stessa dignità di quelli ordinari. Ma, una volta chiarito che il discorso riguarda non *l'essere* di questi, ma il loro *dover essere* costituzionale, l'affermazione più ampia possibile di principi comuni appare senz'altro la linea interpretativa più corretta.

Si è dunque affermato in modo netto che i giudici "speciali" sono (devono essere) veri giudici che operano a tutela degli interessi dei cittadini, e che la loro funzione è identica a quella dei giudici ordinari([40]): il principio dell'unità deve dunque considerarsi già compiuto nel testo costituzionale, nel senso che esso prevede una pluralità di forme distinte e autonome che confluiscono tutte

---

([38]) In tal senso, G. Berti, *Manuale di interpretazione*, cit., pp. 656 ss.

([39]) Considerare le giurisdizioni "speciali" come eccezioni conduce, infatti, direttamente a prospettare un pluralismo effettivo mitigato da un minimo di garanzie: tipico il discorso sull'interpretazione dell'art. 108, co. 2, in cui si è voluta leggere una garanzia di indipendenza minore di quella della magistratura ordinaria. V., in proposito, G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pp. 28 ss., che ritiene contraddittorio sostenere contemporaneamente l'unità della giurisdizione e tante eccezioni da farla risultare evanescente.

([40]) V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., p. 23, che sottolinea (già allora contro ogni suggestione dell'idea del giudice-amministratore) la netta distinzione tra la funzione giurisdizionale e quella consultiva del Consiglio di Stato; distinzione che non è contraddetta dall'art. 100, né dalla formula in esso contenuta, che lo definisce organo di tutela della giustizia nell'amministrazione. Formula che, secondo l'autore (*op. cit.*, p. 40), andrebbe pure riferita all'attività consultiva e non solo a quella concernente il ricorso straordinario al Capo dello Stato: risulta infatti dai lavori della Costituente (*op. cit.*, p. 41, nt. 59) in primo luogo che l'approvazione di detta formula non andava intesa come di per sé influente sul problema dell'unità della giurisdizione, e, inoltre, che, come ebbe a dire Tosato, il Consiglio di Stato veniva considerato, in tutta la sua attività consultiva, uno strumento prezioso, ed il suo intervento costituiva un apporto considerevole ai fini di assicurare la giustizia nell'amministrazione.

a comporre la magistratura ordinaria([41]). Questo termine deve dunque intendersi comprensivo di tutti i giudici previsti dalla Costituzione, anche se non organicamente inquadrati nel troncone originale: con l'ovvia conseguenza del loro assoggettamento pieno (salvo esplicite e puntuali previsioni contrarie) ai principi stabiliti per la magistratura ordinaria in senso stretto([42]).

([41]) L. Chieffi, *La magistratura*, cit., p. 71, sottolinea come tra le due posizioni estreme prevalse alla Costituente un orientamento di compromesso che, "accolto il principio della pluralità temperata delle giurisdizioni, non disdegnava nel contempo di far emergere un'attitudine del testo fondamentale dello Stato in favore di una possibile evoluzione del sistema giurisdizionale verso l'unicità". Sul punto, v. anche P. Maddalena, *Il principio dell'unità della giurisdizione e le situazioni giuridiche soggettive tutelabili davanti al giudice*, in *Unità della giurisdizione e tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 216, secondo il quale "si può senz'altro parlare di una *identità* della funzione giurisdizionale, indipendentemente dal fatto che essa sia esercitata" dal giudice ordinario o da quello amministrativo o contabile; di un disegno "nel senso dell'unicità" parla anche A.M. Poggi, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione,* Napoli, Jovene, 1995; secondo G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 40 "esiste una pluralità di forme giurisdizionali distinte e autonome che confluiscono tutte a comporre la magistratura ordinaria" e quindi le giurisdizioni di cui all'art. 103 Cost. sono da qualificare ordinarie senza postulare il loro inquadramento organico nel troncone originale. Di rilievo è anche il lavoro di R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale,* in *Dir. proc. amm*., 1998, pp. 121 ss., secondo il quale le radici della profonda divisione della dottrina possono essere rinvenute solo in parte nell'imprecisione e incoerenza terminologica che caratterizza il Titolo IV della Parte II della Costituzione "dovendosi riconoscere, per altra parte, che almeno in alcuni casi le letture delle norme costituzionali sono state condizionate e fuorviate dall'esigenza di fornire una giustificazione teorica e un ancoraggio normativo all'effettivo sviluppo del sistema, caratterizzatosi per l'accentuato «pluralismo giurisdizionale», difficilmente conciliabile con il principio di tendenziale generalità e illimitatezza delle attribuzioni giurisdizionali del giudice ordinario, desumibile dall'art. 102, co. 1, Cost.". Ma v., sul punto, già le lucide parole di V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., pp. 41 ss.: malgrado le disarmonie di collocazione "appare chiaro da una interpretazione sistematica dell'intero titolo che la «magistratura» [...] risulta composta dai giudici dell'ordine giudiziario che ne costituisce un sottogruppo e dagli altri giudici nel titolo medesimo contemplati"

([42]) G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 32, per cui i costituenti avevano individuato con lucidità il punto cruciale: che cioè la persistenza di giudici speciali non dovesse in alcun modo riflettersi sulle garanzie di indipendenza che devono essere uguali. A prova di ciò, l'autore ricorda come Ruini stesso fosse sì convinto della impossibilità di sopprimere subito il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, ma anche della necessità di procedere

Il principio di unità della giurisdizione viene sostenuto ormai in modo generalizzato([43]), ma con diversità di formulazioni e di accenti. Senza entrare in un esame analitico di ciascuna posizione, possiamo distinguere tra quelle che danno rilievo determinante ai caratteri della funzione e quelle che, invece, ritengono qualificante la posizione organizzativa dei giudici. Le prime presuppongono che sia possibile definire preliminarmente i caratteri oggettivi della attività giurisdizionale, e ad essi collegare i relativi principi costituzionali: anzi, per poter ricondurre ad unità il pluralismo organizzativo, sembra più opportuna, come strategia argomentativa, assumere questi ultimi come referenti essenziali([44]). Altri, invece, ritengono problematico definire i caratteri sostanziali della giurisdi-

---

ad una progressiva realizzazione dell'unicità della giurisdizione. Tra l'altro è significativo come dall'art. 95 del Progetto, secondo cui "la funzione giurisdizionale in materia civile e penale è esercitata da magistrati ordinari" venisse tolto l'inciso "in materia civile e penale": e ciò significa, secondo Silvestri, non solo che il legislatore ha la scelta sul tipo di giudice che andrà a comporre la magistratura ordinaria, ma che ha il vincolo di attuare progressivamente l'unificazione "*realizzata in linea di principio dalla stessa Costituzione e bisognosa soltanto di pratica attuazione mediante leggi ordinarie*" (p. 33) (corsivo dell'autore).

([43]) Il Consiglio di Stato (ad. plen. 16 dicembre 1983, n. 27, in *Foro it.*, 1984, III, c. 1) si è espresso invece nel senso che la magistratura si presenta articolata in quattro distinti ordini tutti a pari titolo «ordinari» "sia perché tutti dotati di competenza generale nei rispettivi settori, sia perché previsti e istituiti dalla Costituzione".

([44]) V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., p. 23, che sottolinea l'identità della funzione giurisdizionale dei due giudici, a tutela degli interessi dei cittadini; G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., pp. 657 ss., per cui mentre la funzione giurisdizionale è oggettivamente unitaria od unica, l'ordine dei giudici ammette una pluralità di magistrature, sia pure intorno al corpo centrale della magistratura ordinaria. Se si vuole quindi ricondurre la pluralità dei giudici all'unità normativa e funzionale della giustizia, prosegue l'autore, *occorre guardare alla funzione* e puntare su di una attenuazione degli effetti delle diverse derivazioni, ottenuta appunto mediante *l'accentuazione dell'imparzialità del giudizio*: mentre si vanno specializzando le giurisdizioni "si vanno invece generalizzando a tutte le giurisdizioni i caratteri più tipici delle funzioni giurisdizionali e dei processi, in modo che la generalità o l'unità della giurisdizione si recuperi al livello dell'indipendenza dei giudici e dell'imparzialità dei processi e delle sentenze. Si da' maggior peso alla funzione svolta dalle varie giurisdizioni, all'obbiettività dei giudizi e all'imparzialità dei giudici, come forma di indipendenza misurata, per così dire, sulle garanzie processuali e sul controllo delle decisioni, ancor più che su garanzie personali dei magistrati." (p. 662).

zione (come degli altri tradizionali poteri dello Stato) e preferiscono identificarne il *proprium* nella posizione di *terzietà* del giudice e definire la funzione come riflesso oggettivo della posizione di indipendenza garantita e tutelata di particolari soggetti istituzionali([45]): sarebbe cioè possibile parlare di funzione giurisdizionale, e identificarne caratteristiche ed estensione, solo riunificando in un unico contesto interpretativo le qualità costituzionalmente richieste perché possa parlarsi di giudici e le determinazioni normative contenute nella disciplina posta dalla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 102, co. 1); e dunque "si deve qualificare giurisdizione o, se si preferisce, denominare processo, ogni procedimento il cui atto finale sia di magistratura ordinaria"([46]). La giurisdizione si esaurisce, dunque, secondo la Costituzione, nell'attività giusdicente della magistratura ordinaria definita dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Silvestri aggiunge che questa qualità essenziale della funzione giurisdizionale si coglie nella sua pienezza solo nell'orizzonte dell'unificazione istituzionale: il fatto che gli artt. 103 e 125 Cost. prevedano una pluralità di giudici non può, peraltro, essere visto come una eccezione, magari mitigata da un minimo di garanzie di indipendenza anche per questi ultimi; essa va invece ricondotta nell'ambito del disegno innovatore della Costituzione e, in particolare, al principio per cui tutti i magistrati esercitano la loro funzione nelle medesime condizioni di indipendenza. Il superamento

---

([45]) Si fa riferimento alla tesi di G. Silvestri, sviluppata con riferimento al problema unità-pluralità della giurisdizione, in *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pp. 14 ss., ma che trova fondamento nel suo riesame della dottrina dei poteri dello Stato, a cui in questa sede non si può che fare rinvio (Id., *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1979, vol. II, 1984; Id., *Poteri dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 670 ss.).

([46]) G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 42: "L'esistenza di una pluralità di giudici diversamente regolati quanto a *status*, garanzie esterne ed interne di indipendenza e posizione nell'ordinamento, si pone in netto contrasto con la Costituzione"; "mentre l'unificazione strutturale – processuale della giurisdizione appare un'utopia, tale non sembra l'unificazione soggettiva che rappresenterebbe poi, in ultima analisi, l'unificazione funzionale voluta dalla Costituzione in tutto il Titolo IV, e questo sarebbe il significato più pregnante e compiuto del 102, co. 1, Cost." (p. 43).

della dicotomia unità-pluralità si compie con la consapevolezza che la Costituzione riconosce e prevede una serie di giurisdizioni distinte tra loro per struttura, poteri e competenza, ma ammette un solo tipo di magistrato indipendente secondo un sistema di garanzie che, in quanto connotativo della funzione, non può subire eccezioni, deformazioni o diverse attuazioni: l'alternativa sarebbe o l'incostituzionalità o l'esclusione dal novero delle attività giurisdizionali. La Costituzione, in altri termini, *ha già affermato il principio dell'unità, ha qualificato come ordinari i giudici di cui all'art. 103* ed ha posto al legislatore un vincolo ad attuare praticamente tale equiparazione(47).

La diversità di accenti (sui caratteri sostanziali della funzione o sulla posizione istituzionale del giudice) riscontrabile negli autori che sostengono il principio dell'unità della giurisdizione è probabilmente, ai fini del risultato cui si intende pervenire, di limitata rilevanza: anche perché, a ben guardare, i due aspetti vengono trattati in modo inscindibilmente connesso. E, d'altra parte, approfondire il tema condurrebbe troppo lontano(48).

---

(47) G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pp. 32 ss. Questa ricostruzione della pluralità di giurisdizioni entro l'unità dei principi viene ad essere in definitiva analoga a quella che risulta dall'interpretazione congiunta degli artt. 19, co. 4, 92 e 97 *GG*; si sostiene, infatti, che la garanzia fondamentale di tutela giurisdizionale può essere realizzata mediante giudici diversi, purché corrispondano, dal punto di vista organizzativo, personale e funzionale, ai principi costituzionali sulla giurisdizione: v., in proposito, H. Schulze-Fielitz, *Art. 19*, in H. Dreier (Hrsg), *Grundgesetz, Kommentar*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, p. 1145.

(48) Ci si potrebbe infatti chiedere, in termini di teoria generale, se esiste una connessione logica (o addirittura linguistica) tra giudizio, giudice e imparzialità, estendendo la considerazione a qualunque attività in qualche modo prevista per risolvere una controversia secondo una norma; e, in caso di risposta positiva, se ne dovrebbero trarre almeno due conseguenze. Da un lato la mancanza di imparzialità strutturale dovrebbe condurre non già a ritenere illegittima l'attività considerata, ma ad escluderne la stessa qualificazione giurisdizionale: mancando infatti una fonte "esterna" attributiva di tale qualificazione, essa non potrebbe che dipendere dai caratteri intrinseci (logico-linguistici, appunto) della fattispecie considerata. Dall'altro lato, però, la presenza di tali caratteri estenderebbe la nozione di giurisdizione a qualsiasi attività, anche se svolta da soggetti privati o dalla pubblica amministrazione, con una conseguente fuoriuscita per eccesso del discorso dai termini che qui interessano.

3. *La giurisdizione nel sistema costituzionale.*

Il problema, ai nostri fini, è infatti quello di definire il concetto e i caratteri della giurisdizione *nel sistema costituzionale*, a partire cioè da un testo che utilizza questo termine e gli attribuisce un significato più ristretto di quello (o di quelli) teoricamente immaginabili. Non si può allora, a un livello di prima approssimazione, non convenire con Silvestri sul fatto che la nozione costituzionale di giurisdizione è connotata dalla sua attribuzione ad apparati determinati (*le* magistrature) necessariamente dotati di certe caratteristiche (essenzialmente l'imparzialità). La centralità del profilo istituzionale e l'individuazione dell'art. 101, co. 2, come chiave di volta o punto di avvio dell'interpretazione costituzionale lascia, peraltro, aperta l'esigenza di riferire il concetto di giurisdizione a un dato sostanziale o finalistico, giuridicamente *precedente* all'attribuzione della attività a determinati organi. E chiedersi *perché* la Costituzione stabilisca questa inscindibile connessione tra giurisdizione e magistratura ordinaria non è (soltanto) indagare sulle ragioni storiche o di scienza e filosofia politica che hanno portato a tale principio, ma riveste una fondamentale importanza ai fini dell'interpretazione sistematica della Costituzione stessa, perché attribuisce ad essa una *qualità* specifica, densa di implicazioni sulla verifica dei sistemi legislativi sottostanti.

Lo schema del discorso, in tal senso integrato, potrebbe essere allora così esposto:

a) il "punto logico di partenza" non può che essere l'art. 24 Cost., che assume come valore essenziale della Costituzione la tutela degli interessi individuali giuridicamente protetti, e indica nel *giudizio* la sede e lo strumento per realizzare tale tutela;

b) il *giudizio* deve intendersi come termine equivalente o corrispondente a *funzione giurisdizionale* (102, co. 1), a *giurisdizione* (103, 111, co. 1, 113) e a *giustizia* (101, co. 1);

c) la funzione giurisdizionale è dunque sì *quella* esercitata dai "magistrati ordinari" previsti dalla Costituzione (102, co. 1, 103), ma *in quanto* rivolta alla tutela individuale;

d) strutturalmente le magistrature sono connotate dalle garanzie di indipendenza e dalla posizione di imparzialità (101, co. 2, 104, co. 1, 108, co. 2, ma anche 111, co. 2);

e) funzionalmente la giurisdizione si attua mediante il giusto processo (111, co. 1 e 2), caratterizzato dalla parità tra le parti e dalla terzietà del giudice.

Questo schema argomentativo deve, peraltro, essere riformulato secondo un diverso ordine concettuale che, pur essendo già ricavabile dal testo costituzionale del 1948, trova un sostegno significativo nell'attuale art. 111 Cost., e in particolare dai primi due comma. Sulla rilevanza da attribuire a tali norme infatti sussiste, tra i processualcivilisti([49]) diversità di opinioni: c'è chi le considera sostanzialmente ripetitive di principi già chiaramente ricavabili dal testo previgente e ben radicati nella cultura giuridica contemporanea([50]), e dunque di scarsa o nulla portata innovativa; altri invece, con varietà di accenti, ritengono che esse, quantomeno, integrino o chiariscano il significato dei principi stessi([51]). Prescindendo per ora dall'incidenza del nuovo art. 111 sul proces-

---

([49]) Anche se la modifica dell'art. 111 è nata avendo come obbiettivo primario il processo penale, qui tratteremo soltanto delle sue disposizioni generali riferibili ad *ogni processo*, limitando ulteriormente il discorso al processo civile e a quello amministrativo, rispetto ai quali è più agevole condurre un discorso comune.

([50]) V. S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in M.G. Civinini - C.M. Verardi, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, F. Angeli, 2001, p. 14, secondo cui i primi due comma dell'articolo in questione non introducono cambiamenti reali, in particolare per quanto attiene alla terzietà e all'imparzialità. Sulla questione, v. anche, ampiamente, M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 2487 ss., che conclude in senso opposto, ritenendo che l'esplicita affermazione della garanzie nell'art. 111 sembra adempiere ad una funzione ben specifica, e non potersi considerare un'inutile ripetizione (p. 2496).

([51]) Secondo la Corte costituzionale (sent. 17 luglio 2002, n. 353, in *Giur. it.*, 2003, p. 228) la riforma del 1999 avrebbe "rafforzato" le garanzie già desumibili dalla Costituzione.

so amministrativo, che appare vistosa e innegabile, ci sembra che, anche in termini generali, la norma non possa essere ritenuta irrilevante: e ciò non solo in virtù di un canone metodologico formale, ma per molteplici ragioni sostanziali.

In primo luogo, esaminando la sequenza logico-sistematica prima schematizzata, non è difficile vedere come le norme in esame la *chiudano secondo un assetto circolare*, tornando a riferire alla tutela dei diritti individuali l'intero sistema. Infatti: la tutela connota la giurisdizione, che è quella affidata alla magistratura e che si svolge attraverso il processo; ma il processo (giusto) è a sua volta connotato dalla parità tra le parti e dall'imparzialità del giudice, il che significa di nuovo centralità delle situazioni soggettive. Questo ritorno circolare all'art. 24, dunque, conferma l'idea che esso costituisca il referente essenziale del sistema.

In secondo luogo, come è stato osservato(52), l'art. 111 evidenzia e rafforza una lettura *relazionale* delle garanzie inerenti alla giurisdizione e alla tutela, nel senso che quest'ultima si realizza attraverso la compresenza coordinata dell'insieme delle garanzie medesime. Questa tesi ci sembra particolarmente significativa, in parte perché svolge un aspetto di quella circolarità interpretativa appena messa in luce; e inoltre perché introduce un terzo tipo di considerazioni.

Il secondo comma dell'articolo in esame sembra infatti stabilire una connessione inscindibile tra posizione delle parti (parità, contraddittorio) e posizione del giudice (terzietà, imparzialità) e cioè tra profili funzionali (tutela) e strutturali del problema, aprendo la strada, come meglio vedremo più avanti, a una estensione del concetto centrale di imparzialità dal (solo) riferimento al giudice alla struttura del rapporto giuridico controverso(53).

---

(52) N. Trocker, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in M.G. Civinini - C.M. Verardi, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 49.

(53) M. Pivetti, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in M.G. Civinini - C.M. Verardi, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., pp. 62 s., osserva che il principio del giusto processo ha in sé natura proces-

Se questo è vero, lo schema di cui sopra deve essere riformulato in questi termini:

a) la tutela degli interessi individuali protetti costituisce il valore essenziale della Costituzione (art. 24);

b) essa si realizza nel giusto processo (contraddittorio, parità, terzietà, imparzialità);

c) gli interessi protetti si collocano, in virtù della legge, su un piano sostanziale e processuale di parità (art. 111, co. 2);

d) tale parità è coessenziale alla terzietà-imparzialità (oggettiva) del giudice;

e) la terzietà-imparzialità è garantita dall'autonomia e dalla indipendenza;

f) il *giudizio* (art. 24) corrisponde a *funzione giurisdizionale*, *giurisdizione*, *giustizia*;

g) la funzione giurisdizionale è (solo) quella esercitata dalle magistrature ordinarie previste dalla Costituzione e connotate dalle garanzie relative.

Cerchiamo dunque, per una organica ricostruzione del sistema costituzionale, di svolgere questo *iter* argomentativo, sostanzialmente analogo al precedente, ma connotato da una accentuazione di valori e da consequenzialità logiche parzialmente diverse.

4. *Il carattere individualistico della tutela giurisdizionale.*

"Il governo è istituito per assicurare all'uomo il godimento dei suoi diritti naturali e imprescrittibili", proclamava enfaticamente l'art. 1 della Convenzione francese del '93: ed oggi, almeno con riferimento ad un ciclo storico che prende avvio dalla metà del XX secolo, si può ben affermare che tale principio sia tornato al centro della cultura giuridica, e sia stato recepito in varie forme

---

suale, ma contiene in sé il raccordo con il livello sostanziale: in base all'art. 24 Cost., infatti, il processo deve essere modellato al fine di tutelare effettivamente il diritto soggettivo sostanziale; deve, in altre parole, "fare giustizia".

dal diritto positivo(54). Ciò significa anzitutto che la discussione sul carattere oggettivistico o soggettivistico della giurisdizione debba considerarsi chiusa nel secondo senso(55). Come osservava

---

(54) Si vedano, a titolo soltanto esemplificativo: l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948: "Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta"; l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato dall'Assemblea Generale dell'ONU il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881: " Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza di un'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile"; l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848: "(*Diritto ad un processo equo*) Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide sia in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile, sia sul fondamento di ogni accusa in materia penale derivata contro di lei"; l'art. II-107 del Trattato costituzionale europeo, firmato a Roma il 29 ottobre 2004: "(*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*) Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia". Si veda anche l'art. 24, co. 1, della Costituzione spagnola: "Tutte le persone hanno diritto ad ottenere la tutela effettiva dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi".

(55) Su tale discussione è d'obbligo il rinvio al fondamentale lavoro di R. Orestano, *Azione. Storia del problema*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 785 ss., che sarebbe qui inutile tentare di riassumere per la molteplicità e la complessità dell'insegnamento storico, teorico e metodologico (per tacere della sommessa ma vibrante passione civile di cui è intessuto). Mi limito a ricordare in modo schematico che la dottrina soggettivistica muove dalla centralità del diritto individuale, la cui tutela appare come scopo primario della giurisdizione, mentre l'attuazione del diritto oggettivo ne sarebbe solo un fine o un effetto indiretto, secondario: il processo, dunque, costituirebbe un dovere dello Stato, quasi un pubblico servizio (p. 801). Nella concezione oggettivistica, invece, il centro viene spostato dal singolo allo Stato, considerando l'ente astratto come matrice di tutto l'ordinamento (p. 818), il diritto soggettivo da potestà di volere

Orestano nel 1959, "Ogni schema ordinante deve muovere dai dati concreti di una esperienza determinata e ogni ordinamento giuridico è in continua trasformazione. Vi sono però elementi che assumono valore rivoluzionario, postulando la necessità di reimpostare *ex-novo* l'insieme degli schemi ordinanti. E ora, di fronte al cambiamento radicale di elementi istituzionali e ideologici, tale momento è venuto"([56]). L'antica, apparentemente insanabile, contraddizione tra signoria della volontà e sovranità dello Stato, tra la considerazione dei diritti soggettivi come indipendenti dal diritto oggettivo, e quindi come assoluti, come attributi dell'essenza del soggetto, e la rivendicazione del diritto oggettivo come *prius* necessariamente costitutivo dei diritti stessi, deve considerarsi superata pensando al soggetto come costitutivo dell'ordinamento. In questo senso non a caso il problema dell'azione ha assunto

---

diventa interesse protetto (come in Jhering) o mero effetto della norma (come in Kelsen): il processo ha dunque il compito di tutelare il diritto oggettivo, la conservazione dell'ordine giuridico, e il diritto soggettivo può apparire come risultato di una tecnica specifica del giudizio, come meccanismo coercitivo attraverso il quale la norma giuridica si presenta come soggettivatasi in un individuo. Sulla transizione tra le due concezioni, v. anche A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, IV ediz., Milano, Giuffrè, 2003; Id., *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, Giuffrè, 1992.

([56]) R. Orestano, *Azione*, cit., p. 818; ciò vale, prosegue l'autore, soprattutto rispetto a Stato e sovranità. La conversione dal sistema dei diritti soggettivi privati al sistema del diritto obbiettivo è avvenuta in gran parte spostando il centro dal singolo allo Stato, considerando l'ente astratto come matrice di tutto l'ordinamento; dalla visione atomistica si passa a quella monistica (singolare-universale). Fondamentali sulla questione anche le pagine di S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218 ss., che insiste con espressioni particolarmente suggestive sulla centralità dell'azione: l'ordinamento è un autore in cerca di personaggio (il giudice); l'ordinamento senza l'azione è *flatus vocis*; l'azione è l'ordinamento perché nell'azione si chiude il ciclo idealmente iniziato con la posizione della norma; il diritto fa la sua apparizione soltanto nel momento del giudizio (della giustizia) (pp. 222 s.). La giurisdizione, prosegue l'autore, è l'unico momento essenziale dell'organizzazione della *societas*, perché senza la giurisdizione verrebbe meno lo stesso ordinamento o meglio la giuridicità dell'ordinamento che è giuridico solo in quanto può (e deve) essere affermato; la giurisdizione è l'unica funzione che non può essere pensata come inesistente. La contraddizione tra aspetto oggettivo e aspetto soggettivo viene dunque a rivelarsi apparente, perché nel meccanismo della giurisdizione c'è un soggetto che postula l'ordinamento nei confronti di un altro soggetto.

una tale centralità: il momento del giudizio è veramente il momento culminante dell'ordinamento in cui questo celebra il rito della sua giuridicità: "in relazione al giudizio il soggetto si pone esso stesso come ordinamento, postula l'esigenza di realizzazione dell'ordinamento, concreta questa esigenza nell'azione"([57]).

Si può dunque dare per acquisito, in termini di principio che la finalizzazione alla tutela individuale costituisca il criterio ordinante a cui fare riferimento nell'affrontare i problemi relativi alla funzione giurisdizionale([58]); sembra però che da tale criterio non

---

([57]) Non pare, invece, incidere in modo significativo sul discorso che stiamo conducendo la posizione che si intende assumere in relazione all'altro fondamentale (ed oggi più che mai aperto) problema, relativo all'esistenza e alla misura di una funzione "creativa" del giudice. In tal senso, v. E. Spagna Musso, *Giudice*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 935, secondo cui intendere la giurisdizione come attività creativa o semplicemente ricognitiva del diritto è del tutto ininfluente ai fini della definizione del giudice. Tale affermazione è forse troppo netta, perché si potrebbe osservare come un giudice *bouche de la loi* e "politicamente nullo" abbia minor bisogno di garanzie di imparzialità, che verrebbe oggettivamente garantita dal meccanicismo dell'applicazione della legge; mentre di un giudice più o meno ampiamente "creativo" sarebbe essenziale garantire l'imparzialità con tutti i possibili strumenti, per evitare che la sua scelta possa favorire in modo pregiudiziale certi interessi anziché altri. Ma, se questo è vero, appare preferibile non fare distinzioni ed affermare il principio di imparzialità in modo assoluto.

([58]) V., per tutti, in tal senso, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 10. La qualificazione in senso "individualistico" anziché "soggettivistico" del carattere essenziale della funzione giurisdizionale non è evidentemente casuale, ma riveste anche una portata circoscritta: il secondo termine infatti, che pure ha dominato, nella sua opposizione al carattere oggettivistico, la meno recente discussione relativa alla teoria dell'azione, fa riferimento ad una entità formale, costruita e contenuta *entro* la teoria giuridica; il termine "individuo" pone invece al centro del problema la concreta realtà dell'essere umano e dei suoi bisogni, ed appare più idoneo a porsi come referente del principio di effettività su cui non a caso si è concentrata l'esperienza post-costituzionale e che, come risulta evidente anche dalle considerazioni svolte in questo lavoro, è ancora lontano dall'aver sviluppato tutte le sue implicazioni. La Corte costituzionale, dal canto suo, sembra ferma nel ritenere che il diritto alla tutela giurisdizionale sia da annoverare "fra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2" (sent. n. 98 del 1965, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 1322 ss.) e da ascrivere "tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio" (sent. 2 febbraio 1982, n. 18, in *Giur. cost.*, 1982, I, pp. 138 ss.): principi recentemente ribaditi nella sent. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giust. pen.*, 1999,

siano state ancora tratte tutte le implicazioni che esso contiene rispetto all'interpretazione sistematica della Costituzione e ad una conseguente, puntuale, verifica di costituzionalità del sistema normativo: esigenza che si pone in misura particolarmente vistosa rispetto al sistema della giustizia amministrativa.

Una trattazione esauriente di questi problemi esula evidentemente dai limiti di questo lavoro, in quanto il principio soggettivistico manifesta la sua influenza sull'intera tematica dell'azione e del processo: non è difficile infatti intuire come esso si ponga come criterio guida per la definizione dei principi del giusto processo, quali oggi codificati nel nuovo art. 111, da un lato evidenziando una precisa trama connettiva tra parità delle parti e terzietà-imparzialità del giudice, dall'altro fornendo una precisa base costituzionale al principio dispositivo, rendendone più rigorose e tendenzialmente inderogabili le principali manifestazioni([59]).

Su alcuni di questi problemi torneremo più avanti: ma c'è un aspetto che va posto in particolare risalto, ed è il rapporto tra carattere individualistico della tutela giurisdizionale e principio di effettività, rapporto che per un verso appare scontato ma di cui, per l'altro, non sempre vengono colte con chiarezza tutte le implicazioni. A partire dalla celebratissima frase di Chiovenda([60]),

---

I, p. 161. E tale riferimento ai concetti di "uomo", "come singolo" cui è garantito lo svolgimento della sua "personalità" (art. 2 Cost.) è molto vicino a quello di "individuo" nel senso che viene qui usato. Non entro invece, perché non è questa la sede e perché non mi pare, in definitiva, rilevante, nel merito della connotazione a-relazionale che detto termine può assumere ed a cui ha dedicato una profonda e appassionata attenzione critica Umberto Allegretti (in *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, Il Mulino, 1989).

([59]) Secondo M. Cecchetti, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2002, p. 614, il giusto processo entra formalmente nel testo della Costituzione "non – o almeno non soltanto – come diritto individuale", né come semplice proiezione del diritto di agire in giudizio di cui all'art. 24, ma assume le vesti di canone oggettivo di esercizio della funzione giurisdizionale, ossia di unico "metodo" ammissibile per l'attuazione della giurisdizione.

([60]) Ricordiamola ancora una volta: "Il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli

infatti, e con rinnovato vigore dopo l'avvento della Costituzione, il principio di effettività si è affermato in modo pervasivo nella cultura giuridica e nella giurisprudenza ed è stato utilizzato ai fini e per i problemi più diversi: basti ricordare i temi connessi ai tempi del processo (fino alla costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata), alla tutela cautelare, alle varie ipotesi di preclusioni processuali e di "giurisdizione condizionata", alla ampiezza dei mezzi istruttori, fino ai problemi di carattere pratico e organizzativo (ma non per questo meno rilevanti) come l'accesso alla giustizia e il potenziamento dell'organizzazione giudiziaria(61).

Si potrebbe a questo proposito osservare che ad una così imponente e variegata applicazione di tale principio non corrisponde a tutt'oggi una sua adeguata ricostruzione teorica e che, forse, proprio il principio individualistico potrebbe costituirne la base fondante: in contrapposizione all'idea oggettivistica della giurisdizione come restaurazione dell'ordine giuridico violato, il concetto di effettività trova il suo *focus* nella concretezza e nella particolarità dell'episodio di vita a cui ciascun processo si riferisce, e quindi al modo in cui il soggetto che chiede tutela "vive" la lesione subita. In questa sede peraltro non possiamo che svolgere alcune considerazioni relative a un aspetto determinato, ma fondamentale, del problema, e cioè al rapporto tra principio di effettività e tipologia delle forme di tutela, in particolare per quanto attiene alla loro tipicità.

5. *L'atipicità e la disponibilità delle forme di tutela.*

A tal fine torniamo ancora a Chiovenda e al seguito della sua "celebratissima frase", seguito che non viene normalmente citato con altrettanto incondizionato consenso e che è invece più pro-

---

ha diritto di conseguire" (G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, III ediz., Napoli, Jovene, 1923, p. 81).

(61) V., sul punto, di recente, S. Chiarloni, *Riforma dell'ordinamento giudiziario, efficienza nell'amministrazione della giustizia, indipendenza della magistratura*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 353 ss.

fondamente incisivo della frase stessa: "Un principio così generale – proseguiva l'illustre autore – non è, né ha d'uopo essere formulato in alcun luogo. [...] Il processo come organismo pubblico d'attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà di legge. Questa tendenza del processo a dare quanto più è possibile dare al creditore incontra naturalmente dei limiti: limiti di diritto, limiti di fatto. [...] Mancando questi limiti giuridici, la tendenza del processo segue la sua naturale espansione, e di nuovo non s'arresta se non di fronte *alla impossibilità di fatto.* [...] Riassumendo: *ogni modo d'attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile*"([62]). Si tratta, come è stato giustamente osservato([63]), di una concezione eccezionalmente evolutiva rispetto alla coscienza giuridica dell'epoca, coscienza tendente a riconoscere carattere generale alla sola tutela risarcitoria, attenta a salvaguardare l'autonomia del soggetto privato da coazioni di carattere specifico e disposta ad ammettere forme di reintegrazione solo in casi particolari espressamente previsti: e quanto lungimiranti fossero le affermazioni citate lo dimostra la storia

---

([62]) G. Chiovenda, *Principi*, cit., pp. 81 s. (i corsivi sono dell'autore). Quanto ai limiti giuridici Chiovenda indicava in particolare quelli relativi ad alcuni mezzi esecutivi, e precisamente quelli che importano limitazione della libertà personale o del diritto di proprietà, da ritenersi ammissibili solo se formalmente ammessi dalla legge. Quanto all'importanza pratica del principio conclusivamente formulato, l'autore indicava la giustificazione dell'azione di accertamento come figura generale, l'azione per ottenere in caso d'inadempimento di un contratto preliminare l'equivalente giuridico della mancata dichiarazione di volontà, l'azione assicurativa come figura generale (*op. cit.*, p. 82, nt. 1).

([63]) B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001, p. 45. Si potrebbe osservare in proposito che le affermazioni citate non sembrano del tutto congrue con l'adesione di Chiovenda, in termini di principio, alla concezione oggettivistica dell'azione: è vero che anche qui si parla di "processo come organismo pubblico d'attuazione della legge" e di ammissibilità di tutte le azioni "che tendano all'attuazione d'una volontà di legge", ma l'invocata aderenza delle forme di tutela al concreto interesse del soggetto e la loro conseguente tendenziale atipicità, sono principi che, almeno nella dimensione del presente, appaiono dotati di un significato marcatamente soggettivistico; ma è questione che non compete certo a noi di affrontare.

che ne è seguita e che, probabilmente, non ne ha ancora esaurito le implicazioni.

Non mi soffermo sulle principali linee di tendenza che sono venute affermandosi da allora: sul piano normativo si può far riferimento alla proliferazione dei casi espressamente previsti, in cui ogni specifico interesse "cerca" la propria reintegrazione, modellando a tal fine uno speciale strumento di tutela, mentre sul piano interpretativo si è andato affermando un riequilibrio, se non una vera e propria inversione, del rapporto tra tutela risarcitoria e reintegratoria(64), come accade con particolare forza nel caso dei

(64) Per una ferma difesa della teoria chiovendiana dell'azione e per un suo sviluppo nel senso dell'effettività e alla luce del principio di uguaglianza sostanziale, v. A. Proto Pisani, *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur.*, 1978, pp. 1 ss., ora in Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, Jovene, 2003, in particolare pp. 27 ss., dove si conclude nel senso che "se l'elaborazione ottocentesca e dei primi anni di questo secolo della categoria del diritto di azione come categoria generale atipica ha consentito di raccordare automaticamente e necessariamente diritto sostanziale (tutti i diritti sostanziali) e tutela giurisdizionale, che ancora risentiva l'influenza della tipicità delle azioni del diritto romano classico, oggi la costituzionalizzazione del diritto di azione, avvenuta in un contesto (normativo) che pone come principio ideologico di riferimento il superamento dell'eguaglianza in senso formale, impone di adoperarsi per eliminare le conseguenze causate dalla cesura creatasi tra diritto sostanziale (singoli diritti sostanziali) e processo, studiando le tecniche attraverso le quali sia possibile consentire che il processo assolva la sua funzione istituzionale di strumento diretto a «dare per quanto è possibile praticamente a chi a un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» ai sensi del diritto sostanziale (p. 32). Per le tendenze evolutive in ordine al rapporto tra tutela risarcitoria e reintegratoria, rinvio a A. Di Majo, *Tutela*, cit., pp. 377 ss., che ricorda come la tradizionale preferenza verso la prima portasse a concepire in termini di normalità – residualità il rapporto tra gli artt. 1218 e 2930 cod. civ., così come quello tra gli artt. 2043 e 2058 cod. civ. e che, dopo un ampio esame del problema, conclude per il carattere riduttivo di una simile tendenza. Interessante in tal senso è anche l'analisi dei casi "speciali" di devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario (su cui v. oltre, nt. 267), in ciascuno dei quali la legge prevede strumenti diversi di tutela, dall'annullamento e dalla modifica dell'atto amministrativo, a poteri ordinatori e perfino sostitutivi. Sul punto v. anche A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, cc. 127 ss., ora in Id., *Le tutele*, cit., pp. 157 ss., nonché Id., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, cc. 165 ss., ora in Id., *Le tutele*, cit., pp. 183 ss., in cui, dopo aver riaffermato la generalità tendenziale della tutela specifica, ricorda alcune norme in senso contrario, come l'art. 2504-*quater* cod. civ., che esclude l'annullabilità dell'atto di fusione una volta eseguite le relative iscrizioni, limitando la tutela a quella risarcitoria, o l'art. 2, lett. *n*, della legge

diritti di primario rilievo costituzionale, per loro natura non "monetizzabili". Vorrei invece concentrare l'attenzione su un problema che costituisce il punto di approdo delle tendenze evolutive ricordate, e cioè sul rapporto tra principio di effettività e tipicità delle forme di tutela; se è vera, infatti, la premessa posta circa il nesso tra principio individualistico ed effettività, si dovrà dire che, al suo limite teorico, tale concetto si identifica con l'esigenza di ricostituire la situazione di fatto preesistente rispetto alla lesione del diritto tutelato, *come se* la lesione stessa non si fosse verificata, evento che non è mai *integralmente* possibile, perché *factum infectum fieri nequit* e perché, anche nel migliore dei casi, qualche conseguenza pratica della lesione è destinata inevitabilmente a permanere: ma ciò che conta è porre tale ricostituzione come fine tendenziale, qualificante, della tutela giurisdizionale che trova un limite solo nell'impossibilità di fatto o di diritto. E dunque, quanto più si abbandona il terreno indistinto e uniforme del risarcimento per equivalente monetario a favore della reintegrazione specifica, tanto più gli strumenti di tutela dovranno articolarsi e differenziarsi, e laddove la legge non appresti esplicitamente lo strumento più idoneo al caso specifico, questo dovrà, pur con i limiti ricordati, essere ammesso in via interpretativa; ma ciò significa affermare che effettività e tipicità delle forme di tutela si pongono in tendenziale conflitto, e che la prima risulta strettamente collegata con l'opposto principio di atipicità.

Anche questo specifico svolgimento del principio di effettività trova del resto significative testimonianze nel diritto positivo: prima tra tutte l'espansione delle forme di tutela cautelare, sia sul loro originario terreno processual-civilistico, sia su quello, in ori-

---

21 dicembre 2001, n. 443, sulle infrastrutture, che esclude la reintegrazione in forma specifica una volta stipulati i contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento; a questi casi andrebbe aggiunto l'orientamento della Corte costituzionale (sent. 7 febbraio 2000, n. 46, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 360 ss., sull'ammissibilità del referendum per l'abrogazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori) che ha affermato la non doverosità costituzionale della tutela di reintegra nel posto di lavoro (p. 190).

gine assai più ostico, del processo amministrativo. Per sua natura e funzione, infatti, la tutela cautelare assume come referente essenziale la *res* e la conservazione della sua integrità: ed è proprio la concretezza, la singolarità e la irripetibilità di tale riferimento a rendere indispensabile, al di là delle pur numerose fattispecie tipiche, una norma di chiusura, come l'art. 700 c.p.c., che consente al giudice di adottare ogni misura opportuna(65). Analogamente, nell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, il carattere atipico della tutela deriva dal carattere "aperto" della fattispecie della condotta antisindacale, nel senso che l'ordine di cessazione del comportamento illegittimo e di rimozione degli effetti assume volta per volta, come atto uguale e contrario, tutti gli specifici contenuti che, nella realtà di fatto, sono da ritenersi ricompresi nella fattispecie sostanziale. Ma la più recente e significativa applicazione del principio di atipicità può ora rinvenirsi nell'art. 63, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che sembra quasi una trasposizione normativa del principio chiovendiano, secondo cui nelle controversie di lavoro "il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati"(66): una formulazione che può apparire più mediata, in primo luogo perché fa comunque ri-

---

(65) Il ricorrente, infatti, recita la norma, "fuori dai casi regolati nelle precedenti sezioni" può chiedere al giudice "i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito".

(66) Il d.lgs. n. 165 del 2001 riproduce l'art. 68 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. Forniscono di tale norma un'interpretazione restrittiva F.P. Panariello - L. Giugliano - V. Amirante, *Art. 68*, in A. Corpaci - M. Rusciano - L. Zoppoli (a cura di) *Commentario al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e s.m.i.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 1450, secondo i quali resterebbe salvo il principio di tassatività della tutela costitutiva previsto dall'art. 2908 cod. civ.: tesi che potrebbe apparire confermata dal fatto che nella stessa norma sono previste anche ipotesi tipiche di tutela, come l'effetto costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro, che consegue alle sentenze che rispettivamente riconoscono il diritto all'assunzione o l'illegittimità di quest'ultima; ma la norma citata nel testo, anche se precede queste ipotesi tipiche, funge chiaramente da norma di chiusura, e non solo ha efficacia derogatoria rispetto all'art. 2908, ma appare maggiormente conforme al principio di effettività, come si dirà subito nel testo.

ferimento alla tipologia fondamentale dei provvedimenti giurisdizionali, quasi a voler contenere una possibile eccessiva espansione degli strumenti adottabili; e, in secondo luogo, perché il riferimento alla "natura dei diritti" può apparire meno immediatamente connesso alla varietà dei fatti. Ma la lettura complessiva della norma non sembra lasciare dubbi sulla sua derivazione dal principio individualistico e da quello di effettività, nella connessione di cui si è detto: non solo, infatti, essa appare una vistosa deroga alla regola di tassatività dei provvedimenti costitutivi posta dall'art. 2908 cod. civ., non solo "apre" alla tutela di accertamento spazi che normalmente non le vengono riconosciuti, ma assume con chiarezza il criterio fondamentale per cui ogni tipo di provvedimento è ammesso (ma forse dovrebbe dirsi "è dovuto") in quanto idoneo a fornire adeguata tutela. E in questo contesto la "natura dei diritti" non può che intendersi come "natura delle cose", come concreto atteggiarsi dell'interesse tutelato rispetto a *quella* situazione di fatto in cui si è verificata la lesione(67).

Norme di questo tipo, ed altre che ad esse potrebbero aggiungersi, possono considerarsi, anche in virtù della loro indubbia importanza teorica e pratica, espressione di un principio generale di atipicità o devono essere contenute nell'ambito di pur rilevanti eccezioni? A nostro avviso la risposta, se viene, come deve essere, collocata nel contesto della prescelta linea di interpretazione sistematica delle norme costituzionali attinenti alla libertà individuale e alla tutela giurisdizionale, non può che essere nel primo senso, con un conseguente rovesciamento del rapporto tra tipicità e atipicità: ciò significa che è la limitazione della tutela ad uno strumento tipico che necessita di una giustificazione in quelle impossibilità di fatto o di diritto di cui parlava Chiovenda, con la precisazione che le seconde dovranno consistere nella sussistenza di

(67) Sul punto, v. A. Di Majo, *Tutela*, cit., p. 367, che, dopo aver ricordato la tematica del rapporto di priorità tra *ius* e *remedium*, e le differenze in proposito tra *civil law* e *common law*, vede nella tutela d'urgenza una espressione della priorità del rimedio.

un valore costituzionale di pari rango rispetto a quello della effettività.

È significativa in proposito anche la discussione che si è aperta sull'art. 2908 cod. civ.: il significato essenziale di tale norma dev'essere infatti individuato in un divieto posto nei confronti del giudice di disporre forme di tutela costitutiva non previste espressamente dalla legge, divieto che, in quanto possa in concreto pregiudicare l'effettività della tutela, potrebbe porsi in contrasto con la Costituzione([68]). Una via per ridurre notevolmente l'estensione del problema è stata individuata in una diversa e più rigorosa definizione del concetto di azione costitutiva; è nota infatti l'opinione([69]) per cui si dovrebbe distinguere tra: *a*) ipotesi in cui si tenda ad assicurare la realizzazione coattiva di vere e proprie pretese all'adempimento di obblighi consistenti nell'emanazione di dichiarazioni di volontà([70]); *b*) ipotesi in cui l'azione è diretta a produrre effetti sostanziali conseguibili anche in via di autonomia privata; *c*) ipotesi in cui tali effetti non sarebbero conseguibili per tale via. Solo a queste ultime([71]) si riferirebbe l'art. 2908 cod. civ. in quanto in esse e solo in esse "viene meno pressoché del tutto la strumentalità tra utilità garantite dal diritto sostanziale e utilità assicurate dal processo, in quanto il processo si presenta come elemento costitutivo indispensabile e non surrogabile della fattispecie cui

---

([68]) In tal senso A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., pp. 190 s., secondo cui il problema si pone ogniqualvolta, per un verso, l'effettività della tutela sia realizzabile solo attraverso forme dommaticamente qualificabili come costitutive, e per altro verso il legislatore non abbia esplicitamente previsto in tale ipotesi l'ammissibilità del ricorso alla tutela costitutiva: di qui il contrasto con i "valori" dell'atipicità del diritto di azione e della effettività.

([69]) A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 90 ss.

([70]) Il caso tipico è quello previsto espressamente dall'art. 2932 cod. civ.; ma si pensi, ad esempio, all'obbligo di contrattare del monopolista legale rispetto al quale l'art. 2597 cod. civ. non prevede l'analoga possibilità di una sentenza sostitutiva: sentenza che risulterebbe dunque esclusa in base al principio di tassatività, con una sostanziale vanificazione dell'effettività della tutela, e che invece potrebbe essere ammessa in base a questa ricostruzione restrittiva

([71]) Si tratta di casi quali la nullità del matrimonio, il divorzio, il disconoscimento della paternità o maternità, ecc.

la legge sostanziale subordina il prodursi di un dato effetto giuridico"([72]). Non è questa la sede per entrare nel merito di una simile discussione([73]), né di chiedersi se anche nel terzo tipo di ipotesi possa porsi, in caso di assenza di un rimedio costitutivo espresso, un contrasto col principio di effettività: è sufficiente rilevare come il principio di atipicità tenda ad affermarsi anche là dove la legge parrebbe enunciare quello opposto e che dunque, per ogni tipo di limitazione dei poteri del giudice (non importa se risultante in positivo o in negativo), debba essere effettuata una attenta verifica di compatibilità costituzionale, individuando con precisione l'interesse che sta alla base della limitazione stessa e argomentando circa la sua idoneità a derogare al principio generale di effettività della tutela.

Le premesse poste sembrano infine indicare un ulteriore svolgimento, che attiene alla possibile pluralità di forme di tutela previste, o in principio ammissibili, rispetto a uno stesso "episodio di vita". Occorre cioè chiedersi se, in casi del genere, possa ritenersi ammissibile una "preferenza" dell'ordinamento per l'una o l'altra delle tutele possibili o, caso ben più grave, l'esclusione di una di esse. Riservandoci di tornare più analiticamente sul punto a proposito della tutela nei confronti della pubblica amministrazione, possiamo però indicare un orientamento che, in termini generali, appare inscindibilmente connesso all'interpretazione costituzionale prescelta. Se è vero infatti che il principio ordinante in materia di tutela giurisdizionale è quello individualistico, se è vero che esso trova la sua più significativa realizzazione nella effettività della tutela intesa come necessità di attribuire "a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di consegui-

---

([72]) A. Proto Pisani, *Lezioni*, cit., p. 207

([73]) Aderisce all'orientamento di Proto Pisani, A. Di Majo, *Tutela*, cit., p. 388, concludendo come "più in generale dovrà riconoscersi, sicuramente in una lettura *in progress* del sistema di tutela, che la tutela costitutiva dovrebbe trovare ingresso ogniqualvolta situazioni soggettive, di vario tipo o natura, insoddisfatte o violate, postulino l'esigenza che modificazioni giuridiche abbiano a realizzarsi *ope iudicis*.

re", se infine l'effettività sembra tendenzialmente richiedere l'atipicità delle forme di tutela, al fine di modellarle al caso di specie, è difficile sfuggire ad una ulteriore implicazione: che cioè, *in principio, spetti al titolare del diritto tutelato la scelta, tra quelli previsti o ammissibili, dello strumento più idoneo a soddisfare il proprio interesse*. Se infatti, nel riconoscere e tutelare gli interessi, l'ordinamento non può che procedere per categorie astratte, più o meno generali, la specifica qualità e consistenza dell'interesse di un singolo soggetto rispetto a un singolo "episodio di vita" non hanno alcuna oggettività che non sia quella di essere ricompresi nell'ambito di una delle categorie tutelate, ma sono in concreto determinabili soltanto dal titolare con un giudizio del tutto insindacabile. Si tratta solo, a ben guardare, di una specificazione del principio della domanda, in quanto l'affermazione giudiziale in cui si traduce il diritto di azione riguarda ad un tempo, e in modo inscindibile, l'opportunità stessa di esercitarlo, il modo di prospettare le proprie argomentazioni, la scelta dei fatti da porre alla base della propria pretesa, la strategia di conduzione del processo e così via enumerando: ed è evidente che la scelta relativa alle utilità che l'attore si propone di conseguire e alle modalità attraverso le quali il giudice può garantirle si pone come referente essenziale e finalistico dell'intera vicenda.

È appena il caso di ricordare, del resto, che un simile diritto di scelta è oggetto di numerose e fondamentali disposizioni legislative, come l'art. 1453 cod. civ.([74]) per quanto riguarda la responsa-

---

([74]) "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può, a sua scelta, chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno". Ma v. anche, a puro titolo esemplificativo, l'art. 1489 cod. civ. (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo in caso di cosa gravata da oneri o da diritti di godimento di terzi), l'art. 1492 cod. civ. (che propone la stessa scelta in caso di vizi della cosa venduta), l'art. 1901 cod. civ. (risoluzione di diritto del contratto di assicurazione o azione di adempimento in caso di mancato pagamento del premio); ma v. anche artt. 793 cod. civ. (risoluzione per inadempimento o azione di adempimento dell'onere apposto a una donazione) e 1385 cod. civ. (recesso dal contratto, azione di esecuzione o risoluzione in caso di caparra cofirmatoria).

bilità contrattuale, o gli artt. 2043 e 2058 cod. civ. per la responsabilità extracontrattuale. La materia è certamente complessa([75]), e offre una variegata serie di ipotesi in cui il legislatore appone condizioni alla scelta stessa e limita le possibilità di realizzazione delle pretese di tipo reintegratorio, tanto che solo al risarcimento per equivalente viene normalmente attribuita la qualità di rimedio generale([76]). A questo proposito ci limitiamo ad osservare anzitutto che, nell'ambito delle ipotesi espressamente regolate, la soggettività della scelta appare piena e indiscutibile e che, inoltre, l'importanza e la diffusione di tali ipotesi inducono a raffigurare la sussistenza di un principio generale. Ma è altrettanto evidente che l'evoluzione dell'ordinamento da un lato e il ripensamento dell'intera problematica alla luce del principio di effettività dall'altro, rendono ineludibile un'attenta verifica delle limitazioni previste e, soprattutto, inducono ad affermare la generalità e l'atipicità delle tutele specifiche e, di conseguenza, la loro equiparazione a quelle risarcitorie e la pienezza del diritto di scelta attribuita al titolare del diritto([77]).

La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione è rimasta del tutto estranea a questi temi, in particolare negandosi radicalmente, attraverso la distinzione "ontologica" tra le situazioni giuridiche soggettive e la teoria della *causa petendi* co-

---

([75]) V., in proposito, le indicazioni fondamentali in A. Di Majo, *Tutela*, cit., pp. 376 ss.

([76]) A. Di Majo, *Tutela*, cit., p. 377, secondo cui, in base all'opinione più diffusa, la violazione contrattuale è tendenzialmente perseguita con il risarcimento del danno, apparendo invece residuale il modello della c.d. coazione all'adempimento, così come al danno aquiliano fa da *pendant* il risarcimento e, solo in via subordinata e residuale, la reintegrazione in forma specifica. In particolare l'autore osserva come al principio formulato dall'art. 1453 cod. civ. si contrapponga una previsione di rimedi (art. 2930 cod. civ., che rimanda agli artt. 605 ss. e 612 c.p.c.) certamente limitativa.

([77]) Conclude, infatti, A. Di Majo, *Tutela*, cit., p. 381, che la linea di tendenza favorevole alle tutele reintegratorie trova conforto nel principio costituzionale di effettività della tutela, e che, in particolare, "la coazione all'adempimento non può non essere un'esigenza immanente ad un sistema di tutela che voglia essere effettivo".

me criterio di riparto di giurisdizione, ogni diritto di scelta dell'interessato.

6. *L'imparzialità "oggettiva": il nesso tra parità e terzietà.*

Su questo secondo aspetto torneremo più avanti, anche perché è ovviamente successivo e consequenziale ad un più penetrante approfondimento del *senso* che deve attribuirsi alle norme costituzionali, lette nella sequenza "circolare" cui si è fatto riferimento. Il punto che in particolare interessa, a questo proposito, è sviluppare le connessioni tra carattere soggettivistico, parità delle parti e terzietà-imparzialità come qualificazione essenziale del modo di essere della giurisdizione: e ciò al fine di "giungere" alla terzietà attraverso la parità delle parti e di affermare la coessenzialità tra le due nozioni.

Possiamo, in tale direzione, partire ancora da una penetrante affermazione di Silvestri, per cui "contraddittorio e terzietà non sono strumentali all'applicazione della norma al caso concreto, ma forma razionalmente necessaria per garantire l'imparzialità, ossia la tutela dei singoli e dei gruppi"([78]): in questo modo, non solo si ribadisce, sotto diverso angolo visuale, la scelta della tesi soggettivistica sulla giurisdizione, ma si indica una serie di "razionali" e "formali" correlazioni tra principi che, in tale luce, si presentano come aspetti diversi di un unico fenomeno. La tutela viene infatti posta al centro del discorso: ma essa è vista come inscindibile dall'imparzialità e questa, a sua volta, richiama come condizione essenziale di sussistenza il contraddittorio (e quindi, vorremmo esplicitare, la parità tra le parti) e la terzietà del giudice.

La densità di questa raffigurazione (che ci sentiamo di condividere pienamente) richiede qualche svolgimento e qualche chiarimento per poter essere in seguito utilizzata ai fini che interessano in questa sede. Occorre in particolare chiarire in modo più analitico le diverse dimensioni del concetto di parità delle parti al fine di

([78]) G. Silvestri, *Poteri dello Stato*, cit., p. 700.

vedere quale tra queste "incontri" quello di terzietà e con quali conseguenze.

Il primo e più comune significato di parità, quando si parla di giurisdizione, è quello di parità processuale, di pari disponibilità, da parte dei soggetti che si presentano come parti del processo, delle "armi" necessarie per far valere, dentro al suo svolgimento, le proprie ragioni: ma non è su questa tematica (peraltro di fondamentale rilievo) che intendiamo concentrare qui l'attenzione, bensì sul concetto di *parità sostanziale*, su cui invece le idee non sembrano chiarissime. La prima operazione da compiere è, in questa direzione, quella di sgombrare il campo da ogni confusione o sovrapposizione tra parità-disparità "reali" o "storiche" e parità-disparità giuridica. Anche volendo prescindere dall'antica critica alla funzione del diritto come artificiosa parificazione formale di disuguaglianze sostanziali, che come tale appare obsoleta, ci sembra che alcune precisazioni siano ancora necessarie, perché la tendenza a utilizzare le situazioni "storiche" per argomentare intorno a quelle giuridiche sembra ancora, attraverso vari percorsi, presente o latente nella letteratura e soprattutto nella giurisprudenza.

Schematizzando, forse oltre il lecito, un discorso di grande complessità, vorremmo individuare due distinti momenti che separano la "storia" dal processo: il primo è quello in cui i bisogni e gli interessi "reali" vengono selezionati dal diritto e si trasformano (se e quando ciò accade) in interessi protetti e in situazioni giuridiche soggettive([79]); il secondo è la differenza che intercorre tra la consistenza e la relazione "finale" tra queste ultime, quella cioè che verrà definitivamente accertata dal giudice, e la loro consistenza e relazione "iniziale", quelle cioè che le parti asseriscono presentandosi in giudizio. Tenendo presenti queste distinzioni, di quale relazione può (e in che senso) predicarsi la disparità e di quale deve eventualmente, all'opposto, predicarsi la intrinseca parità?

([79]) L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo (diritto privato)*, in *Digesto disc. priv. - sez. civ.*, vol. IX, IV ediz., Torino, Utet, 1993, pp. 536 ss.

Per quanto riguarda il primo momento, e cioè il riconoscimento giuridico di interessi e delle relative situazioni soggettive, si deve osservare come questo si ponga necessariamente in termini di *rapporto giuridico*, nel senso che ogni situazione di vantaggio riconosciuta, che di per sé parrebbe per ciò stesso non paritaria, "vive" giuridicamente solo in quanto si pone in relazione con un'altra che interferisce in modo contraddittorio nella stessa area protetta([80]).

Se è certamente vero che un rapporto giuridico consta di una serie più o meno complessa di reciproci limiti, condizionamenti e prevalenze; e se pure è vero che la fattispecie astratta prevede che, verificate tutte le condizioni di fatto e di diritto, una situazione soggettiva prevalga sull'altra, è anche indubbio che il *valore* di ciascuno dei correlati vantaggi che la legge riconosce a ciascuna delle parti deve considerarsi *identico*. In altri termini: le (necessarie) disparità "storiche" sussistenti nelle relazioni tra le parti (tanto *nei tipi* di relazione, quanto *nella* relazione specifica) vengono variamente trattate dalla legge, che può, nel "dover essere" prospettato dalla fattispecie astratta, attenuarle, riequilibrarle, ma anche, se del caso, accentuarle; di tali operazioni si potrà dare il giudizio di merito che si ritiene opportuno, o potrà, in taluni casi, contestarsene la costituzionalità; ma è indubbio che, sul piano della definizione giuridica del rapporto, ogni situazione soggettiva è dotata, qualora ne sussistano i presupposti, *della stessa forza* di modificare, limitare, paralizzare quella contrapposta, *anche se* uno degli interessi "storici" sottostanti appare di consistenza minima rispetto all'altro. *Di fronte alla legge* le situazioni giuridiche non possono che essere su un piano di parità: quella apparentemente sovraordinata, o dominante, viene infatti delimitata e la sua forza di imporsi sull'altra deriva soltanto dalla legge; quella apparentemente subordinata, a sua volta, costituisce il fattore di delimitazione e, entro il

([80]) L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 105 ss.

raggio di operatività della delimitazione, possiede una qualità identica([81]).

Queste asserzioni andrebbero ben altrimenti argomentate e approfondite: basti pensare al rapporto potestà-soggezione, che occupa uno spazio di rilievo in teoria generale, e che può apparire incompatibile con quanto appena detto. In esso, infatti, la disparità sembra entrare a pieno titolo nella sfera delle relazioni giuridiche (quale che sia il suo rapporto con la disparità "storica"): ed è la stessa fattispecie astratta a identificare la prevalenza di una posizione sull'altra; e a ciò si aggiunga che il definitivo accertamento giudiziale dei termini del rapporto afferma necessariamente (quando la afferma) la concreta prevalenza di un interesse sull'altro. Ma

---

([81]) Sul concetto di rapporto giuridico mi limito a fare riferimento alla concezione di A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1953, part. pp. 25 ss., secondo cui la valutazione giuridica è sempre un apprezzamento di carattere intersoggettivo, in quanto non valuta l'agire in relazione con le cose sulle quali si esercita né con l'ideale di vita al quale il soggetto aspiri, ma soltanto "in rapporto con gli altri soggetti, cioè coi loro comportamenti, positivi o negativi, complementari col comportamento del soggetto di cui si tratta" e dunque "il concetto nel quale puntualmente si concreta l'universale giuridico, cioè il momento giuridico dello spirito umano, è il concetto di rapporto giuridico" (p. 27), inteso come "ogni relazione fra soggetti, considerati in funzione della norma di diritto che qualifica e regola il contegno reciproco e complementare degli stessi" (p. 36). Di particolare rilievo e di marcata consonanza con quanto qui sostenuto sono poi le considerazioni di S. Palazzolo, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 289 ss. Nel quadro di una vasta ricognizione e di una originale ricomposizione delle relazioni logico-giuridiche tra i concetti di soggetto, norma e rapporto, che qui non possono essere neppure accennate, l'autore accentua in modo particolare la connessione del concetto di rapporto giuridico con quelli di libertà e di parità. La libertà infatti "si pone, in termini conflittuali, in ogni situazione nella quale il rapporto può articolarsi e contiene, nell'assunto logico paritario, una regola di equilibrio, fissata con il metodo delle tipicizzazioni, per consentire, attraverso la intersoggettività astratta e titolabile a ciascuno, lo strumento normativo e la sua osservanza. In sostanza, prima della norma, il rapporto giuridico è l'equilibrio paritario ideale, nel quale si compone un conflitto di libertà tra gli uomini; dopo la norma, che riproduce (*rectius*: deve essere intesa come riproduttiva) lo stesso equilibrio in ogni situazione (rilevante al fine medesimo di assicurare una libertà che il conflitto distruggerebbe), nel rapporto stanno due soggetti astratti, cioè i due termini contrapposti della tipicizzazione utilizzata" (p. 299). Il rapporto giuridico è dunque definibile come "struttura originaria del diritto e sorge dal rapporto intersoggettivo di libertà confliggenti" (p. 300).

in realtà, come vedremo più avanti([82]), non è affatto così, e anche il rapporto in questione può e deve ricostruirsi in termini rigorosamente paritari.

In ogni caso, se il discorso accennato può apparire problematico sul piano sostanziale, ci sembra invece del tutto evidente se riferito all'azione, e più precisamente al momento del suo esercizio, al momento, cioè, in cui le parti rappresentano in giudizio le proprie posizioni contrapposte. "Oggetto immediato del giudizio è *l'affermazione giudiziale*, cioè quella che la parte ricorrente sottopone all'esame critico del giudice. [...] Perciò, la sentenza esprime essenzialmente un giudizio *di verità*, avente per oggetto appunto quella affermazione, che introduce nel processo la realtà extraprocessuale [...]. Ciò vale quanto dire che nel processo non entra direttamente la storia ma il racconto: è il mio o il vostro racconto che introduce un pezzo di storia [...]. Sul racconto si avrà la discussione e quindi il confronto delle parti; queste sono finalmente uguali, non possono non esserlo: per il giudice nulla assolutamente di quanto esse asseriscono si può considerare vero, neanche provvisoriamente. L'unica determinazione del diritto del caso singolo sarà la sua; sarà appunto la *dictio juris*"([83]).

A queste illuminanti parole mi sento di aggiungere solo alcuni corollari: in primo luogo questa *parità nell'affermazione giudiziale* appare come quella specificamente idonea a qualificare il processo, e si colloca come snodo centrale tra la parità "sostanziale" e quella propriamente processuale. Sulla prima essa riflette in qual-

---

([82]) V., più ampiamente, *infra*, Capo IV, par. 4.

([83]) F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., p. 384. "Così, prosegue l'autore, si avrà il passaggio dalla storia al diritto, quel diritto che sarà detto in esito al giudizio; e poi la *dictio* del diritto uscirà dall'aula ed entrerà a far parte della realtà extraprocessuale e quindi della storia. Ecco, la storia si fa diritto ed il diritto del giudizio si fa storia; qui sta il mistero che per Satta era il mistero del processo, e che per me è il grande mistero del giudizio". Il discorso è finalizzato, nello specifico, a contestare che, nel processo, l'amministrazione o l'atto autoritativo possano configurare situazioni di disuguaglianza: e in questo senso lo riprenderemo più avanti. Ma la sua portata generale è evidente.

che modo la sua influenza, confermando quella astratta e formale parità che abbiamo creduto di poter identificare nel rapporto tra le situazioni soggettive; la seconda, ancor più chiaramente, non è che il suo svolgimento, null'altro essendo la prosecuzione di racconti contrastanti che le affermazioni iniziali hanno posto: e dunque la "parità delle armi" è l'uguale opportunità di svolgere i racconti stessi.

Ma anche a voler lasciare impregiudicato il discorso sulla parità "sostanziale", sono gli altri due aspetti (parità "assertoria" e parità "delle armi") quelli che, anche autonomamente, valgono a qualificare il processo e dunque il giudice. Quanto alla prima, ricorro ancora a Ledda, perché non saprei trovare parole più limpide: "noi tutti pensiamo che davanti al giudice le parti devono essere uguali, [...] ma l'affermazione che esprime questo nostro giudizio può e deve essere rovesciata nel senso che l'uguaglianza delle parti è *costitutiva dell'idea di giudice*, che non si ha giudice se le parti non sono uguali, che il giudice un po' più vicino ad una delle parti [...] non è vero giudice, è tutt'altra cosa"([84]). Ed è proprio questo "rovesciamento" di prospettiva che consente di giungere alla imparzialità attraverso la parità delle parti, a partire, cioè, dalla pari dignità giuridica formale delle situazioni soggettive che si confrontano nel processo. In questo senso va letto allora l'art. 24 Cost.: il riferimento all'«agire in giudizio» e alla «difesa» colloca necessariamente le parti sullo stesso piano, «in ogni stato e grado del procedimento» e in primo luogo nel suo momento iniziale, in cui esse rappresentano le loro ragioni giuridiche; lettura che appare tanto più plausibile in base a un reciproco rinvio tra gli artt. 24 e

---

([84]) F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., p. 384: l'autore ricorre efficacemente all'immagine del triangolo scaleno per raffigurare la non equidistanza del giudice dalle parti. Completando il discorso si potrebbe dire che la figura corretta è il triangolo isoscele, in cui il vertice (giudice) è equidistante dagli angoli di base (parti): e, in effetti, accorciando uno dei lati (distanza giudice-parte), automaticamente gli angoli di base si collocano su una linea diversa (le parti non sono più uguali); il che significa che parità e terzietà sono coessenziali.

111, co. 2, nel senso che quest'ultimo, nel fissare i cardini del giusto processo (contraddittorio e parità da un lato, terzietà e imparzialità dall'altro), non solo stabilisce una coessenzialità tra questi, ma una precedenza logico-giuridica dei primi due rispetto ai caratteri del giudice.

7. *Le garanzie "soggettive".*

Prima di procedere oltre, è opportuna una precisazione terminologica relativa ai termini di *terzietà*, *imparzialità* e *indipendenza*, che vengono spesso usati in modo promiscuo, talvolta sovrapponendone parzialmente i significati, talvolta (specialmente per quanto riguarda i primi due) ritenendoli sostanzialmente sinonimi.

In effetti i criteri di definizione sono molteplici, e non è facile stabilire una precisa ed esclusiva corrispondenza con ciascuno dei termini ricordati. Si può, ad esempio, distinguere tra ciò che attiene al singolo giudice, all'organo giudicante e all'ordine giudiziario complessivamente inteso([85]): ma se è certo, in virtù dell'espressa dizione dell'art. 104, co. 1, Cost., che l'*indipendenza* si riferisce a quest'ultimo, è anche vero che il concetto ha una estensione molto ampia, e potrebbe essere inteso come assenza di condizionamenti rispetto all'esercizio della funzione; ma, in tal modo, viene per larga parte a sovrapporsi all'*imparzialità*([86]). Si potrebbe allora segnarne un confine riferendolo a ciò che riguarda l'organo, mentre l'imparzialità riguarderebbe la persona del giudice; ma la

([85]) In tal senso, ad esempio, F. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 153, secondo cui il principio di indipendenza riguarda il giudice come organo giudicante, mentre i principi di terzietà e imparzialità riguardano direttamente il giudice come persona.

([86]) In tal senso G. Scarselli, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2001, III, cc. 269 ss.: posto che l'indipendenza attiene alla separazione dei poteri e alla capacità dell'organo di non subire condizionamenti, mentre l'imparzialità significa assenza di ogni interesse connesso al caso concreto, l'autore osserva che vi sono profonde interferenze perché il giudice non indipendente difficilmente sarà imparziale e vi sarà l'esigenza di salvaguardare almeno l'imparzialità.

c.d. *indipendenza interna*, che si realizza attraverso lo *status*(87), dovrebbe invece intendersi come riferita a quest'ultima. Altri, infine, sottolineano come l'indipendenza derivi dall'art. 101, mentre l'imparzialità discende dal principio di uguaglianza(88). E ancora: può essere utile precisare *da cosa* il giudice (o l'organo) debbano essere indipendenti, limitando la portata dell'art. 104, co. 1, al rapporto con gli altri poteri dello Stato e con il potere politico unitariamente inteso(89), mentre l'assenza di condizionamenti di tipo economico o sociale andrebbe ascritta all'imparzialità.

E, ancora, sussiste certamente una differenza tra ciò che attiene alla posizione astratta, istituzionale, del giudice, e ciò che attiene al suo rapporto con le parti o con gli interessi in giuoco in una specifica causa: e, infatti, mentre queste ultime eventualità si risolvono con gli istituti dell'astensione e della ricusazione, una compromissione istituzionale dell'indipendenza (o dell'imparzialità, che dir si voglia) non può che dar luogo a un problema di costituzionalità.

Avventurarsi in una simile discussione esula certamente dai limiti di questo lavoro. Mi limito dunque a proporre una distinzio-

---

(87) R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., p. 138.

(88) R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., p. 136.

(89) Secondo A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 87, l'imparzialità riguarda l'equidistanza dagli interessi in questione, mentre l'indipendenza inerisce alla relazione dell'organo giurisdizionale con soggetti estranei al rapporto processuale come il Governo e il potere politico e costituirebbe una sorta di condizione preliminare di rilevanza "ordinamentale". Secondo M.G. Civinini, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in M.G. Civinini - C.M. Verardi, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 273, deve distinguersi tra terzietà-imparzialità (verso le parti) e terzietà-indipendenza (verso altri poteri), nonché tra imparzialità procedimentale e decisionale. E. Spagna Musso, *Giudice*, cit., pp. 938 ss., pone in evidenza, inoltre, come l'indipendenza risponda (anche) a una fondamentale necessità d'ordine politico-giuridico e cioè l'esigenza di frazionare il potere politico mediante una specifica organizzazione dello Stato in modo da tutelare la libertà dei cittadini e garantire che la forma di governo non degeneri in assetti di tipo totalitario; e comunque garanzie di indipendenza dei singoli giudici si trovano anche in ordinamenti non informati ai principi democratici, e questo perché la necessità della garanzia scaturisce dalle stesse esigenze di imparzialità direttamente connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale.

ne di massima, del tutto convenzionale, e soprattutto a indicare alcuni aspetti che dottrina e giurisprudenza hanno posto recentemente in rilievo e che appaiono rilevanti ai fini del discorso.

Particolare rilievo, ai nostri fini, assumono i principi espressi in numerose sentenze della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di incompatibilità endoprocessuale. Si è precisato infatti che l'imparzialità richiede l'assegnazione della funzione giudicante a un soggetto che sia non solo "scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia del decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie che egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza"(90). Questo divieto di cumulo di decisioni sulla stessa materia viene ricondotto al carattere necessariamente originario della decisione che definisce la causa nonché alla obbiettività della funzione giudicante, che esige la sua massima spersonalizzazione: l'esito del processo deve cioè essere esonerato "dall'eccessivo carico delle qualità e delle propensioni personali dei giudici che vi partecipano"(91).

Si parla quindi, con espressioni tendenzialmente dotate di maggiore estensione applicativa, di incompatibilità da "prevenzione" e si precisa ulteriormente che a tal fine è rilevante anche la sola *apparenza* di condizionamento(92): ciò che deve essere salvaguardato infatti non è solo la sostanza ma anche *l'immagine di indipendenza e terzietà*(93), e devono sussistere garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio in proposito(94). Torneremo più

---

(90) Corte cost., 20 maggio 1996, n. 155, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1464.

(91) Corte cost., 20 maggio 1996, n. 155, cit.

(92) Corte cost., 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1139.

(93) T.a.r. Puglia-Bari, sez. I, 18 novembre 2002, n. 4973, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2002, p. 3745.

(94) C.e.d.u., 1 ottobre 1982, *Piersack*, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 109; C.e.d.u., 28 ottobre 1998, *Castillo Algar*, su cui v. R. Sabato, *L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della C.e.d.u.*, in M.G. Civinini - C.M. Verardi, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., pp. 167 ss.; sull'apparenza di imparzialità, v. anche A. Proto Pisani, *Relazione conclusiva*, *ivi*, pp. 317 ss., secondo cui

avanti su queste specificazioni dell'imparzialità, perché, come appare evidente, esse sono dense di implicazioni possibili rispetto a vari profili dell'ordinamento della giurisdizione amministrativa, e dunque possono essere più proficuamente analizzate e discusse a proposito di quest'ultima.

Quanto al problema terminologico, credo che la difficoltà maggiore, che è quella di distinguere tra *terzietà* e *imparzialità*, potrebbe essere risolta proprio alla luce di quanto prima osservato sui profili strutturali del rapporto tra le parti e il giudice. Per *terzietà* dovrebbe, cioè, intendersi la posizione di equidistanza del giudice dalle situazioni giuridiche soggettive delle parti in quanto tali, e, soprattutto, per come vengono rappresentate in giudizio: equidistanza coessenziale, come si è sottolineato, alla parità tra le situazioni stesse. In questo modo si può integralmente separare la *terzietà* da tutto ciò che attiene ai rapporti tanto economico-sociali, quanto organizzativi e istituzionali, in cui può trovarsi sia la persona del giudice, sia l'organo giudicante. Quanto all'*indipendenza*, credo che sia da accogliere, come indica l'art. 104, la limitazione del concetto al contesto ordinamentale, all'assenza di situazioni di sovraordinazione istituzionale, con l'unica, coerente, estensione all'*indipendenza interna* all'organizzazione giudiziaria.

Ciò che più interessa sottolineare, peraltro, è la *direzione funzionale* della sequenza che collega i vari ordini di garanzie alla tutela individuale, assunta come priorità costituzionale. Procedendo, allora, come per cerchi concentrici, si può dire anzitutto che autonomia e autogoverno, pur avendo un indubbio rilievo istituzionale, devono ritenersi connotati come presidi dell'indipendenza([95]), e che quest'ultima, anche se immediatamente riferita all'ordine giudiziario e allo *status* del giudice, deve intendersi come un

---

"lo svolgere per troppo tempo funzioni specializzate comporta inevitabilmente un ravvicinamento eccessivo tra giudice e interessi che deve tutelare [...]: di qui l'aumento dell'in sé ineliminabile rischio di diminuzione della terzietà e imparzialità quantomeno sotto l'angolo visuale dell'apparire".

([95]) R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., p. 146

più ravvicinato livello di garanzia dell'imparzialità, tanto dell'organo quanto del singolo giudice. In altri termini, autonomia e autogoverno non garantiscono di per sé l'indipendenza, e quest'ultima, a sua volta, non garantisce di per sé l'imparzialità(96): ciascun livello di garanzia è dunque condizione necessaria, ma non sufficiente, dell'*imparzialità* stessa. Ma la sequenza non si arresta qui: essa deve giungere fino alla *terzietà*, nel senso in cui l'abbiamo definita, perché un giudice imparziale non è necessariamente terzo se le situazioni soggettive delle parti non si collocano nei suoi confronti in posizione di parità(97); e la parità – terzietà ci riconduce ancora una volta al criterio ordinante, al punto logico di partenza che abbiamo assunto: la tutela delle situazioni soggettive(98).

---

(96) R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., pp. 133 e 136; secondo E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 7, l'imparzialità "è il primo e fondamentale requisito richiesto a chi è chiamato a rendere giustizia".

(97) Naturalmente non vale l'inverso, in quanto la terzietà oggettiva di per sé non garantisce il risultato, ma presuppone le garanzie soggettive: nel senso che un giudice soggettivamente parziale o dipendente sarà portato ad alterare, nel caso singolo, o nel modo del suo operare, la parità intrinseca del rapporto controverso.

(98) In questo senso, chiaramente, Corte cost., n. 131 del 1996, cit., punto 3.1.: "Il «giusto processo» – formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio – comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di «terzietà» che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio. Le norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale."

Capo Terzo

DOVE, SULLA BASE DELLE PREMESSE POSTE, SI SOSTIENE CHE LA POSIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SI TROVA IN CONTRASTO IRRIMEDIABILE COL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa: l'impatto "eversivo" della riforma dell'art. 111. – 2. Le nomine governative. – 3. Il cumulo di funzioni consultive. – 4. L'incompatibilità da prevenzione. – 5. Gli incarichi extragiudiziari. – 6. Osservazioni finali.

1. *Premessa: l'impatto "eversivo" della riforma dell'art. 111.*

Con le riflessioni fin qui svolte abbiamo cercato di definire un primo livello del discorso che intendiamo svolgere, la verifica cioè se, nel sistema costituzionale, siano identificabili principi generali connotativi del concetto di giurisdizione e dunque, in quanto tali, riferibili in senso precettivo ad ogni istituzione, anche di rilievo costituzionale, che sia definibile come tale.

Si tratta ora di svolgere due ulteriori livelli di discorso. Il primo consiste in una rilettura delle norme costituzionali relative alla giurisdizione amministrativa, rilettura che, negando la tesi della "recezione" di un preesistente sistema speciale derogatorio, renda compatibili tali norme con i principi individuati. Ricomposta in tal modo una coerenza sistematica del testo costituzionale, sarà possibile procedere ad una riconsiderazione del sistema normativo esistente in termini in larga misura nuovi e dissonanti rispetto alle opinioni fin qui comunemente ricevute.

Il primo livello del discorso è stato svolto in modo unitario, in quanto si trattava di definire le connessioni tra i vari aspetti del problema e di individuarne l'assetto sistematico. I due successivi invece verranno trattati congiuntamente, con distinto riferimento ai principali profili individuati e precisamente: *a*) alla posizione del giudice amministrativo (indipendenza, imparzialità); *b*) alla struttura del rapporto controverso (terzietà, parità); *c*) alle forme, ai contenuti ed alla effettività della tutela. Una simile scelta appare infatti preferibile in relazione alla stretta connessione che tradizionalmente esiste tra norme costituzionali "particolari", caratteri del sistema tradizionale, tendenze evolutive del sistema stesso e della sua ricostruzione teorica.

Alcune altre avvertenze è opportuno premettere. La prima riguarda il carattere certo non esaustivo della verifica che potremo compiere: alla luce dei principi assunti come premesse andrebbe riconsiderata l'intera disciplina della giurisdizione amministrativa e rivisitato ogni angolo del relativo processo, il che esula ovviamente dai limiti di questo lavoro, che si fermerà alle questioni fondamentali prima indicate. La seconda intende sottolineare come, nel procedere del discorso, verrà privilegiato il metodo dell'interpretazione adeguatrice, tanto nel rapporto tra principi e norme "particolari" della Costituzione, quanto rispetto alla compatibilità dell'ordinamento legislativo con i principi complessivamente ricostruiti. Lo scopo inizialmente dichiarato (terza avvertenza) è infatti quello di ricostruire un assetto plausibile ed armonico a Costituzione e legislazione vigenti, evitando cioè, nei limiti del possibile(99), un duplice tipo di fuoruscita dal problema che ha caratterizzato e caratterizza tuttora la discussione relativa: il rinvio cioè o a modifiche della Costituzione o a interventi traumatici della Corte costituzionale, eventi tanto auspicabili quanto improbabili.

---

(99) Possiamo anticipare fin d'ora che, rispetto ai punti *b*) e *c*) sopra elencati, una ricostruzione conforme a Costituzione appare praticabile, mentre i problemi di cui al punto *a*) si pongono necessariamente in termini di incostituzionalità.

Si è già avuto modo di osservare (e ne troveremo ulteriore conferma) che le storture del sistema sono sempre più presenti nella letteratura sulla giustizia amministrativa: ma la loro soluzione viene posta per lo più in termini di prospettive di riforma o (più raramente) di censure di incostituzionalità: ma in questo modo si finisce per fornire un alibi([100]) al presente su cui invece si può in larga misura intervenire in via interpretativa.

In questo sforzo di interpretazione adeguatrice molti passaggi potranno apparire forzati: ma questo in parte dipenderà da una scelta metodologica fondata su una prevalenza dei principi sulle norme e sulla ampia fungibilità della loro formulazione letterale, dall'altro le forzature appariranno certamente assai più limitate di quelle che hanno costruito, sulla base dei testi originari tuttora vigenti, un sistema di tutt'altro significato. Ancora una volta dunque la scelta riguarda il punto di partenza, non solo logico, ma anche di priorità di valori: e questa scelta, come si è cercato di argomentare, l'abbiamo certamente fatta.

È stato osservato, con un certo sarcasmo, che i principi di cui al nuovo art. 111 sono stati, "con notevole sprezzo del pericolo", estesi ad «ogni processo», e che sarà interessante vederne l'impatto su processi come il tributario o l'amministrativo([101]). Si potreb-

---

([100]) Tipica in tal senso la posizione di R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., pp. 157 ss., che, pur prendendo chiaramente posizione sull'esistenza di uno "scollamento" tra principi costituzionali e sviluppo del sistema giurisdizionale, conclude invocando la necessità di modificare il Titolo IV della Costituzione per quanto attiene al criterio di riparto e di procedere a una "indispensabile e improcrastinabile" parificazione dello *status* dei diversi giudici livellando verso l'alto le loro garanzie di indipendenza, non essendo più condivisibile alcuna giustificazione per una indipendenza "minore" del giudice amministrativo.

([101]) I. Patrone, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e la C.e.d.u.*, in M.G. Civinini - M.C. Verardi, *Il nuovo art. 111*, cit., p. 155. Per dei cenni al processo tributario e a quello contabile, v. M. Patrono, *Riverberi interpretativi ed applicativi del «nuovo» articolo 111 Cost. sulla organizzazione della giustizia*, in *Rass. parl.*, 2003, pp. 363 ss. Per quanto riguarda il processo amministrativo, le reazioni sono state a dir poco lente e caute: si vedano in proposito E. Picozza, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, pp. 1061 ss., che si sofferma soprattutto sugli aspetti processuali del problema, accennando appena, come si vedrà, a quelli strutturali; analogamente, S. Tarullo, *Il giusto processo am-*

be osservare che tale estensione, più che di temerario coraggio, sia frutto di inconsapevolezza([102]) o di una inconscia, quanto radicata convinzione, che giudici e processi "speciali" godano di un privilegio di extraterritorialità rispetto agli stessi principi costituzionali, e che questi siano riferibili solo alla giurisdizione ordinaria, civile e penale. Ma ciò, ormai, non ha alcuna importanza: l'art. 111 riguarda tutte le giurisdizioni qualificabili come tali e sancisce con estrema chiarezza il loro assoggettamento al principio del giusto processo. Quale che sia la sua portata innovativa, esso indubbiamente raccoglie e formalizza a livello costituzionale un orientamento dottrinale che, come si è visto, ha origini antiche, ed era giunto negli ultimi anni a piena maturazione([103]).

L'impatto della riforma appare particolarmente "eversivo" rispetto ai temi dell'indipendenza e della imparzialità del giudice amministrativo, che ormai non possono più restare affidati al corso di un consistente, ma ancora incompiuto processo di riforma, né giustificare situazioni di minor garanzia su presunte specialità delle funzioni da tale giudice svolte. Quest'ultimo punto è di partico-

---

ministrativo, Milano, Giuffrè, 2004, che tratta, in realtà, il tema dell'effettività della tutela, lasciando in disparte i profili relativi alla posizione del giudice (per un sommario accenno, p. 65); più puntuale, invece, M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111 Cost.*, cit., pp. 2487 ss.

([102]) Ciò appare confermato dagli atti parlamentari, in cui i riferimenti al processo e al giudice amministrativo sono rarissimi e del tutto occasionali; eppure l'espressione "ogni processo" compare fin dal testo originario discusso dal Senato, che era redatto in questi termini: "La giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata." (AS., XIII Leg., n. 3619).

([103]) Sul carattere immediatamente precettivo delle nuove norme costituzionali sul giusto processo, e sulla ineluttabilità della ricerca di una interpretazione adeguatrice o, qualora questa si riveli impossibile, della proposizione della questione di costituzionalità, si pronuncia con forza E. Picozza, *Il «giusto» processo*, cit., pp. 1062 s. Nota inoltre esattamente M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111 Cost.*, cit., p. 2489, in part. nt. 5, che la formula del «giusto processo» fa riferimento non già esclusivamente alle garanzie contenute nei comma successivi dell'art. 111, ma a tutto il complesso di garanzie processuali emergenti dalla Costituzione (ad esempio, quelle attinenti al diritto di azione e alla sua effettività, di cui all'art. 24 Cost.).

lare rilievo, perché l'opinione per lungo tempo dominante, e in varia misura condivisa anche dalla Corte costituzionale([104]), ha giustificato le minori garanzie sulla base di due tipi di argomenti. In primo luogo, sul piano formale, si è fatto leva sulla diversità di trattamento, da parte della Costituzione, della magistratura ordinaria rispetto a quelle "speciali": mentre, infatti, la prima sarebbe direttamente garantita dagli artt. 101, 102 e 104-107 Cost., per le seconde l'art. 108, co. 2, si limiterebbe a enunciare un generico principio, rinviando ad un'ampia discrezionalità del legislatore ordinario. Tale discrezionalità, inoltre, avrebbe notevole ampiezza, in quanto la particolare natura delle funzioni affidate a queste ultime non solo giustificherebbe ma, a rigore, esigerebbe una diversa e minore garanzia di indipendenza: si pensi all'ideologia del Consiglio di Stato come giudice-amministratore, che addirittura sfuma il carattere della sua funzione "giurisdizionale" verso quella di controllo e di tutela dell'interesse pubblico([105]). Le giurisdizioni

---

([104]) G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 729, che rileva l'andamento "esitante, molto articolato e che può apparire persino contraddittorio" dell'atteggiamento della Corte costituzionale che da un lato ha riaffermato il principio della unicità della giurisdizione (sent. 28 dicembre 1970, n. 200, in *Giur. cost.*, 1970, pp. 2237 ss.) dall'altro lo revoca in dubbio (sent. 19 febbraio 1965, n. 5) o lo respinge (sent. 22 marzo 1971, n. 55, in *Giur. cost.*, 1971, pp. 573 ss.). Pur accettando che l'unicità della giurisdizione possa convivere con regimi parzialmente diversi dei vari ordini di giudici, Silvestri critica in particolare l'affermazione della Corte (sent. 16 gennaio 1978, n. 1, in *Giur. cost.*, 1978, pp. 3 ss.) per cui detta diversità deriverebbe da motivi di tradizione storica accolti dal costituente. Di particolare rilievo comunque è la netta affermazione per cui "le norme costituzionali sulla giurisdizione non costituiscono un mero «programma» da attuarsi, a cura del legislatore, con ampia discrezionalità, o da concretizzarsi a cura della Corte [...], ma si presentano come un corpo coerente di principi e criteri *immediatamente validi ed applicabili*, tali cioè da rendere costituzionalmente illegittima ogni disposizione di legge contrastante". E dunque "un'azione demolitoria più incisiva" contribuirebbe da una parte a rendere subito applicabili alcune regole fondamentali, dall'altra a stimolare il legislatore" (*op. cit.*, p. 735). Sull'atteggiamento della Corte v. anche R. GAROFOLI, *Unicità della giurisdizione*, cit., pp. 146 ss.

([105]) R. GAROFOLI, *Unicità della giurisdizione*, cit., pp. 144 ss., osserva come la diversa disciplina costituzionale dell'indipendenza ha indotto alcuni a sostenere che l'indipendenza dei giudici speciali "costituzionalizzati" sia da considerare dimidiata in rapporto alla diversità dei tipi di giurisdizione e alle ragioni

"speciali" sarebbero dunque manifestazioni atipiche, non partecipi della funzione giurisdizionale vera e propria(106), fenomeni marginali e residuali, di ambito ben circoscritto e come tali passibili di trattamento anche fortemente differenziato.

Questo orientamento appare ormai privo di ogni fondamento: non solo in virtù della convincente ricostruzione del principio di unità costituzionale della giurisdizione, di cui si è ampiamente trattato(107), ma per la nuova lettura che, in relazione ai primi due comma dell'art. 111, deve darsi non solo dell'art. 108, co. 2, ma di tutto il Titolo IV. Se è vero, infatti, che la Costituzione prevede diversi ordini di giudici, se è pure vero che, su un piano letterale, dedica una particolare e diretta attenzione a quelli "ordinari", se infine, nell'ambito della riserva di legge comune a tutti i giudici, sembra fare riferimento a testi distinti(108), è anche indubbio che l'espressa formulazione dei principi del giusto processo, e la loro estensione ad ogni processo e ad ogni giudice, impone un drastico ridimensionamento della discrezionalità(109) del legislatore nel disciplinare quelli speciali, e ciò non solo nel senso della piena applicabilità ad essi delle garanzie di terzietà e imparzialità, ma anche della applicabilità ai medesimi di molte altre disposizioni contenu-

---

della loro istituzione e ritiene di aderire a questo orientamento, nel senso che la Costituzione avrebbe demandato al legislatore il compito "di contemperare l'esigenza irrinunciabile e peraltro difficilmente degradabile di indipendenza e autonomia con le ragioni della specialità".

(106) Per una critica a questo orientamento, v. G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione*, cit., pp. 712 ss.

(107) Sul dibattito alla Costituente, v. G. Silvestri, *Giudici*, cit., pp. 716 ss.

(108) L'art. 102 parla infatti di "magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario", mentre l'art. 108 parla di "norme sull'ordinamento giudiziario" come qualcosa di distinto dalle norme "su ogni magistratura"; si vedano inoltre gli artt. 105 (che rinvia alle "norme dell'ordinamento giudiziario" rispetto alle competenze del C.S.M.) e 106, co. 2, che a proposito dei magistrati onorari fa riferimento a "la legge sull'ordinamento giudiziario".

(109) In tal senso R. Pinardi, «*Autogoverno» e indipendenza dei giudici speciali: riflessioni sulla composizione prevista per il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3315, secondo cui la discrezionalità del legislatore è particolarmente "circoscritta, essendo rinvenibili soluzioni obbligate, e cioè già contenute nelle disposizioni adottate dal costituente in relazione alla magistratura ordinaria".

te nel Titolo IV([110]): direttamente e puntualmente dell'art. 101, della riserva di legge di cui agli artt. 102, co. 1, e 108, co. 1, del principio di autonomia-indipendenza di cui all'art. 104, co. 1, delle garanzie di *status* di cui agli artt. 106 e 107, ma anche, sostanzialmente, del principio di autogoverno di cui agli artt. 104 e 105([111]). Se, infatti, si accoglie la tesi che abbiamo proposto circa la coessenzialità dei vari livelli di garanzia e la loro finalizzazione alla tutela dei diritti individuali, se si riconosce che il principio del giusto processo fornisce oggi (se pur ve n'era bisogno) un diretto ed esplicito fondamento costituzionale a detta coessenzialità, ogni scorporo e ogni sostanziale riduzione di ciascun livello non potrebbe non comportare una *complessiva* caduta del sistema costituzionale di garanzia della funzione.

Questa ricostruzione implica un essenziale corollario: l'assoluta incompatibilità con la Costituzione dell'idea (o dell'ideologia) del giudice-amministratore, che pure ha così intensamente sedotto molti maestri del diritto amministrativo([112]), e che continua a fun-

---

([110]) Per un orientamento di fondo sensibile all'unità dei principi costituzionali sulla giurisdizione, si vedano, in particolare, G.B. Verbari, *Principi di diritto processuale amministrativo*, cit., e F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit.

([111]) A proposito dei riflessi strutturali e organizzativi del nuovo art. 111 sulla giurisdizione amministrativa, osserva E. Picozza, *Il «giusto» processo*, cit., p. 1071, che non deve essere sottovalutato il "preoccupante dato della dipendenza degli organi di giurisdizione amministrativa dal potere politico e in particolare dalla Presidenza del Consiglio": ma, in modo non del tutto coerente con l'affermata precettività delle norme in questione (v. *retro*, nt. 103), la preoccupazione si risolve nell'auspicio della creazione di un ordine giudiziario autonomo completamente staccato dalla pubblica amministrazione; e ciò si renderebbe tanto più necessario in relazione alla crescente centralità del giudice amministrativo quale «giudice ordinario» dei conflitti con la pubblica amministrazione.

([112]) Valga, per tutti, il caso di Nigro, la cui costruzione teorica dell'interesse legittimo e del giudizio amministrativo è strettamente legata a questa idea, nel senso che è il giudice a definire progressivamente (annullamento, effetto conformativo, giudizio di ottemperanza) la consistenza delle situazioni contrapposte, dell'interesse individuale da un lato e dell'interesse pubblico dall'altro; per una significativa applicazione di tale teoria, v. *retro*, nt. 34. Fieramente avverso a ogni idea di giudice amministratore è invece F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., pp. 387 ss., che la ritiene "un'immagine distorta e falsa [...] che la scienza del diritto dovrebbe respingere senza esita-

gere da riferimento di identità per il giudice amministrativo stesso. Per quanto attiene alle garanzie soggettive e alla verifica dei possibili margini di una loro differenziazione rispetto a quest'ultimo, ciò significa che nessuna attenuazione di indipendenza e di imparzialità può ritenersi ammissibile in quanto giustificata da un qualsiasi orientamento della funzione giudicante verso l'interesse pubblico, o da una qualsiasi "vicinanza" del giudice rispetto all'amministrazione.

2. *Le nomine governative.*

Possiamo, a questo punto, prendere in esame almeno i problemi cruciali della vigente disciplina della giurisdizione amministrativa([113]), quelli cioè che, in parte sotto il profilo dell'indipendenza, in parte sotto quello dell'imparzialità, inducono ad affermarne la chiara e netta incostituzionalità: le nomine governative, il cumulo tra funzioni giurisdizionali e consultive, gli incarichi extragiudiziari.

Per quanto attiene alle nomine, il primo problema da considerare è quello relativo al presidente dell'organo di autogoverno della giurisdizione amministrativa: a questo proposito si dovrebbe aprire un discorso complessivo e analitico sulle differenze tra questo e il Consiglio superiore della magistratura, ma possiamo limitarci a un duplice ordine di premesse. La prima riguarda l'ammissibilità e, per certi aspetti, la necessità di una disciplina differenzia-

---

zioni"; quanto all'effetto conformativo (ironicamente descritto come un inchinarsi del giudice verso l'amministrazione in funzione pedagogica per esprimere insegnamenti, "ammonimenti, allusioni e quasi ammiccamenti"), Ledda aggiunge che questo significa "rappresentazione del giudizio come una sorta di incidente nello svolgimento della funzione amministrativa", lontana dall'idea del *processus iudicii* di Salvatore Satta: e "la stessa figura del giudice risulta incomprensibile, la logica del giudizio e del processo sembra impenetrabile dalla ragione" (p. 388).

([113]) Come si è avvertito, non potremo entrare nel merito di tutti i problemi inerenti allo *status* e alla carriera dei magistrati (ordinari e amministrativi), e tantomeno ad un confronto diretto a verificare puntualmente in che limite siano ammissibili trattamenti diversificati: uno studio che non ci risulta essere mai stato organicamente condotto, e di cui sarebbe auspicabile la realizzazione.

ta: la Costituzione infatti prevede l'esistenza di due ordini di giudici di diversa struttura e dimensione, e disciplina direttamente soltanto l'organo di autogoverno di quelli ordinari; il legislatore ordinario dunque, se da un lato deve conformarsi ai principi che informano tale disciplina, dall'altro deve ritenersi dotato di una certa discrezionalità nell'adattarli alle peculiarità organizzative del giudice amministrativo. Ed a questo proposito non si può che esprimere un giudizio complessivamente positivo sull'ordinamento attuale, specialmente a seguito dell'introduzione dei membri laici prevista dalla legge n. 205 del 2000: ma, a livello di principi, il problema della nomina governativa del presidente del Consiglio di Stato, che è di diritto preposto anche al Consiglio di presidenza, rimane aperto. Anche su questo punto è chiaro che un puntuale parallelismo con il C.S.M. è impossibile, perché neppure il legislatore ordinario potrebbe attribuire al Presidente della Repubblica la corrispondente carica nell'organo di autogoverno della magistratura amministrativa: se però una soluzione "neutra" al più alto livello costituzionale non è praticabile, ciò non vale a legittimare un intervento (indiretto ma automatico) del Governo. Già è dubbio infatti che sia conforme al principio di indipendenza la nomina del presidente del Consiglio di Stato: ma che questo comporti la presidenza dell'organo di autogoverno appare come una intrinseca contraddizione; né il (semplice) parere del Consiglio di presidenza può attenuare questo contrasto. Le soluzioni idonee a rendere l'obbiettiva diversità di situazione compatibile con i principi costituzionali possono essere diverse: in primo luogo il presidente del Consiglio di Stato dovrebbe essere autonomamente designato dal Consiglio di presidenza e potrebbe far parte di quest'ultimo, in armonia con l'art. 104, co. 3, Cost., senza peraltro presiederlo di diritto. Si dovrebbe quindi prevedere una necessaria distinzione tra le due cariche, rendendo ovviamente elettiva anche la seconda, riservandola, in armonia con l'art. 104, co. 5, Cost., a uno dei membri eletti dal Parlamento. Ma, quale che sia

la migliore soluzione, la disciplina attuale deve considerarsi senz'altro incostituzionale.

Quanto alla nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato, il discorso può essere assai breve, tanto appare manifesta la violazione del principio di indipendenza che essa comporta, pur con le attenuazioni introdotte dalla legge 27 aprile 1982, n. 186. L'infelice sentenza della Corte costituzionale([114]) non ha infatti convinto nessuno([115]): in primo luogo infatti essa si fondava sul generale presupposto della riferibilità del Titolo IV ai soli magistrati ordinari, mentre, come si è ampiamente visto, nei molti anni che ci separano da allora, si è (in maggiore o minor misura) affermato l'opposto canone interpretativo (ormai espressamente sancito dall'art. 111) dell'unità della giurisdizione nel senso della soggezione di ogni giurisdizione definita come tale ai principi costituzionali relativi alla magistratura.

Quanto poi al merito delle argomentazioni, ricordiamo che esse erano sostanzialmente due: la prima affermava che il criterio del pubblico concorso (sia per gli impiegati pubblici in genere sia per i magistrati in particolare) risponde solo ad esigenze tecnico-professionali di selezione; la seconda che l'indipendenza è (sufficientemente) garantita dallo *status* del giudice, indipendentemente dalle modalità della sua designazione. Quanto simili considerazioni siano lontane dalla realtà è appena il caso di dire: è evidente in-

---

([114]) Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 177, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2348.

([115]) A partire da C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, IX ediz. rielab. aggiorn., Padova, Cedam, 1976, p. 1351, nt. 1. Sul punto v. anche G. Silvestri, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione*, cit., p. 734, nt. 48, e, *ivi*, ulteriori riferimenti. Occorre dunque eliminare ogni interferenza dell'esecutivo; indipendenza e terzietà vanno garantite non solo con l'inamovibilità, ma eliminando la nomina governativa; sul fatto che la previsione di un potere di nomina dei giudici affidato all'organo posto al vertice dell'attività che i giudici medesimi sono istituzionalmente chiamati a sindacare e controllare appaia difficilmente con le esigenze di indipendenza e di imparzialità, v. anche R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., p. 162, e M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111*, cit., p. 2511, che sottolinea come le norme vigenti, anche a voler ammettere che siano idonee ad assicurare l'indipendenza, non sembra che possano garantire la sua terzietà e la sua imparzialità

fatti che la scelta dei giudici fondata sul criterio neutro della professionalità, tende a garantire contro influenze anomale (di tipo politico, clientelare o altro) sulla selezione stessa; così come è evidente che anche il più garantistico *status* di indipendenza del giudice non vale ad eliminare il vizio di origine del criterio politico (o comunque del rapporto di fiducia) che determina la sua scelta.

Valga del resto, a chiusura di questo discorso, una semplice controprova: cosa dovrebbe ritenersi di una ipotetica legge che affidasse al Governo la nomina del primo presidente della Corte di Cassazione e di un quarto dei suoi componenti? Malgrado i tempi non siano tra i più favorevoli all'autonomia e all'indipendenza della magistratura, credo che la risposta sarebbe scontata.

3. *Il cumulo di funzioni consultive.*

La coesistenza in un unico organo, il Consiglio di Stato, di funzioni consultive e giurisdizionali, rappresenta certamente una anomalia rispetto ai principi generali attinenti alla giurisdizione; basti pensare, come già si è osservato, alla qualificazione costituzionale dell'organo che, nella collocazione costituzionale, appare sdoppiata: organo ausiliario del Governo secondo il Titolo III e organo dotato di funzioni giurisdizionali secondo il Titolo IV. E proprio l'espressa previsione in Costituzione di tale duplicità sembra rendere insuperabile l'anomalia stessa([116]). Ma anche rispetto a tale problema, è necessaria una più attenta riflessione: occorre, cioè, prima di giustificare in base al detto presupposto l'or-

([116]) V., sul punto, M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111*, cit., p. 2507, secondo cui la compresenza dei due tipi di funzione determina una contiguità «strutturale» tra giudice amministrativo e amministrazione-parte, che sembra difficilmente compatibile con il principio di imparzialità e terzietà oggi solennemente sancito dall'art. 111 Cost.; ma tale affermazione viene svuotata dalla considerazione per cui detta compresenza è prevista dalle stesse norme costituzionali (artt. 100 e 103) che hanno recepito la tradizionale configurazione del Consiglio di Stato, anche in omaggio al prestigio di cui detto organo ha goduto. Non potrebbe dunque parlarsi di incostituzionalità, ma di una «rottura», o quantomeno di una incoerenza della Costituzione.

dinamento esistente, verificare se è possibile una diversa interpretazione del testo costituzionale.

È fin troppo evidente come la teoria (acritica) della "recezione" trovi qui un suo significativo terreno di applicazione. Se fosse vero, infatti, che la Costituzione si è limitata a riconoscere come tale il sistema preesistente, non si potrebbe non convenire sul fatto che l'attribuzione delle due funzioni al Consiglio di Stato costituisse uno dei tratti strutturali più significativi del sistema stesso, ben radicato nelle sue origini, e successivamente giustificato da una dottrina pressoché unanime con dovizia di argomenti tecnici, funzionali e, in ultima analisi, di politica istituzionale. La continuità tra consulenza "pura", partecipazione sostanziale alla decisione del ricorso straordinario e funzione giurisdizionale si collocava nel contesto di una comune finalizzazione all'interesse pubblico e nell'ideologia del giudice-amministratore. La funzione giurisdizionale restava, in altri termini, "attratta" da quella consultiva, subendo un marcato snaturamento.

Le considerazioni precedentemente svolte, in termini generali, circa l'inaccettabilità della tesi della "recezione" e il progressivo affermarsi di una interpretazione costituzionale fondata sul principio di unità della giurisdizione, indicano, anche a questo proposito, una precisa direzione per una diversa lettura della "anomalia", fondata, all'opposto di quella tradizionale, su una contestuale scissione tra le due funzioni e sulla "attrazione" di quella giurisdizionale nell'ambito dei principi ad essa propri. E, partendo da questi presupposti di interpretazione sistematica, si vedrà che le norme costituzionali possono ben essere rilette in modo compatibile. In primo luogo, come già si è ricordato, l'espressione "giustizia nell'amministrazione", contenuta nell'art. 100, venne intesa dai costituenti come riferita al ricorso straordinario([117]): e allora la

([117]) V. *retro*, nt. 40; il concetto di giudice "nell'amministrazione", contrapposto a quello di giudice "dell'amministrazione", è stato ripreso, con apparente consenso, tanto dalla Corte costituzionale (sentenza n. 204 del 2004, cit.) quanto dalle relative ordinanze di rimessione: ma non è ben chiaro cosa si intenda dire,

duplicità di funzioni non è stabilita da tale norma, ma si alloca in due diversi articoli (100 e 103) e, ciò che più conta, nei due diversi titoli dedicati rispettivamente al Governo e alla Magistratura; e in questo modo si supera l'aspetto più stridente dell'anomalia, che sarebbe, secondo la lettura prevalente, l'attribuzione (*ex* art. 100) di funzioni giurisdizionali a un organo ausiliario del Governo. Ma altri argomenti testuali possono essere utilizzati in questa direzione.

Si pensi, ad esempio, al fatto che gli artt. 100 e 103 fanno riferimento a soggetti (intesi come complessi organizzativi) diversi e, rispettivamente, al Consiglio di Stato come tale e al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa: pare, cioè, profilarsi una distinzione tra il Consiglio di Stato *in quanto eserciti funzioni consultive e di "giustizia" genericamente intesa*, e organi che *hanno giurisdizione*, e cioè (al di là del ripetuto uso del termine "giustizia") un ordine giudiziario distinto, costituito dal Consiglio stesso, in quanto eserciti funzioni giurisdizionali, e dai T.a.r., che esercitano istituzionalmente solo queste ultime. E tale distinzione, che potrebbe apparire forzata in base a questo solo elemento, risulta invece confermata dalla diversa disciplina che la Costituzione detta in materia di indipendenza e imparzialità: l'art. 100 garantisce al Consiglio di Stato (in quanto, appunto, secondo la tesi ora esposta, organo consultivo) l'indipendenza dell'istituto e dei suoi componenti di fronte al Governo, mentre l'art. 108 assicura l'indipendenza dei *giudici* di *ogni magistratura* secondo i principi del Titolo IV, che sono con tutta evidenza ben più intensi ed articolati di quelli ricavabili dall'art. 100. E a ciò si aggiunga che, sempre e soltanto per i *giudici*, l'art. 111 richiede garanzie di terzietà e imparzialità.

---

perché, a ben guardare, l'idea di un giudice realmente terzo e imparziale, la cui giurisdizione sia definita dalla presenza nella controversia di un soggetto pubblico, risulta assai più armonica ai principi ricordati che non quella di un giudice degli interessi legittimi in qualsiasi modo incardinato nell'organizzazione della parte pubblica o con questa in qualsiasi modo connesso.

Una simile ricostruzione, se appare solidamente fondata come orientamento interpretativo in funzione di armonizzazione del testo costituzionale, non risolve certo tutti i problemi, perché, alla fine, l'unità organizzativa del Consiglio di Stato resta e le due funzioni, e i relativi complessi organizzativi, restano comunicanti per un verso e asimmetrici per l'altro.

De iure condendo, dunque, l'unica soluzione pienamente appagante sarebbe la separazione tra gli organi, come previsto nel progetto di riforma costituzionale del 1997. Ma, anche a Costituzione vigente, non c'è dubbio che il legislatore dovrebbe cercare soluzioni compatibili con la lettura qui accolta: ad esempio, come è stato da alcuni proposto, attraverso una separazione delle carriere all'interno del Consiglio di Stato che attribuisca identità e stabilità ai suoi organi consultivi da un lato e a quelli giurisdizionali dall'altro, ricomponendo una più stretta unità sia organizzativa che di *status* tra questi ultimi e i T.a.r.([118]). Ma la legge vigente, lungi dall'ispirarsi a questi criteri, detta un indirizzo diametralmente opposto, che è quello dell'avvicendamento dei magistrati tra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali (art. 2, co. 1, legge n. 186 del 1982); a ciò può aggiungersi il fatto che i componenti di queste ultime sono comunque costantemente chiamati a svolgere funzioni consultive nell'ambito dell'Adunanza generale. E, d'altra parte, lo *status* di consigliere di Stato non prevede alcuna differenziazione né in termini di carriera, né di garanzie.

È dunque necessario valutare attentamente la costituzionalità del sistema vigente sotto il profilo dell'imparzialità.

([118]) G. Scarselli, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, cit., p. 265; R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., p. 162. E. Picozza, *Il «giusto» processo*, cit., p. 1071, parla di un "apparente problema" della compresenza del ruolo consultivo e giurisdizionale; ma si tratta, prosegue, "di una peculiarità presente anche in altri ordinamenti e – purché sia garantito un *chinese wall* tra funzioni giurisdizionali e funzioni consultive" non sarebbe applicabile il principio affermato dalla C.e.d.u. nel caso *Procola* (su cui v. oltre, nt. 125). Non si vedono, peraltro, nel nostro ordinamento, tracce di muraglie: anzi, l'art. 2, co. 1, legge n. 186 del 1982, sembra tracciare tra le due funzioni un'ampia strada a doppio senso di marcia.

4. *L'incompatibilità da prevenzione.*

A tal fine si deve far riferimento ai principi relativi alla c.d. incompatibilità da prevenzione e alla salvaguardia dell'immagine di imparzialità a cui si è già fatto riferimento([119]) e di cui adesso possiamo compiere una più approfondita analisi.

È necessario, in proposito, precisare che la citata giurisprudenza della Corte costituzionale e della C.e.d.u. si riferisce alla incompatibilità *personale*, alla lesione dell'imparzialità che si verifica quando uno stesso giudice viene a pronunciarsi più volte in fasi processuali diverse; entro questo ambito, peraltro, viene introdotta una ulteriore distinzione tra l'effettivo atteggiamento del giudice stesso e l'oggettiva duplicazione di sedi in cui si pronuncia: nel primo caso l'incompatibilità deve essere specificamente provata, operando una presunzione di imparzialità; mentre, nella seconda ipotesi accade il contrario, nel senso che l'imparzialità appare compromessa oggettivamente([120]).

([119]) V. *retro*, capo II, par. 7.

([120]) Cfr. C.e.d.u., 1 ottobre 1982, *Piersack*, cit.: "Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime"; in senso conforme, C.e.d.u. 28 ottobre 1998, *Castillo* Algar, cit.: "S'agissant de la démarche subjective, la Cour rappelle que l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (arrêt *Hauschildt* c. *Danemark* du 24 mai 1989, série A n. 154, p. 21, § 47). [...] Quant à l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y a de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables et notamment aux prévenus. Doit donc se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité. Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Hauschildt* précité, p. 21, § 48)".

L'incompatibilità poi viene espressamente affermata in presenza di diverse condizioni: deve trattarsi di esercizio di funzioni decisorie, relative alla medesima *res judicanda* e che vengano esercitate in fasi diverse del processo([121]). Quanto poi al rilievo dell'incompatibilità, la Corte costituzionale distingue tra il processo penale, rispetto al quale ha ritenuto incostituzionale l'art. 34 c.p.p. in quanto non prevede l'incompatibilità stessa, e il processo civile, nel quale sono da ritenersi sufficienti gli istituti dell'astensione e della ricusazione([122]).

Se tali specificazioni dovessero ritenersi tassative, il principio in esame non sembrerebbe applicabile al caso che ci riguarda: sembra però di poter affermare che le esigenze di garanzia e le indicazioni di principio poste dalle due corti a fondamento delle loro particolari decisioni vadano ben oltre la particolarità dei casi decisi. Se è vero infatti che l'incompatibilità da prevenzione ha lo scopo di evitare che uno stesso soggetto ripercorra un itinerario logico già seguito([123]), che sia sgombro da convinzioni precostituite e che la sua decisione abbia carattere necessariamente originario([124]); e se pure è vero che si tratta di tutelare, al di là di ogni

---

([121]) Corte cost., n. 131 del 1996, cit., e, *ivi*, ampi riferimenti alla giurisprudenza precedente.

([122]) Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 387, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2981; dopo aver ribadito che il principio di imparzialità-terzietà ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, la Corte specifica che deve tenersi conto delle peculiarità proprie di ognuno: per il processo penale, l'art. 34 c.p.p. individua tipicamente le situazioni pregiudicanti ritenute di per sé incompatibili con l'esercizio di ulteriori funzioni giurisdizionali nel medesimo procedimento, mentre in quello civile e amministrativo le esigenze di imparzialità sono risolvibili attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione; né tale diversità di disciplina può ritenersi arbitraria, data la diversa posizione delle parti nel processo. Ricordiamo che l'art. 51 c.p.c. prevede, al n. 4, l'obbligo di astensione se il giudice ha conosciuto della causa come magistrato in altro grado del processo.

([123]) Corte cost., n. 387 del 1999, cit.

([124]) Corte cost., n. 155 del 1996, cit., secondo cui "l'imparzialità è [...] connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto "terzo", non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a

dubbio([125]), anche l'immagine di imparzialità, di evitare anche la mera apparenza di condizionamento([126]), è evidente che una concezione estensiva dell'istituto sia non solo possibile ma anche doverosa.

Ciò vale anzitutto riguardo all'identità della *res judicanda*, che va intesa come riferibile anche a singoli aspetti della decisione in questione e in particolare anche alla (sola) interpretazione della legge da applicare; ma vale anche rispetto al carattere decisorio delle due funzioni che il giudice viene a esercitare, ben potendo la sua "prevenzione" verificarsi o apparire possibile anche nel cumulo di funzione consultiva e giurisdizionale. In tal senso si è del resto pronunciata la C.e.d.u. affermando la violazione dell'art. 6-1 della Convenzione rispetto ad una decisione del Consiglio di Stato lussemburghese in quanto alcuni membri componenti il *Comi-*

---

svolgere in precedenza." L'obbiettività della funzione giudicante, prosegue la Corte, esige la sua massima spersonalizzazione, e le incompatibilità endoprocessuali operano al fine di "esonerare l'esito del processo dall'eccessivo carico delle qualità e delle propensioni personali dei giudici che vi partecipano, salvaguardando così anche il significato proprio e distinto di ciascuna fase."

([125]) C.e.d.u., 28 ottobre 1998, *Castillo Algar*, cit., nonché 7 giugno 2001, *Procola*, in cui si afferma che il semplice dubbio, anche se poco giustificato, è sufficiente ad alterare l'imparzialità del giudice.

([126]) Corte cost., n. 131 del 1996, cit.: "le incompatibilità dei giudici determinate da ragioni interne allo svolgimento del processo sono finalizzate a evitare che condizionamenti, o apparenze di condizionamenti, derivanti da precedenti valutazioni cui il giudice sia stato chiamato nell'ambito del medesimo procedimento, possano pregiudicare o far apparire pregiudicata l'attività di «giudizio»"; in tal senso la giurisprudenza della Corte è consolidata: v., da ultimo, anche la sentenza n. 387 del 1999, cit. Il principio sembra accolto anche nella giurisprudenza amministrativa: v., in tal senso, T.a.r. Puglia-Bari, I, 18 novembre 2002 n. 4973, cit., per cui l'incompatibilità dell'attività di consulenza tributaria con l'ufficio di giudice tributario è determinata dall'evidente *ratio legis* di evitare qualsiasi conflitto o tensione, *anche solo potenziale*, tra la sfera dell'interesse professionale e quella dell'esercizio della funzione giurisdizionale, e di salvaguardare la *sostanza e l'immagine* di *indipendenza* e *terzietà* del giudice, principio ora vieppiù esaltato dal recepimento del valore dell'imparzialità nel precetto costituzionale sul giusto processo (art. 111 Cost.). In tal senso, precisa il T.a.r., assumono rilievo e determinano incompatibilità anche *situazioni, non connotate dall'esercizio formale diretto dell'attività* come, nella specie, la spendita del nome dello studio, comprensivo anche di quello del giudice tributario, e la conseguente riferibilità a questi nella percezione della clientela, dell'attività professionale.

té du contentieux, chiamati a pronunciarsi in tal sede sulla legalità di un regolamento, si erano pronunciati sulla stessa questione in sede consultiva([127]).

Resta peraltro da esaminare un ultimo problema: se il caso *Procola* afferma la violazione del principio di imparzialità anche quando la prevenzione discenda da una pronuncia non giurisdizionale, esso si riferisce pur sempre ad una incompatibilità riferita ai giudici come persone: si tratta ora di vedere se l'imparzialità debba ritenersi lesa anche dalla semplice coesistenza di sedi consultive e giurisdizionali in uno stesso complesso organizzativo e dalla circolazione dei giudici tra le sedi stesse. A tale proposito si potrebbe anzitutto esprimere il dubbio che gli istituti dell'astensione e della ricusazione siano sufficientemente garantistici rispetto alla stessa incompatibilità personale: può essere infatti assai difficile per le parti accertare se un componente del collegio di fronte a cui è instaurato il processo abbia partecipato a sedute di organi consultivi in cui si siano trattate questioni identiche o ana-

---

([127]) C.e.d.u., 7 giugno 2001, *Procola*, cit.: "La Cour constate qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'Etat, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres aspects du grief". Su questa giurisprudenza, v. M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111*, cit., pp. 2508 ss., che ricorda un'altra sentenza della C.e.d.u., la *Kleyn and others* v. *The Nederlands*, del 6 maggio 2003, in cui la Corte ha espresso cautela nel valutare astrattamente la compatibilità di una struttura nazionale con l'art. 6 della Carta, dovendosi limitare ad una valutazione caso per caso; ma ricorda anche (p. 2510, nt. 63) le relazioni dei giudici dissenzienti, una delle quali stigmatizza in termini generali la commistione tra funzioni giurisdizionali e di governo in capo ai medesimi organi ed auspica la loro separazione netta per garantire al meglio l'imparzialità del giudice. Sulla estensione dell'incompatibilità da prevenzione all'esercizio di funzioni consultive da parte dello stesso giudice concorda F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 155, che ritiene applicabili i rimedi dell'astensione e della ricusazione.

loghe(128); mentre è evidente che l'impossibilità istituzionale di presenza nelle due sedi risolve in radice il problema.

Ben più rilevante appare poi il riferimento ad un principio da tempo presente nel nostro ordinamento: quello cioè che costituisce la *ratio* dell'alternatività tra ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato e della non impugnabilità delle decisioni del primo di fronte al secondo. *Ratio* pacificamente identificata nella necessità di evitare una duplice pronuncia del Consiglio stesso in sede consultiva e giurisdizionale(129).

Detto principio risulta oggi rafforzato dalla natura sostanzialmente giurisdizionale che il Consiglio di Stato da un lato e la Corte di giustizia delle Comunità Europee dall'altro hanno riconosciuto alla decisione del ricorso straordinario(130). Ma, a parte i dubbi che si potrebbero sollevare sulla costituzionalità dell'istituto qualora si dovesse davvero ritenere di tal natura, la regola del *ne bis in idem* è stata riconosciuta come fondamento dell'alternatività in tempi risalenti, quando la natura amministrativa del ricorso e il carattere consultivo dell'intervento del Consiglio di Stato

---

(128) Basti pensare, nel caso che ci riguarda, alla defatigante, per non dire impossibile, indagine che l'interessato dovrebbe compiere per verificare se sulla questione di diritto all'esame dell'organo giurisdizionale il Governo abbia mai chiesto un parere all'organo consultivo, di cui, per di più, dovrebbe essere accertata la composizione. Osserva poi M. Mengozzi, *La riforma dell'art. 111*, cit., p. 2509, che in alcuni casi la diversità dei componenti dell'organo consultivo da quelli dell'organo giudicante non può essere garantita, come ad esempio nell'impugnazione di un atto regolamentare su cui abbia espresso il proprio parere l'Adunanza Generale.

(129) Parlano in termini più generici di "esigenza di evitare una concorrenza" tra sede consultiva e giurisdizionale, F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 532, e A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 157.

(130) V. Corte giustizia C.E., sez. V, 16 ottobre 1997, C-69/96 a C-79/96, in *Foro amm.*, 1997, p. 2610, che ha affermato la natura di "giurisdizione" del ricorso straordinario ai sensi dell'art. 234 TrUE, con la conseguente possibilità di sollevare in quella sede questioni di pregiudizialità comunitaria. Su questa base il Consiglio di Stato ha riconosciuto la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale (sez. I, 19 maggio 1999, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 179) e il valore di cosa giudicata della decisione (sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, *ivi*, p. 2649).

erano del tutto pacifici. Come pacifico era, e rimane, il fatto che la regola non riguarda l'effettiva presenza della stessa persona nelle due sedi, ma il puro e semplice succedersi di due pronunce dell'*organo* consultivo e di quello giurisdizionale.

E infine, a parte questo pur significativo precedente, l'incidenza sull'imparzialità della circolazione dei giudici tra i due tipi di organi appare evidente in base al principio che vuole tutelata anche l'immagine e l'apparenza: è infatti la stessa coesistenza delle due funzioni nell'ambito del Consiglio di Stato a consentire l'oggettivo dubbio sull'imparzialità del giudice: "non può essere giudice pienamente indipendente e imparziale in vertenze tra l'Amministrazione e il cittadino chi è anche «consigliere del Principe» [...]; piena indipendenza si realizza solo quando vi sia un'indifferenza istituzionale del giudice rispetto alle parti in causa. Ma questa condizione non si può avere quando lo stesso organo svolga anche funzioni consultive, tanto più se di rilievo primario"([131]).

La conclusione dunque non può che essere nel senso dell'incostituzionalità dell'ordinamento vigente: in modo diretto e specifico dell'art. 2, co. 1, legge n. 186 del 1982, cit., e, in generale, in quanto non sono previste sufficienti garanzie degli organi e dei soggetti giudicanti in termini di indipendenza e, soprattutto, di imparzialità.

([131]) A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 382; l'autore prosegue osservando esattamente che, "l'indipendenza del giudice richiede di essere misurata rispetto a un organo giurisdizionale nel suo complesso e perciò va verificata rispetto all'assetto di una giurisdizione nella sua globalità; insomma, se un organo è indipendente, lo deve essere nella sua globalità, altrimenti non lo è. D'altra parte la garanzia dell'indipendenza del giudice non si risolve nella sua imparzialità personale, ma inerisce innanzitutto all'ordine giurisdizionale in cui si colloca quel giudice". In tal senso, v. anche R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione*, cit., p. 131, che aderisce all'opinione di P. Ferrua, *Indipendenza del giudice e unicità della giurisdizione (ovvero la fine della giurisdizione penale del comandante di porto)*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1518, per cui l'insufficiente indipendenza dei giudici speciali trova spesso la sua causa non già nella mancata previsione normativa di una garanzia o nella presenza di un particolare vincolo (a ciò potendosi ovviare), ma nella stessa struttura dell'organo giudicante: l'unicità della giurisdizione resta il miglior mezzo per assicurare l'indipendenza.

5. *Gli incarichi extragiudiziari.*

Sulla sostanziale violazione dei principi di indipendenza e di imparzialità che si verifica nello svolgimento di incarichi (o di certi incarichi) extragiudiziari da parte dei magistrati in genere e di quelli amministrativi in particolare, il discorso può essere breve, non solo perché valgono in proposito le considerazioni e i principi già richiamati a proposito delle funzioni consultive([132]), ma perché soffermarsi più che tanto sul punto costituirebbe un errore analogo a quello in cui incorrono certe ordinanze che, per motivare la "manifesta" infondatezza di una questione di costituzionalità, si dilungano in complesse argomentazioni.

D'altra parte si tratta di una di quelle questioni in cui a un diffuso giudizio negativo fa riscontro una granitica immutabilità della situazione; non sono mancati, è vero, tentativi di porre almeno un limite all'attribuzione di quei tipi di incarichi rispetto ai quali è più evidente l'incidenza sulla obiettività di esercizio della funzione giurisdizionale([133]), ma l'efficacia di tali giudizi e di tali

---

([132]) È appena il caso di sottolineare come, mentre per il concorso di funzioni consultive e giurisdizionali occorre tener conto di una (apparente o reale che sia) indicazione costituzionale, ciò non accade certo per gli incarichi, che potrebbero anche essere totalmente aboliti, e che comunque il legislatore deve, semmai, trattare in conformità a principi costituzionali di segno contrario.

([133]) Il problema fu posto fin dal 1910, in seno alla Commissione reale per la riforma degli istituti per la giustizia amministrativa, e fu proposto di vietare ai consiglieri delle sezioni giurisdizionali l'accettazione di qualsiasi altro incarico, indennizzandoli della rinunzia ad ogni emolumento secondario mediante una speciale indennità connessa alla funzione giurisdizionale: ma anche questa proposta fu respinta (A. Codacci Pisanelli, *La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 303). Si può poi ricordare l'auspicio, peraltro assai sfumato, della Corte costituzionale (sent. 19 dicembre 1973, n. 177, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2348 ss.) per un "sostanziale contenimento degli incarichi speciali" dei magistrati amministrativi. Il più serio tentativo di intervenire sugli incarichi, disciplinando addirittura la questione a livello costituzionale, fu quello della Commissione bicamerale del 1997 che, nell'art. 125, co. 6, del Progetto di revisione della Parte II della Costituzione (in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 923) stabilì per tutti i magistrati "il divieto di svolgere attività arbitrali o di controllo e di essere distaccati presso Ministeri o altre pubbliche amministrazioni"; la norma proseguiva rinviando alla legge la determinazione delle attività extragiudiziali consentite, ma quelle espressamente vietate sono senz'altro le più rilevanti rispetto all'imparzialità. Se a ciò si aggiunge che il medesimo progetto prevedeva il

tentativi è stata a tutt'oggi pressoché nulla. La materia, com'è noto, è stata ridisciplinata da un regolamento, emanato con il d.P.R. n. 418 del 1993, che appare del tutto inadeguato sia per il tipo di fonte utilizzata, sia per il contenuto([134]). Quanto alla fonte, pare difficilmente contestabile che la disciplina delle incompatibilità dei magistrati faccia parte del loro stato giuridico e ricada nell'ambito della riserva di legge di cui agli artt. 102 e 108 Cost.([135]); se poi si considera che, in assenza di qualunque principio o criterio direttivo fissato al livello di fonte primaria([136]), il regolamento, presumibilmente redatto con il concorso di consiglieri di Stato operanti presso il Governo, è sottoposto al parere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché a quello dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, la regolamentazione della materia risulta in sostanza attribuita agli stessi interessati: e ciò, manifestamente, non giova ad attenuare (se mai fosse possibile) la viola-

---

mantenimento delle sole funzioni consultive al Consiglio di Stato, attribuendo la giurisdizione amministrativa ai Tribunali regionali e ad una Corte di giustizia amministrativa, si può dire che la maggior parte dei problemi qui trattati venivano adeguatamente risolti: e chissà se questo non sia stato uno dei motivi del fallimento del progetto. Ricordiamo infine che uno dei referendum svoltisi nel 2000 riguardava, appunto, l'abolizione degli incarichi, ma con riferimento ai soli magistrati ordinari: perché i proponenti avessero messo comunque al riparo i magistrati amministrativi non è dato sapere.

([134]) Per un attento esame del regolamento, cfr. F. Neglia, *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 701, e, *ivi*, i riferimenti alla (esigua) letteratura; per un'approfondita analisi delle realtà del fenomeno degli incarichi, cfr. B. Ponti, *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, *ivi*, p. 759.

([135]) Sul punto, v. le esatte considerazioni di F. Neglia, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi*, cit., pp. 713 ss.

([136]) L'unico criterio direttivo reperibile è quello contenuto nell'art. 13, co. 2, n. 3, legge n. 186 del 1992, che, rivolgendosi peraltro al Consiglio di presidenza, stabilisce che, nel conferimento di incarichi, debba essere assicurata "un'equa ripartizione sia degli incarichi, sia dei relativi compensi". Il criterio risulta confermato dall'art. 2, co. 4, del d.P.R. n. 418 del 1993, secondo cui deve essere assicurata un'equa ripartizione tenuto conto, tra l'altro, "dell'entità dei proventi percepiti per incarichi almeno nell'ultimo quinquennio". L'art. 8 del decreto prevede anche la "costituzione di un fondo di perequazione, ed eventualmente con finalità previdenziali, costituito da quote degli emolumenti percepiti per la partecipazione a collegi arbitrali".

zione della riserva di legge(137). Il cerchio si chiude infine con la possibilità di impugnare in sede giurisdizionale gli atti del Consiglio di presidenza che neghino l'autorizzazione a singoli incarichi o che tentino, come è avvenuto, di adottare criteri generali (ritenuti) più restrittivi rispetto a quelli stabiliti dal regolamento(138). Se infine si guarda alla prassi gli incarichi extragiudiziari, sembrano oggi più che mai una componente essenziale della condizione dei magistrati amministrativi e le speranze rivolte verso il nuovo Consiglio di presidenza integrato dai membri laici non sembrano essersi realizzate(139).

---

(137) Come più ampiamente riporta F. Neglia, *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati*, cit., p. 717, nel parere del Consiglio di Stato sul progetto di regolamento si affermava che il coinvolgimento dell'organo di autogoverno nella formazione del regolamento stesso si traduce "nella accentuazione della garanzia di indipendenza dei magistrati amministrativi". Per l'incostituzionalità dell'attribuzione di potestà regolamentare al Governo in questa materia si era invece espresso il C.S.M. nel parere del 17 marzo 1994.

(138) T.a.r. Lazio, sez. I, 31 ottobre 2002, n. 9366, che ha annullato alcune deliberazioni del Consiglio di presidenza adottate nell'esercizio del potere conferito dall'art. 2, co. 3, e dall'art. 5 del d.P.R. n. 418 del 1993, di stabilire criteri oggettivi di massima per il conferimento degli incarichi: secondo il T.a.r. infatti la possibilità di vietare gli incarichi "è rigorosamente riservata dal legislatore alle fonti normative primarie e secondarie, con la conseguenza che si deve escludere che ulteriori divieti di siffatta natura possano essere introdotti in sede di autodeterminazione amministrativa", e i poteri attribuiti al Consiglio di presidenza dagli artt. 2 e 5 cit. "vanno intesi nel senso di riferirsi alla fissazione da parte dello stesso Consiglio di principi idonei a stabilire caso per caso, in ossequio al principio di imparzialità e trasparenza amministrativa, la sussistenza dei presupposti (anche di opportunità) per assentire o negare singoli incarichi, restando però esclusa la possibilità di introdurre per questa via altre ipotesi astratte di incompatibilità non previste dall'ordinamento"; in senso conforme T.a.r. Lazio, sez. I, 27 gennaio 1995, n. 110, in *Foro amm.*, 1995, p. 1073. Per una vivace rappresentazione della vicenda, v. G. Stella, *Ritornano gli arbitrati d'oro per i giudici «double face»*, in *Corriere della sera*, 20 gennaio 2003.

(139) Per un aggiornamento dei dati, si veda ancora G. Stella, *Giudici, l'onda degli incarichi extra*, in *Corriere della sera*, 11 dicembre 2003, che pone anche in risalto l'incidenza degli incarichi sull'efficienza della giurisdizione amministrativa. È interessante, inoltre, la lettura dei verbali del Consiglio di presidenza, ora disponibili sul sito «*www.giustizia-amministrativa.it*», da cui si ricava l'impressione che la questione degli incarichi costituisca il principale problema dell'organo di autogoverno, e che la presenza dei membri laici non abbia avuto grande influenza. Sulle aspettative dei magistrati dei T.a.r. verso tale presenza, v. F. Neglia, *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati*, cit., pp. 744 s.

Nel merito della questione, l'opinione corrente è largamente generalizzata in senso negativo, anche se molte trattazioni preferiscono sorvolare sul punto o a limitarsi a generici auspici di riforma: ma cresce anche il numero e il peso delle esplicite censure di violazione dei principi di indipendenza e di imparzialità([140]).

Mi limito dunque a sottolineare come possa, anche a proposito degli incarichi, operare il principio della incompatibilità da prevenzione, inteso in senso personale e tutelabile attraverso la ricusazione([141]); ma, come già detto a proposito delle funzioni consultive, il discorso può e deve essere allargato alla struttura dell'organo giurisdizionale e alla posizione che vi assume il singolo

---

([140]) Da ultimo, in modo particolarmente deciso, A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, cit., pp. 371 ss.: "Il conferimento da parte del Governo di incarichi extragiudiziali, quando intervenga con assoluta frequenza (se non addirittura con regolarità) rispetto ai componenti di un organo giurisdizionale come il Consiglio di Stato, è un fattore che discrimina in funzione di una ragione politica e quindi introduce (seppur forse più nella logica di misure premiali, che nella logica delle sanzioni) gli elementi propri di una responsabilità o di una soggezione del giudice rispetto al potere politico". In senso analogo, A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 102*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli - Soc. edit. Il Foro Italiano, 1994, p. 206, secondo cui gli incarichi comportano "gravi pericoli per il corretto svolgimento delle ordinarie funzioni giurisdizionali"; M. PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in M.G. CIVININI - M.C. VERARDI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 70.

([141]) In questo caso la verifica sul previo interessamento di un giudice su questioni attinenti alla causa potrebbe essere meno difficile rispetto a quanto accade per le funzioni consultive: l'art. 7, d.P.R. n. 418 del 1993, dispone infatti che presso il Consiglio di presidenza sia tenuto un elenco nominativo di tutti gli incarichi conferiti o autorizzati, e dei relativi compensi, elenco accessibile a tutti i magistrati amministrativi, nonché a chi abbia un interesse giuridicamente rilevante ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241. Mentre l'accesso consentito ai magistrati sembra rispondere alla esigenza di verifica della equa ripartizione di incarichi e compensi (su cui v. *retro*, nt. 136), il rinvio alla legge n. 241 del 1990 comporta che la parte del processo che intenda verificare l'imparzialità del singolo giudice potrebbe prendere conoscenza di tutti gli incarichi da questi in passato svolti, o in corso di svolgimento. Del problema si occupa l'art. 6, d.P.R. n. 418 del 1993, che, nel richiamare le regole in materia di astensione obbligatoria, dispone che i Presidenti del Consiglio di Stato e delle sue sezioni, nonché quelli dei T.a.r. e delle loro sezioni, debbano essere informati degli incarichi autorizzati e che debbano tenerne conto "per le valutazioni di opportunità inerenti alla ripartizione dei magistrati fra le sezioni di una stessa sede, alla composizione dei collegi ed alla assegnazione degli affari".

giudice, indipendentemente da una specifica prevenzione. È indubbio, infatti, che tra soggetto che richiede gli incarichi e suoi possibili destinatari si crei un rapporto di dipendenza, apprezzabile soprattutto sotto il profilo premiale, dell'aspettativa cioè che il singolo può avere ad incrementare attraverso certi tipi di incarichi non solo il suo reddito, ma anche, e soprattutto, il suo prestigio e la sua influenza nell'ambiente in cui opera. Si è parlato, infatti, di vere e proprie "carriere parallele", in cui il *cursus* degli incarichi assume un'importanza assai maggiore delle carriera istituzionale; e si sono anche effettuate analisi sui diversi tipi di "fedeltà", politica e funzionale, che viene di fatto a stabilirsi tra organi di Governo e giudici([142]). Ed è pure evidente come, nella scelta([143]) dei soggetti della cui collaborazione avvalersi, tali organi (o chi altri abbia la facoltà di farlo) non potranno non tener conto dell'atteggiamento assunto dai singoli giudici *anche* nell'esercizio della giurisdizione, e come, viceversa, il giudice, nel decidere una causa, possa essere influenzato dall'aspettativa di risultare degno di fiducia.

Questo sotto il profilo dell'indipendenza: quanto all'imparzialità, è pure evidente come la partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa, tanto negli uffici ministeriali che negli organi di amministrazione, valga a rinsaldare quella adesione all'interesse pubblico, all'interesse cioè che caratterizza la parte necessaria del processo, secondo quel modello di giudice-amministratore che abbiamo già detto essere del tutto incompatibile con i principi attinenti alla giurisdizione.

Quanto, infine, alla tutela dell'*immagine* del giudice, di cui pure si è parlato, ogni commento pare davvero superfluo.

6. *Osservazioni finali.*

A conclusione di questa trattazione relativa all'indipendenza e all'imparzialità del giudice amministrativo, si possono aggiungere

---

([142]) Cfr., in proposito, B. Ponti, *Dati sulla presenza*, cit., pp. 777 ss.

([143]) Per alcune cautele relative agli organi locali, v. l'art. 5 del d.P.R. n. 418, cit.

alcune considerazioni complessive. Abbiamo cercato di dimostrare, con distinto riferimento ai tre aspetti più rilevanti dell'ordinamento vigente (nomine, funzioni consultive, incarichi extragiudiziari), come per ciascuno, autonomamente, appaia evidente l'incompatibilità con i principi costituzionali ricordati; ma si può anche sottolineare (se mai ve ne fosse bisogno) l'effetto moltiplicatore determinato dalla loro coesistenza e dalla loro convergenza verso una logica comune. È stato efficacemente osservato che "il cumulo di funzioni e di ruoli, ciascuno di proporzioni tali da non potersi considerare secondario, accessorio rispetto agli altri, sembra creare un circolo vizioso istituzionale per cui soggetti appartenenti ad uno stesso organo sovrintendono alla creazione di un determinato atto normativo e vigilano sulla sua intera esistenza"([144]). Si tratta insomma di una vera e propria partecipazione all'esercizio di tutte le tre funzioni fondamentali dello Stato, di un assetto organizzativo che viene a configurarsi come un microcosmo di Stato assoluto da cui i giudici amministrativi esercitano quella *Oberleitung des Ganzen*([145]) rivendicata come autentica e ineliminabile necessità fin dagli albori del principio di divisione dei poteri e contro la sua realizzazione. Tanto che, paradossalmente rovesciando il problema, ci sarebbe da chiedersi quali siano le garanzie di indipendenza degli organi politici *dal* Consiglio di Stato e non viceversa.

E infine, come significativo suggello al discorso fin qui svolto, ricordiamo le parole di Costantino Mortati, che, nel giustificare la

---

([144]) F. Neglia, *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi*, cit., p. 726, che prosegue: "come capi gabinetto predispongono l'atto normativo-regolamentare e richiedono il parere sullo stesso; ancora come capi gabinetto elaborano i provvedimenti esecutivi ed eventualmente richiedendo anche pareri su di essi; come titolari di funzioni consultive emettono il parere e come magistrati effettuano il sindacato giurisdizionale, per di più di ultimo grado, sui provvedimenti concreti e sull'atto normativo-regolamentare di cui costituiscono applicazione".

([145]) L'espressione è di Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, p. 4., ed è citata da G. Silvestri, *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 334.

scelta effettuata dalla Costituente di mantenere le "giurisdizioni speciali", ne pone da par suo in rilievo il più autentico principio ispiratore: afferma infatti l'illustre autore che tale scelta "è stata promossa dalla considerazione dell'indole propria di determinate controversie, tali da esigere per la loro giusta soluzione il possesso nell'organo giudicante non solo e non tanto di cognizioni tecniche (che potrebbero essere fornite ad esso anche da consulenti e periti), quanto e soprattutto di attitudini e di forme mentali quali possono acquisirsi attraverso un'esperienza vissuta nell'esercizio di determinate attività pratiche"(146). *Attitudini e forme mentali*, appunto: l'esatto contrario, cioè, dell'imparzialità.

(146) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ediz., cit., p. 939.

Capo Quarto

DOVE SI SOSTIENE CHE, IN BASE AI PRINCIPI DI TERZIETÀ E DI PARITÀ, L'INTERESSE LEGITTIMO NON PUÒ ESSERE CIÒ CHE COMUNEMENTE SI RITIENE, MA DEVE CONSISTERE IN UNA FORMA DI PROTEZIONE DIRETTA DI UN INTERESSE INDIVIDUALE, NELL'AMBITO DI UN RAPPORTO GIURIDICO PARITARIO

SOMMARIO: 1. Sulla "incostituzionalità" dell'interesse legittimo. – 2. Sistema costituzionale e teoria generale. – 3. L'interesse legittimo in diritto privato: la complementarietà a una situazione dominante. – 4. La parità come carattere intrinseco del rapporto giuridico. – 5. La crisi dell'interesse legittimo nell'evoluzione del diritto amministrativo.

1. *Sulla "incostituzionalità" dell'interesse legittimo.*

Proseguendo nella verifica di compatibilità della giurisdizione amministrativa con i principi che, nello schema logico-sistematico proposto, abbiamo individuato come costituzionalmente riferibili ad ogni giurisdizione, portiamo ora l'attenzione sui temi relativi agli aspetti oggettivi, quelli cioè che riguardano la struttura del rapporto giuridico controverso e la sua connessione con il giudizio. Abbiamo osservato, in termini generali([147]), che l'imparzialità, intesa come risultato di un insieme di garanzie soggettive idonee ad evitare ogni precostituita preferenza del giudice nei confronti di una delle parti, ha un senso compiuto solo se è paritaria la struttura del rapporto controverso: se la disparità è intrinseca a quest'ultimo, il giudice appare come istituzionalmente, necessaria-

([147]) V. *retro*, capo II, par. 6.

mente, parziale, e la funzione delle garanzie soggettive risulta quantomeno dimidiata, se non del tutto vanificata.

Questa prospettiva problematica, riferita al diritto e al processo amministrativo, porta al centro dell'attenzione, e non a caso, il concetto di interesse legittimo, vera chiave di volta concettuale dell'intero sistema tradizionale. Avvertiamo subito, peraltro, che l'intento che ci proponiamo, per il momento, è soltanto quello di dimostrare *l'incompatibilità della sua consolidata definizione con i principi costituzionali* più volte ricordati. Intendiamo, cioè, definire non già ciò che l'interesse legittimo *è* oggi, ma solo ciò che *non può essere*: e già un simile risultato, se davvero consentisse di sgombrare una volta per tutte il campo dall'antica ma pervicacemente persistente idea della tutela indiretta, darebbe nuovo impulso ad una ricerca teorica ancora lontana da risultati soddisfacenti e condivisi([148]).

Torniamo allora alla tesi della "recezione" che la Costituzione avrebbe operato del sistema allora vigente: abbiamo già ricordato, in apertura di questo lavoro, come, al di là delle singole norme concernenti la posizione e le funzioni del Consiglio di Stato, il criterio di riparto della giurisdizione, la giurisdizione esclusiva e la sottrazione al controllo di legittimità della Corte di cassazione, la porta principale attraverso cui il vecchio sistema "passerebbe" nella Costituzione, ponendosi in termini derogatori rispetto ai principi del Titolo IV, sarebbe proprio il richiamo della nozione di interesse legittimo, di cui agli artt. 103, 113, e, soprattutto, al 24, in quanto norma generale di principio. Se fosse vero, cioè, che la Costituzione ha "consacrato", pietrificandolo rispetto a quel tempo, un tipo di situazione giuridica sostanziale connotato dalla sua subordinazione (o correlazione, o coestensione che dir si vo-

---

([148]) Naturalmente, come già avvertito, non ci limiteremo a questo, e cercheremo di avanzare un'ipotesi ricostruttiva: ma preferiamo andare con ordine, perché la dimostrazione della incompatibilità costituzionale della nozione prevalente di interesse legittimo, se fondata, costituisce un passaggio essenziale, un punto di non ritorno che rende ineludibile la formulazione di un'alternativa.

glia) rispetto all'interesse pubblico, non vi sarebbe che da prenderne atto e spiegare coerentemente l'intera specialità e "separatezza" della giurisdizione amministrativa. La stessa intrinseca parzialità del giudice amministrativo, che abbiamo or ora risolutamente criticato, apparirebbe come strettamente funzionale alla disparità del rapporto giuridico sostanziale che l'interesse legittimo denomina.

Ma così non è. Abbiamo infatti assunto come canone metodologico essenziale la prevalenza dell'interpretazione sistematica della Costituzione su quella letterale o storica, e, rispetto alla tesi della recezione, con particolare riferimento alla figura dell'interesse legittimo, non possiamo ora se non specificare: *a*) che una Costituzione può ritenersi vitale solo se è in grado di dispiegare la forza dei suoi principi fondanti (o almeno di quelli che vengano pregiudizialmente individuati dall'interprete come tali) rispetto al mutare dei tempi, quale si traduce nell'evoluzione dell'ordinamento complessivo; *b*) che, rispetto al criterio ordinante in cui detti principi si identificano, è non solo lecito ma anche doveroso sollecitare (ma vorremmo dire, più nettamente, forzare) l'interpretazione letterale fino ai limiti di compatibilità semantica che l'enunciato normativo consente. In altri termini, il fatto che la lettera e le radici storiche del testo costituzionale facciano riferimento a una concezione determinata dell'interesse legittimo (e con esso dell'intero sistema di diritto e di giustizia amministrativa) è tanto vero quanto ininfluente. È vero, infatti, perché, ovviamente, *non poteva che essere così*: all'epoca nessuna concezione alternativa era *esplicitamente* e *consapevolmente* matura, e le poche voci che si levarono in favore dell'unità della giurisdizione non avevano oggettivamente spazio e forse non sarebbero neppure state in grado di delineare un sistema alternativo. Ma proprio questo carattere necessitato, sul piano storico e culturale, è la miglior prova della sua contingenza e, soprattutto, della sua inidoneità a resistere alla prevalente forza dei principi e valori che i costituenti intesero affermare: essi non riuscirono cioè, allora, a farli espandere oltre i

confini del vecchio sistema amministrativo, ma posero le premesse, date certe condizioni evolutive, perché ciò potesse avvenire(149).

Precisiamo dunque, in estrema sintesi, a quale nozione di interesse legittimo intendiamo fare riferimento. È quella che trae origine dalla legge del 1889 e che, per oltre un secolo, pur sotto vari travestimenti, ha dominato la scena(150) ed è ancora largamente presente nella cultura amministrativistica: la anticipò, con esemplare lucidità, Silvio Spaventa quando affermò che il ricorso alla IV sezione aveva la funzione "di conoscere solamente se il diritto obiettivo sia stato osservato; [...] l'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può metter capo". In base a tale "intento originario", nonché alla lettera di quella legge, l'interesse in questione non poteva dunque, a rigore, che essere definito in termini di legittimazione processuale. Ma l'opinione dominante non accolse, come è ben noto, l'ineccepibile costruzione teorica che ne derivò(151), scegliendo invece la strada della media-

(149) È la tesi già ricordata di G. Silvestri, *Giustizia e giudici*, cit.

(150) Sulla genesi della nozione di interesse legittimo nel nostro ordinamento ogni buon amministrativista ha avuto modo di misurarsi: ma in proposito il riferimento principale è alla ricerca di B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985. Di quanto mi ritenga debitore nei confronti della scuola fiorentina di storia del pensiero giuridico moderno ho dato a suo tempo testimonianza in «*L'astratta e infeconda idea*». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 17, 1988, pp. 569 ss. Devo però aggiungere che l'influenza del lavoro di Sordi si è manifestata a pieno nel lungo periodo, tanto da farmi oggi integralmente "ritrattare" le riserve che avevo allora avanzato (*op. cit.*, pp. 586 ss.) circa un suo eccessivo radicalismo nella critica teorica dell'interesse legittimo: una ritrattazione che è implicita nella tesi centrale, sostenuta in queste note, per cui la sequenza rapporto paritario-diritto soggettivo-giudizio sul rapporto tra interessi "reali", è l'unica compatibile con i principi liberali e garantisti a cui si informa la nostra Costituzione (v., invece, *op. cit.*, p. 587).

(151) Si fa riferimento, come è ovvio, al pensiero di E. Guicciardi, che trova la sua compiuta sintesi nell'opera *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1942 (ristampato nel 1994 dalla stessa casa editrice), ed anticipato nella prolusione padovana del 1936, dal titolo *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nel-*

zione tra le ragioni del diritto obiettivo e quelle della tutela del singolo; di qui i numerosi tentativi di valorizzare, nella definizione dell'interesse legittimo, il suo carattere particolare e sostanziale: i termini di "differenziazione", "qualificazione", "presa in considerazione", sintetizzano i momenti di questo cammino. Ma quell'*interesse di individui*, che nella legge era inequivocabilmente *oggetto dell'atto*, non riuscì mai a essere realmente costruito come *oggetto della controversia*, ovvero termine di un rapporto giuridico paritario. Né a risultati qualitativamente diversi hanno portato indirizzi più recenti: non quello della concezione "partecipativa" della figura che, pur tentando una massima valorizzazione dell'interesse del privato, finiva pur sempre con il ricondurlo *all'interno* del procedimento di definizione dell'interesse pubblico(152); e neppure le

---

la giustizia amministrativa, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51, ora in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, p. 1. In tale prolusione Guicciardi affermava che la legge del 1889 non aveva fatto altro che circondare delle garanzie proprie del procedimento giurisdizionale quello stesso tipo di reclamo *ex* art. 3 della legge del 1865 che il cittadino poteva presentare soltanto in linea amministrativa: successivamente però, anche in virtù del riconoscimento del carattere giurisdizionale delle funzioni devolute al Consiglio di Stato, si affermò un interpretazione liberal-individualistica dell'istituto e per conciliare l'aspetto pubblicistico con l'aspetto individualistico fu "escogitata [...] quella figura logicamente ibrida e dogmaticamente sospetta, che va sotto il nome di interesse legittimo, quale causa *petendi* attiva"; ma in ciò era insita una "patentissima contraddizione, la quale rappresenta uno dei punti più vulnerabili dell'opinione dominante sulla concezione della giustizia amministrativa" (*Concetti tradizionali e principii ricostruttivi*, cit., pp. 3 ss.). Il tema è poi ripreso in Id., *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, c. 33. Le contraddizioni insite nella affermazione del carattere "sostanziale" dell'interesse legittimo sono ben evidenziate da G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 291 ss., secondo cui con tale affermazione il tema "anziché divenire più chiaro, divenne forse ancora più oscuro", non riuscendo tale carattere sostanziale a tradursi in una descrizione precisa e convincente, rimanendo costretto tra i poli di un interesse protetto ma non garantito e della garanzia della mera legalità del provvedimento. La concezione moderna, prosegue l'autore, "mette alla fine capo all'idea di una situazione strumentale o meramente legittimante, in quanto essa continua a porre l'accento non su ciò che «spetta» al titolare dell'interesse, ma sul suo potere di influenza sull'esercizio del potere dell'amministrazione" (p. 294).

(152) Ci riferiamo alla costruzione di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, IV ediz., Bologna, Il Mulino, 1994, in particolare p. 96, dove si definisce l'interesse legittimo come "la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordina-

molte varianti costruite intorno al concetto di funzione([153]), perché il loro nucleo concettuale, portato al massimo livello di astrazione, è sempre lo stesso: *la struttura unilaterale della norma, da cui dipende la misura e la qualità della tutela*([154]). La norma, cioè, è sempre considerata come norma regolatrice del potere unilaterale, norma di azione, tanto quando (come nelle più rozze concezioni autoritarie) la tutela dell'interesse individuale viene considerata come evento occasionale e indiretto, quanto (come nelle elaborazioni più raffinate ed accorte) nei casi in cui tale interesse viene sì riconosciuto come valore autonomo, ma soltanto in quanto componente della valutazione pubblicistica, e dunque attratto nella relativa dinamica e sostanzialmente snaturato.

Ad oltre mezzo secolo di distanza dalla Costituzione tutte le teorie dell'interesse legittimo riconducibili a tali presupposti teori-

---

mento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità". Nigro definisce come strumentali detti poteri attribuiti al soggetto, in quanto le possibilità di diretta disponibilità e di godimento di un bene sono escluse dall'ambito dell'interesse legittimo (p. 95): e su questo, come si vedrà più avanti, si può certamente concordare. Ma la teoria rimane, a nostro avviso, all'interno delle concezioni pubblicistiche della tutela, laddove colloca nello stesso contesto il potere attribuito per la soddisfazione dell'interesse pubblico e gli interessi privati, per cui "l'interesse legittimo ha (ha anche) una funzione satisfattiva dell'interesse pubblico" e che nel processo amministrativo, nonostante la sua natura soggettivistica, permangono, e sono ineliminabili, profili "oggettivistici"; in conclusione, "se l'interesse legittimo consiste di poteri di orientamento dell'esercizio del potere amministrativo per assicurare la conformità a legge, è evidente che l'uso di quei poteri mena in definitiva alla realizzazione dell'interesse pubblico" (p. 99). Per una significativa applicazione di tale teoria partecipativa, si veda quella giurisprudenza in materia di omesso avviso di inizio del procedimento, secondo cui la rilevanza del vizio è subordinata alla dimostrazione, da parte del ricorrente, dell'utilità che la sua partecipazione, qualora fosse stata resa possibile, avrebbe recato *all'interesse pubblico*.

([153]) Si rinvia, in proposito, al "classico" saggio di F. Benvenuti, *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1 ss. Di recente, ritorna con forza sul carattere funzionale quale tratto distintivo del regime pubblicistico B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, su cui v. oltre, nt. 236 e 240.

([154]) Sulla concezione unidirezionale del potere nella dottrina amministrativistica, v. l'estesa e penetrante riflessione di G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, part. pp. 150 ss.

ci devono ritenersi superate, e ciò in base a tre piani di discorso che possiamo concettualmente distinguere anche se si presentano strettamente intrecciati e interattivi, come fili che vanno a costituire un'unica robusta corda: l'interpretazione sistematica, la teoria generale, l'evoluzione dell'ordinamento a livello normativo, giurisprudenziale e dottrinale.

2. *Sistema costituzionale e teoria generale.*

Sul piano dell'interpretazione costituzionale le premesse poste lasciano già intuire a quale conclusione si debba giungere in ordine a questa nozione di interesse legittimo. È la stessa che Bachelet aveva sinteticamente enunciato oltre quaranta anni fa: "la concezione per cui il giudice amministrativo reintegra l'ordine giuridico ed attua la legalità dell'azione amministrativa, tutelando occasionalmente l'interesse dei singoli, è incompatibile con il sistema di giustizia amministrativa previsto dalla Costituzione"([155]). Si tratta soltanto di svolgerla analiticamente e di argomentarla tenendo conto dell'evoluzione dottrinale sui principi relativi alla giurisdizione e alla tutela nonché in materia di situazioni giuridiche soggettive.

A tal fine il discorso deve ripartire da quanto abbiamo sostenuto a proposito del risvolto oggettivo del principio di imparzialità, a quella "zona" cioè del circuito teorico proposto dove si incontrano e si saldano in una relazione di identità i caratteri del rapporto giuridico sostanziale, la parità nella affermazione giudi-

---

([155]) V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., p. 26; l'art. 113 Cost. conferma la configurazione sostanziale degli interessi legittimi, escludendo concezioni processualistiche o strumentali: (p. 18) "il costituente si riferisce qui a situazioni soggettive la cui tutela è apprestata *nell'interesse del titolare*, pur variamente combinato con l'interesse pubblico che pure quella tutela realizza". Interessi e diritti soggettivi vengono presentati dagli artt. 24 e 113 Cost. "quasi come gradazioni diverse di situazioni soggettive di vantaggio tutelate entrambe nel prevalente interesse dei loro titolari" e ciò "sottolinea la crisi della tradizionale configurazione dell'interesse legittimo come interesse tutelato dall'ordinamento in occasione della tutela di un *prevalente* interesse generale".

ziale e l'equidistanza strutturale del giudice dalle parti: relazione che abbiamo convenzionalmente denominato terzietà-parità. Qui convergono infatti due percorsi di opposta direzione: quello che parte dall'art. 24 e dal carattere necessariamente paritario che il principio di legalità attribuisce al rapporto tra le situazioni giuridiche sostanziali e quello che, muovendo dalla parità processuale, risale alla parità "assertoria" e alla terzietà del giudice; convergenza e connessione a cui l'art. 111, co. 2, fornisce oggi una base testuale più che significativa. E gli stessi profili soggettivi dell'imparzialità, come pure abbiamo osservato, non avrebbero gran senso se riferiti a un rapporto *giuridico* sostanziale di disuguaglianza.

È di tutta evidenza, peraltro, che una simile interpretazione del testo costituzionale resterebbe sospesa in una sfera autoreferenziale se non trovasse un puntuale riscontro in termini di teoria generale. Su questo piano dunque, pur esulando dai limiti di questo lavoro la possibilità di una compiuta analisi, cercheremo di svolgere qualche sommaria considerazione.

L'interesse legittimo (tradizionalmente inteso) ha trovato i suoi fondamenti teorici essenzialmente in due concetti: la nozione romaniana di dovere come situazione irrelata e connotata dalla unilaterale finalizzazione al perseguimento di un interesse, e la relazione potestà-soggezione concepita in termini di subordinazione (o quantomeno di disparità) di un interesse rispetto ad un altro, relazione che in campo pubblicistico si svolge nei principi di autorità soggettiva e di imperatività del provvedimento.

Sul primo punto mi limito a rinviare alla serrata e convincente critica a cui di recente è stata sottoposta la nozione di dovere([156]).

Quanto alla relazione potestà-soggezione, vorrei soltanto porre in evidenza le significative indicazioni che emergono da un tentativo che per qualche tempo è rimasto in ombra ma che, di recente, è tornato (e non a caso) al centro dell'attenzione: quello

---

([156]) L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., pp. 107 ss.

di costruire, sulla base dell'esperienza privatistica, un concetto teorico generale di interesse legittimo. Mi riferisco, come è ovvio, ai lavori di Lina Bigliazzi-Geri che, sulla base di una analisi della struttura di alcune relazioni disciplinate dal diritto privato, ha ritenuto di poterle ricostruire utilizzando concetti amministrativistici come la potestà, la discrezionalità e, appunto, l'interesse legittimo, inteso come fattore di condizionamento e di delimitazione della tendenziale libertà di un soggetto "dominante". In sintesi, l'interesse legittimo, tanto in diritto pubblico quanto in diritto privato, viene definito come "situazione di vantaggio (sostanziale e inattiva) che si colloca all'interno di un (vero) rapporto giuridico strutturato nel senso della complementarietà e caratterizzato, al polo opposto, dalla presenza di situazioni attive [...] in ogni caso discrezionali"([157]).

Alcuni amministrativisti hanno accolto con favore questo tentativo, ritenendolo un significativo supporto nei confronti della *loro* nozione di interesse legittimo, che in tal modo potrebbe uscire dall'isolamento disciplinare e acquistare piena legittimità teorica. Ma, a ben guardare, una simile reazione risulta del tutto ingiustificata, perché le riflessioni dell'autrice e gli approfondimenti che ne sono seguiti conducono, accettabili o meno che siano, ad una conclusione diametralmente opposta: ad una sostanziale negazione, cioè, della tradizionale concezione pubblicistica, ed al rafforzamento di quegli indirizzi minoritari che in vario modo tendono a svincolare l'interesse legittimo dalla sua relazione strutturale con l'interesse pubblico e quindi a valorizzarne il ca-

---

([157]) L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 549. Come noto, l'autrice ha formulato la sua teoria dell'interesse legittimo nell'opera principale *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967: qui faremo, peraltro, riferimento alla voce citata, in cui vengono discusse (e spesso vivacemente confutate) le obiezioni che l'opera stessa ha ricevuto. Le tesi di Bigliazzi Geri sono state di recente riprese e discusse nel volume *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia - L. Bruscuglia - F.D. Busnelli, Torino, Giappichelli, 2001, recensito da A. Travi, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 272 ss.

rattere sostanziale riferito all'interesse del titolare, fino a considerarlo, al più, come una *species* del diritto soggettivo.

Questa *inversa* direzione che assumono gli studi sull'interesse legittimo in diritto privato appare anzitutto evidente sul piano della finalità verso cui l'operazione scientifica tende, quella cioè di dare un'adeguata concettualizzazione di "interessi nuovi" che la legislazione privatistica prende sicuramente in considerazione, ma che, a torto o a ragione, non vengono ritenuti assurgere alla dignità di diritti soggettivi([158]). Sul piano analitico, poi, risulta chiaro come la teoria in questione prenda le mosse da una decisa presa di distanza dalla concezione amministrativistica, sia in termini generali([159]), sia rispetto agli specifici esempi considerati([160]). È vero che si parla di un rapporto qualificato dalla "posizione dominante" di un soggetto rispetto a un altro, che si utilizza un concetto come quello di discrezionalità che è certamente proprio del diritto amministrativo e che, infine, si definisce e si delimita la discrezionalità stessa in base alla necessità di "tener conto" di un interesse altrui o di "prenderlo in considerazione", espressioni che ricorda-

---

([158]) L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 530.

([159]) Osserva, infatti, L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 532, come la costruzione dell'interesse legittimo come figura di teoria generale abbia pagato un pesante tributo alla prospettiva amministrativistica, e che esso debba invece essere definito come "*situazione sostanziale di vantaggio inattiva*; non dunque – secondo note costruzioni di origine giuspubblicistica – interesse indirettamente od occasionalmente protetto; né diritto affievolito o condizionato, ma neanche interesse alla legittimità del provvedimento amministrativo, né interesse protetto in funzione strumentale" e neppure situazione *lato sensu* processuale (p. 543). In tal senso sono significativi i riferimenti critici all'eccesso di potere, da considerarsi come cattivo uso della discrezionalità, ma in modo diverso dallo sviamento, inteso come uso del potere a fini diversi da quelli istituzionali (p. 545, nt. 88), nonché alla necessaria relazione tra attività vincolata e diritto soggettivo (p. 546).

([160]) Basti pensare al licenziamento per giustificato motivo, che costituisce uno dei punti di forza della teoria, e che, in termini pubblicistici, dovrebbe essere ricostruito come interesse del lavoratore al corretto esercizio del potere del datore di lavoro, interesse, cioè, tutelato nei limiti di realizzazione dell'interesse dell'impresa. E, meno che mai, lo schema concettuale potrebbe, per motivi che è superfluo esporre, essere applicabile al caso del rapporto tra potestà genitoriale e interesse del minore di cui all'art. 147 cod. civ., altra norma che, secondo Bigliazzi Geri, configura un interesse legittimo "privatistico".

no una ben nota costruzione: ma, a parte una serie di riserve nel merito di tali affermazioni, su cui torneremo subito, è ben chiaro che la nozione di interesse legittimo, nata ed elaborata in ambiente amministrativistico, costituisce solo uno spunto iniziale della riflessione, e che, per essere trasportata nei "salotti buoni" della teoria generale, essa viene vestita di abiti tanto diversi da renderla irriconoscibile. Non solo: ma, ritornando così trasformata nel suo ambiente di origine, può legittimamente chiedere, eseguite le opportune ristrutturazioni, di insediarvisi stabilmente.

La fondamentale differenza qualitativa tra le due nozioni (quella, proposta, di teoria generale e quella amministrativistica) si può agevolmente individuare nel fatto che nella prima la situazione giuridica individuale, comunque venga poi costruita la relazione con la situazione (o posizione) "dominante", è riferita alla *autonoma* considerazione di un interesse individuale e alla esigenza di contemperarlo con un altro, che sta a fondamento di una potestà: l'interesse legittimo dunque non è situazione che riceve protezione se ed in quanto rientri nell'area di protezione dell'interesse contrapposto e neppure in quanto componente assorbita nelle finalità e nei criteri di esercizio della potestà, ma che è protetta, appunto, *in quanto tale*.

Fermo questo punto, la teoria in esame si presta a molteplici rilievi critici che peraltro, lungi dal negarne in radice la validità, tendono a riformularla in senso evolutivo, tanto con riferimento al contesto privatistico da cui prende le mosse, quanto rispetto agli effetti di "ritorno" che essa è capace di produrre sul piano amministrativistico. Tralasciando un primo tipo di perplessità relative al carattere eterogeneo dei casi di specie considerati(161), con-

(161) I principali casi intorno ai quali si sviluppa la tesi di Bigliazzi Geri, sono i rapporti tra la potestà genitoriale e l'interesse del minore (in particolare art. 147 cod. civ.), l'interesse del debitore alla liberazione dal vincolo (artt. 1206 ss. cod. civ.), il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo e i rapporti tra organi societari, minoranze e soci singoli. Nel volume *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., la riflessione viene estesa ai campi del trattamento dei dati personali, della tutela del consumatore, del risarcimento degli

centriamo l'attenzione sui punti nodali del discorso e in primo luogo sul concetto di discrezionalità utilizzato. Il dato di partenza consiste in un potere di scelta spettante ad un soggetto (indicato come "dominante") in ordine all'*an* e alle modalità di perseguimento del proprio interesse, che può essere autodeterminato o imposto dalla legge: una situazione, quindi, che può essere o pienamente libera o già in origine condizionata da un fine esterno e che viene ulteriormente delimitata da un interesse altrui; ma, viene specificato, anche nel secondo caso tale interesse viene ad incidere "non in via di mera occasionalità o in modo indiretto", ma svolgendo un ruolo di primo piano perché, intervenendo "nel raggio d'azione dell'agente, ne riduce il margine di scelta"(162). *Questa* discrezionalità non è dunque regolata da una norma di azione, la finalità, auto- o eterodeterminata che sia, non si pone come parametro di legittimità dell'atto e non determina la qualità e l'estensione della situazione altrui: essa è invece regolata da una norma di relazione tra le due sfere giuridiche considerate.

3. *L'interesse legittimo in diritto privato: la complementarietà a una situazione dominante.*

Fin qui nulla da eccepire: ma di che *tipo* di relazione si tratta? A questo proposito la teoria considerata fa ricorso al concetto di *complementarietà*(163).

Partendo da una concezione del rapporto giuridico come relazione di funzionalità che lega due o più situazioni giuridiche, rispettivamente di vantaggio e di svantaggio, aventi in comune una

---

interessi legittimi. Sulla eterogeneità delle situazioni esaminate, v. A. Travi, *Recensione*, cit., p. 280.

(162) L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 547; l'autrice parla anche di "limite destinato a rendere discrezionale un comportamento altrimenti tanto libero da risultare arbitrario" o di ulteriore vincolo alla preesistente discrezionalità (p. 544).

(163) "Le costanti strutturali che sul piano pubblicistico valgono a scolpire l'essenza di ciò che si dice interesse legittimo sono due: l'esistenza di un soggetto in posizione dominante e, checché se ne dica, la discrezionalità del comportamento di tale soggetto" (L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 541).

identica base di fatto(164), come accade tipicamente nel rapporto di credito, Bigliazzi Geri identifica un diverso tipo di relazioni, che rapporti giuridici in senso proprio non sarebbero, caratterizzate dal fatto che "due situazioni risultino tra loro coordinate in modo diverso, attesa la diversità degli interessi che ne stanno a fondamento" o dal fatto che "le due situazioni possano rivelarsi entrambe di vantaggio anche se l'una attiva, l'altra inattiva", costituendo l'interesse altrui "indispensabile complemento dell'interesse o del fine fondamentale prefissato dalle norme che stanno alla base della situazione (rispettivamente, diritto soggettivo, potestà) del soggetto agente, sicché la realizzazione dell'uno dipende da ed implica quella dell'altro (e viceversa)"(165). Un simile concetto di complementarietà appare peraltro incerto e contraddittorio in sé, e fondato su una concezione restrittiva del rapporto giuridico che non sembra condivisibile.

Quanto al secondo punto, rinviamo a quanto già accennato in termini generali(166) circa la coincidenza tra il rapporto giuridico e la dimensione stessa della giuridicità, assunto teorico che sembra significativamente confermato da un'analisi critica della tesi in esame.

Venendo infatti al primo punto, si può anzitutto osservare che la definizione appena citata sembra collocare sullo stesso piano le situazioni complementari (come risulterebbe da quel "viceversa"); ma, in realtà, essa appare qualificata da quella che l'autrice chiama "posizione dominante" di un soggetto rispetto a un altro, e dunque di una situazione di disparità tra le situazioni soggettive considerate, l'una caratterizzata da un "fine fondamentale", l'altra

---

(164) L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 549, nt. 108, dove si rinvia a U. Natoli, *Il diritto soggettivo*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 18.

(165) L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 548. V. anche p. 547, in cui si dice che la realizzazione dell'interesse altrui costituisce "indispensabile complemento del soddisfacimento dell'interesse del titolare del «potere» (diritto soggettivo) o del raggiungimento del fine prefissato dalla norma, cui è coordinato, con il carattere della necessità, il comportamento del titolare del «dovere» (potestà)".

(166) Vedi sopra, nt. 81.

dall'essere complemento rispetto a questo fine: e ciò finisce per somigliare assai strettamente alla concezione "partecipativa" dell'interesse legittimo amministrativistico ed alla riconduzione dell'interesse privato nel processo di specificazione dell'interesse pubblico concreto. E, d'altra parte, un'analisi dei casi assunti come significativi nel diritto privato rivela non poche difficoltà nella stessa identificazione della "posizione dominante". Premesso infatti quanto già osservato sulla necessità di impostare il discorso sulla parità-disparità di situazioni su un piano strettamente giuridico, restando irrilevanti i rapporti di forza "reali", consideriamo ad esempio l'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo. Essa viene ricostruita a partire dal "lato attivo", costituito dal diritto di recesso del datore di lavoro rispetto al quale l'interesse del lavoratore fungerebbe da limite esterno, rendendo discrezionale il relativo potere; il giustificato motivo oggettivo consisterebbe in "un'esigenza oggettivamente attinente alla necessità dell'impresa tale da risultare, nel caso concreto, e tenuto conto anche dell'interesse del lavoratore, effettivamente rispetto a questo prevalente"; l'interesse del lavoratore, dunque, risulterebbe "legato da un nesso di complementarietà con quello del datore di lavoro per il tramite dell'utilità sociale (art. 41, co. 2, Cost.) all'interno della quale entrambi si collocano", assumendo dunque la fisionomia dell'interesse legittimo([167]). La costruzione appare invero un po' contorta, essendo quantomeno plausibile, anche su più solide basi costituzionali (artt. 4, nonché 35 ss.) assumere, se proprio ve ne deve essere una, come posizione dominante il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, diritto che può cedere a fronte di un interesse del datore di lavoro ritenuto dalla legge prevalente. Ma in realtà l'esempio dimostra come non abbia senso lo stesso concetto di "posizione dominante", trattandosi nel caso di due distinte sfere giuridiche di tutela da contemperare nell'ambito di un vero e proprio rapporto giuridico.

([167]) L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., p. 557.

Torneremo tra breve sul punto in termini generali. Citiamo per ora altri casi significativi, come quello del rapporto tra genitori e figli minori, dove l'interesse di questi ultimi è qualificato come limite di cui tener conto nell'esercizio della potestà (dominante) dei primi: qui intanto sussiste la complicazione che detta potestà non è esercitata per il conseguimento di un interesse dei titolari, e tantomeno di un interesse "esterno", ma pur sempre dell'interesse del minore; e, dunque, la dizione dell'art. 147 cod. civ., secondo cui i genitori hanno l'obbligo di educare i figli "tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni" di questi ultimi, non fa che specificare la loro sfera di protezione giuridica, apparendo così plausibile la configurazione di un loro diritto a veder rispettate le loro citate caratteristiche. E ancora: nella mora del creditore perché mai dovrebbe considerarsi dominante la posizione del creditore che intenda rifiutare l'offerta formale della prestazione, mentre l'interesse del debitore a liberarsi dell'obbligazione dovrebbe essere qualificato come elemento di cui il creditore debba tener conto, e dunque come interesse legittimo? Non potrebbe dirsi, al contrario, che è il debitore ad avere un diritto ad estinguere l'obbligazione, diritto sacrificabile solo in presenza di un giusto motivo opposto dal creditore?

4. *La parità come carattere intrinseco del rapporto giuridico.*

Un approfondimento critico del concetto di complementarietà come carattere distintivo del rapporto potere-interesse legittimo può partire da una immagine geometrica che il termine naturalmente richiama. Si dicono infatti complementari due angoli la cui somma sia pari a 90 gradi, con due significativi corollari: *a*) che detta relazione è reciproca, nel senso che se un angolo α è complementare a β, β a sua volta, e nell'identico modo, è complementare ad α; *b*) che su detta reciprocità non ha alcuna influenza la diversità di ampiezza dei due angoli, nel senso che l'angolo maggiore α è complementare all'angolo minore β esattamente come

β è complementare ad α. Provando a trasporre queste regole al caso che ci riguarda, sosteniamo allora che, nei casi in cui si afferma che una situazione *x* (il presunto interesse legittimo) si caratterizza per essere complementare a una situazione *y* (il potere), è ugualmente vero che *y* è complementare ad *x*; in altri termini, data come intero la relazione considerata, lo "spazio" dell'una si arresta dove inizia quello dell'altra, e viceversa.

Naturalmente non basta la suggestione geometrica a provare l'assunto: cerchiamo dunque di approfondirlo, sul terreno che ci interessa, a partire da un retroterra culturale latente e consolidato che continua a svolgere un'influenza deviante. L'individuazione di interessi legittimi in diritto privato sembra infatti partire dalla considerazione di una situazione soggettiva di maggiore "peso" e di più precisa qualificazione giuridica, situazione che verrebbe in qualche modo limitata (obbligo di "tener conto" nell'esercizio di un potere libero o discrezionale) da un altro interesse in qualche modo protetto. Ora, una simile raffigurazione è certamente vera sul piano storico in quanto, in relazione al mutamento sociale, l'ordinamento viene progressivamente a identificare e proteggere interessi "nuovi" o "emergenti", con ciò necessariamente restringendo l'area, tendenzialmente illimitata, di "vecchi" diritti: tipico è il caso della proprietà, e del resto si parla ormai di quattro o cinque "generazioni" di diritti, la cui identificazione si muove nell'ambito di questo processo. Ma di qui a declassare la natura giuridica del "nuovo" (o "minore") interesse protetto rispetto a quello preesistente che ne risulta limitato, ce ne corre. Si è già accennato alla difficoltà che spesso si incontra a definire quale sia la posizione "dominante": e ciò potrebbe testimoniare di un grado di sviluppo dell'interesse "minore" che lo consolida e lo porta al livello di quello maggiore; ma ciò, a ben guardare, accade, sul piano teorico, in ogni caso, perché, geometria a parte, il primo, per quanto "piccolo" sia, può avere la forza giuridica di condizionare, ma anche di paralizzare o annullare, il secondo, esattamente allo stesso titolo di quanto avviene nella direzione inversa. Per cui, nell'area

complessiva della relazione considerata, ciascuno degli interessi confliggenti risulta, *astrattamente* e *potenzialmente* idoneo ad occupare l'area dell'altro(168).

Per chiarire ulteriormente il punto, si può allora distinguere tra interesse giuridicamente protetto e situazione giuridica soggettiva (diritto, potere), ma in un senso del tutto diverso dalla consueta raffigurazione in termini di disparità giuridica (o di processo storico); si può cioè, sul piano teorico, definire l'assunzione di un interesse come rilevante da parte dell'ordinamento in termini di *garanzia tendenziale*, nel senso che detto interesse acquista l'idoneità a fungere da termine di riferimento rispetto a tutti gli altri preesistenti; garanzia dotata di una forza di espansione potenzialmente illimitata. Nessuna grandezza è, del resto, identificabile, misurabile, e dunque definibile se non in relazione ai suoi limiti. E dunque tale garanzia non è ancora definibile in termini di situazione soggettiva, in quanto tale concetto non può assumere concretezza (ma vorrei dire rilevanza) giuridica se non *dopo* la definizione dell'esito del confronto tra gli interessi contrapposti.

Il problema è quello di distinguere i vari momenti in cui tale dinamica di definizione delle situazioni soggettive si attua e rispetto a quali sia predicabile un rapporto di parità o di disparità. Il primo sembra essere quello del riconoscimento di un interesse come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che abbiamo chiamato di garanzia tendenziale: e rispetto a questo il rapporto tra le diverse garanzie (in quanto potenzialmente illimitate) non può che essere di parità. Il secondo consiste nella raffigurazione che ogni soggetto fornisce della propria situazione soggettiva scontando il contemperamento con altre, l'ipotetica linea di separazione cioè tra le aree complementari di tutela: ed anche qui il rapporto

---

(168) Come si visto (*retro*, nt. 81), anche Levi parla di complementarietà dei termini intersoggettivi del rapporto giuridico, ma ne parla appunto nel senso, qui accolto, di corrispondenza tra situazioni attive e passive nell'ambito dell'equilibrio disegnato dalla norma, senza alcuna connotazione di disparità riferibile al rapporto in quanto tale.

non potrà che essere di parità, di quella parità che abbiamo a suo tempo definito assertoria, inerente cioè all'affermazione (o meglio alle affermazioni) giudiziali: un momento in cui ciascuna delle pretese raffigurazioni del rapporto ha (deve avere) identiche potenzialità di essere accolta. Solo nel terzo momento, quello del definitivo accertamento del rapporto stesso, quando cioè la dinamica delle relazioni e delle opposte interazioni tra le aree dei rispettivi interessi protetti verrà irrevocabilmente definita, si potrà affermare un rapporto di disparità nel senso della totale o parziale prevalenza di un interesse sull'altro.

Il discorso condurrebbe lontano: si tratterebbe infatti, in primo luogo, di capire *come* operi la definizione della relazione di disparità, se e quando cioè questa possa essere compiutamente effettuata dalla norma (in quanto questa già definisca in termini precisi la soluzione del conflitto), ovvero da clausole generali (che evocano un più marcato ruolo creativo del giudice), o, ancora, se la definizione stessa non sia possibile se non in relazione al caso concreto (attribuendosi in tal modo forza creativa ultima al fatto). In relazione a tali alternative si dovrebbe quindi rivisitare l'antica tematica dell'accertamento giudiziale, del suo carattere dichiarativo o costitutivo, della sua retroattività[169]: ma quello che ci sembra di poter in ogni caso affermare è il carattere ipotetico di ogni pretesa, di ogni raffigurazione di parte dei termini astratti e concreti del rapporto giuridico, carattere ipotetico che, in quanto tale, non può che determinare una relazione di parità.

Si tratta, a questo punto, di verificare quanto affermato rispetto allo schema potestà-soggezione che, come già anticipato[170], sembra contraddire questa raffigurazione paritaria: e a tal fine possiamo distinguere i tre momenti identificati e cioè quello della garanzia tendenziale, della affermazione giudiziale e dell'accertamento definitivo. Rispetto ai primi due, la contraddizione si rivela con tutta evidenza apparente, in quanto la (pretesa) potestà

---

[169] Su cui cfr., da ultimo, B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, cit.
[170] V. *retro*, capo II, par. 6.

si colloca esattamente sullo stesso piano della negazione della corrispondente (pretesa) soggezione, e la (pretesa) prevalenza della prima non sembra in nulla differenziarsi dalla prevalenza del diritto sull'obbligo: e in entrambi i casi solo l'accertamento giudiziale, in relazione al caso concreto, potrà affermare la relazione tra le contrapposte pretese in termini di disparità. Ma anche rispetto a questo terzo momento è necessario definire con più precisione cosa si intende per disparità.

A tal fine (abbandonando il termine, in realtà soltanto enfatico, di potestà) si deve assumere come base quella nozione di potere, definita in termini di teoria generale, a cui riteniamo di aderire, nozione che lo definisce come "forza attiva di cui è investito un soggetto dall'ordinamento giuridico per produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario una modificazione giuridica"([171]); a fronte del potere così inteso sta una situazione passiva normalmente definita soggezione: termine che, per non alterare una consolidata tradizione lessicale, può anche essere accettato, purché sia chiaro che il titolare del potere non è dotato di alcuna "autorità" o sovraordinazione e che il rapporto giuridico resta assolutamente paritario([172]).

([171]) G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, p. 45. Nella sterminata letteratura in materia (di cui in questa sede non si può neppure far cenno) la concezione di Miele si distingue, a mio avviso, per l'estremo rigore concettuale, astraendo dalle molteplici e diverse situazioni in cui il potere può manifestarsi e distinguendolo dalle altre figure giuridiche soggettive come il diritto e l'obbligo. Così, ad esempio, il potere viene reso indipendente dal diritto, nel senso che il secondo non include necessariamente il primo, che può sussistere da solo e, d'altra parte esso viene distinto dall'obbligo che, quando appare congiunto col potere (come nell'esecuzione del contratto preliminare), ha solo la funzione di rendere giuridicamente necessario l'esercizio del potere stesso (pp. 45 e 47).

([172]) V. ancora le penetranti osservazioni di G. MIELE, *Principi*, cit., p. 48 ss., che pone anzitutto in rilievo come il carattere unilaterale non è necessariamente connesso alla nozione di potere: "perché potere giuridico è anche quello di *concorrere* a produrre una modificazione giuridica quando questo si avveri solo in seguito a un concorso di atti (atti complessi, atti contrattuali)"; inoltre la modificazione giuridica conseguente all'esercizio del potere "può risolversi tanto nell'accrescimento quanto nella limitazione" della sfera giuridica altrui. Si tratta di due affermazioni che, nella (apparentemente) dimessa semplicità con cui

Tale presunta sovraordinazione risulta infatti già incorporata nella fattispecie legale astratta, e in altro non consiste se non nella determinazione della linea di contemperamento tra interessi contrapposti che costituisce carattere comune di ogni rapporto giuridico.

Né, ovviamente, il discorso cambia in relazione al diverso grado di determinazione con cui la legge definisce la fattispecie stessa: il ricorso a clausole generali o a concetti indeterminati non significa, infatti, in alcun modo, che al titolare del potere risulti attribuita la possibilità di disporre autonomamente dell'interesse contrapposto, ma vale soltanto ad ampliare lo spazio interpretativo del giudice, restando immutata la posizione di parità rispetto all'ordinamento (inteso come comprensivo del *continuum* legge-giudice).

Disparità e disponibilità degli interessi in giuoco vi è soltanto, a rigore, dove manca la legge: nella libertà del soggetto privato e nel merito delle decisioni di soggetti pubblici.

---

vengono introdotte, sarebbero da sole sufficienti a contraddire due punti chiave del paradigma amministrativistico e cioè l'unilateralità e l'autoritatività del potere amministrativo. Per quanto qui più specificamente interessa, va posto in risalto un ulteriore sviluppo di queste premesse secondo cui "non sempre fa riscontro in altri una *soggezione* al potere stesso, se per questa si intende la condizione giuridica del soggetto di fronte agli effetti *limitativi* che si producono nella propria sfera giuridica per opera del potere giuridico di un terzo"; di soggezione potrà al più parlarsi nel senso della "impossibilità per un terzo di sottrarsi agli effetti *quali siano* della modificazione giuridica provocata dall'esercizio di un potere altrui". E dunque non solo il concetto di soggezione sarebbe indipendente dal carattere favorevole o sfavorevole delle conseguenze di tale esercizio e sarebbe compatibile con il potere di chi le subisce di allontanarle da sé mediante l'esercizio di un diverso potere giuridico, ma anche il soggetto al cui servizio il potere è posto soggiace agli effetti della modificazione giuridica che si produca (p. 49; tutti i corsivi di questa nota sono nel testo citato). Miele in verità, quasi arretrando di fronte al manifesto carattere dirompente di tali affermazioni, prosegue osservando come, così definito, il concetto di soggezione "finisca per perdere molta della sua utilità per la sistematica giuridica" e conclude tornando ad accettare le sue tradizionali connotazioni. A me pare peraltro che la sua concezione strettamente teorica del potere e della soggezione debba essere sviluppata fino in fondo: e se i concetti tradizionali di "potestà" e soggezione si dovessero rivelare di conseguenza o inconsistenti o radicalmente trasformati, tanto meglio.

Ciò non significa però negare in radice lo schema teorico ricordato, ma soltanto dislocarne il significato e la rilevanza dal terreno della identificazione e differenziazione sostanziale delle situazioni soggettive a quello delle modalità di produzione degli effetti. Quel che è vero, infatti, è che le modificazioni giuridiche introdotte dall'esercizio unilaterale del potere "tendono", per così dire, a consolidarsi, a diventare, cioè, definitive in assenza di un intervento uguale e contrario di un altro soggetto (e in particolare del giudice) a seguito di una verifica della assenza delle condizioni legali del suo esercizio([173]). La specificità della nozione di potere non va dunque ricercata sul terreno della differenziazione sostanziale delle situazioni soggettive, ma deve essere dislocata su quello delle modalità di produzione degli effetti, e in particolare sulle dinamiche dell'iniziativa processuale e dell'onere della prova, come

([173]) Ciò vale, con tutta evidenza, per l'atto amministrativo, tanto che il nucleo "forte" della sua autoritatività è stato talvolta identificato proprio nella esistenza di un termine di decadenza per la sua impugnazione: si ricordi, in proposito, la storica sentenza (Cons. Stato, sez. V, 1 dicembre 1939, est. Fagiolari, in *Foro it.*, 1941, III, c. 9 ss.) in cui si affermò che la decadenza "non è una prescrizione abbreviata, ma ha un fondamento diverso, che consiste nell'autorità del comando amministrativo, comando che nasce con forza esecutoria e con presunzione di validità che deve prestissimo diventare certezza" (c. 11); ma vale anche in diritto privato: si veda, ad esempio, (*infra*, nt. 257) il caso dell'impugnazione degli atti di licenziamento, in cui la funzione di questo tipo di termine viene identificata nella tutela dell'interesse del datore di lavoro alla certezza sull'assetto dei dipendenti; ad analoghe esigenze di certezza dei mercati e di stabilità delle deliberazioni societarie viene ricondotta la limitazione della impugnabilità delle deliberazioni stesse, introdotta con la riforma del diritto societario (*infra*, nt. 258). Nel senso qui sostenuto si ricordino le considerazioni di G. Miele, *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1941, ora in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 329 ss., che pone in evidenza come l'atto esecutorio (qui inteso in senso ampio, come atto produttivo di effetti giuridici in modo unilaterale) importi una inversione dell'onere della prova, in quanto non è l'amministrazione che dovrà chiedere al giudice una pronuncia di accertamento della legittimità del potere esercitato, onde costituire il nuovo effetto giuridico, ma "è il destinatario che dovrà *provocare* il giudizio per fare dichiarare l'illegittimità dell'atto, e quindi ottenere la riparazione diretta o indiretta degli effetti che si fossero già verificati a suo carico" (p. 335, corsivo mio); l'obbligo di motivazione compenserebbe quindi il privilegio costituito da tale inversione dell'onere della prova, rendendo più agevole per il destinatario verificare la legittimità dell'atto.

risulta nella distinzione (a nostro avviso assai più precisa) tra *Gestaltungs-* e *Gestaltungsklagerechte*(174).

In ogni caso una cosa è certa: che, per usare di nuovo le parole di Ledda, "la teoria della disuguaglianza «istituzionale» non può essere sorretta in alcun modo dalla considerazione che il giudizio verte su un atto o provvedimento autoritativo: l'autorità non entra e non può entrare nel giudizio"(175). La sentenza, infatti, prosegue l'autore, esprime essenzialmente un giudizio *di verità* avente per oggetto *l'affermazione giudiziale* del ricorrente che, nel caso dell'atto amministrativo, consiste in una qualificazione di *falsità* della regola del caso di specie in esso contenuta(176).

5. *La crisi dell'interesse legittimo nell'evoluzione del diritto amministrativo.*

Le considerazioni svolte al livello dell'interpretazione costituzionale e della teoria generale trovano, come si è detto, un preciso riscontro sullo specifico terreno della nozione amministrativistica di interesse legittimo, nozione che le più recenti vicende sembrano avere scosso dalle fondamenta. E tale riscontro appare tanto più significativo in quanto tale crisi segue un percorso del tutto

---

(174) V., in proposito, M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, nonché L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 1996.

(175) F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., p. 384.

(176) F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., p. 385: assumendo come riferimento la definizione di Otto Mayer, per cui l'atto amministrativo è la pronuncia che determina ciò che per il destinatario *deve essere* secondo diritto nel caso singolo, l'autore osserva che questa è una proposizione di *sollen* e non di *sein*; ma anche le proposizioni di *sollen* possono essere vere o false e il ricorrente assume, appunto, la falsità della regola; questa, dunque, "quando entra nel processo, non è né vera né falsa, è problematica nell'accezione più corretta della parola, proprio perché è entrata nel processo attraverso un'affermazione – quella del ricorrente – proposta solo al fine di falsificarla. E tutto ciò significa che l'autorità non entra nel giudizio, che di fronte al giudice non si ha autorità, che l'autorità rimane fuori (e infatti si manifesta nella realtà extraprocessuale) e non penetra nelle aule del tribunale ma, restando fuori, attende quel responso del giudice che può smentirla e ridurla quindi al nulla".

autonomo, interno alla logica disciplinare: anche se, ovviamente, incombe, sullo sfondo, il peso di una sensibilità culturale più matura, ciò che sta accadendo non dipende da una puntuale verifica di conformità ai principi (costituzionali e teorici) del paradigma amministrativistico, ma da una sua crisi *interna*, da una vera e propria implosione, determinata dalla sua ormai totale incapacità di assorbire e ordinare la molteplicità di pressioni esercitate indirettamente dal mutamento sociale, ma anche *direttamente* dalle trasformazioni dell'ordinamento. Nell'imponente letteratura che negli ultimi anni si è sviluppata intorno a tale vicenda si cercherebbe invano, infatti, una struttura argomentativa di tipo logico-gerarchico, che assuma, cioè, la Costituzione come punto di partenza e la teoria generale come ordito di controllo concettuale. Il discorso, cioè, parte "dal basso", articolandosi in due principali tendenze: la prima, largamente maggioritaria, tesa ad assorbire le contraddizioni all'interno della tradizionale identità disciplinare, e dunque destinata a restarvi irreparabilmente confinata; la seconda, disposta a ricercare più ampi orizzonti e ad incontrare, in un percorso ascendente, il diritto privato assumendone i concetti fondanti quantomeno come riferimento critico per una rielaborazione, o, talvolta, per una sostituzione di quelli amministrativistici. Si tratta, dunque, ed è questo il tentativo che stiamo conducendo, di mettere in rapporto una rilettura sistematica della Costituzione con la crisi interna del diritto amministrativo, per fornire a quest'ultima una soluzione adeguata.

Non è qui il caso di soffermarsi su una discussione fin troppo nota: ciò che intendiamo porre in risalto è come il punto di crisi sia stata l'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo, affermazione che, rivelando il carattere fittizio e compromissorio di tale nozione, ambiguamente sospesa tra autorità e libertà, sta costringendo ad un ripensamento critico dell'intera materia.

Il processo ha origini lontane. In una prima, lunga e contrastata fase si è cercato di delimitare il campo occupato (in modo tendenzialmente totale, secondo l'originaria impostazione pan-

pubblicistica) dal binomio imperatività dell'atto/interesse indirettamente protetto: o depotenziando l'imperatività dalle sue implicazioni meno proponibili rispetto alle modalità e alla sussistenza medesima della tutela individuale, o ritagliando dalla sua sfera di influenza tipologie di atti determinati come i c.d. atti paritetici, dichiarativi, ricognitivi, di accertamento tecnico, di adempimento e simili, fino alla più generale proposta di considerare tutti gli atti vincolati come privi di qualunque specificità pubblicistica e dunque come inerenti a un rapporto giuridico paritario, o di diritto comune che dir si voglia. Tale indirizzo scientifico si è progressivamente affermato, anche se in termini riferibili volta per volta al tipo di atto o di situazione considerati: ben raramente, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno accolto in termini di principio la corrispondenza tra atto vincolato e diritto soggettivo, preferendo cautelativamente mantenere fermo il paradigma amministrativistico anche se le riconosciute eccezioni diventavano tante e tali da rendere problematica l'individuazione dell'area di permanenza della regola.

Il punto ultimo di approdo di questo processo è stata la recente, radicale revisione del concetto di imperatività[177], condotta sul duplice filo della critica alla formazione storica della specialità del diritto amministrativo e di un serrato confronto con il diritto privato, inteso a individuare la comune struttura giuridica del potere unilaterale nei due campi disciplinari, con la conseguente demolizione di una serie di presunte manifestazioni autoritative del potere stesso in quanto esercitate da un soggetto pubblico.

Punto ultimo di approdo, si è detto: per quanto ampie e radicali fossero simili revisioni critiche, esse si arrestavano infatti, ineluttabilmente, di fronte alla discrezionalità che, in quanto scelta concepita in termini di finalizzazione all'interesse pubblico, pareva segnare un invalicabile confine tra diritto comune e diritto

---

[177] Si tratta delle tesi di B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit.: in proposito rinvio alle considerazioni già svolte in *Diritto pubblico*, 2001, pp. 783 ss., e part. 793 ss.

amministrativo, tra rapporti paritari e rapporti di soggezione, tra tutela piena e diretta e tutela "minore" e indiretta, tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Le due sequenze norma-fatto e norma-potere-fatto sembrano, cioè, proporsi come connotative di due classi di fenomeni qualitativamente diversi: nella prima, infatti, la norma esaurisce l'identificazione della fattispecie astratta e della conseguente relazione tra i soggetti, e dunque è idonea a fondare un rapporto diritto-obbligo; nella seconda, invece, la norma sposta parte di tale identificazione sul potere, che viene così a partecipare della sua forza "creativa", a fronte della quale non può sussistere una situazione giuridica contrapposta di tipo paritario. Si tratta, dunque, di una norma di azione, diretta a condizionare il modo di operare del soggetto pubblico assumendo come parametro finale l'interesse pubblico specifico ad esso assegnato. "Il vincolo di scopo viene a integrare il paradigma di validità dell'atto": questo, in efficace sintesi, è il nucleo concettuale ultimo della specialità del diritto amministrativo, dell'interesse legittimo, della giurisdizione amministrativa. Molti, in realtà, erano i dubbi che questa ricostruzione, riproposta in termini "modernizzanti" intorno al concetto di funzione, lasciava aperti: dalla stessa identificazione di tale concetto in termini di teoria generale, alla sua estensione all'attività di diritto privato, alla possibilità di riferirlo, oltre che all'attività complessivamente considerata, anche al singolo atto. Ma ciò che più appariva incongruo era la collocazione del vincolo di scopo (e dunque dell'eccesso di potere) in un'area per così dire intermedia tra legittimità e merito, in cui, cioè, tali concetti risulterebbero contestualmente soggetti alla legge (come fonte necessaria del vincolo) e sottratti ad un sindacato intrinseco del giudice: laddove una logica forse semplicistica, ma difficilmente sormontabile, parrebbe suggerire, come vedremo, una distinzione netta tra l'area della legge, come tale integralmente sottoposta, e quella della libertà del soggetto, come tale integralmente sottratta alla verifica giudiziale.

Come si è detto, però, il vero punto di rottura è stato rappresentato dall'affermazione della c.d. risarcibilità dell'interesse legittimo che, fondamentalmente motivata da una "scelta di civiltà", ha incontrato insormontabili difficoltà ad essere adeguatamente spiegata all'interno del paradigma disciplinare amministrativistico. Ciò che veniva, infatti, improrogabilmente a scadenza era il problema, tanto tormentato quanto (non importa se per colpa o per dolo) volutamente lasciato nell'oscurità, del carattere sostanziale dell'interesse legittimo, di definirne cioè l'*oggetto*, il bene della vita di cui si poteva chiedere in tale forma la protezione: era infatti manifestamente impossibile definire l'*an* e il *quantum* del risarcimento per equivalente senza aver chiaro a che cosa esso dovesse equivalere.

La discussione è aperta, e ad essa non posso che rinviare: non senza, però, accennare sommariamente alle principali contraddizioni in cui si dibatte e a quella che mi pare l'unica possibile direzione di ricerca. Già la nota sent. n. 500 del 1999 aveva indicato due schemi concettuali di riferimento, che peraltro erano apparsi non solo problematici, ma anche tra loro contraddittori. Da un lato, per salvare l'identità dell'interesse legittimo, irresistibilmente sospinto dalle fondamentali motivazioni circa la sua risarcibilità verso la coincidenza con il diritto soggettivo, la Cassazione aveva fatto ricorso al concetto di "interesse protetto dall'ordinamento" come situazione di carattere sicuramente sostanziale, ma (a quanto è dato di capire) riconosciuta in modo più generico rispetto al diritto stesso.

Dall'altro, attraverso la prospettazione di un "giudizio prognostico" circa la futura attribuzione o meno del bene da parte della pubblica amministrazione, non solo negava l'originaria consistenza legale della protezione, ma configurava un potere di ingerenza nell'esercizio della discrezionalità problematico non solo per il giudice ordinario, ma anche per quello amministrativo.

Sono emerse allora nuove direzioni di ricerca che, partendo più o meno esplicitamente da una antica intuizione di Capaccioli,

rivolta a raffigurare l'interesse legittimo come tutela diretta di interessi strumentali, distinti da quello finale, hanno come obbiettivo quello di negare l'unidirezionalità delle "norme amministrative" e la loro esclusiva funzionalità all'interesse pubblico per ricondurle nell'ambito del generale schema del rapporto giuridico bilaterale[178].

La sorte che attende la figura dell'interesse legittimo in relazione a questi radicali mutamenti di prospettiva non può ancora dirsi chiara, perché gli approfondimenti e le verifiche da compiere sono ancora numerosi e complessi: per il momento fermiamoci ad un risultato che, in base al triplice ordine di convergenti considerazioni svolte (interpretazione costituzionale, teoria generale, evoluzione dell'ordinamento positivo), ci sembra ormai acquisito e che riguarda ciò che l'interesse legittimo *non è* e *non può essere*, e cioè una situazione giuridica soggettiva non paritaria, dominata dal riferimento all'interesse pubblico e come tale idonea a sostenere e giustificare l'intera costruzione in termini di specialità derogatoria del diritto amministrativo e del suo giudice domestico.

Sull'identità concettuale dell'interesse legittimo come *species* di situazione giuridica soggettiva protetta cercheremo più avanti di formulare un'ipotesi. Quello che per ora possiamo conclusivamente auspicare è che il suo esclusivo riferimento all'interesse del titolare (predicato nel 1962 da Bachelet) sia un concetto che non debba attendere altri quarant'anni per diventare opinione comune di chiunque abbia a che fare con il confronto tra cittadino e pubblica amministrazione; e, andando ancora oltre, che nel processo storico e nella sistemazione teorica si avveri la suggestiva profezia di Franco Ledda: "l'interesse legittimo era servito a far nascondere o far affievolire i diritti soggettivi; e a sua volta si affievolirà, finirà per dissolversi del tutto senza lasciar molte tracce né espressioni veramente sincere di rimpianto. Era nato per risolvere nel senso meno liberale il problema del giudizio su un'ammini-

---

[178] Sul punto, v. ampiamente, più avanti, capo VI, par. 3.

strazione che veniva pensata essenzialmente come autorità, e in modo quasi naturale scomparirà quando si sarà avuta la conquista del giudizio, e quindi di un processo che assicuri il farsi del giudizio nel modo più adeguato ai dati dei problemi. [...] Sarà un giorno bellissimo, io penso: diradate le nebbie, vedremo ricomparire quei diritti che l'interesse legittimo ci nascondeva"([179]).

([179]) F. Ledda, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., p. 401.

Capo Quinto

DOVE, "RILEGGENDOSI" LE NORME COSTITUZIONALI SULLA TUTELA GIURISDIZIONALE, SI RILEVA LA LORO INTRINSECA COERENZA NONCHÉ LA CENTRALITÀ DA ESSE ATTRIBUITA AL GIUDICE ORDINARIO, MA DOVE IL DISCORSO FIN QUI CONDOTTO SEMBRA PERDERSI NELLA DIFFICOLTÀ DI DARE UN SENSO AL RIPARTO DI GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. Rileggendo le norme costituzionali: *a*) il principio di generalità della tutela. – 2. *b*) I criteri di riparto di giurisdizione. – 3. Le forme di tutela e il principio di effettività. – 4. La crisi dei criteri di riparto: alla ricerca di un "senso" della pluralità di giurisdizioni. – 5. A partire dal sistema costituzionale: la centralità del giudice ordinario.

1. *Rileggendo le norme costituzionali: a) il principio di generalità della tutela.*

Le conclusioni che possono trarsi a questo punto del discorso sono di notevole rilievo. Avevamo infatti osservato, all'inizio del capitolo precedente, che il riferimento costituzionale alla nozione di interesse legittimo riveste un carattere cruciale, in quanto, se intesa in senso tradizionale, essa costituirebbe la porta di ingresso dell'intero ordinamento preesistente, orientando l'interpretazione delle singole norme concernenti la giustizia amministrativa in senso derogatorio rispetto ai principi generali sulla giurisdizione. Se invece, come si è creduto di poter sostenere su vari piani di riflessione, l'interesse legittimo deve essere considerato come situazione soggettiva di tutela dell'interesse individuale e quindi

come una *species* del diritto soggettivo(180), le conseguenze sono di segno opposto. Se, cioè, si "prendono sul serio" i principi che in modo unitario connotano la funzione giurisdizionale, gli artt. 103 e 113 Cost. possono e debbono essere riletti non già come norme speciali (o, al più, solo parzialmente correttive dell'ordinamento preesistente), ma come norme confermative e attuative dei principi stessi e profondamente innovative.

Affrontiamo dunque, in modo analitico, questa verifica partendo dal primo comma dell'art. 113 e limitando per ora l'esame alla sua prima proposizione(181).

In larga parte essa coincide sostanzialmente con quanto già affermato dall'art. 24, poiché l'espressione "è sempre ammessa la tutela giurisdizionale" equivale a quella "tutti possono agire in giudizio per la tutela": e dunque, per trovare il significato specifico della norma, occorre portare l'attenzione sulle parole "contro gli atti della pubblica amministrazione". Il costituente, cioè (e, certo, a ragione), sentì l'esigenza di affermare in modo inequivocabile che il principio di tutela giurisdizionale si estendeva ai rapporti tra amministrazione e cittadino: risulta dunque sottinteso un *anche* iniziale che, peraltro, ha un valore più pregnante di quello meramente aggiuntivo. Riecheggiando, infatti, un antico testo, verrebbe da leggerlo come un *"ancorché* siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa"(182), e ciò significherebbe ben altro che un mero chiarimento: significherebbe infatti, come pure è stato sostenuto, che i diritti soggettivi (quantomeno) *possono*, se non *debbono*, "resistere" al provvedimento ai

---

(180) F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 19, per cui il riconoscimento costituzionale dell'interesse legittimo sancisce definitivamente il carattere di diritto soggettivo e di processo di parti del processo amministrativo.

(181) "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi"; vedremo più avanti come leggere il riferimento alla giurisdizione ordinaria o amministrativa.

(182) Si tratta, è appena il caso di dirlo, dell'art. 2, della legge n. 2248 del 1865, All. *E*, peraltro tuttora a pieno titolo vigente.

fini della giurisdizione([183]), che la c.d. teoria della degradazione e tutte le costruzioni ad essa equivalenti non hanno giustificazione costituzionale, e che il rapporto tra diritti soggettivi e attività amministrativa deve essere costruito in modo diverso. Questo tipo di esegesi può apparire forzato e formalistico, ma esso trova conferma e fondamento nel comma successivo, anch'esso comunemente letto in termini restrittivi, ma che appare oggi, finalmente, in tutta la sua portata di norma espressiva del principio di generalità ed effettività della tutela nei confronti (anche) della pubblica amministrazione([184]); la lettura congiunta dei primi due comma dell'art. 113 indica, quindi, una inequivocabile direzione interpretativa, nel senso che la presenza di provvedimenti amministrativi non può considerarsi *di per sé* giustificazione di una diminuzione dell'ampiezza e della intensità della tutela.

([183]) V. Bachelet, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 14. Per una diversa lettura del rapporto tra le due norme costituzionali v. E. Cannada-Bartoli, *La tutela giudiziaria*, cit., pp. 32 ss., secondo il quale l'art. 113, co. 1, sarebbe redatto con riferimento ai soli atti, mentre la tutela relativa ai fatti non dovrebbe essere determinata secondo la distinzione tra diritti e interessi, ma risulterebbe direttamente dall'art. 102 in quanto attributivo della funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari.

([184]) V. le chiare parole di F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., p. 20, secondo cui l'art. 113, co. 2, "è la disposizione più importante in tema di tutela contro l'amministrazione [...] [e] *non si può ritenere finora pienamente attuata:* al di là del significato da attribuire all'espressione «particolari mezzi di impugnazione» non si può non riconoscere che la Costituzione ha voluto assicurare, oltre la generalità, anche la pienezza di tutela giurisdizionale. Il che comporta che, nelle controversie con l'amministrazione, devono poter essere esperibili tutte le azioni che, in via generale, sono esperibili nelle controversie tra privati". Sul fatto che "pur fuorviato da tali e tante false rappresentazioni il legislatore costituente finì per operare la scelta fondamentale, che viene fuori dal combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113, e che può sintetizzarsi nella necessità che sia concessa «piena» tutela anche nei confronti dell'amministrazione", v. G. Verde, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa*, cit., p. 611. Di "profonda forza eversiva" dei principi enunciati dall'art. 113 Cost., parlava già F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., p. 813: la Costituzione, infatti, ha indicato la necessità di una revisione dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione, perché "ciò che finalmente viene in luce non è tanto la garanzia dell'amministrazione nei confronti della giurisdizione, ma è la garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione senza che per tale garanzia sussistano limiti o vincoli derivanti necessariamente dal principio della separazione dei poteri".

2. *b) I criteri di riparto di giurisdizione.*

E veniamo al riparto di giurisdizione, riprendendo ancora in esame l'art. 24 Cost.: tale norma, chiaramente, nulla dice sulla struttura e sul contenuto giuridico delle situazioni nominate e men che mai, come già si è visto, "pietrifica" la nozione di interesse legittimo del tempo e la sua connessione con il giudice amministrativo; essa dice in realtà soltanto questo, che, laddove sia identificabile una situazione giuridica soggettiva sostanziale, il suo titolare ha il diritto a farla valere in giudizio: e ciò significa a perseguirne la piena ed effettiva realizzazione pratica di fronte a un organo giurisdizionale e attraverso (art. 111) un giusto processo. Il problema dei criteri di riparto è dunque estraneo all'art. 24 ed al gruppo di principi che da esso si ricavano e che intorno ad esso si ordinano, e deve dunque essere considerato su un piano diverso e sottordinato, nel senso che dovrà essere risolto in termini che risultino in piena coerenza con i principi stessi.

Ed anche l'art. 113, co. 1, non necessariamente va inteso come affermazione di corrispondenza biunivoca diritti-giudice ordinario e interessi-giudice amministrativo: come si è osservato, la sua portata specificamente aggiuntiva rispetto all'art. 24 sta nel ribadire la generalità della tutela anche contro gli atti amministrativi, lasciando al legislatore la scelta circa i criteri di riparto; è significativo in tal senso, come è stato osservato[185], l'uso del disgiuntivo nel riferimento alle giurisdizioni: ciò che conta, cioè, è, ancora, che la tutela sia in ogni caso assicurata, dall'una "o" dall'altra.

Più consistente è, semmai, la correlazione stabilita dall'art. 103 tra interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: anche escludendo, infatti, che possa trattarsi di una riserva[186], la norma

---

[185] M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 291 ss.

[186] L'opinione è largamente dominante; in contrario, si potrebbe invocare l'art. 113, co. 3, che, nel consentire al legislatore di attribuire il potere di annullamento al giudice ordinario, sottintenderebbe, data la stretta relazione tra tale potere e interessi legittimi, la possibilità di devolvere la loro cognizione al

definisce tale giurisdizione nel senso della *normalità* di detta correlazione, e sarebbe certo più arduo sostenere che, negata l'autonoma consistenza dell'interesse legittimo, un ordine giudiziario costituzionalmente previsto venga a risultare "vuoto" di funzioni.

Come vedremo, peraltro, non è necessario forzare fino a tal punto la lettera della Costituzione, perché un senso alla "nomenclatura" diritti soggettivi/interessi legittimi si può ancora trovare([187]) pur nel quadro costituzionale qui ricostruito in termini assai diversi dalla tradizione: per il momento completiamo l'esame dell'art. 113 "rileggendo" il suo terzo comma.

3. *Le forme di tutela e il principio di effettività.*

Anche questa disposizione, come e più delle altre, sta a testimoniare di quanto l'interpretazione sia condizionata dalla "precomprensione", che in questo caso consiste nel peso che la tradizione, anche inconsapevolmente, esercita sull'interprete. Essa infatti è stata comunemente intesa *come se* dicesse: "il potere di annullamento è conferito in via generale e naturale al giudice amministrativo ma, in deroga a tale regola, esso può essere dalla legge

---

giudice ordinario stesso. Sotto altro profilo, si può osservare che, almeno in alcuni casi di attribuzione "per materia" della giurisdizione al giudice ordinario, è difficile negare la sussistenza (almeno secondo i canoni ricevuti) di interessi legittimi.

([187]) Un'indicazione penetrante in tal senso si deve a G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit., p. 107, per cui diritti e interessi sono solo delle specificazioni di un'unica sostanziale tutela e garanzia; "è da respingere", prosegue l'autore (p. 113), "l'ipotesi che a lungo andare si possa continuare a discriminare tra due situazioni giuridiche soggettive come se da esse derivasse una diversa qualità di tutela. Se respingiamo alla fine l'idea che l'esistenza nella Costituzione di due figure significhi cedevolezza della capacità individuale di fronte al potere pubblico, dobbiamo pensare che il fatto che la Costituzione nomini le due categorie significa riflettere sulla loro nomenclatura la pluralità delle giurisdizioni, sia pur nell'ambito di un unitario ordinamento della giustizia" . Sono parole, come sempre, suggestive e nella sostanza condivisibili, ma il problema resta, essendo difficile accettare l'idea che la distinzione tra situazioni soggettive richiamata dalla Costituzione abbia perduto ogni significato e che alla distinzione tra le giurisdizioni non corrisponda più nulla di sostanziale. Sul punto v. anche, pur se in termini più sfumati, F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., p. 814.

attribuito anche al giudice ordinario"; e già questa lettura è apparsa come uno dei dati più innovativi della Costituzione rispetto alla regola posta dall'art. 4 dell'all. *E*([188]). Il fatto è che, *letteralmente*, la norma non dice affatto questo e che, *sistematicamente*, essa non è affatto parzialmente correttiva dell'art. 4, ma si colloca in un contesto del tutto diverso, di piena coerenza col principio di effettività, e dunque, semmai, in contraddizione con i principi tradizionali. Il dato che più colpisce, ad una lettura sgombra da precomprensioni e tradizioni disciplinari, è quello, di tutta evidenza, che essa pone sullo stesso piano i due tipi di giudice agli effetti della scelta attribuita al legislatore([189]) ed apre a quest'ultimo uno spazio di discrezionalità che per un verso risulta amplissimo, e per l'altro "governato" dal principio di effettività([190]), oltreché, ovviamente, da quello di ragionevolezza; e in questo senso l'art. 113, co. 3, viene ad apparire come singolarmente analogo, nei presupposti e nel significato, all'art. 2908 cod. civ., almeno nei termini in cui abbiamo creduto di poterlo interpretare([191]). La Costituzione, cioè, con la norma in esame, intende garantire che la tutela individuale, quale che sia il giudice competente, sia realizzabile, ove ne-

---

([188]) Per una forte valorizzazione dell'art. 113, ult. co., Cost., v. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 183 ss. Una opinione estrema è invece quella espressa da G.B. Verbari, *Principi di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 109, secondo il quale la norma in questione "va intesa non nel senso che la legge deve prevedere esplicitamente il potere di annullare gli atti amministrativi, bensì nel senso che la legge, nel determinare le materie di competenza della giurisdizione ordinaria, rende possibile che tale organo eserciti il potere di annullamento degli atti amministrativi. Non è necessaria, quindi, una previsione legislativa esplicita, perché – nelle materie attribuite alla giurisdizione ordinaria – il giudice possa annullare gli atti amministrativi".

([189]) Per una apertura in tal senso, v. F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., pp. 812 ss., per cui il divieto di limitazione a particolari mezzi di impugnazione, di cui all'art. 113, co. 2, Cost., deve essere riferito tanto alla giurisdizione amministrativa, quanto a quella ordinaria, e che il cittadino ha conseguentemente non solo il diritto alla tutela giurisdizionale, ma il diritto di averla dove essa sia più efficace e più piena.

([190]) In tal senso E. Cannada-Bartoli, *La tutela giudiziaria*, cit., p. 39, secondo il quale l'annullamento non può mai essere escluso se tale esclusione comporta una limitazione della tutela.

([191]) V. *retro*, capo II, par. 5.

cessario, *anche* attraverso l'annullamento di un atto amministrativo. Ciò significa: *a*) che, *al livello costituzionale*, non è codificata alcuna necessaria correlazione tra un tipo di giudice e una forma di tutela(192); *b*) che il potere di annullamento (così come previsto per la tutela costitutiva in genere dall'art. 2908 cod. civ.) deve avere uno specifico fondamento legislativo e devono esserne disciplinati "i casi e gli effetti"; *c*) che dunque, in teoria, il legislatore potrebbe tanto attribuire il potere di annullamento in via generale al giudice ordinario, quanto escluderlo per il giudice amministrativo; *d*) che però, in concreto, il legislatore, in attuazione del principio di effettività, *dovrà* attribuire al giudice (ordinario o amministrativo) il potere stesso ogniqualvolta esso risulti necessario ai fini della tutela(193); *e*) che, infine, ove tale necessità sussista, ogni esclusione, generale o particolare che sia, del potere stesso deve considerarsi incostituzionale.

Una simile interpretazione appare certamente assai diversa rispetto a quelle prevalenti: ma si deve osservare che essa per un verso, certamente, ha carattere estensivo, in quanto "apre" al potere di annullamento del giudice ordinario in misura teoricamente

---

(192) Sulla indifferenza costituzionale rispetto alla relazione tra tipo di giudice e forma di tutela, cfr. G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit., p. 86 s., per cui sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore attribuire la tutela stessa all'uno o all'altro giudice. In questa logica, sia pure con riferimento all'opposto problema dell'attribuzione della tutela risarcitoria al giudice amministrativo, si è espressa con chiarezza la Corte costituzionale (sent. n. 204 del 2004, cit., punto 3.4.1) affermando che il risarcimento del danno non costituisce una nuova "materia" attribuita al giudice amministrativo "bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo) da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'attribuzione di tale potere – prosegue la Corte – non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (*sub* 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri"; e la concentrazione dei due giudizi (demolitorio e risarcitorio) presso un unico giudice "costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost."

(193) Sono significativi in tal senso, come già si è accennato, e come verrà specificato più avanti (nt. 268), i poteri "ulteriori" attribuiti al giudice ordinario da leggi particolari.

illimitata, ma per l'altro "smitizza" il problema, spogliandolo da ogni sacrale alternativa tra attribuzione ed esclusione secondo il tipo di giudice, e lo riporta sul terreno dell'effettività della tutela, terreno sul quale, come vedremo meglio più avanti, il potere stesso appare in molti casi superfluo, in quanto l'atto amministrativo può essere "neutralizzato" attraverso la disapplicazione o risulta del tutto estraneo all'oggetto del giudizio. A ben guardare, infatti, la "drammaticità" del problema, quale si è posto in un secolo di giustizia amministrativa, dipende dalla dominante (anomala, incostituzionale) presenza dell'interesse pubblico nel campo della tutela giurisdizionale, in base alla quale da un lato il giudice ordinario *non può*, dall'altro il giudice amministrativo *deve*, interferire sull'assetto degli interessi stabilito dall'atto amministrativo.

Qualora invece si ricollochi pienamente la tutela nei confronti della pubblica amministrazione sul terreno dei principi costituzionali generali, apparirà evidente che l'atto amministrativo non può considerarsi come veicolo di inserimento nel processo, in termini di pregiudiziale sovradeterminazione dell'interesse di una delle parti, dell'interesse pubblico che lo pervade: e ciò non solo in negativo, come intangibilità da parte del giudice ordinario, ma anche in positivo, come scopo dominante assegnato al giudice amministrativo nella sequenza annullamento-effetto conformativo-riesercizio-giudizio di ottemperanza.

Le vicende dell'interesse pubblico in quanto tale riguardano soltanto la pubblica amministrazione e i suoi poteri residui, una volta intervenuta la sentenza: poteri che, come verrà in seguito specificato, potranno risultare nulli qualora la tutela dell'interesse individuale si sia spinta fino a un provvedimento sostitutivo del giudice o, all'estremo opposto, intatti qualora il singolo abbia rinunciato ad attaccare l'atto ed abbia ottenuto una tutela soltanto risarcitoria([194]).

([194]) Sul punto, v. ampiamente più avanti, Capo VI, par. 5.

4. *La crisi dei criteri di riparto: alla ricerca di un "senso" della pluralità di giurisdizioni.*

Il discorso, peraltro, è ben lontano dall'essere concluso, anzi pare trovare adesso delle difficoltà apparentemente insormontabili. La verifica fin qui condotta sulla compatibilità costituzionale della giurisdizione amministrativa, nei suoi diversi esiti di affermazione della incostituzionalità di alcuni aspetti e di possibile interpretazione adeguatrice di altri, sembra aver dato risultati certo fortemente divergenti rispetto all'opinione corrente, ma anche plausibili, in quanto fondati sulla ripresa e sullo sviluppo di indirizzi dottrinali autorevoli e risalenti. Non si può, peraltro, non prendere atto che l'impostazione seguita conduce, nel suo sviluppo logico-sistematico più rigoroso, ad un esito ben determinato, e cioè all'assenza di ogni ragionevole giustificazione del dualismo di giurisdizione. Se è vero, infatti, che diritti soggettivi e interessi legittimi hanno la stessa natura giuridica di forme di protezione esclusiva dell'interesse individuale, che l'interesse pubblico resta come tale totalmente estraneo alla scena del rapporto e del giudizio, che i mezzi di tutela seguono, senza pregiudiziali esclusioni o inclusioni, la natura del rapporto controverso secondo i principi di pienezza e di effettività della tutela, quale base storica o logica può giustificare il dualismo, che pure, in termini organizzativi, è espressamente conservato dalla Costituzione?

A questa difficoltà se ne aggiunge un'altra, strettamente connessa e, all'apparenza, ancor più insuperabile: la sottrazione, pure codificata nell'art. 111, co. 8, Cost., delle sentenze del Consiglio di Stato al sindacato di legittimità della Corte di cassazione. Tale "immunità" dalla funzione di nomofilachia viene normalmente spiegata come logica conseguenza, anzi come chiave di volta, della specialità derogatoria del sistema amministrativo come sistema caratterizzato dalla finalizzazione all'interesse pubblico. La sequenza norma amministrativa (come norma d'azione)-interesse legittimo (come tutela indiretta)-giudice parziale (come giudice-ammini-

stratore) delinea in effetti un sub-ordinamento separato, "naturalmente" sottratto all'unità dell'ordinamento generale di cui la Cassazione è ultimo garante(195). Ma una volta negati uno per uno (come abbiamo cercato di fare) i singoli elementi della sequenza, una volta riaffermata, attraverso la centrale identità della tutela individuale, l'unità della funzione giurisdizionale comunque organizzativamente articolata e, conseguentemente, l'unità dell'ordinamento, che senso può attribuirsi alla cennata "immunità"?

Procediamo con ordine partendo dal problema (certo non nuovo) dei criteri di riparto della giurisdizione per verificare se ve ne sia uno (tra i tanti storicamente proposti) che possa adattarsi al quadro di interpretazione costituzionale prospettato. Alla evidente crisi del criterio dominante, relativo alla natura delle situazioni giuridiche soggettive(196), e prontamente richiuso (almeno in apparenza) lo spiraglio aperto dalla sent. n. 500 del 1999 della Cassazione sul criterio del *petitum*(197), si è risposto prospettando due possibili criteri alternativi, la natura del soggetto o la materia. Quanto al primo, è appena il caso di soffermarsi sulla considerazione che di esso non vi è traccia alcuna in Costituzione, neppure in quella letta secondo la più conservatrice delle tradizioni: anzi, come abbiamo già accennato, e come meglio vedremo tra poco, la Costituzione afferma a chiare lettere la giurisdizione ordinaria (almeno) in certi tipi di controversie con la pubblica amministrazio-

---

(195) L'argomento è stato utilizzato nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale relative all'ampliamento della giurisdizione esclusiva: si osservava, infatti, che la devoluzione a questa di intere materie avrebbe indebitamente sottratto questioni di diritto soggettivo al controllo di legittimità della Cassazione. La Corte (sent. n. 204 del 2004, cit., punto 3.3), coerentemente con la logica generale seguita, osserva che il ridimensionamento della giurisdizione esclusiva entro i confini delle controversie concernenti un potere autoritativo risolve in radice il problema.

(196) In proposito non c'è che da rinviare alla discussione in corso, sottolineando il carattere bifronte di tale crisi: da un lato infatti, nella logica tradizionale crescono, anziché diminuire, le difficoltà di applicazione, mentre nelle ricostruzioni alternative la figura dell'interesse legittimo tende a dissolversi, restando quindi privo di consistenza il problema del riparto.

(197) Per i riferimenti essenziali alla giurisprudenza, v. *infra*, nt. 253 e 254.

ne; in ogni caso la Corte costituzionale ha opposto un netto diniego rispetto all'aspirazione del Consiglio di Stato a diventare giudice unico di quest'ultima([198]).

Quanto al criterio relativo alle materie, la Corte ha pure fissato un preciso limite all'interpretazione dell'art. 103. Tale norma, infatti, "non ha conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giursidizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare «particolari materie» nelle quali «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» investe «anche» diritti soggettivi: un potere quindi del quale [...] va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo delle materie"([199]).

([198]) La Corte, infatti, nella sentenza n. 204 del 2004, cit., sviluppando il concetto "debole" di unità della giurisdizione di cui si è detto, ha comunque affermato con chiarezza che la giurisdizione esclusiva non può essere giustificata "dalla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse" (punto 3.2.) ed ha altresì mostrato di condividere la tesi delle ordinanze di rimessione per cui la specialità di un giudice "può fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia «nell'amministrazione», e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione" (punto 3).

([199]) Le materie, ha proseguito la Corte, devono essere, come afferma l'art. 103, "«particolari» rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo". La sentenza, come già si è accennato, si colloca pienamente all'interno della teoria della recezione e della tradizionale distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive; era certo la via più agevole e meno traumatica di giungere a una censura di incostituzionalità: ma il ragionamento resta intrinsecamente contraddittorio. La Corte infatti da un lato nega (v. nota precedente) che la presenza di un pubblico interesse possa giustificare una devoluzione di giurisdizione per intere materie, ma dall'altro torna a utilizzare il concetto di atto autoritativo che, secondo la nozione più comunemente accolta, si fonda proprio sull'interesse pubblico perseguito. Essa, inoltre, accoglie la tradizionale giustificazione del "nodo gordiano" come limite alla estensione della giurisdizione amministrativa: ma, data l'attenzione dedicata alle origini storiche del sistema, era necessario chiedersi se davvero sia stato il problema "tecnico" della difficile distinguibilità tra diritti e interessi alla base della riforma del 1923, o se esso piuttosto non sia stato posto, allora come adesso, quale foglia di fico a co-

Proviamo dunque a "rileggere", alla luce dei principi individuati, le disposizioni costituzionali sul riparto, il cui esame abbiamo fino ad ora rinviato. È necessaria in proposito una premessa generale, che sembra di tutta evidenza ma che viene non solo normalmente sottaciuta, ma implicitamente contraddetta dal modo stesso di affrontare il problema, e che consiste nell'affermare la netta priorità di valore del principio individualistico su quello istituzionale. Credo infatti che chiunque sia in grado di mantenere un pur minimo distacco scientifico (storico, sociologico e giuridico al tempo stesso) non possa non convenire sul fatto che le immense energie che il diritto amministrativo ha riversato sul problema del riparto derivano dal carattere istituzionale che esso ha assunto, quasi di *actio finium regundorum* tra i due grandi corpi giudiziari e, per il loro tramite (e con tutte le approssimazioni del caso) tra Stato di diritto e Stato amministrativo. Se invece assumiamo come "punto logico di partenza" la centralità del principio di tutela individuale, la prospettiva si ribalta, nel senso che, in un sistema a doppia giurisdizione, il rapporto tra i due giudici deve

---

pertura del reale intento di attribuire a certe materie una più intensa connotazione pubblicistica e di assegnare il relativo contenzioso ad un giudice affidabile. Sulle origini della riforma si veda lo studio di F. Ledda, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, Firenze, Noccioli, 1972, ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., p. 131 in cui da un lato si pone in evidenza come nella originaria proposta della commissione di studio il problema centrale sembrava essere quello delle questioni pregiudiziali e incidentali relative a diritti e non quello della difficoltà di distinguere diritti e interessi, dall'altro si riporta la relazione governativa alla legge (in *Gazz. Uff.*, 8 gennaio 1924, n. 6, p. 77) in cui si affermava che nelle materie attribuite all'esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato l'interesse pubblico "è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato". Sul punto, v. anche A. Corpaci, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 67, che osserva come "prima ancora dell'aspetto attinente alla coesistenza e all'intreccio nel quadro di un'unica controversia di diritti e interessi, il legislatore del 1923 avanza il dubbio (la convinzione) che per determinate materie (non) possa effettivamente farsi questione di diritti. L'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione, nelle predette materie, anche di *tutte* le questioni relative a diritti (ivi comprese le principali) taglia la testa al toro: per i casi in cui l'interesse pubblico non fosse così prevalente ed assorbente da far ritenere individuabile una situazione di diritto, rimane tuttavia competente il giudice amministrativo".

essere collocato su un piano subordinato rispetto al principio stesso, anzi funzionale e servente rispetto alla sua più ampia realizzazione. Nulla di nuovo: lo aveva già detto con parole ben più efficaci, Giorgio Berti([200]); ma quasi nessuno lo ha ascoltato.

5. *A partire dal sistema costituzionale: la centralità del giudice ordinario.*

La tradizione amministrativistica, nell'impostare il problema del riparto di giurisdizione, è sempre stata bene attenta ad affermare una riserva costituzionale degli interessi legittimi al giudice amministrativo ed assai più distratta rispetto all'esistenza e soprattutto al fondamento di una corrispondente riserva, sull'altro versante, dei diritti soggettivi al giudice ordinario: e ciò sulla base di una lettura acritica dell'art. 103. Solo di recente si è cominciato a parlare in termini generali, e poi a riferire al problema in esame, di un principio di "generalità" o di preferenza per la magistratura ordinaria, pur nel pluralismo organizzativo costituzionalmente previsto. Ed è proprio da questa inversione dei termini del discorso che occorre prendere le mosse, fornendo però ad essa una giustificazione più forte e più specifica di quella comunemente adottata. Questo "plusvalore" attribuito alla magistratura ordinaria, viene infatti ricavato dall'art. 102, co. 1, e, complessivamente dalla più intensa attenzione che la Costituzione dedica ad essa: ed è invero singolare come vengano trascurati altri due ordini di argomenti che invece appaiono decisivi.

Il primo è costituito dalle numerose riserve costituzionali di giurisdizione ordinaria, o addirittura di atto giurisdizionale in materia di libertà fondamentali, come quelle di cui agli articoli 13 (libertà personale), 14 (inviolabilità del domicilio), 15 (libertà e se-

---

([200]) G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit., p. 87. È utile, in proposito, ricordare che il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato il principio che, in presenza di una pluralità di giurisdizioni, le norme sulla tutela devono essere chiare e ben determinate, in modo che l'individuazione della giurisdizione competente non venga ad incidere sull'effettività della tutela del cittadino (*BVerfGE*, 57, 9/22); v., in proposito, H. Schulze-Fielitz, *Art. 19*, cit., p. 1149.

gretezza della corrispondenza) e 21, co. 3 (sequestro della stampa periodica): si tratta, con ogni evidenza, di una valorizzazione in termini di garanzia di certe categorie di diritti, garanzia che viene ritenuta "naturalmente" attribuita alla magistratura ordinaria. Un indirizzo di tal genere è inoltre da riscontrarsi nella giurisprudenza relativa ad altri diritti costituzionali più strettamente attinenti all'integrità e alla dignità della persona, primo tra tutti il diritto alla salute; e ciò non soltanto rispetto al profilo del carattere assoluto dei diritti stessi ed alla sua resistenza, ai fini della giurisdizione, nei confronti del potere amministrativo([201]), ma, adesso, anche rispetto al loro "ritaglio" nell'ambito delle materie attribuite alla esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo([202]) ed alla conseguente riserva al giudice ordinario.

([201]) Il T.a.r. Sicilia-Catania, con ordinanza 29 novembre 2000, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della attribuzione al giudice amministrativo delle controversie in materia di espulsione degli immigrati per motivi di ordine pubblico, trattandosi sempre di situazioni di diritto soggettivo in quanto i relativi provvedimenti inciderebbero sul diritto di circolazione e soggiorno garantito dall'art. 16 Cost. La Corte costituzionale, con sentenza 18 dicembre 2001, n. 414, in *Foro it.*, 2002, II, c. 1291, ha dichiarato infondata la questione sulla base di una asserita discrezionalità del legislatore in ordine alla scelta del giudice competente, ma non ha esplicitamente motivato sul contrasto con l'art. 16.

([202]) Si veda, ad esempio, Trib. Venezia, 14 aprile 2003, n. 214 (ord.), in *Giur. merito*, 2004, p. 780, che ha ordinato all'Enel di interrare alcune linee elettriche e di disattivare temporaneamente gli impianti in quanto dannosi per la salute dei cittadini: ha osservato, infatti, il Tribunale, che né la giurisdizione del giudice ordinario in materia di tutela della salute, né l'ampiezza dei suoi poteri di tutela sono posti in discussione dall'incidenza sulle concrete modalità di erogazione di un servizio pubblico. Di particolare interesse è poi la vicenda relativa all'ordine di rimozione del crocifisso da un'aula scolastica, su cui v. Trib. L'Aquila, 23 ottobre 2003 (ord.), in *Foro it*., 2004, I, c. 1262 ss., con una ampia e convincente motivazione sul punto della giurisdizione: motivazione che, peraltro, non ha convinto il Tribunale, che con ord. 29 novembre 2003 (*ivi*), ha dichiarato il difetto di giurisdizione e ha revocato l'ordinanza di rimozione. Questo tipo di questioni viene certamente ridimensionato dalla parziale dichiarazione di incostituzionalità della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, di cui alla sent. n. 204 del 2004, cit., della Corte cost.: ma non del tutto superato, in quanto i diritti fondamentali possono essere lesi anche (e a maggior ragione) da un atto autoritativo della pubblica amministrazione, considerato dalla Corte presupposto sufficiente per giustificare la giurisdizione esclusiva.

Il secondo ordine di argomenti è ricavabile da un esame dei casi particolari di attribuzione legislativa espressa di giurisdizione al giudice ordinario([203]). Tali casi infatti sono stati considerati singolarmente per definirne volta per volta le caratteristiche, sia in termini di situazioni giuridiche tutelate che di struttura delle relative azioni nonché di poteri di decisione del giudice: ma sono stati considerati o come conferme della regola generale di riparto o come eccezioni giustificate da motivi particolari. Se invece li consideriamo nel loro complesso, non sarà difficile coglierne un senso più pregnante, perché essi appaiono in realtà come manifestazioni (per quanto frammentarie e incomplete) dello stesso principio di *riserva* al giudice ordinario di situazioni soggettive dotate di particolare rilievo costituzionale. Basti pensare alle norme sull'obiezione di coscienza([204]), sullo stato civile e sulla cittadinanza, sull'immigrazione([205]), sulla tutela della riservatezza([206]), sui trattamenti sanitari obbligatori([207]), sulla professione di giornalista([208]),

---

([203]) M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 314, parla di valore potenzialmente dirompente di tali casi particolari.

([204]) Legge 8 luglio 1998, n. 230, sull'obiezione di coscienza, che prevede (art. 5) il ricorso al giudice ordinario in caso di reiezione della domanda di ammissione al servizio civile.

([205]) Art. 13, co. 8, e 11, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che prevede la giurisdizione del giudice amministrativo in caso di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, mentre devolve al giudice ordinario gli altri casi. V. anche l'art. 30, co. 6, d.lgs. ult. cit., che attribuisce al giudice ordinario il ricorso in materia di diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché contro gli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare.

([206]) Art. 152, co. 1, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, (codice in materia di protezione dei dati personali) secondo cui "tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria".

([207]) Art. 35, legge 23 dicembre 1978, n. 833.

([208]) Artt. 62-64, legge 3 febbraio 1963, n. 69, che prevedono l'impugnazione di fronte al Tribunale delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell'Ordine, pronunziate sui ricorsi in materia di iscrizione nell'albo, negli elenchi o nel registro e di cancellazione, nonché in materia disciplinare ed elettorale.

per non parlare di quelle relative al lavoro e ai diritti sindacali([209]). Se a questo primo gruppo si aggiungono le norme relative alla eleggibilità nelle elezioni amministrative([210]) nonché quella in materia di sanzioni([211]), non è facile sfuggire alla suggestione del ricordo di quella antica (e peraltro tutt'ora vigente) formula con cui venne per la prima volta definito l'ambito della giurisdizione ordinaria: "tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico"; formula che già allora aveva, in sintonia con i tempi, valore sostanzialmente costituzionale e che oggi si ripresenta con un significato diverso e più ristretto ma con un senso del tutto analogo([212]).

Se questo quadro, in cui confluiscono espresse indicazioni costituzionali, tendenza della legislazione ordinaria e indirizzi interpretativi della giurisprudenza, appare unificabile in virtù del criterio anzidetto, si può allora trarre una prima conclusione: *sono oggetto di riserva costituzionale al giudice ordinario, e quindi si sottraggono a qualsiasi criterio di riparto della giurisdizione con il giudice amministrativo, tutti i diritti costituzionalmente attinenti alla libertà e alla dignità della persona*; principio che trova un significativo riscontro nell'art. 19, co. 4, *Grundgesetz*, norma che per un verso è più "forte" in quanto pone esplicitamente il principio

---

([209]) Va ricordata in proposito la giurisprudenza della Cassazione che, negli anni '70 giunse a sostenere la "resistenza" ai poteri pubblicistici dei diritti soggettivi delle associazioni sindacali in quanto direttamente fondati sull'art. 39, co. 1, Cost., la conseguente giurisdizione del giudice ordinario, nonché il superamento, per tale giudice, dei limiti posti dall'art. 4 della legge del 1865; v., in proposito, Cass., sez. lav., 25 ottobre 1976, n. 3836, in *Foro it.*, 1977, I, c. 108, nonché Cass., sez. lav., 13 giugno 1977, n. 2433, in *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 1036; v., inoltre, i due commenti di M.G. Garofalo e mio alla sent. 5 maggio 1980, n. 68, della Corte costituzionale, in *Gior. dir. lav.*, 1980, pp. 531 ss.

([210]) D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, che prevede la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie in materia di ineleggibilità, mentre attribuisce al giudice amministrativo quelle relative alle operazioni elettorali.

([211]) Artt. 22 e 23, legge 24 novembre 1981, n. 689.

([212]) Secondo M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum*, cit., p. 314, il conferimento al giudice ordinario di determinate materie, indipendentemente dalla ricorrenza di un potere pubblicistico, "riesuma il modello della legge del 1865" come conferma il riferimento, in alcuni di tali casi, al potere di disapplicazione.

in termini generali (mentre da noi dev'esser ricostruito in base a diversi seppur rilevanti elementi) ma per l'altro più limitato, perché ammette deroghe da parte del legislatore ordinario (mentre da noi, se esiste, appare inderogabile)([213]).

Una seconda area che deve ritenersi, questa volta per ragioni di ordine teorico, riservata al giudice ordinario, è quella in cui non si faccia questione di un potere pubblicistico, o perché si è di fronte a un mero comportamento dell'Amministrazione([214]),o perché il potere che questa pretende di esercitare non può ritenersi sussistente, o perché il potere stesso, pur esistendo, non appare dotato di caratteri di specialità tali da risultare incompatibile con il diritto soggettivo. Quanto al primo gruppo di ipotesi mi limito a rinviare ad una tematica risalente e notissima, anche se a tutt'oggi segnata da rilevanti contrasti: si tratta della tematica concernente la c.d. carenza di potere, con le sue distinzioni tra carenza in astratto e in concreto, tra assenza di ogni previsione legislativa, difetto di attribuzione (o incompetenza assoluta), inesistenza per mancanza di elementi essenziali, e così via. Quanto al secondo, il discorso sarebbe più variegato e complesso, in quanto compren-

---

([213]) L'art. 19, co. 4, *Grundgesetz* è così formulato: "Chiunque subisca una lesione dei propri diritti fondamentali ad opera dei poteri pubblici può adire l'autorità giudiziaria. Se non vi è un'altra giurisdizione competente, questa spetta al giudice ordinario". Nota in proposito N. Trocker, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 162, nt. 2, che l'importanza pratica della riserva al giudice ordinario è stata molto attenuata dall'ordinamento processuale amministrativo del 1960, che ha stabilito una competenza generale dei giudici amministrativi. La norma, considerata "chiave di volta dello Stato di diritto", viene interpretata nel senso che deve ritenersi ammissibile il ricorso ad altre giurisdizioni, purché esse corrispondano alle garanzie costituzionali di indipendenza, e purché sia comunque garantita una tutela; il giudice ordinario è dunque competente in via sussidiaria in tutti i casi in cui manchi un'espressa previsione di tutela, e questa non sia ricavabile neppure da un'interpretazione estensiva a favore del giudice istituzionalmente più "vicino" alla controversia considerata: v., in proposito, H. Schulze-Fielitz, *Art. 19*, cit., pp. 1145 ss.

([214]) L'orientamento appare confermato dalla sent. n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, cit., laddove ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34, d.lgs. n. 80 del 1998, nella parte in cui estendeva la giurisdizione esclusiva alle controversie in materia di "comportamenti" della pubblica amministrazione.

de categorie (almeno ad un primo approccio) fortemente eterogenee tra loro e spesso di incerta definizione: ricordiamo per un verso gli atti di diritto privato in senso proprio, quelli cioè che per loro natura o per espressa previsione di legge debbono ritenersi soggetti al codice civile, per l'altro le numerose categorie di atti che, pur regolati da norme "pubblicistiche", non sono ritenuti "autoritativi" e vengono raggruppati nella generica categoria degli atti di diritto comune, come ad esempio gli atti dichiarativi o ricognitivi, gli atti diretti ad adempiere obbligazioni o comunque diretti a soddisfare un autonomo diritto soggettivo o gli atti che, secondo un tentativo di generalizzazione operato in base a un diverso criterio teorico, possono comunque definirsi vincolati. Ma anche a questo proposito non posso qui che rinviare ad una discussione ben nota e ribadire la tesi da tempo da me avanzata, secondo la quale ogniqualvolta la fattispecie astratta risponde allo schema norma-fatto non possono che configurarsi rapporti giuridici di diritto-obbligo: e dunque giurisdizione del giudice ordinario([215]).

Il problema del riparto di giurisdizione risulta in tal modo delimitato ai casi in cui l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale o comunque riservato([216]): ma viene risolto solo in negativo, nel senso cioè della necessaria connessione tra carattere vincolato dell'atto e diritto soggettivo, mentre la corrispondente connessione tra potere discrezionale e interesse legittimo, che in-

---

([215]) V. *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1 ss. Sul piano teorico la tesi è stata sostanzialmente condivisa da A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 54, e D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, II ediz., Bologna, Il Mulino, 2002, p. 364. La distinzione tra atti vincolati e discrezionali, d'altra parte, è stata sempre più di frequente utilizzata dalla giurisprudenza per risolvere problemi diversi, come ad esempio quelli relativi ai poteri del giudice dell'ottemperanza o, dopo le recenti riforme, alla possibilità di disporre la reintegrazione in forma specifica nel giudizio di cognizione.

([216]) Non entro nel merito del carattere riservato o meno delle valutazioni tecniche, rinviando all'amplissima discussione tuttora in corso. Da ultimo v., in proposito, A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 439 ss.

vece si fonda su un antico generale consenso, si è andata rivelando del tutto insufficiente. È su questo terreno, infatti, che si pongono le principali difficoltà nella fase attuale di evoluzione della giustizia amministrativa, dalla "crisi" d'identità dell'interesse legittimo, al carattere recessivo del criterio delle situazioni soggettive, alla tendenza verso una piena affermazione del giudice amministrativo come giudice unico della funzione pubblica. Abbiamo già osservato come la discussione in proposito sembri giunta ad un punto morto, in quanto da un lato si cerca di rigenerare il vecchio sistema senza rinnegarne i caratteri di fondo, anzi potenziandolo attraverso una piena espansione pervasiva dell'interesse pubblico, tale da travolgere lo stesso senso della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi; dall'altro la critica del modello pubblicistico, nei suoi esiti più avanzati e convincenti, sembra prefigurare non più soltanto un'equiparazione tra le situazioni soggettive quanto al loro comune carattere individuale e sostanziale, ma una vera e propria negazione della consistenza teorica dell'interesse legittimo stesso. E se la prima tendenza appare in chiaro contrasto con i principi costituzionali, come abbiamo cercato di dimostrare, sulla seconda incombe l'onere di dare alla duplicità di giurisdizioni un senso che risulti in armonia con i principi stessi.

Capo Sesto

DOVE, A SUPERARE L'ACCENNATA DIFFICOLTÀ, SI RITROVANO ANTICHI SEGNAVIA CHE INDICANO LA GIUSTA DIREZIONE: IL "SEMPLICISSIMO E PRATICISSIMO" CRITERIO DEL PETITUM

SOMMARIO: 1. Principio individualistico e pluralità delle forme di tutela: rileggendo Guicciardi. – 2. L'ambiguo e fuorviante ruolo del concetto di discrezionalità e la separazione tra legittimità e merito. – 3. La vana rincorsa del "bene finale" e l'autonomia degli interessi strumentali. – 4. Norme regolative del potere e diritti soggettivi. – 5. L'altra forma di tutela: diritto alla legittimità dell'atto ed eventualità di un risultato utile. – 6. Una residua disarmonia: l'insindacabilità in Cassazione.

1. *Principio individualistico e pluralità delle forme di tutela: rileggendo Guicciardi.*

L'ipotesi che intendiamo proporre prende l'avvio, a livello costituzionale, dal principio individualistico della tutela giurisdizionale, che non significa soltanto struttura paritaria del rapporto giuridico e carattere sostanziale e diretto della tutela stessa, ma deve essere ulteriormente specificato sul terreno dell'effettività, nel senso che *ogniqualvolta l'ordinamento presenti indicazioni esplicite o possibilità interpretative nel senso di una pluralità di forme di tutela, la scelta tra esse non può che ritenersi attribuita all'interessato, che dovrà poter decidere liberamente quella che, nel caso concreto e nella sua particolare situazione, ritenga effettivamente più utile*([217]). Questa regola, di antica matrice chiovendiana([218]), malgra-

([217]) Cito ancora le limpide parole di G. Berti, *Commento all'art. 113*, cit., p. 87: "Immagine di un cittadino signore della propria garanzia, abilitato a indi-

do la sua apparente, elementare, ragionevolezza, non solo è tutt'altro che scontata in termini generali, ma, rispetto al problema che qui interessa, è radicalmente negata da un vero e proprio dogma che, dopo qualche iniziale incertezza, ha dominato la giustizia amministrativa: quello della rigida alternatività tra le due giurisdizioni, alternatività che si è venuta attestando sul carattere "ontologico" della distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive e quindi sulla inconcepibilità teorica di un loro concorso in una medesima fattispecie.

Ed è proprio questo dogma che sembra porsi come insuperabile ostacolo ad una possibile armonizzazione tra l'unità dei principi costituzionali relativi alla tutela giurisdizionale e il suo pluralismo organizzativo: armonia che, come più volte sottolineato, occorre ricostituire se si vuole dare integrale compiutezza, e dunque piena credibilità, all'interpretazione sistematica che abbiamo fin qui svolto. In altri termini, il livello costituzionale del discorso deve trovare uno schema teorico plausibile per entrare in comunicazione con gli attuali problemi dell'ordinamento positivo e per costituirsi come costante e dominante canone interpretativo dell'ordinamento stesso: schema teorico che, per quanto singolare la cosa possa apparire, può essere efficacemente reperito nelle ormai antiche e quasi dimenticate pagine di Enrico Guicciardi.

Abbiamo già avuto modo di osservare come, in realtà, la costruzione teorica di Guicciardi abbia rappresentato il più rigoroso e coerente sviluppo logico del concetto di interesse legittimo rispetto non solo alla sua origine storica, ma anche alla rappresentazione che dottrina e giurisprudenza avevano tentato di dar-

---

rizzarla verso un giudice o un altro secondo ciò che crede di poter ottenere; immagine di giurisdizione al servizio dei cittadini, disponibile ad impartire il tipo di giustizia voluta o prescelta dal singolo cittadino in un singolo caso. Solo così si giustifica la dualità di giurisdizioni e di situazioni giuridiche soggettive; se queste divisioni non sono signoreggiate dal cittadino non si risolvono in un potenziamento della sua libertà ma in un dimezzamento della sua persona, ponendo la giurisdizione amministrativa in contrasto con le altre norme costituzionali che assolutizzano la libertà".

([218]) V. *retro*, capo II, par. 5.

ne(219). Ed è questo il primo e determinante motivo per cui essa fu glorificata come perfetta geometria concettuale ma al tempo stesso respinta(220) come inidonea a spiegare la giurisdizione amministrativa che, già prima della Costituzione e a maggior ragione dopo il suo avvento, presentava aspetti e poneva problemi che si collocavano (in qualche modo) sul piano sostanziale e della tutela individuale. Ma il risultato di questa radicale critica si risolse nel confermare e consolidare quella soluzione "logicamente ibrida e dogmaticamente sospetta"(221) che ha cercato per lungo tempo di tenere insieme l'originaria impronta pubblicistica e le crescenti istanze garantistiche, soluzione che, nelle sue infinite varianti, torna sempre ad assumere come centrale il concetto di tutela mediata e indiretta dell'interesse privato rispetto a quello pubblico. Ed oggi che questa raffigurazione sembra entrata definitivamente in crisi, la rilettura di Guicciardi rende più che mai evidente come non vi sia spazio per costruzioni di questo tipo: la sua distinzione tra norme di relazione e norme di azione, e, in particolare, la concezione di queste ultime non solo come norme regolatrici del potere, ma come esclusivamente finalizzate all'interesse pubblico, o si accetta fino alle sue estreme e integrali conseguenze o si respinge nel suo presupposto fondante, negando cioè che l'interesse pubblico possa qualificare in senso non paritario le norme stesse e le relazioni giuridiche che ne discendono tra cittadino e Stato(222). Il rigore concettuale, cioè, disvelando integralmente il si-

---

(219) V. *retro*, capo IV, par. 2.

(220) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 137 ss. V. anche A. Romano, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 258; G. Falcon, *Norme di relazione e norme d'azione (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi)*, in *Dir. soc.*, 1974, p. 379.

(221) Secondo il severo giudizio di Guicciardi (v. *retro*, nt. 151), che condividiamo pienamente.

(222) È appena il caso di precisare, dopo quanto abbiamo sostenuto nel capo IV, che la concezione pubblicistica "pura" che Guicciardi ha dell'interesse legittimo (e quindi della sua natura meramente processuale) è agli antipodi di quella qui accolta, che condivide il rifiuto di una sua funzione compromissoria,

gnificato di una teoria, evoca con altrettanta chiarezza il suo contrario: ed è questo "contrario" che stiamo cercando di dimostrare.

Non è questo dunque il motivo, pur di rilevante interesse metodologico, per cui ricordiamo il pensiero di questo autore; il punto che ci sembra invece di risolutivo interesse rispetto al discorso fin qui condotto sta nella sua distinzione tra i due diversi tipi di antigiuridicità dell'atto([223]), l'illiceità e l'illegittimità, rispettivamente riferibili alla violazione di norme di relazione e di norme di azione e, soprattutto, all'affermazione della possibilità: *a*) di un concorso dei due tipi di norme relativamente ad uno stesso atto; *b*) di una sua conseguente pluriqualificazione come illecito e illegittimo; *c*) del possibile concorso delle due qualificazioni e quindi delle rispettive forme di tutela di fronte al giudice ordinario e amministrativo([224]). Anche questa teorica, naturalmente, non può essere utilizzata come tale: come vedremo, infatti, il concetto di norma di azione deve essere radicalmente ridefinito, gli stati di antigiuridicità devono essere riferiti non all'atto ma alla fattispecie, distinguendo in essa tra ciò che attiene all'atto e riguarda la sua legit-

---

ma conduce, come si vedrà, alla conclusione che qualsiasi situazione tutelata in sede giurisdizionale appartenga al *genus* dei diritti soggettivi.

([223]) La costruzione teorica di Guicciardi è fin troppo nota. Ricordiamo soltanto che essa si fonda su un triplice ordine di sequenze: *a*) violazione di norma giuridica posta nell'interesse privato-illiceità dell'atto-diritto soggettivo-giurisdizione ordinaria-obbligo di riparare la lesione del diritto; *b*) violazione di norma giuridica posta nell'interesse pubblico-illegittimità dell'atto-legittimazione processuale-giurisdizione amministrativa-annullamento dell'atto; *c*) violazione di norma non giuridica posta nell'interesse pubblico-inopportunità dell'atto-legittimazione processuale-giurisdizione amministrativa di merito-revoca dell'atto.

([224]) Si tratta, come pure è ben noto, della versione guicciardiana della teoria della doppia tutela secondo la quale: "in quelle ipotesi in cui l'atto è contemporaneamente illecito e invalido, il cittadino sarà leso contemporaneamente nel suo diritto soggettivo e nel suo interesse qualificato e potrà pertanto o agire per la riparazione del danno giuridico subito, o impugnare l'atto per ottenerne la soppressione" (E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 38); il sistema cioè "apre due vie: la prima consiste nel far valere direttamente l'invalidità dell'atto [...] la seconda è quella di far valere in un primo tempo l'illiceità dell'atto coll'azione in via ordinaria per ottenerne il riconoscimento del giudice [...] per poi valersi della dichiarazione di illiceità dell'atto al fine di attaccarne la validità" (*ibidem*, p. 295).

timità e ciò che attiene al comportamento del soggetto, che è qualificabile in termini di illiceità; e infine si può assumere che la duplice qualificazione (della fattispecie) non sia necessariamente correlata alla distinzione tra due diversi tipi di norme (di relazione e di azione), ma che (quantomeno) *possa* discendere dalla violazione di *una stessa* norma. Ma l'idea centrale di Guicciardi resta valida: è significativo, infatti, che la distinzione tra legittimità e liceità sia tornata recentemente al centro dell'attenzione, dimostrando la sua attitudine a costituire lo schema ricostruttivo più convincente rispetto al problema della c.d. risarcibilità degli interessi legittimi([225]); si tratta dunque di proseguire per questa strada, in primo luogo discutendo e precisando i termini concettuali dello schema medesimo e soprattutto assumendolo come l'unico idoneo a ordinare le tesi fin qui esposte intorno al dato costituzionale della duplicità di situazioni soggettive e di giurisdizioni, nonché al principio individualistico della tutela.

2. *L'ambiguo e fuorviante ruolo del concetto di discrezionalità e la separazione tra legittimità e merito.*

A tal fine è necessaria un'ulteriore premessa che investe direttamente il concetto di discrezionalità. Abbiamo ricordato come il punto massimo di espansione dell'area del diritto soggettivo (e quindi della giurisdizione ordinaria e della tutela di condanna) può giungere, nelle concezioni più avanzate, fino ai confini del potere

---

([225]) Osserva acutamente A. Romano Tassone, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 229 ss., come la distinzione tra illegittimità e illiceità, accolta fino agli inizi degli anni '60, venne "radicalmente messa in crisi negli anni successivi, nei quali il regime delle qualificazioni giuridiche dell'attività amministrativa non conforme al diritto obiettivo, pur restando nominalmente duplice, subiva un processo di concreta unificazione (o meglio di *reductio ad unum*) sotto le insgne onnivalenti e totalizzanti della illegittimità", nel senso che l'illegittimità non fu ritenuta necessariamente causa di illiceità mentre l'illiceità doveva necessariamente presupporre l'illegittimità. Questa concezione, prosegue l'autore, corrisponde al consolidarsi della tutela d'annullamento quale unica ed onnivalente garanzia offerta dal sistema italiano di giustizia amministrativa.

discrezionale: ove questo manchi del tutto (comportamenti di fatto) o sia privo di fondamento (carenza di potere), o abbia carattere apparente (attività vincolate), o infine esista ma ceda alla maggior forza dei diritti costituzionalmente rilevanti, là sussiste diritto soggettivo; quando invece tale potere effettivamente esiste si pongono problemi di non facile soluzione, problemi che l'affermazione della c.d. risarcibilità degli interessi legittimi ha fatto venire al pettine in modo irreversibile: basti ricordare la complessa discussione che ne è seguita intorno ai temi dell'identificazione del bene risarcibile, della qualificazione della relativa situazione soggettiva, dell'*an* e del *quantum* del risarcimento, del rapporto tra risarcimento monetario e reintegrazione specifica, tra giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza, e si potrebbe continuare. Ed è sempre la discrezionalità, con la sua insopprimibile tendenza a sfuggire ad un pieno sindacato giurisdizionale, a costituire il nodo intorno a cui tutti questi problemi si aggrovigliano.

Senza poterli qui singolarmente ripercorrere, possiamo avanzare l'ipotesi che l'equivoco si celi proprio dietro questa pur consolidata nozione e nel modo in cui si ritiene comunemente che essa operi nei confronti delle situazioni soggettive e della tutela.

Considerata complessivamente nel contesto della dottrina amministrativistica, la discrezionalità infatti, così come, parallelamente, l'eccesso di potere, che ne costituisce il rovescio patologico, appare come una costruzione concettuale diretta a creare un ponte tra legittimità e merito, tra area regolata dalla legge e area riservata all'autonomia della pubblica amministrazione, a costruire cioè uno spazio di più intensa sindacabilità da parte del giudice (non importa, a questi fini, di quale), senza però porre in discussione i principi fondanti e soprattutto la natura giuridica e l'alternatività delle situazioni giuridiche soggettive: si tratta, in fondo, osservata da altro angolo visuale, della stessa ambiguità compromissoria di cui abbiamo parlato con riguardo all'interesse legittimo. I propositi che hanno determinato questa operazione sono stati, per certi aspetti, lodevoli perché essa ha contribuito a ridur-

re l'arbitrio del potere pubblico ed a costringerlo entro più accettabili confini: ma, essendo stata concepita sotto il segno dominante dell'interesse pubblico, essa ha condotto anche ad esiti di segno opposto, da un lato funzionalizzando (come oggi si usa dire) e quindi attraendo nell'area del merito, regole che invece sempre più chiaramente appaiono come collocate in quella della legalità, dall'altro piegando tali regole al criterio della conformità al fine pubblico e dunque inquinandone la valenza individualistica. Con l'ulteriore conseguenza (ma si tratta forse del motivo determinante) che all'arbitrio della pubblica amministrazione si è venuto parzialmente sostituendo quello del giudice amministrativo, a ciò ritenuto legittimato in quanto giudice-amministratore.

A questa consolidata tradizione concettuale, che pur continua a manifestarsi con forza nell'attuale fase di radicali trasformazioni, crediamo che possa e debba contrapporsi una riflessione di fondo intesa a ristabilire una netta distinzione, all'interno dell'area occupata dal potere discrezionale, tra ciò che è "coperto" dalla legge (e che come tale non può che attenere a rapporti intersoggettivi e dare adito a tutela piena) e ciò che invece attiene all'opportunità, e che dunque non è in alcun modo regolato e non può essere oggetto di alcuna tutela giurisdizionale(226). Sotto il primo

(226) E. GUICCIARDI parlava lucidamente di un "preciso dilemma che la dogmatica giuridica pone senza lasciar adito ad equivoci o a mezzi termini: o un interesse è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico, ed allora viene elevato a diritto soggettivo perfetto del suo titolare; oppure esso manca di quel riconoscimento e di quella tutela, e rimane un mero interesse semplice, cioè un interesse di fatto" (*Concetti*, cit., p. 8); ad ulteriore riprova dell'inconsistenza della nozione di interesse legittimo, l'autore osservava inoltre che essa veniva utilizzata anche per la giurisdizione di merito: ma come poteva essere una situazione protetta laddove mancava del tutto una norma giuridica? (*Concetti*, cit., p. 13, nt. 2). Sulla necessità di tracciare una netta linea di confine tra legittimità e merito, v. anche S. LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, cit., p. 205, che, criticando le scelte del costituente, osservava che ogni aspetto relativo alla legittimità degli atti amministrativi ben poteva essere affidato a magistrati ordinari "ché qui si tratta di fare ciò che è compito essenziale di essi, e cioè ricercare la volontà della legge per controllare se l'atto amministrativo vi si è o no uniformato": mentre la conformità alle regole della buona amministrazione (la cosiddetta competenza di merito) si sarebbe dovuta affidare ad organi amministrativi distinti dall'amministrazione attiva. Sul punto torna in modo particolar-

profilo si tratta di superare, finalmente, in modo netto e definitivo la bipartizione tra "leggi civili" e "leggi amministrative", bipartizione fondata sulla teoria dello scopo della norma e in base alla quale solo le prime sarebbero idonee a fondare rapporti giuridici in senso proprio e a dare adito ad una tutela giurisdizionale piena: si deve invece affermare che ogni legge, in quanto tale, è *potenzialmente e astrattamente* idonea a tutelare direttamente un interesse del cittadino, anche se riguardi un potere discrezionale dell'amministrazione. Sotto un diverso (anzi opposto) profilo, poi, l'insindacabilità del merito non discende soltanto, in negativo, dall'assenza della legge, ma anche, in positivo, da una (a nostro avviso) ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge (deve potersi svolgere) l'autonomia e la responsabilità politica dell'amministrazione in quanto democraticamente legittimata([227]). Pur nei nuovi termini del mutato contesto costitu-

---

mente incisivo P. SIRACUSANO, *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale,* in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 562, secondo cui, quando la soddisfazione di un interesse dipende da un potere discrezionale, l'ordinamento *decide* di non scegliere ed è consapevole della possibilità *legittima* del suo sacrificio: argomentare diversamente e concedergli tutela "significa alterare la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, e non nel senso benefico di un'integrazione della fisiologica incompletezza di quest'ultimo, ma nel senso di una ribellione alla sua logica".

([227]) È appena il caso di sottolineare (anche se l'ovvia considerazione è generalmente rimossa nella cultura amministrativistica dominante) che, portate al limite, le varie tesi che cercano di delimitare in modo sempre più ridotto, fino ad annullarlo, lo spazio del merito amministrativo, riducono (o annullano) il senso stesso del carattere democratico dell'amministrazione, riducendola ad una macchina di interpretazione della legge e di trasmissione discendente di comandi. È ben chiaro, invece, che l'ordinamento democratico di diritto si fonda su due distinti canali di legittimazione: quello formale e discendente della legalità e quello sostanziale e ascendente della rappresentanza politica: il "dosaggio" tra il rilievo del primo e del secondo, e la loro articolazione, possono comportare infinite varianti, ma annullare l'autonomia dell'amministrazione ritenendo sempre definibile in termini di legalità, e quindi sindacabile e sostituibile dal giudice, la sua azione è incompatibile con la struttura e la dinamica del sistema costituzionale (oltre che, naturalmente, con il buon senso). E infatti, quando il discorso giunge alla stretta finale, cioè al potere sostitutivo del giudice dell'ottemperanza (o del commissario *ad acta* da questi incaricato), una soluzione razionalmente appagante della compatibilità tra funzione giurisdizionale e merito amministrativo si rivela impossibile.

zionale (ma, vorremmo sottolineare, *a maggior ragione* nel quadro di un ordinamento democratico e autonomistico) la limpida distinzione posta dagli artt. 2 e 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (rapidamente travolta, come tutti sappiamo, dall'istituzione della IV Sezione e da tutto quello che ne seguì) deve essere integralmente riproposta. Ciò può apparire un vezzo *retrò*: ma è invece un tentativo di troncare risolutamente quella commistione tra interesse pubblico e privato su cui si è fondata un'intera cultura amministrativistica, apparentemente volta a ricercare una equilibrata mediazione tra autorità e libertà, ma sostanzialmente tesa a far prevalere le ragioni della prima. E ridare a Cesare quel che è di Cesare sembra un passaggio obbligato per un pieno dispiegamento dei principi costituzionali a cui si è fatto riferimento.

Eliminato dunque dal campo di osservazione e di rilevanza il merito (non regolato, riservato e insindacabile) rimane il fatto che il potere discrezionale è in varia misura regolato dalla legge, sia attraverso norme puntuali (o, in senso ampio, formali) come quelle attinenti all'organizzazione, al procedimento e alla forma, sia attraverso norme formulate in termini di concetti indeterminati o di clausole generali sul comportamento([228]): si tratta in entrambi i casi di norme che da un lato non garantiscono l'utilità finale del soggetto privato e dall'altro non riguardano il merito in quanto tale. Qual è, dunque, la rilevanza da attribuire ad esse? Il problema è stato tradizionalmente sistemato sulla base di un primo assunto, che cioè qualunque norma che non sia attributiva dell'utilità finale([229]) non sia idonea a tutelare direttamente il soggetto che a que-

---

([228]) La distinzione può apparire significativa sul piano teorico ma, come vedremo fra poco, ad essa va attribuito un valore soltanto descrittivo, e solo in questo senso viene provvisoriamente utilizzata.

([229]) In realtà, com'è ben noto, neppure le norme che strutturalmente attribuiscono l'utilità finale, vincolando l'amministrazione secondo lo schema norma-fatto, sono state ritenute di per sé idonee a fondare diritti soggettivi, ma solo quelle il cui scopo risulti (non si sa come) quello di tutelare direttamente l'interesse privato. Questa tesi, da me già sottoposta a radicale critica (in *Attività vincolata*, cit.), appare oggi largamente recessiva, anche se la necessaria corrispon-

sta utilità, nella sostanza, aspiri. Un simile postulato si congiunge, cercando una giustificazione, con un altro: quello che qualifica la norma in base al suo scopo, e cioè alla sua direzione alternativa verso l'interesse pubblico o quello privato; e dunque, ogni norma regolativa di un potere libero da vincoli rispetto alla scelta finale da compiere nell'interesse pubblico non potrebbe che concepirsi come diretta essa stessa alla tutela di quest'ultimo. Riteniamo errati entrambi i postulati: ma, anche a volerli accettare, la conclusione che si trae dalla loro combinazione contiene, rispetto ad essa, un *surplus* argomentativo, che consiste in una sorta di "attrazione" di tali norme nell'area dell'interesse pubblico che, indubbiamente, connota il merito; *surplus* non motivato, e non motivabile, perché nulla induce a ritenere, in termini di principio, che un limite posto ad un potere di scelta sia necessariamente posto a tutela del soggetto che sceglie e non invece di altri interessati al contenuto della scelta stessa([230]). Anzi, tenendo conto di quanto osservato più indietro relativamente alla discussione sull'interesse legittimo come figura di teoria generale([231]), si deve capovolgere la prospettiva affermando che *qualunque limite al potere di un soggetto riguarda la tutela di un interesse contrapposto.*

---

denza tra attività vincolata e diritto soggettivo raramente viene accolta in termini di principio dalla giurisprudenza amministrativa.

([230]) Vi è dunque piena coerenza e continuità concettuale rispetto al ruolo dominante che lo scopo della norma esercita tanto rispetto all'attività integralmente vincolata, quanto agli aspetti vincolati dell'attività discrezionale. Coerenza che non è stata avvertita da quanti hanno sostenuto il carattere necessario della corrispondenza tra attività vincolata e diritto soggettivo ed hanno invece accettato di negarla a proposito degli aspetti vincolati (o regolati) del potere discrezionale. V., in proposito, E. Capaccioli, *Disciplina del commercio e processo amministrativo*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1978, pp. 301 ss. (ora anche in Id., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978) da me seguito in *Attività vincolata*, cit. Vedremo invece subito che, una volta negato il rilievo del vincolo di scopo, questa opinione va corretta, e non solo nel senso che, in presenza di vincoli legali posti all'attività discrezionale, sia *possibile* una tutela diretta di interessi privati, ma che ciò sia *conseguenza normale*, *strutturale* del vincolo, fermi ben inteso i presupposti attinenti all'individuazione dell'interesse sostanziale e alla sussistenza di quello processuale.

([231]) V. capo IV, par. 2.

3. *La vana rincorsa del "bene finale" e l'autonomia degli interessi strumentali.*

Un decisivo banco di prova per verificare l'inconsistenza di questa impostazione e per ricollocare il problema su basi alternative è stata, ed è tuttora, la *vexata quaestio* dell'identificazione dell'oggetto della tutela di fronte al potere discrezionale.

Questo tema è stato al centro dell'attenzione nella dottrina amministrativistica post-costituzionale: acquisito il carattere "sostanziale" dell'interesse legittimo, si è cercato in ultima analisi di farne emergere il contenuto attraverso le strette maglie del processo amministrativo: e tale ricerca ha sempre assunto come termine di riferimento quella utilità finale(232) del soggetto che l'atto viene a pregiudicare.

È superfluo ricordare le vie che sono state percorse: dall'espansione del sindacato sull'eccesso di potere all'effetto conformativo della sentenza, dall'integrazione della motivazione nel processo alla ricerca di un più completo effetto oggettivo di giudicato, dalla ingerenza "sostitutiva" del giudice dell'ottemperanza attraverso il commissario *ad acta* alla teoria del giudicato a formazione progressiva, solo per citarne alcune(233). Ma l'utilità finale

---

(232) È opportuna a questo punto una precisazione terminologica: con il termine *utilità* (o *interesse*) *finale* ci riferiamo a quella che, sul piano fattuale, il soggetto intende conseguire, o mantenendo il bene oggetto di provvedimenti limitativi, o acquisendo quello oggetto di provvedimenti ampliativi; a tale utilità finale si contrappone il concetto di *utilità* (o *interessi*) *strumentali* (nel senso già usato da Nigro, su cui v. *retro*, nt. 152), relative a garanzie formali o a poteri di intervento procedimentale. Talvolta si parla in modo promiscuo di utilità finale e di "bene della vita", ingenerandosi l'idea che solo questo tipo di utilità abbia un oggetto tutelato in via principale e diretta, mentre, come vedremo, anche le utilità strumentali hanno un loro *diverso ed autonomo* oggetto che va pure qualificato come bene della vita.

(233) Il presupposto comune a tutti questi tentativi sta nell'idea, più o meno dichiarata, che, per ogni specifica situazione, l'ordinamento preveda un'*unica soluzione legittima* che potrebbe e dovrebbe essere identificata attraverso l'intero ciclo di svolgimento possibile del rapporto, dal procedimento fino all'intervento sostitutivo del commissario; idea che giunge talvolta all'affermazione di una "efficacia plasmante" del processo nei confronti della situazione soggettiva (interesse legittimo). La separazione tra legittimità e merito qui sostenuta, inve-

affannosamente inseguita si è sempre risolta in una tartaruga di Achille: più le si giungeva vicino e più essa, sia pure impercettibilmente, si spostava in avanti([234]). Qualcuno ha poi capito che la corsa era vana, perché laddove c'è un potere di scelta nel merito attribuito all'amministrazione, là non può esservi alcuna attribuzione di utilità finale e quindi nessuna tutela: e dunque l'interesse legittimo (beninteso, a fronte di un potere discrezionale) non doveva considerarsi tutela *minore dello stesso bene*, ma tutela *uguale di un bene diverso*([235]). Voce a lungo inascoltata, anche questa (forse anche perché lo sviluppo di tale intuizione restò confinato nell'ambito della definizione dell'interesse legittimo), ma a cui oggi è stato inevitabile rifarsi per trovare un punto di riferimento alla nuova tematica risarcitoria; e, conseguentemente, per avvicinarsi all'idea che le c.d. norme di azione, una volta depurate dalla loro unilaterale funzionalizzazione pubblicistica, sono esse pure idonee a creare rapporti giuridici con il destinatario dell'azione stessa: il che significa che sono esse pure norme di relazione e che garantiscono utilità del soggetto privato del tutto autonome rispetto a quella "finale". Il confronto con le regole di comportamento privatistiche e con le clausole generali in cui si riassumono sembra

---

ce, implica che il potere discrezionale possa avere molteplici (al limite infinite) soluzioni legittime: e in ogni caso, pur scontando la più ampia funzione interpretativa del giudice, va respinta l'idea che questi possa *creare*, anziché accertare, la situazione soggettiva di cui viene chiesta la tutela.

([234]) È significativa in tal senso l'affermazione di A. Romano Tassone, *La responsabilità della P.A.*, cit., p. 227, secondo cui l'interesse legittimo opera nel sempre più esiguo spazio in cui la soddisfazione dell'interesse materiale appaia possibile ma non necessaria.

([235]) E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in Id., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, p. 125, e Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, pp. 257 ss. Per una ricostruzione e discussione complessiva del pensiero di Capaccioli, si veda M. Clarich, *La giustizia amministrativa nell'opera di Enzo Capaccioli: un tentativo di ricostruzione sistematico*, in *Dir. amm.*, 1987, pp. 469 ss. Per le considerazioni che seguono, si veda la approfondita costruzione di L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., in particolare cap. II. Va inoltre sottolineato come, concentrando l'attenzione sulla "utilità finale", non solo si inseguiva un fantasma, ma, al tempo stesso, si trascurava di attribuire autonomo rilievo ai cosiddetti interessi strumentali.

ormai avviato, malgrado le inevitabili resistenze, a determinare un completo sfaldamento del "paradigma amministrativistico": basti pensare a come, in questa prospettiva, proprio i doveri procedimentali di comportamento, identificati come la "nuova frontiera" della qualificazione pubblicistica in senso funzionale dell'atto amministrativo(236), assumono l'identità di veri e propri obblighi a cui fanno riscontro diritti soggettivi "autonomi", svincolati, cioè, dall'interesse all'utilità finale e da questa del tutto indipendenti(237); diritti che, per loro natura, saranno dotati di una altrettanto

---

(236) Si tratta delle tesi di B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit.: in proposito rinvio alle considerazioni già svolte in *Diritto pubblico*, 2001, pp. 783 ss., e in part. 793 ss.

(237) Un significativo punto di avvio di questa riflessione deve ritrovarsi in A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ediz., Napoli, Jovene, 1962, p. 356, laddove l'illustre autore osserva come l'ingiustizia grave e manifesta e la disparità di trattamento "non possono più farsi rientrare tra i sintomi di eccesso di potere. Esse sono infatti manifestazioni di parzialità dell'Amministrazione, e rappresentano violazioni di una norma giuridica a sé stante – quella contenuta nell'art. 97 Cost., che impone all'Amministrazione un comportamento imparziale nelle proprie determinazioni – : pertanto concretano non un eccesso di potere, bensì una violazione di legge". Sandulli naturalmente era ben lontano dal pensare che a fronte di una simile norma di comportamento potesse sussistere un diritto soggettivo ma, sia pure ai limitati effetti che ne discendevano, la rottura dello schema logico della tutela indiretta e dell'eccesso di potere come vizio della funzione era evidente. Per la ripresa dell'idea di Capaccioli e per le considerazioni che seguono nel testo, si veda ancora L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., che fa riferimento al caso delle obbligazioni di mezzi, in cui oggetto della pretesa è soltanto un certo comportamento e non anche una "utilità finale", e in cui dunque l'osservanza delle prescritte regole di comportamento costituisce l'unico bene della vita tutelato (pp. 150 e 166 ss.). La qualificazione dei doveri procedimentali come obblighi di comportamento è stata fatta propria dalla Corte di cassazione, sez. I civ., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2003, p. 32, con nota di P. SIRACUSANO, *La nuova (e "vera") svolta della Cassazione sulla c.d. risarcibilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del rapporto*, *ivi*, pp. 479 ss. La sentenza, com'è noto, riprende e in parte corregge i principi affermati nella precedente decisione delle sez. unite 22 luglio 1999, n. 500 (in *Foro amm.*, 1999, p. 1990), affermando che "il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale"; gli interessi al rispetto di tali regole, sempre secondo la Cassazione, "costituirebbero , secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che

autonoma (per quanto difficile da specificare) tutela risarcitoria. Tutela che, piaccia o non piaccia, è l'unica, a rigore, concepibile di fronte alla inaccessibilità, da parte del giudice, del merito "politico" della scelta amministrativa da cui dipende insindacabilmente l'attribuzione dell'utilità finale([238]).

Un'approfondita analisi di queste linee di tendenza e una loro ricomposizione sistematica sono probabilmente ancora premature: ma può essere formulata un'ipotesi idonea ad inserirsi coerentemente nel discorso fin qui condotto e a consentirne delle conclusioni operative.

Si è già visto come lo schema teorico potestà-soggezione non sia idoneo a raffigurare una posizione di sovraordinazione di un soggetto (o di un interesse) su un altro, perché anche in esso la legge delimita le aree di interessi confliggenti e l'unico tratto distin-

---

verrebbe quindi protetto *sub specie* di interesse legittimo. Di sicuro, l'interesse al rispetto di queste regole [...] assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse la bene della vita [...] che resta ai margini, come punto di riferimento storico".

([238]) La verifica di questa ipotesi richiederebbe una digressione troppo analitica per poter essere svolta in questa sede: potrebbe infatti notarsi una qualche contraddizione tra quanto affermato in ordine al principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e la preclusione di una tutela di tipo restitutorio di fronte al potere discrezionale; ma la contraddizione sembra soltanto apparente se si tiene conto delle considerazioni appena svolte circa l'oggetto specifico della protezione legale dell'interesse e della autonomia delle c.d. utilità strumentali rispetto a quella "finale" (v. nt. 232) nonché circa la netta separazione concettuale tra merito amministrativo e regole di esercizio del potere discrezionale. In questa prospettiva appare chiaro come il discorso riguardi non già estrinseche limitazioni ai poteri del giudice, bensì i caratteri del rapporto sostanziale: fermo restando infatti (tanto in diritto privato quanto in diritto amministrativo) che le regole di comportamento fondano rapporti giuridici di diritto-obbligo, la loro violazione nulla dice (secondo un rigoroso criterio logico) circa il risultato che da un comportamento corretto sarebbe dovuto conseguire (e ciò vale tanto rispetto all'autonomia negoziale quanto a quella propria della pubblica amministrazione). Con questa ipotesi non sembra contrastare l'attribuzione espressa al giudice ordinario di poteri "speciali" perché, a ben guardare, si tratta sempre di ipotesi in cui non si fa questione di potere discrezionale (nel senso ristretto di potere inerente al merito amministrativo); e neppure l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di reintegrazione in forma specifica, perché, come risulta dalla giurisprudenza relativa, esso viene limitato ai casi di attività vincolata.

tivo rilevante sta nella diversa distribuzione dell'iniziativa processuale e (di regola, ma non sempre) dell'onere della prova([239]). Tutto ciò vale in modo indifferenziato tanto in diritto pubblico che in diritto privato: ma anche coloro che sono disposti a seguire tale raffigurazione fino a questo punto, ritengono che una differenza strutturale vi sia e consista nel carattere funzionale del potere pubblicistico, inteso come potere attribuito al titolare per il conseguimento di un fine pubblico, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica tanto del soggetto che lo esercita, quanto del regime giuridico dell'attività. Se ed in quanto, cioè, la legge attribuisce il potere per il conseguimento di uno scopo pubblico, tale vincolo di scopo diventerebbe (a differenza di quanto accade per i poteri privati) parametro di legittimità dell'atto di esercizio del potere stesso([240]): ma in tal modo si viene in definiti-

---

([239]) V. *retro*, Capo IV, par. 4.

([240]) B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit. Di notevole rilievo è in proposito quanto recentemente affermato dalla Corte di cassazione (sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 153) con riguardo all'atto di conferimento degli incarichi dirigenziali. Tale tipo di atto rientra, infatti, nelle determinazioni organizzative che, secondo l'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2000, vengono assunte "al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'art. 2, co. 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa", e dunque dovrebbe intendersi come funzionalizzato e soggetto al regime pubblicistico: ma, osserva la Corte, "l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico senza contraddirne l'intima essenza di espressione dell'autonomia dell'autore", e dunque gli atti di diritto privato non possono che essere assoggettati ai principi dell'autonomia privata e in primo luogo alla regola della normale irrilevanza dei motivi. L'apparente contraddizione tra natura privatistica e carattere funzionale si risolve, però, sempre secondo la Corte, sulla base dell'art. 5, co. 3, che prevede l'attribuzione agli organi di controllo interno della rispondenza delle determinazioni organizzative ai principi di cui all'art. 2, co. 1: "il controllo interno, quindi, è disciplinato come esclusivamente interno all'organizzazione del soggetto agente; la funzionalizzazione è rilevante soltanto a questi fini, senza influenzare la disciplina dell'atto" (punto 15 della sentenza). La sentenza si riferisce ad un'attività qualificata dalla legge come privatistica: ma la portata della distinzione tra rilevanza interna ed esterna del carattere funzionale, come cercheremo di dimostrare, va intesa in termini generali, come riferibile, cioè, anche all'attività (e agli atti) di natura "pubblicistica". Su questa problematica v. ora A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004. Si tratta di un lavoro che meriterà una riflessione ben più ampia di quella possibile in que-

va a confermare la sovrapposizione dell'interesse pubblico a quello privato, il carattere indiretto della tutela di quest'ultimo, e l'intrinseca "diversità" della giurisdizione amministrativa.

Su questa tesi ho già espresso il mio dissenso, che risulta ora più ampiamente motivato dalle considerazioni svolte nel Capo IV; la legge infatti, tanto nel rapporti interprivati quanto in quelli con pubbliche amministrazioni, definisce astrattamente i termini di composizione di un conflitto di interessi e, nel far ciò, può stabilire prevalenza all'uno o all'altro: anzi, ciò è normale, essendo difficilmente immaginabile una situazione di perfetto equilibrio. Ma ciò non altera, come già si è osservato, il carattere paritario delle parti di *fronte alla legge*.

Tutt'altra cosa è invece ritenere che il soggetto pubblico, in quanto titolare di un potere vincolato a uno scopo, si trovi per questo in una posizione di sovraordinazione (o comunque di non parità) *nell'ambito del rapporto in quanto regolato dalla legge*. E, infatti, la disparità sostanziale che indubbiamente sussiste in ogni rapporto è identificabile, a ben guardare, con l'area *non regolata* e attribuita a un potere dispositivo libero del soggetto: e non fa alcuna differenza che si tratti del merito amministrativo in senso stretto o del giudizio di un privato sulla convenienza dell'esercizio di un potere negoziale.

---

sta sede: mi limito qui ad osservare che le tesi sostenute sono largamente condivisibili per quanto riguarda i poteri privatistici dell'amministrazione in materia di organizzazione e di rapporto di lavoro, nonché la loro qualificazione fondamentale in termini di rapporto con diritti soggettivi contrapposti. Si sottolinea in particolare l'analisi della conversione delle regole di comportamento del soggetto pubblico dalla logica della continuità tra legge e potere (funzione) a quella di delimitazione del potere stesso in relazione a interessi altrui. Ma il discorso si arresta entro l'ambito della "privatizzazione" del rapporto di lavoro, dando per presupposta la diversità qualitativa tra poteri privatistici e pubblicistici dell'amministrazione: e in ciò si differenzia dalla prospettiva qui seguita, secondo la quale tutte le considerazioni che Pioggia svolge a proposito della "relazionalità" dei poteri privatistici dovrebbero ritenersi pienamente applicabili anche a quelli pubblicistici, restando la qualificazione di funzionalità e il riferimento all'interesse pubblico del tutto interni all'organizzazione amministrativa e ininfluenti come tali rispetto ai rapporti esterni e alla tutela giurisdizionale del cittadino.

Aggiungo solo una considerazione relativa all'eccesso di potere, figura che ha costituito il veicolo elettivo per dare rilevanza (indiretta) al vincolo di scopo. Tale situazione patologica viene infatti comunemente intesa come non conformità del singolo atto considerato allo scopo per cui il potere è attribuito; ma delle due l'una: o si tratta di valutare se la scelta effettuata sia idonea (o addirittura la più idonea) a soddisfare l'interesse pubblico, e allora siamo con ogni evidenza nell'area del merito; o si tratta di verificare se la scelta stessa astrattamente rientra nell'area delimitata dall'interesse o dallo scopo stesso, e allora siamo nell'area della definizione legale dei limiti esterni del potere, in un ambito concettuale, cioè, che non sembra fondamentalmente diverso da quello relativo alla causa del negozio giuridico. Si tratta, anche qui, di una ipotesi tutta da approfondire: ma forse è il tempo di cominciare a farlo([241]).

4. *Norme regolative del potere e diritti soggettivi.*

Possiamo a questo punto giungere a un tentativo più analitico di definire il rapporto tra aspetti regolati del potere discrezionale e situazioni soggettive: osservando preliminarmente che le premesse poste impongono di riconsiderare la distinzione tra lo schema norma-fatto e norma-potere-fatto: alla luce di quanto detto, infatti, alle due sequenze non possono più essere rispettivamente aggiunte le qualificazioni delle situazioni soggettive in termini di diritto e interesse legittimo perché nella relazione tra norma e potere si collocano *anche* delle sottorelazioni norma-fatto idonee a fondare distinti diritti soggettivi. La distinzione resta dun-

---

([241]) O meglio di ricominciare a farlo, riprendendo solidi precedenti della dottrina amministrativistica, che sono stati poi abbandonati a favore di una qualificazione dell'eccesso di potere riferita all'interesse pubblico soggettivizzato nell'agente. Mi limito a ricordare la tesi di F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., p. 108, per cui, in linea di massima, l'eccesso di potere è vizio della causa: "ciò significa che la legge stessa determina, in principio, la causa dell'atto, intesa appunto come rapporto funzionale tra fattispecie astratta e fattispecie reale".

que valida al solo fine di distinguere tra i casi in cui la legge attribuisce direttamente l'utilità finale da quelli in cui questa viene a dipendere da una scelta di merito dell'amministrazione: ma ciò non toglie che, nel disciplinare l'esercizio del potere, la legge attribuisca pure utilità strumentali (che abbiamo considerato allo stesso titolo autonomi beni della vita) creando rapporti di diritto-obbligo.

A questo punto, peraltro, il discorso si farebbe complesso, perché, una volta espunto il merito in senso stretto dall'area della tutela, in quanto giuridicamente irrilevante, l'analisi delle regole che sovrintendono all'esercizio del potere, che cioè circondano e delimitano il merito stesso, sembra, a prima vista, evidenziare tre profili di possibile eterogeneità: *a*) per quanto attiene alle modalità di formulazione della norma si potrebbe distinguere tra prescrizioni puntuali, determinate (quegli "aspetti vincolati del potere discrezionale" da tempo individuati) e prescrizioni che utilizzano concetti indeterminati o clausole generali (i c.d. doveri – *rectius*, obblighi – di comportamento, come la buona amministrazione, l'imparzialità, la proporzionalità, la buona fede, etc.); *b*) per ciò che concerne l'interesse leso, va chiarito se esso possa essere qualificato interesse alla legittimità in quanto tale, ovvero debba ritenersi necessaria la sussistenza di un vantaggio sostanziale che deriva dalla legittimità stessa; *c*) riguardo infine all'oggetto cui le regole si riferiscono, ci si deve chiedere se esse (o quali di esse) riguardino l'atto in quanto tale ovvero il comportamento dell'autore dell'atto. A prima vista potrebbe poi sembrare che tra queste alternative sussista una corrispondenza, nel senso che la regola puntuale e determinata si riferisca all'atto in quanto tale e alla sua legittimità formale, mentre le regole indeterminate riguarderebbero il comportamento dell'autore dell'atto e, contemporaneamente, un interesse sostanziale del destinatario. Riteniamo, peraltro, che le distinzioni schematizzate abbiano un carattere essenzialmente descrittivo e che il problema dei c.d. limiti esterni del potere discre-

zionale possa essere ricostruito in modo omogeneo, secondo le linee che cercheremo ora di delineare.

Per quanto riguarda le regole "indeterminate" di comportamento, si deve anzitutto osservare che esse in nulla differiscono, ai fini che qui interessano, da tutte le altre: le modalità di formulazione della norma (in termini puntuali o in varia misura indeterminati) possono incidere, come certamente incidono, sulla ampiezza dello spazio interpretativo del giudice, ma in nulla mutano il carattere di prescrittività della norma stessa, nella comune qualificazione dei rapporti che ne discendono in termini di diritto-obbligo, come del resto avviene in qualsiasi rapporto giuridico. Anzi, la riqualificazione dei doveri di comportamento in termini di obblighi è stata resa più agevole dalla sostanziale identità di struttura (e talvolta addirittura di formulazione letterale) con le analoghe regole privatistiche e in particolare dal fatto che le relative norme identificano con chiarezza inequivocabile l'interesse privato direttamente tutelato attraverso le modalità di comportamento imposte all'amministrazione. E solo l'indebita sovradeterminazione dell'interesse pubblico ha consentito di introdurre lo schema dovere-interesse legittimo al posto di quello obbligo-diritto soggettivo.

Per le regole "puntualmente vincolanti" può sorgere invece un dubbio di segno opposto: la loro prescrittività è infatti indubbia e la loro attrazione nell'area dell'interesse legittimo è stata giustificata non solo, in positivo, in base al criterio dello scopo pubblicistico della norma, ma anche, in negativo, per la difficoltà (in qualche modo simmetrica) di individuare in esse un autonomo interesse individuale protetto sul piano sostanziale. In realtà sotto la denominazione di interessi strumentali, interessi protetti di tal genere erano stati già da tempo individuati([242]) e una recente ricerca

([242]) V. i significativi esempi fatti da E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., pp. 125 ss., circa gli interessi privati tutelati da norme di azione: quello che un partecipante ad un concorso ha rispetto all'esplicazione delle proprie capacità e alla loro valutazione imparziale, ad essere giudicato da una commissione im-

relativa alle regole di distribuzione della competenza ha posto in luce in modo convincente come la loro rilevanza esterna dipenda appunto dalla esistenza di un interesse sostanziale protetto([243]).

Resterebbero a questo punto fuori dal quadro prospettato quelle regole puntuali che non appaiano riferibili a uno specifico interesse privato alla loro osservanza: esse risulterebbero dunque poste nel solo interesse pubblico e dunque inidonee a fondare rapporti di diritto-obbligo.

Ora, norme di questo tipo certamente esistono, ma la loro esistenza non interferisce con la ricostruzione qui prospettata: se infatti è assente qualsiasi tipo di interesse determinato (finale o strumentale che sia) alla loro osservanza, non solo manca il diritto soggettivo, ma anche l'interesse legittimo tradizionalmente inteso e il discorso si pone in termini di rilevanza esterna e non di qualificazione delle situazioni soggettive([244]).

---

parziale, a scegliere il tema tra i due o più prescritti, etc. Sulla natura di tali interessi, appare perplesso G. Falcon, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 303, nt. 31, che, con riferimento alla distinzione (di Romano Tassone) tra aspettative che ineriscono alla soddisfazione di un interesse materiale e aspettative che ineriscono al rispetto della persona in quanto tale, osserva che "le seconde, *paradossalmente*, assicurerebbero (in via risarcitoria) la «spettanza» di beni eminentemente «giuridici» (il diritto di partecipare al procedimento, di ricevere risposta ad una domanda, di vedere concluso il procedimento senza ritardi, di avere motivazione dei provvedimenti) considerati in astratto e diversi da quello cui l'interessato realmente aspira" (corsivo mio); nella stessa nota, peraltro (p. 305), l'autore aggiunge che nei citati esempi vi è "in realtà la lesione (nel senso di un venir meno) di un qualcosa che all'amministrato *spetta*, qualificabile come comportamento dell'amministrazione secondo le regole di correttezza valide per tutti gli operatori" (corsivo dell'autore) e che la responsabilità che ne risulta parrebbe piuttosto avere dei punti di contatto con la responsabilità precontrattuale. In questo modo Falcon parrebbe "aprire" il concetto di spettanza anche ai cosiddetti interessi strumentali, secondo quanto qui sostenuto. Su questa tematica, v. da ultimo V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 187 ss.

([243]) A. Pioggia, *La competenza amministrativa: l'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.

([244]) L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 145 ss., dove, a proposito delle norme sulla forma e sul procedimento, distingue tra interesse strumentale, che non sarebbe leso dalla loro violazione, e interesse autonomo, rispetto al quale invece la violazione stessa costituirebbe inadempimento e arrecherebbe danno.

Il discorso deve invece chiudersi in un altro modo e cioè assumendo come riferimento complessivo il concetto di *diritto soggettivo alla legittimità dell'atto*. Tale concetto è stato generalmente respinto dall'opinione dominante anche soltanto nei suoi termini più ridotti, nel senso cioè che la legittimità dell'atto potesse costituire il *proprium* dell'interesse legittimo e l'oggetto del processo; ma l'obiezione principale che è stata avanzata circa il carattere indifferenziato di una pretesa alla legittimità (diritto o interesse che sia) appare del tutto infondata, in quanto non si vuole far riferimento ad un interesse *uti civis* (come quello che sta alla base dell'azione popolare), né di un interesse al rispetto della legalità obiettiva (come quello che qualifica i controlli amministrativi), ma dell'interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che la particolare regola del rapporto venga osservata; senza entrare ovviamente nella disputa sugli aspetti soggettivi e oggettivi della legalità, potremmo in termini di principio ricordare la già citata e suggestiva formula di Satta, per cui nell'azione il soggetto postula l'ordinamento([245]). Ma l'individuazione di un autonomo interesse protetto all'osservanza della legge in quanto tale, non sembra presentare particolari difficoltà([246]). Se è vero infatti che l'illegittimità di un atto può scomporsi in singole violazioni di norme diverse, ciascuna delle quali può comportare diverse conseguenze, deve considerarsi rilevante anche l'illegittimità dell'atto nel suo insieme, indipendentemente dai singoli vizi: il fatto stesso che l'atto sia illegittimo, e dunque esposto a possibili interventi successivi (dello stesso autore in sede di autotutela, di un organo di controllo, di un giudice in sede di disapplicazione, ecc.)

([245]) V. *retro*, nt. 56.

([246]) Per interessanti considerazioni sulla ammissibilità concettuale di un diritto soggettivo alla legittimità dell'atto nella dottrina francese e spagnola, e pur con atteggiamento critico verso possibili sviluppi "ipersoggettivistici" di una tale prospettiva, v. F. MODERNE, *Sotto il segno del soggettivismo giuridico (considerazioni sull'opera di Eduardo García de Enterría),* in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 671 ss. Per una versione parzialmente diversa dell'orientamento che qualifica l'interesse legittimo come interesse alla legittimità dell'atto, v. E. CANNADA-BARTOLI, *La tutela giudiziaria*, cit., pp. 68 ss.

determina una situazione di incertezza che può essere in quanto tale pregiudizievole per gli interessati. Questi non possono non ritenersi titolari di un legittimo affidamento(247) avente per oggetto la puntuale osservanza della legge da parte dell'amministrazione: e dunque, al di là delle violazioni specifiche di norme puntuali, l'affidamento torna a presentarsi come tutelato in base ad una clausola generale di comportamento, a quella cioè concernente la buona amministrazione(248), concetto da cui sembra difficile escludere la legalità e che non può più concepirsi come un generico dovere, ma che deve considerarsi come un vero e proprio obbligo(249).

Chiarito in tal modo il carattere descrittivo delle distinzioni *sub a*) e *c*) di cui sopra, è appena il caso di osservare, per quanto riguarda quella *sub b*), che in ogni caso la violazione di norme inerenti al rapporto tra amministrazione e cittadino, anche nel caso in cui detto rapporto venga definito da un atto, rilevano, in questa prospettiva, in termini di comportamento, e più precisamente di inadempimento di obblighi inerenti al rapporto stesso. Si può dunque concludere che nessun aspetto "regolato" del potere discrezionale sfugge alla logica del rapporto, del diritto soggettivo, della giurisdizione ordinaria e che la violazione di qualunque tipo di regola può (sussistendone gli altri presupposti) dar luogo a un

---

(247) A. Pioggia, *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 219 ss., e in part. 267 s., in cui si pone in evidenza come le regole di comportamento della pubblica amministrazione, nel giudizio sul rapporto, non rilevino in relazione al loro orientamento al fine pubblico, ma in quanto determinative delle modalità di azione che ci si possono ragionevolmente attendere dall'amministrazione stessa. Sul punto v. ancora, più ampiamente, Id., *Giudice e funzione amministrativa*, cit., pp. 217 ss. Sulla possibilità di configurare un legittimo affidamento sulla legittimità dell'atto, v. ancora F. Moderne, *Sotto il segno del soggettivismo giuridico*, p. 689.

(248) Sul "diritto alla buona amministrazione", v. C. Marzuoli, *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, Cedam, 2002, pp. 255 ss.

(249) V., in tal senso, L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., in part. pp. 160 ss.

illecito, indipendentemente da ogni questione di legittimità dell'atto.

Si ripropongono quindi, pur con tutti gli aggiornamenti e gli adattamenti necessari rispetto alla ricordata costruzione guicciardiana, tanto la distinzione teorica tra legittimità e liceità quanto la conseguente autonomia tra i relativi strumenti di tutela, questioni riaperte, per quel che ci riguarda, dalla sent. n. 500 del 1999 della Cassazione e sulle quali si è concentrata l'attenzione della più attenta dottrina: alcuni, accogliendo tali presupposti, sono tornati a sostenere la piena configurabilità di una coesistenza tra atto illegittimo e condotta lecita da un lato nonché tra condotta illecita ed atto legittimo dall'altro([250]); altri hanno avanzato riserve e prospettazioni diverse([251]), ma questo costituisce certamente il nodo teorico cruciale del problema.

([250]) Ci riferiamo soprattutto ai lavori di G.M. Racca, e in particolare a *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, in R. Garofoli - G.M. Racca - M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 99 ss.; l'autrice cita alcuni casi (Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urb. app.*, 2003, p. 943, nonché Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, *ivi*, 2002, p. 199, entrambi annotati dalla stessa Racca).

([251]) V., sul punto, le considerazioni di A. Romano Tassone, *La responsabilità della P.A.*, cit., pp. 222 ss., che distingue, nel contesto della disciplina dell'azione amministrativa, "due profili concorrenti ma diversi: il primo riguarda il processo formativo della decisione, ed attiene quindi a tutti quegli elementi comportamentali che possono spiegare influenza sul contenuto decisionale o su parte di esso; il secondo attiene invece a tutti quegli elementi comportamentali che non reagiscono sul contenuto dispositivo del provvedimento, e che pertanto mirano ad assicurare al soggetto di un rapporto autoritativo beni della vita diversi da quello di cui disporrà il provvedimento finale, e con esso collegati soltanto da un rapporto di contestualità ma non di strumentalità". Questa distinzione, secondo l'autore, è rilevante in quanto il problema di illegittimità dell'atto si porrebbe solo in relazione all'osservanza del primo tipo di doveri, mentre per entrambi "sia pure forse a diverso titolo, e potenzialmente sulla base di meccanismi differenziati, può prospettarsi una questione di responsabilità". Quest'ultima conclusione sembra sostanzialmente coincidere con quanto qui affermato; sulla prima avremmo invece dei dubbi su cui torneremo tra breve. Nel senso invece che l'illiceità riguardi sempre la condotta, mentre l'illegittimità potrebbe riguardare, oltre che l'atto, anche l'intera attività, F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4051, secondo cui "mentre la qualificazione di illiceità riguarda la condotta, l'illegittimità non riguarda soltanto l'atto (o provvedimento) ma l'intera attività (o inattività), e per-

Anche la giurisprudenza sembra percorsa da notevoli contrasti e incertezze, divisa tra un piano di riflessione teorica e nuove esigenze di tipo "concordatario". Si è già ricordato infatti come da un lato le affermazioni della sent. n. 500 del 1999 siano state ulteriormente sviluppate nel senso di un completo svincolo concettuale e processuale tra questione risarcitoria, inerente alla liceità del comportamento, e illegittimità dell'atto([252]); ed è invece ben noto come, con due corrispondenti pronunce, Cassazione e Consiglio di Stato siano tornati ad affermare l'improponibilità di una autonoma azione risarcitoria in ogni caso in cui nella fattispecie di illecito sia coinvolta una questione di legittimità di un atto amministrativo([253]).

È anche significativo peraltro, stando a un nuovo recente orientamento, che gli argomenti addotti dalle supreme magistrature per sostenere la pregiudizialità dell'annullamento (e dunque della questione di legittimità dell'atto) rispetto a un'eventuale risarcimento vengano proposti come insuperabili quando si tratta di escludere un'autonoma azione risarcitoria davanti al giudice ordinario, mentre, una volta data per acquisita la giurisdizione amministrativa in ogni caso in cui sia coinvolto un atto amministrativo, gli argomenti stessi vengono tranquillamente contraddetti([254]),

---

tanto è qualificazione anch'essa della condotta, la quale è illegittima se viola disposizioni vincolanti, ed è anche illecita se viola contemporaneamente interessi giuridicamente protetti". Sul punto v. anche l'incisiva definizione di A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., p. 246, secondo cui "se la potestà pubblicistica è conformata nel suo legittimo dispiegarsi dalla corrispondenza con il percorso ideale della funzione, le potestà private risultano conformi a legge nella misura in cui si arrestano sul limite del diritto ad esse contrapposto. La legittimità della prima si costruisce, quindi, dal punto di vista del potere, mentre la liceità delle seconde a partire dal diritto che le fronteggia".

([252]) Cass., sez. I civ., 10 gennaio 2003, n. 157, su cui v. *retro*, nt. 237.

([253]) Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, cit., e Cass., sez. II civ., 27 marzo 2003, n. 4538, cit. Non è qui il caso di ripercorrere il notissimo dibattito che ne è seguito e che sta conoscendo alterne vicende: la Cassazione, infatti, ha mostrato (in contrasto con quanto affermato dalla sent. n. 500 del 1999, cit.) di volersi adeguare alla tesi della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto sul risarcimento e, quindi, della questione di legittimità su quella di liceità.

([254]) Si veda, in tal senso, l'ordinanza 26 maggio 2004, n. 10180, in *Foro it.* 2004, I, cc. 2742 ss., con cui le sezioni unite hanno affermato che "l'art 7 della

con la conseguente, paradossale (rispetto ai presupposti affermati) prospettazione di un'azione meramente risarcitoria in sede di giurisdizione di legittimità([255]).

Tale autonomia tra i due stati di antigiuridicità, dell'atto e del comportamento, che, nel chiuso della tradizione disciplinare amministrativistica ha suscitato tanto scandalo, sembra trovare in altri campi, anziché pretese smentite, significative conferme: la stes-

---

legge 21 luglio 2000 n. 205 mostra, con la sua ampia formulazione, di volere devolvere al giudice amministrativo, «nell'ambito della sua giurisdizione», la cognizione dei danni che scaturiscono da provvedimenti e da condotte non conformi a diritto (ossia illecite nella prospettiva dell'art. 2043 cod. civ.), senza che all'uopo sia necessaria in via pregiudiziale una illegittimità provvedimentale consacrata dalla pronunzia di annullamento"; si trattava di una domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno per perdita di *chances*, determinato da un illegittimo decreto rettorale di nomina di un sostituto in una commissione di concorso, decreto di cui non veniva chiesto l'annullamento. In senso conforme, T.a.r. Marche-Ancona, 23 febbraio 2004, n. 67, in *Dir. form.*, 2004, p. 846, secondo il quale "mentre nel caso in cui sia stato chiesto il risarcimento in forma specifica è necessario che siano stati tempestivamente impugnati ed annullati in sede giurisdizionale gli atti amministrativi su cui si fonda la richiesta (c.d. pregiudiziale amministrativa), nell'ipotesi invece in cui sia stato chiesto risarcimento del danno per equivalente monetario non occorre il previo annullamento degli atti amministrativi illegittimi, atteso che in tale ipotesi gli atti stessi vengono valutati unicamente al fine di individuare nella fattispecie profili di illegittimità che non sono preordinati ad intenti cassatori, ma che costituiscono meri indici sintomatici di antigiuridicità e, quindi, della ingiustizia del danno potenzialmente arrecato".

([255]) Il paradosso logico sta, a mio avviso, nel fatto che, secondo l'art. 7, il giudice amministrativo può disporre il risarcimento del danno "nell'ambito della sua giurisdizione" e dunque, per quanto riguarda la giurisdizione di legittimità, quando sussista un interesse legittimo all'impugnazione di un atto: condizione che, secondo l'orientamento riferito, resterebbe puramente virtuale perché non verrebbe in effetti impugnato alcun atto, e quindi, malgrado la sua tanto declamata "consequenzialità", la questione risarcitoria diventerebbe unico oggetto del giudizio, e il relativo diritto soggettivo unico presupposto della giurisdizione. Ci sarebbe, tra l'altro, da chiedersi (sempre nell'ambito dell'indirizzo dominante) quanto tale autonoma proponibilità dell'azione risarcitoria in sede di giurisdizione amministrativa sia conforme a quanto ritenuto dalla Corte costituzionale che, come si è visto, nella sent. n. 204 del 2004, cit., ha riaffermato il necessario radicamento, in ogni caso, della giurisdizione amministrativa nel riferimento ad un atto autoritativo. Ma sono contraddizioni che lasciamo volentieri sciogliere ai sostenitori dei tradizionali criteri di riparto: il problema, infatti, viene a dissolversi seguendo la costruzione qui sostenuta, come vedremo più avanti.

sa Cassazione([256]) infatti, quando fa riferimento alla pregiudizialità dell'annullamento del recesso del datore di lavoro rispetto alla pretesa risarcitoria, sembra ignorare quanto affermato in senso opposto dalla sua stessa sezione del lavoro, secondo la quale la mancata impugnazione del recesso nei termini di decadenza preclude sì la tutela "reale" della reintegrazione, "consolidando" gli effetti dell'atto di recesso, ma non preclude un'autonoma azione risarcitoria([257]); e ciò presuppone che non sia affatto incompatibile la permanenza di un atto illegittimo (in termini amministrativistici inoppugnabile) per quanto attiene alle modificazioni giuridiche introdotte, e la possibile affermazione giudiziaria dell'illiceità del comportamento che ha condotto alla sua emanazione([258]).

([256]) Sent. n. 4538 del 2003, cit.

([257]) Cass., sez. lav., 2 marzo 1999, n. 1757, in *Lav. giur.*, 1999, p. 825: "la mancata impugnazione dei licenziamento nel termine fissato non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro bensì preclude al lavoratore licenziato soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento ai sensi dell'art. 18 della legge numero 300 del 1970, conseguendo da ciò che, nella ipotesi di licenziamento illegittimo – qualora si sia verificata la decadenza dalla impugnazione, è concesso al lavoratore di esperire la normale azione risarcitoria in base ai principi generali che governano questa azione, sempre che ne ricorrano (e siano dal lavoratore allegati) i relativi presupposti (Cass., 24 giugno 1987 n. 5532; Cass., 5 febbraio 1985 n. 817)". Tale giurisprudenza appare coerente con l'opinione per cui il termine decadenziale per l'impugnativa del licenziamento (tanto collettivo che individuale) "ha la funzione di dare certezza alle situazioni giuridiche e, in particolare, di assicurare all'azienda che l'assetto dei dipendenti quale si è realizzato a seguito dei licenziamenti sia quello e non possa essere più messo in discussione successivamente" (Pret. Napoli, 22 aprile 1999, in *Lav. giur.*, 1999, p. 849). In senso conforme, Cass., sez. un., 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Giust. civ.*, 1983, p. 871, nonché Corte cost., 29 dicembre 1989, n. 586, in *Foro it.*, 1990, I, c. 361.

([258]) Una conferma di tale compatibilità è ricavabile dall'art. 2377 cod. civ. (come modificato dall'art. 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), secondo cui l'impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea è proponibile dai soci che possiedano tante azioni che rappresentino, anche congiuntamente, una data percentuale del capitale sociale (co.3), mentre quelli che non possiedano tale percentuae hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto. È vero che, secondo il co. 6, il termine per proporre le due azioni è identico (90 giorni), ma ciò non toglie che il loro concorso sia possibile e che la deliberazione diventi inoppugnabile mentre la sua invalidità resta valutabile in sede risarcitoria. Sembra anche plausibile pensare che gli stessi soci aventi diritto all'impugnazione possano scegliere di non esercitare la relativa azione ma solo quella risarcitoria. Per un primo com-

Ma se tutto ciò è plausibile, se l'area della giurisdizione ordinaria coincide (per quanto attiene alla liceità del comportamento) con quella della legge e se, al di là di questa, altro non c'è se non l'insindacabile merito della scelta politica dell'amministrazione, si impone una domanda già in precedenza annunciata e che, a questo punto, parrebbe senza una possibile risposta: che senso dare (perché un senso *deve* costituzionalmente essere dato) alla giurisdizione amministrativa in un quadro così ricostruito?

5. *L'altra forma di tutela: diritto alla legittimità dell'atto ed eventualità di un risultato utile.*

La risposta, in realtà, è ormai implicita con tutta evidenza nelle premesse poste, e consiste nella riproposizione del criterio del *petitum*: e non solo come criterio di riparto plausibile sul piano della interpretazione della legge, ma come *unico criterio compatibile con i principi costituzionali relativi al carattere individualistico ed alla effettività della tutela*. Certo, occorre, per accedere a questa conclusione, liberarsi di tutto il sovraccarico concettuale e istitu-

---

mento della riforma dell'art. 2377, v. A. Carratta, *Procedimento di impugnazione*, in S. Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, Zanichelli, 2004, pp. 1139 ss. Secondo F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, XIII ediz., Bologna, Zanichelli, 2003, p. 280, si è trovato in tal modo il giusto punto di equilibrio tra l'interesse della società alla stabilità delle proprie deliberazioni, l'esigenza di certezza del mercato e, dal lato opposto, l'interesse dei singoli a non subire pregiudizio per l'illegalità delle deliberazioni sociali; in senso critico si esprime, invece, A. Carratta, *op. cit.*, p. 1142, secondo il quale, attraverso la riscrittura dell'articolo si sono di fatto riconosciute "«mani libere» alla maggioranza per poter deliberare anche non in conformità alla legge ed all'atto costitutivo". Sulla possibilità per i soci di esperire azione di responsabilità *ex* art. 2395 cod. civ., per il risarcimento dei danni direttamente subiti in relazione a una deliberazione di approvazione del bilancio non ritualmente impugnata v. Cass., sez. I civ., 22 ottobre 1991, n. 11207, in *Foro it.* 1992, I, c. 2443. Si ricordino, infine, i casi di espressa esclusione della tutela specifica, come quelli (citati *retro*, nt. 64) di cui all'art. 2504-*quater* cod. civ. in materia di fusione di società, o all'art. 2, lett. *n*, legge n. 443 del 2001 (attuato con l'art. 14, co. 2, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190) in materia di aggiudicazioni pertinenti alle infrastrutture; casi che, dubbi di costituzionalità a parte, dimostrano la possibile permanenza degli effetti di un atto invalido con l'azione risarcitoria. Su tale tematica, con riferimento anche alla giustizia amministrativa, v. da ultimo I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, Giuffrè, 2004.

zionale che si è fatto gravare in misura crescente sul giudice amministrativo fin da quando si affermò la natura giurisdizionale di quella IV Sezione, originariamente concepita come massima espressione del potere esecutivo ordinato in forma contenziosa, con l'obbiettivo risultato di limitare la funzione del giudice ordinario e di attrarre la legalità amministrativa sotto il controllo di un giudice "domestico". Se è possibile sgombrare oggi il campo da tutto questo e ripartire dai dati del diritto positivo, dando ovviamente per scontato che siamo di fronte, per Costituzione, a un vero giudice, prendiamo atto che l'ordinamento prevede, accanto a quella ordinaria, un *altro tipo di tutela* che attiene specificamente alla legittimità dell'atto e non alla liceità del comportamento; tutela che abilita l'interessato a percorrere la sequenza illegittimità dell'atto-annullamento-nuovo esercizio del potere discrezionale-giudizio di ottemperanza-sostituzione. Tale sequenza, peraltro, deve essere riletta in termini diversi, rinunciando in partenza all'idea che il suo esito sia (o debba necessariamente essere) l'attribuzione in via sostitutiva dell'utilità finale e, al tempo stesso, accettando di qualificare la pretesa fatta valere come riferita alla legittimità dell'atto. Anche questa prospettiva può apparire "nostalgica", in quanto diretta a recuperare vecchie tesi ormai consegnate alla storia: ma, di nuovo, così non è, perché il suo significato viene radicalmente a mutare nel contesto ricostruttivo che abbiamo perseguito, tanto che la pretesa in questione può essere anch'essa qualificata in termini di diritto soggettivo.

Torniamo ancora a Capaccioli e alle sue illuminanti intuizioni: dopo aver ironizzato sul paradosso che verrebbe in definitiva a concepire l'interesse legittimo come interesse alla *illegittimità* dell'atto, e dopo aver tracciato quella distinzione tra interesse finale e interessi secondari o strumentali cui già si è fatto cenno, l'autore conclude affermando che l'interessato, nel processo amministrativo, non fa valere una pretesa a conservare (o, aggiungeremmo noi, a conseguire) il bene principale, ma *a perderlo* (o a non conseguirlo) *in modo legittimo*. Una conclusione apparentemente

paradossale e lontana dalla realtà, e che è stata generalmente respinta in base al carattere meramente formale dell'interesse che verrebbe a porre come oggetto del processo amministrativo: obiezioni che, nel contesto dell'epoca, rispetto alla tensione verso la ricerca di una sostanza dell'interesse legittimo, erano indubbiamente giustificate; ma che, nel contesto completamente diverso che qui si è cercato di ricostruire, forniscono la chiave per completarne coerentemente la struttura.

Se è vero, infatti, che il merito amministrativo è insindacabile e che, a fronte del potere discrezionale, in linea di principio, è possibile solo una tutela risarcitoria rispetto all'illiceità del comportamento, la dimensione della legittimità dell'atto si pone come una *diversa e ulteriore possibilità* di conseguire invece l'utilità finale: l'interessato, cioè, reagendo contro l'atto illegittimo, instaura quella sequenza annullamento-nuovo esercizio del potere-giudizio di ottemperanza-sostituzione da cui *potrebbe* risultare un nuovo atto per lui utile. Una simile *possibilità* è stata di recente identificata come il *proprium* dell'interesse legittimo([259]): intuizione significativa, probabilmente discendente dalla riflessione sul risarcimento da perdita di *chance* e, nella sostanza, assai vicina a quanto stiamo sostenendo; resta il fatto che gli autori citati per un verso non

---

([259]) In tal senso D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 207, nonché Id., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 366, dove afferma che, di fronte a un potere discrezionale dell'amministrazione, l'interessato "può soltanto pretendere che l'amministrazione pubblica agisca legittimamente"; ma ciò non significa un mero interesse alla legalità perché alla base dell'interesse legittimo sta un interesse sostanziale che consiste nella possibilità di conservare (nel caso di interessi oppositivi) o di acquisire (nel caso di interessi pretensivi) un bene; possibilità (*chance*) considerata tutelabile in via risarcitoria. In senso analogo, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 72, secondo cui l'interesse legittimo può essere accostato a una *chance* riconosciuta dall'ordinamento, e G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., p. 319, laddove osserva che "il «vantaggio» che l'ordinamento garantisce è o direttamente la prestazione dell'utilità (o la non sottrazione dell'utilità in godimento) attraverso il provvedimento vincolato, o una riconsiderazione della vicenda che *potrebbe* avere come esito la prestazione di quella utilità (o la non sottrazione dell'utilità in godimento)" (corsivo mio).

rinunciano del tutto a identificare l'utilità finale, o il "bene della vita", quanto meno come termine di riferimento della tutela(260), dall'altro aderiscono alla consolidata idea per cui la legalità dell'agire amministrativo non potrebbe configurarsi in se stessa come un bene. Per quanto riguarda questo secondo punto mi limito a due osservazioni: sul piano pratico, anzitutto, non è chi non veda come la certezza dei rapporti giuridici e l'aspettativa di un comportamento legittimo da parte della pubblica amministrazione costituiscano, in quanto tali, beni economicamente valutabili, né più né meno di quanto non lo siano dei beni materiali o fisicamente percepibili: potrà esserne incerta la valutazione, ma non più di quanto talvolta non sia la valutazione di questi ultimi; ed è spesso evidente come, nella concreta dinamica dei rapporti economici e delle tempestive decisioni che essi comportano, la certezza di perdere (o di non conseguire) un bene abbiano maggior valore del bene stesso. Sul piano teorico, poi, si è già osservato come la ricorrente affermazione per cui il "mero" interesse alla legalità avrebbe carattere generico e indifferenziato sia da ritenersi infondata: si potrà discutere sulla natura processuale o sostanziale di tale interesse e, nel secondo caso, sulla sua qualificazione (o denominazione): ma non certo dire che si tratta di una posizione indifferenziata(261).

A nostro avviso, assai sinteticamente, si può formulare questa soluzione: *a*) il bene materiale intorno al quale si controverte rispetto all'esercizio del potere discrezionale non ha nulla a che vedere, né in via diretta né indiretta, con l'oggetto della tutela: esso costituisce soltanto un fatto idoneo a differenziare l'interesse

---

(260) V. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., secondo cui l'accostamento alla *chance* non significa che manchi un bene della vita, ma solo che tale bene riceve, nel caso dell'interesse legittimo, una tutela giuridica peculiare.

(261) V. sul punto L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 178 ss., che osserva come nella conclusione per cui l'interesse legittimo sia comunque soddisfatto dall'emissione di un atto amministrativo legittimo non vi è nulla di paradossale e neppure di peculiare a tale situazione soggettiva: tale evenienza è invece del tutto coerente con i numerosi indirizzi teorici che collegano indissolubilmente la norma e il soggetto a cui in concreto essa si riferisce.

del soggetto titolare da quello della generalità dei cittadini, un fatto cioè di legittimazione; *b*) la possibilità di conseguire detto bene attraverso l'annullamento dell'atto (con quel che ne può seguire), deve anch'essa ritenersi concetto inidoneo a costituire in sé un bene tutelato: essa rileva invece chiaramente in termini di interesse a ricorrere; *c*) ciò che la legge intende garantire non può essere dunque che la legittimità dell'atto, da intendere come bene della vita nel senso prima affermato; *d*) quanto alla qualificazione della pretesa tutelata, consegue da tali premesse che essa risulta del tutto svincolata da ogni riferimento all'interesse pubblico, si colloca nell'area del vincolo giuridico, mostra con chiarezza il carattere diretto della protezione, e dunque riveste i caratteri fondamentali del diritto soggettivo([262]). Ciò non significa negare ogni significato all'espressione "interesse legittimo", eventualità che si porrebbe in contrasto con la sua menzione costituzionale: una volta chiarito che essa partecipa degli stessi caratteri, appena ricordati, del diritto soggettivo, è ben possibile qualificare tale concetto come una *species* del diritto stesso che trova la sua identità, per tornare ad una suggestiva espressione di Berti, nell'essere "nomenclatura"([263]) di una diversa forma di tutela affidata ad un'altra giurisdizione([264]).

([262]) In questo senso, a differenza di A. Romano Tassone (v. *retro*, nt. 251), riteniamo che influiscano sulla legittimità dell'atto anche le violazioni degli obblighi comportamentali che non reagiscono sul contenuto dispositivo del provvedimento: se infatti è fondata la costruzione di un diritto alla legittimità dell'atto, l'autonomo bene della vita tutelato da tale diritto è del tutto indipendente dal contenuto del provvedimento. L'interessato ha comunque una pretesa a un nuovo esercizio del potere: e solo in termini pratici o probabilistici si può ritenere che il contenuto dispositivo del nuovo atto sarà identico, mentre, teoricamente, è ben concepibile, in relazione a circostanze diverse (ad esempio, a sopravvenienze), che esso abbia un contenuto diverso (più) favorevole.

([263]) V. *retro*, nt. 187. Per l'uso di questo termine v. S. Satta, *Giurisdizione*, cit., p. 226: "secondo una nomenclatura diffusa, e ormai fatta propria dalla stessa Costituzione, gli interessi del cittadino non sono qualificati diritti ma interessi legittimi".

([264]) In tal senso, A. Orsi Battaglini - C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 487 ss., e in part. 497.

Ripercorrendo questo schema dal punto di vista dell'interessato, esso appare non solo pienamente plausibile in termini teorici, ma direttamente collegabile con i principi costituzionali sul carattere individuale ed effettivo della tutela giurisdizionale: sembra, cioè, a questo punto, che i diversi piani di discorso vengano a collegarsi armonicamente in precisi nessi di consequenzialità. Se è vero, infatti, che l'ordinamento prevede due distinti strumenti di tutela, rispettivamente collegabili ai concetti di illiceità e di illegittimità([265]), e se pure è vero che la scelta tra essi non può che spettare all'interessato in relazione a un suo insindacabile giudizio circa la maggiore utilità, nel caso concreto, dell'uno rispetto all'altro, ci si può raffigurare questa alternativa: l'interessato può ritenere essenziale o prevalente il conseguimento dell'utilità finale e, pur sapendo che il conseguimento di questa dipende, in ultima analisi, da una scelta riservata all'amministrazione, può cercare, attraverso la ricordata sequenza propria del giudizio amministrativo, di costringere detta scelta entro limiti esterni di legittimità che rendano più o meno probabile la soluzione a lui favorevole. Ma può anche giudicare tale via troppo incerta e lunga da percorrere e dunque dare per scontato il mancato conseguimento dell'utilità, disinteressarsi della legittimità dell'atto e della sua sorte, e perseguire invece il risarcimento del danno subito a causa del comportamento antigiuridico dell'amministrazione([266]). Il diritto a una si-

---

([265]) La distinzione e l'autonomia tra le due fattispecie, di illiceità e di illegittimità, è del resto comprovata dalla diversità di presupposti di ciascuna: entrambe infatti presuppongono una violazione del diritto oggettivo, ma nella prima assumono rilievo determinante l'elemento soggettivo, il nesso causale e il danno, inteso come concreto pregiudizio recato a un interesse individuale protetto: e ciò conferma la sua riferibilità al comportamento; tutti elementi da ritenersi invece irrilevanti nella seconda, in cui è in discussione solo la conformità dell'atto alla legge.

([266]) Sono interessanti, in tal senso, le considerazioni di T.a.r. Marche, n. 67 del 2004, cit., secondo cui "il diritto soggettivo al risarcimento del danno nasce con l'emanazione di un atto *contra legem* ed è posizione sostanziale del tutto distinta dall'interesse legittimo, pur esso compresso e facente capo al medesimo soggetto. [...] All'acquiescenza al provvedimento amministrativo ed ad una rinunzia ad ottenerne l'annullamento e l'eliminazione dei suoi effetti, non necessariamente si accompagna la rinunzia del privato leso ad ottenere tutela risarci-

mile scelta è apparso (e, probabilmente, ai più appare tuttora) inconcepibile di fronte ai consolidati dogmi della diversità "ontologica" tra le situazioni giuridiche soggettive, della necessaria correlazione tra ciascuna di esse e il proprio giudice "naturale", del conseguente inderogabile rapporto di alternatività in cui si collocano le due giurisdizioni. Ma, a ben guardare, questo schema concettuale si giustifica solo in base ad un più generale presupposto fondante, che consiste nell'assumere l'interesse pubblico come canone dominante, capace di snaturare i caratteri propri della funzione giurisdizionale. Negato questo presupposto in base all'interpretazione sistematica della Costituzione e assunte invece la centralità dell'interesse individuale, la parità tra le parti, la terzietà e imparzialità del giudice come principi comuni ad ogni giurisdizione, rimettere all'interessato la scelta tra più mezzi di tutela pre-

---

toria, essendo due i mezzi processuali offertegli dall'ordinamento a tutela di posizioni giuridiche distinte (la prima d'interesse legittimo, la seconda di diritto soggettivo) e per il perseguimento di differenti «beni della vita» (la reintegrazione della situazione preesistente, mediante la rimozione dell'attività illegittima, ovvero, qualora l'evoluzione fattuale ne renda impossibile per il principio *factum infectum fieri nequit*, la quantificazione del pregiudizio subito)". Le due azioni sarebbero perciò separate, indipendenti e sottoposte a regimi differenti: alla decadenza l'impugnazione, all'ordinaria prescrizione quinquennale la tutela risarcitoria, "riguardo alla quale è richiesta la pregiudiziale verifica dell'esistenza del presupposto dell'illegittimità dell'atto, ma non del suo necessario annullamento, che perciò non costituisce interesse del ricorrente, essendosi questo concentrato sulla sua alternativa che lascia perciò intatto l'atto amministrativo ed i suoi effetti." Un ulteriore profilo di rilevanza del problema può individuarsi in tema di sanatoria endoprocessuale: la giurisprudenza tende oggi ad ammetterla (v., ad esempio, T.a.r. Lazio, sez. I, 15 gennaio 2002, n. 398, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2002, p. 115), ma resta il problema della sua retroattività che, se appare accettabile dal punto di vista sostanziale (perché dimostra come, al momento dell'emanazione dell'atto, ne sussistevano tutti i presupposti), lascia scoperto il problema delle conseguenze che l'illegittimità *medio tempore* ha prodotto: l'interessato cioè non può vantare alcuna pretesa rispetto al sacrificio che l'atto gli impone, ma sarebbe d'altra parte eccessivo dire che l'illegittimità originaria resta irrilevante: essa ha comunque prodotto una situazione di incertezza, ha costretto alla verifica giurisdizionale, ha violato l'affidamento; e dunque è autonomamente rilevante; ciò sembra presupposto in T.a.r. Lazio, cit., dove afferma che la sanatoria endoprocessuale è non solo possibile ma necessaria al fine di *circoscrivere* l'eventuale responsabilità civile, limitando così possibili danni per l'erario.

visti dall'ordinamento non è che il logico svolgimento dei principi stessi([267]). In sintesi, il criterio del *petitum* viene a configurarsi *non solo come possibile, ma come costituzionalmente necessitato.*

In proposito, resta da chiarire un ultimo punto, perché detto criterio, come tradizionalmente concepito, si atteggia come correlazione necessitata e biunivoca giudice ordinario-risarcimento, giudice amministrativo-annullamento: laddove, invece, abbiamo sostenuto che ciascun giudice deve considerarsi in linea di principio dotato di tutti gli strumenti di tutela necessari. Ma la contraddizione è soltanto apparente, sol che si distingua, per ogni giudice, un mezzo di tutela principale e caratterizzante ed altri, accessori ed eventuali, in relazione al principio di effettività della tutela. Il giudice ordinario, cioè, fornisce normalmente tutela risarcitoria, ma può anche ricorrere a poteri di annullamento o sostitutivi se ed in quanto indispensabili a realizzare l'effettività stessa: a tale criterio sembra ispirarsi la legislazione speciale citata([268]) e, in ogni

---

([267]) Secondo G. Falcon, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 312, la coesistenza della giurisdizione sul danno del giudice amministrativo e del giudice ordinario mancherebbe di una logica convincente: in particolare perché "la possibilità di esercitare l'azione di danno scaduto il termine di impugnazione presso il giudice amministrativo, [comporterebbe] ovviamente che sia l'interessato a scegliere, lasciando decorrere il termine, sia il giudice che il tipo di tutela", conseguenza che l'autore sembra ritenere inammissibile. Ma anche E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 362, sosteneva che, essendo illiceità e invalidità modi di essere dell'atto affatto indipendenti, ciascuna giurisdizione ha un oggetto proprio e riservato: ed aggiungeva che anche l'ipotesi della duplice qualificazione dell'atto, con la conseguente possibilità di adire l'uno o l'altro giudice, si presenta piuttosto come una conferma che come una deroga al principio della separazione tra le due giurisdizioni. E tale assunto può condividersi anche nella prospettiva qui sostenuta: il punto teorico essenziale che riprendiamo da Guicciardi (e che l'opinione dominante risolutamente nega) sta nella pluriqualificazione della fattispecie, che per tale autore era solo possibile, mentre per noi è normale e corrisponde a una diritto costituzionale di scelta della tutela più favorevole. La qualificazione del criterio del *petitum* come "semplicissimo e praticissimo" è di Miele (v. *retro*, nt. 13).

([268]) V. *retro*, nt. 204 ss. Non è qui il caso di compiere una esaustiva analisi dei singoli casi per discutere se volta per volta si tratti di un'azione a carattere impugnatorio o meno, se gli atti in questione siano vincolati o discrezionali, e se, conseguentemente, la devoluzione al giudice ordinario risponda alle regole generali o abbia carattere derogatorio. Mi limito esemplificativamente a osservare come, nel caso del contenzioso in materia di elezioni amministrative, l'at-

caso, come si è detto, anche a non voler ritenere senz'altro utilizzabili poteri del genere nel silenzio della legge, si deve sostenere che detto silenzio sarebbe in contrasto con la Costituzione.

Dall'altra parte il giudice amministrativo fornisce fondamentalmente una tutela caducatoria, a cui l'ordinamento fa seguire un ulteriore controllo sulla legittimità del nuovo esercizio (o del non esercizio) del potere amministrativo: e solo eventualmente potrà fornire tutela risarcitoria, nella misura in cui questi strumenti non siano in grado di reintegrare la situazione giuridica dell'interessato([269]).

---

tribuzione al giudice ordinario (ma anche a quello amministrativo) del potere di "correggere" il risultato delle elezioni e di sostituire ai candidati illegalmente proclamati coloro che hanno diritto di esserlo (art. 84, d.P.R. n. 570 del 1960, cit.) risponde chiaramente ad una esigenza di effettività, in quanto, se il giudice disponesse soltanto dei suoi ordinari poteri, il contenzioso si protrarrebbe con ogni probabilità oltre la durata del mandato, vanificando il diritto politico che, come tale, non è suscettibile di reintegrazione per equivalente. In altri casi (art. 35, co. 12, legge n. 833 del 1978, cit., in materia di trattamenti sanitari obbligatori, nonché, in base all'art. 5, co. 4, legge n. 230 del 1998, cit., in materia di obiezione di coscienza) è previsto, a più intensa tutela dell'effettività, il potere di sospensione dell'atto impugnato: ed anche qui è evidente come l'effettuazione del trattamento sanitario o la prestazione del servizio militare nelle more del giudizio renderebbe vacua la tutela giurisdizionale. Analogo potere di sospensione, per gravi motivi, è previsto dall'art. 152, co. 5, d.lgs. n. 196 del 2003, cit., in materia di protezione dei dati personali; lo stesso articolo prevede inoltre, al co. 12, che il giudice, anche in deroga al divieto di cui all'art. 4, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, quando è necessario anche in relazione all'eventuale atto del soggetto pubblico titolare o responsabile, accoglie o rigetta la domanda, in tutto o in parte, prescrive le misure necessarie, dispone sul risarcimento del danno, ove richiesto, e pone a carico della parte soccombente le spese del procedimento. V., inoltre, l'art. 64, legge n. 69 del 1963, cit., sull'ordine dei giornalisti, che conferisce al giudice ordinario il potere di annullare, revocare o modificare le impugnate deliberazioni del Consiglio dell'Ordine.

([269]) V. ancora E. Guicciardi, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, p. 33 (ora in Id., *Studi di giustizia amministrativa*, cit., pp. 34 ss.), secondo cui la doppia tutela, essendo fondata su una natura qualitativamente diversa delle relative situazioni, non può significare doppia riparazione: ma ciò non toglie che, in caso di annullamento, possa esservi risarcimento limitato a quel tanto di danno che permane nonostante l'annullamento stesso e la sua retroattività (*op. cit.*, p. 51). Nel senso indicato nel testo, v. ora quanto sostenuto dalla Corte costituzionale (sent. n. 204 del 2004, cit.), che esclude che il risarcimento del danno costituisca una "materia" di giurisdizione esclusiva, trattandosi di uno "strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino"; l'attribu-

È appena il caso di notare, infatti, che l'*an* e il *quantum* del risarcimento non possono che variare in relazione all'*an* e al *quantum* di conseguimento dell'utilità finale che si realizzano nelle varie fasi della vicenda processuale: se infatti, a seguito dell'annullamento, l'amministrazione emana un nuovo atto integralmente satisfattivo, il risarcimento o non sarà dovuto, o lo sarà nella limitata misura rapportabile al ritardo nell'emanazione dell'atto legittimo; e lo stesso accadrà se l'atto satisfattivo verrà emanato dal commissario *ad acta* a seguito del giudizio di ottemperanza.

Si deve infine osservare come, nel quadro di un giudizio amministrativo ridefinito in questi termini, riacquistano piena giustificazione alcuni indirizzi interpretativi che altrimenti sono apparsi ad alcuni inaccettabili. Il primo è quello attinente alla pregiudizialità dell'annullamento dell'atto rispetto al risarcimento del danno: nell'assetto del riparto di giurisdizione oggi accolto dall'opinione dominante ciò significa infatti, in tutti i casi in cui il danno è riferibile a un atto amministrativo, impraticabilità di una autonoma azione risarcitoria di fronte a entrambi i giudici([270]); ristabilita invece, nei termini di cui si è detto, la distinzione e l'autonomia tra le fattispecie di illiceità del comportamento e di illegittimità dell'atto, qualora l'interessato scelga la tutela propria della seconda, diventa perfettamente logico, anzi necessario, che il giudizio sull'atto nonché (va aggiunto) sull'eventuale nuovo esercizio del potere discrezionale, preceda l'azione risarcitoria che, come si è or ora osservato, dipende, sia per l'*an* che per il *quantum*, dall'esito finale dell'intera vicenda processuale e dalla misura dell'eventuale intervenuta reintegrazione.

E questa stessa considerazione giustifica con ogni evidenza anche un secondo assunto, presente in certa giurisprudenza, circa

---

zione di tale potere al giudice amministrativo, prosegue la Corte, "affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa, piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri".

([270]) Per i riferimenti essenziali, v. *retro*, nt. 253 e 254.

la necessità di spostare la questione risarcitoria in sede di giudizio di ottemperanza(271); una pronuncia sul danno che avvenga in sede di cognizione in base al solo annullamento dell'atto (sempre, ben inteso, nei casi in cui residua un potere discrezionale) appare, a ben guardare, priva di riferimento in quanto precederebbe il possibile verificarsi di una più o meno estesa reintegrazione specifica(272).

6. *Una residua disarmonia: l'insindacabilità in Cassazione.*

Il discorso che ci siamo proposti di svolgere, convincente o meno che sia, potrebbe a questo punto ritenersi concluso: dalla individuazione del principio di unità della giurisdizione e del suo carattere soggettivistico come criteri ordinanti di una interpretazione sistematica della Costituzione alla riconduzione della giurisdizione amministrativa nell'ambito di tali principi, dalla ridefinizione teorica delle situazioni giuridiche soggettive ad una coerente ricostruzione del sistema normativo di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, abbiamo cercato di costruire un modello idoneo (o, almeno, maggiormente idoneo di quelli prevalentemente accolti) a contenere e a valorizzare le tendenze evolutive dell'ordinamento e dei rapporti sociali. Non si può, peraltro, negare l'esistenza di un dato particolarmente refrattario ad inserirsi con coerenza nel quadro prospettato: si tratta, come più indietro ricordato, della sottrazione, prevista dall'art. 111, co. 8, Cost., delle sentenze del Consiglio di Stato al controllo di legittimità della Corte di cassazione.

Si tratta, come viene spesso osservato(273), di una vera e propria deroga al principio di unità della giurisdizione e, prima ancora, di una rottura dell'unità dell'ordinamento giuridico, di una sot-

---

(271) In tal senso, T.a.r. Campania-Napoli, sez. I, 4 ottobre 2001, n. 4485, in *Urb. app.*, 2001, p. 1349; in senso contrario, Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332, in *Foro it.*, 2003, III, c. 322.

(272) E infatti, com'è noto, la giurisprudenza ammette la reintegrazione in forma specifica solo in caso di attività vincolata.

(273) F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 19 e 31.

trazione degli apparati pubblici allo Stato di diritto. Non solo, ma tale deroga può essere (come in effetti è stata) assunta come chiave di volta proprio di quella interpretazione costituzionale che abbiamo cercato di negare, quella, cioè, che si fonda sull'idea della recezione del sistema preesistente. Sul piano teorico, infatti, l'"ontologica" diversità delle situazioni giuridiche soggettive giustificherebbe la duplicità di giurisdizione nonché l'autonomia e l'insindacabilità degli indirizzi interpretativi del Consiglio di Stato. E non a caso tale argomento è stato usato, tra gli altri, per sostenere l'incostituzionalità della recente espansione della giurisdizione esclusiva([274]). All'opposto, è evidente che la costruzione qui sostenuta sarebbe "naturalmente" coerente con la pienezza ed esclusività della funzione di nomofilachìa della Corte di cassazione: ma a ciò si oppone, in modo che non appare superabile, la norma costituzionale riportata.

Questa residua, e certo non secondaria, disarmonia nella proposta interpretazione sistematica della Costituzione, può essere però fortemente ridimensionata, tanto sul piano teorico che su quello pratico, dalle considerazioni che seguono. In primo luogo si può infatti osservare che, se vale tutto il resto, viene a mutare, e in qualche modo a declassarsi, il ruolo della norma in questione; se infatti appare fondata la ricostruzione del sistema costituzionale che parte dal principio individualistico e dall'unità della funzione giurisdizionale e si sviluppa nell'affermazione della omogeneità di natura delle situazioni giuridiche soggettive, nel principio di pa-

---

([274]) Così l'ordinanza 16 novembre 2000 con cui il Tribunale civile di Roma, sez. II, in *Giur. it.*, 2001, p. 932, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80: osservava infatti il Tribunale che, nel sistema preesistente, stante la "sufficiente eterogeneità ed incomparabilità dei territori occupati dai diversi plessi giurisdizionali" il pericolo di orientamenti giurisprudenziali contrastanti e, conseguentemente il rischio di collisione con il principio di uguaglianza davanti alla legge dovevano ritenersi assai ridotti; invece, a seguito delle recenti riforme, il giudice amministrativo è stato "proiettato in una dimensione civilistica, che fino a ieri era territorio esclusivo del giudice ordinario" e la possibilità di indirizzi divergenti tra i due giudici (basti pensare alla tematica della responsabilità civile) si è fatta attuale.

rità sostanziale e processuale tra le parti di ogni rapporto giuridico e nella necessaria effettività della tutela, l'insindacabilità in Cassazione non può più considerarsi come chiave di volta di un monumento "recepito" nella Costituzione, ma viceversa appare come un vistoso rudere di un passato che non esiste più. Ciò significa, fuor di metafora, che, a fronte della forza e della coerenza dei principi ricordati, tale norma non può assumere alcun significato "espansivo" o ricostruttivo, ma deve essere interpretata nel modo più restrittivo, come disarmonia, appunto, in un sistema solidamente fondato e coerente.

A questo primo rilievo può poi aggiungersi un secondo tipo, più specifico e pregnante, di considerazioni. L'esistenza di due ordini di giudici, dotati ciascuno di un proprio vertice abilitato a interpretare in modo insindacabile la legge, appare infatti tanto più radicalmente contrastante con i principi (tra loro inscindibilmente connessi) di unità dell'ordinamento e di uguaglianza di fronte alla legge quanto più la giurisdizione risulti obbiettivamente determinata e vincolante; ed ancor più in quanto il ricorso ad uno dei due giudici sia imposto dalla natura pubblicistica e dalla presunta superiorità di una delle parti. Ma tale contrasto appare, se non, forse, del tutto eliminato, certo drasticamente ridotto qualora (come qui si è cercato di sostenere) ai due ordini di giudici corrispondano due diverse forme di tutela che l'ordinamento offre all'interessato, lasciandolo libero di scegliere secondo una sua insindacabile valutazione di opportunità. Nel compiere detta valutazione infatti, l'interessato, oltre a tutti gli aspetti già posti in evidenza, dovrà anche tener conto di un dato, discutibile quanto si vuole, ma costituzionalmente ineliminabile: che cioè, se sceglie di far valere l'illiceità del comportamento della pubblica amministrazione e una tutela tendenzialmente risarcitoria, avrà accesso anche al sindacato di legittimità della Corte di cassazione, mentre, se sceglie di far valere la pretesa ad un atto legittimo, per l'eventualità che esso possa coincidere con un atto per lui satisfattorio, la vicenda dovrà chiudersi con una pronuncia del Consiglio di Stato.

Ci si potrebbe infine chiedere se, e in che misura, in un sistema così delineato, si verifichino effettivamente i paventati rischi di contrasti interpretativi e come potrebbero risolversi numerosi problemi di rapporto tra i due diversi tipi di processi, fino al possibile conflitto tra giudicati: e in particolare se il binomio illiceità-illegittimità possa porsi come fondamento di un diverso tipo di autonomia e di non interferenza tra le due giurisdizioni idoneo a prevenire sul piano teorico questi inconvenienti, così come si è ritenuto che avvenisse nel vecchio sistema sulla base della separazione e della alternatività tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Ma si tratta di un discorso che condurrebbe troppo lontano. La conclusione su cui possiamo qui fermarci sta nel rilievo per cui, anche ammessa l'esistenza di possibili pregiudizi per l'unità e la certezza dell'ordinamento, questi debbono, nel contesto dell'interpretazione sistematica proposta, considerarsi come valori di livello subordinato rispetto a quelli che discendono dall'idea di soggetto come costitutivo dell'ordinamento e che si traducono nei principi di pienezza e di effettività della tutela da intendersi non come astratto ripristino del diritto oggettivo, ma come massima possibile realizzazione del diritto soggettivo.

EPILOGO

DOVE SI RACCONTA DI UN ANTICO BATTIBECCO E SI TRAMUTA UN COMMENTO SARCASTICO IN UN ASSUNTO METODOLOGICO

Il ventiquattro marzo del 1927([275]) ebbe inizio a Monaco la quarta *Tagung* della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*([276]), la gloriosa associazione dei giuspubblicisti tedeschi che ha mantenuto la tradizione di questi incontri annuali fino ai giorni nostri. Uno dei due temi all'ordine del giorno era la libertà di manifestazione del pensiero: relatore Karl Rothenbücher, correlatore Rudolf Smend([277]). Si trattò di una discussione di grande rilievo e spessore, che è rimasta come un punto obbligato di riferimento per il diritto pubblico tedesco contemporaneo([278]); ma non è al merito delle questioni trattate che intendo qui fare riferimento, bensì ad un passaggio dell'intervento svolto da Richard

---

([275]) Alle ore 9,50, come viene puntigliosamente indicato nell'introduzione agli Atti.

([276]) Gli atti relativi sono pubblicati nella collana *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 4, *Das Recht der freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1928.

([277]) Su R. Smend (1882-1975) v., da ultimo, M. FRIEDRICH, *Rudolf Smend*, in *Arch. öff. Rechts*, bd. 112 (1987), pp. 1 ss.

([278]) Tra coloro che intervennero basterà ricordare Anschütz, W. Jellinek, Kelsen, Merkl, Triepel. Si veda in proposito, per tutti, E. DENNINGER, *Commento all'art. 5.3 GG*, in R. BÄUMLIN (bearbeitet von), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied, Luchterhand, 1984, pp. 594 ss. Sul dibattito giuspubblicistico tedesco dell'epoca e sui giuristi ricordati, v. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

Thoma([279]) che, contestando il correlatore, ebbe a dire: "Con le belle argomentazioni di Smend secondo le quali i diritti fondamentali esprimerebbero una serie di convinzioni giuridiche in cui l'intero popolo tedesco deve trovarsi unito e che ad essi spetti di conseguenza una consacrazione più alta rispetto alle leggi ordinarie, ben volentieri concordo. Ma questo pensiero domenicale (*Sonntagsgedanke*) non ci esime dall'obbligo di verificare, attraverso un austero lavoro da giorni feriali (*Werktagsarbeit*), il preciso e giuridicamente sostenibile contenuto di ogni singola frase o parte di frase dell'articolo relativo al diritto fondamentale stesso. È dunque inevitabile trattare ogni singola frase come 'novella' al diritto precedente, e non capisco perché Herr Smend disprezzi la trattazione dei diritti fondamentali come legislazione di questo genere, perché essi non costituiscono certo 'codificazione' e dunque – *tertium non datur* – sono 'novelle'"([280]).

È difficile capire, in assenza di segni decisivi come l'espressione del viso o l'inflessione della voce, di quale colorito polemico Herr Thoma intendesse caricare queste parole; ma, a giudicare dal trattamento subito dopo riservato al collega Kaufmann([281]), sem-

---

([279]) Richard Thoma (1874-1957) fu titolare della cattedra di diritto costituzionale dell'Università di Heidelberg; realizzò, assieme ad Anschütz, lo *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, 1930-32.

([280]) *Das Recht*, cit., p. 86. "Herr Smend, proseguì l'illustre giuspubblicista, ha sostenuto con argomentazioni straordinariamente fini e profonde che nel quadro della teologia evangelica e della filosofia idealistica tedesca la libertà di insegnamento deve essere posta in relazione alla intangibile libertà dei parroci e degli studiosi in quanto inseriti in un rapporto di diritto pubblico e considerata come un valore religioso o metafisico [...]. Ma che tale libertà di insegnamento non sia soltanto un principio del diritto tedesco dei funzionari e che sia invece anche garantita costituzionalmente dalla formula dell'art. 142 non mi sembra ancora dimostrato".

([281]) A proposito del suo intervento, infatti, dopo averne retoricamente riconosciuto l'eccezionale originalità e profondità, Thoma aggiunse di non aver ben capito alcune delle espressioni usate, che gli sembravano "per così dire, cinese. Semplicemente non capisco, aggiunse, e non sono il solo in questa sala a non capire. Mi esprimo in questi termini perché costituisce un sintomo inquietante dell'attuale situazione scientifica il fatto che, pur in una cerchia così ristretta di studiosi specializzati, si apra un simile abisso di non comprensione della problematica e della terminologia tra un gruppo e l'altro" (*op. loc. cit.*).

bra proprio che il cattedratico di Heidelberg fosse maestro anche di sarcasmo e ne facesse abbondante uso, sì da rendere quelle pur così austere riunioni un po' più vivaci di quegli ovattati scambi di (finte) cortesie o di quelle accurate sterilizzazioni dei (reali) dissensi a cui siamo qui ed oggi tediosamente abituati.

Ma, nella sostanza, comunque espressi o sottintesi, la contrapposizione tra *Sonntagsgedanken* e *Werktagsarbeit*, la seriosa rivendicazione di quest'ultimo come esclusivo terreno su cui far procedere la riflessione scientifica, così come la svalutazione di ogni percorso atipico del pensiero, restano assunti paradigmatici nel dibattito giuridico. Ne sia prova significativa la storia che abbiamo cercato di raccontare in queste pagine. Si è trattato, a ben guardare, di una ricerca di vecchi e nuovi "pensatori domenicali" che, malgrado tutto, sono comparsi nel nostro diritto amministrativo, almeno a partire dall'avvento della Costituzione; pensatori che l'opinione dominante ha volta per volta considerato come generosi sognatori o come inconcludenti acchiappanuvole, come astratti teorici o come interessati ideologi, come seri studiosi in libera uscita o come eccentrici da tollerare in quanto sostanzialmente innocui: in ogni caso trascurandoli e proseguendo nel solco tracciato dalla tradizione disciplinare. Ma, nella confusa "crisi di fine secolo" che ha investito tale tradizione, la continuità del duro lavoro quotidiano è parsa giungere a un punto morto, ed è apparsa ineliminabile l'esigenza di ricercare nuovi fondamenti e nuove prospettive per la tutela giurisdizionale nei confronti dei poteri pubblici: ed a tal fine la lucidità e la lungimiranza di molti *Sonntagsdenker* hanno mostrato una insospettata attitudine a ricomporsi in un sistema coerente con i principi costituzionali generali, ordinato in una struttura teorica e al tempo stesso capace di fornire soluzioni operative.

Con ciò, sia ben chiaro, non intendiamo (perché sarebbe errore uguale e contrario) rovesciare il paradigma, relegando il *Werktagsarbeit* su di un piano bassamente tecnico-pratico, ma solo riequilibrarne i termini. Nessuno dubita, men che mai chi

scrive, che ogni riflessione scientifica degna di questo nome debba fondarsi su un paziente, faticoso lavoro di identificazione, ricerca e selezione di dati, nonché sull'elaborazione e l'applicazione rigorosa di un metodo che, in definitiva, costituisce l'essenza stessa della scientificità. Analisi del linguaggio, logica, elaborazione sistematica costituiscono indubbiamente, nella elaborazione dei dati giuridicamente rilevanti, una struttura di controllo comunicativo e una "rete di contenimento" degli impulsi che, mediatamente o meno, provengono dalla contingenza: ma è altrettanto indispensabile tener presente che, come ogni altra disciplina, anche il diritto incontra le sue piccole o grandi rivoluzioni scientifiche, quei mutamenti cioè di paradigmi ordinanti che vengono determinati da cicli più ampi del mutamento storico. E il giurista che non sappia o, come più spesso accade, non voglia accorgersi di questi momenti di discontinuità, è destinato a proseguire senza costrutto la sua fatica "feriale", al servizio dell'esistente. Chi invece, attingendo di tanto in tanto ad un domenicale "altrove", e cioè, in definitiva, a culture e sensibilità di più ampio e libero orizzonte, *potrà* (perché ciò non è certo sufficiente) riuscire a collocare le proprie costruzioni all'altezza dei tempi. E allora, come la storia che abbiamo raccontato sembra dimostrare, i sognatori appariranno come i più capaci di percepire la realtà, i teorici come i più abili nel risolvere problemi pratici, gli ideologi come portatori di visioni del mondo più idonee a comprenderlo, gli eccentrici come coloro che hanno avvertito per tempo che il centro si è spostato.

E quel termine sarcasticamente usato da Herr Thoma potrebbe allora essere liberamente tradotto come "immaginazione del giurista"([282]) ed essere assunto come indispensabile complemento e come costante riferimento del suo metodo scientifico. Anche per il giurista, insomma, la sfida resta, visto che si parla di immaginazione, quella lanciata nel corso di una intensa quanto remota stagione di discontinuità: *soyez réalistes, demandez l'impossible*.

([282]) Nel senso usato da P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 1.

INDICE

PREFAZIONI

La 'domanda stravagante' di un cavaliere errante, di Bernardo Sordi VII

Verso la civilizzazione *del processo amministrativo sulle orme di Andrea Orsi Battaglini*, di Leonardo Ferrara XVII

Per una giustizia 'non amministrativa', di Aldo Travi XXV

ALLA RICERCA DELLO STATO DI DIRITTO
Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)

Prologo

DOVE SI PONE UNA DOMANDA STRAVAGANTE 3

Capo Primo

DOVE SI RACCONTA DI COME UNA DOTTRINA PUBBLICISTICA, O PER DISATTENZIONE O PER COMPLICITÀ, PARVE NON ACCORGERSI DELL'AVVENTO DELLA COSTITUZIONE, E DI COME SEPPE ISOLARE ALCUNE VOCI DISSONANTI

1. "La malefica fungosità": le contraddizioni del testo costituzionale 7
2. "*Verwaltungsrecht besteht*": la tesi della recezione 12
3. Le opinioni dissonanti: il rovesciamento della prospettiva 19
4. La mediazione pragmatica: il "processo di avvicinamento" 28

Capo Secondo

DOVE SI RICERCA, NEL TESTO COSTITUZIONALE, UN CONCETTO UNITARIO DI GIURISDIZIONE, INDIVIDUANDO, AD UN TEMPO, I PRINCIPI E I VALORI DI CUI ESSO SI SOSTANZIA

1. Le critiche alla scelta costituzionale del pluralismo di giurisdizione 33

2. Pluralità di giudici e unità di principi 37
3. La giurisdizione nel sistema costituzionale 43
4. Il carattere individualistico della tutela giurisdizionale 46
5. L'atipicità e la disponibilità delle forme di tutela 51
6. L'imparzialità "oggettiva": il nesso tra parità e terzietà 61
7. Le garanzie "soggettive" 67

Capo Terzo

DOVE, SULLA BASE DELLE PREMESSE POSTE, SI SOSTIENE CHE LA POSIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SI PONE IN CONTRASTO IRRIMEDIABILE CON IL PRINCIPIO DI IMPARZIALITÀ

1. Premessa: l'impatto "eversivo" della riforma dell'art. 111 73
2. Le nomine governative 80
3. Il cumulo di funzioni consultive 83
4. L'incompatibilità da prevenzione 87
5. Gli incarichi extragiudiziari 93
6. Osservazioni finali 97

Capo Quarto

DOVE SI SOSTIENE CHE, IN BASE AI PRINCIPI DI TERZIETÀ E DI PARITÀ, L'INTERESSE LEGITTIMO NON PUÒ ESSERE CIÒ CHE COMUNEMENTE SI RITIENE, MA DEVE CONSISTERE IN UNA FORMA DI PROTEZIONE DIRETTA DI UN INTERESSE INDIVIDUALE NELL'AMBITO DI UN RAPPORTO GIURIDICO PARITARIO

1. Sulla "incostituzionalità" dell'interesse legittimo 101
2. Sistema costituzionale e teoria generale 107
3. L'interesse legittimo in diritto privato: la complementarietà a una situazione dominante 112
4. La parità come carattere intrinseco del rapporto giuridico 115
5. La crisi dell'interesse legittimo nell'evoluzione del diritto amministrativo . . 122

Capo Quinto

DOVE, "RILEGGENDOSI" LE NORME COSTITUZIONALI SULLA TUTELA GIURISDIZIONALE, SI RILEVA LA LORO INTRINSECA COERENZA NONCHÉ LA CENTRALITÀ DA ESSE ATTRIBUITA AL GIUDICE ORDINARIO, MA DOVE IL DISCORSO FIN QUI CONDOTTO SEMBRA PERDERSI NELLA DIFFICOLTÀ DI DARE UN SENSO AL RIPARTO DI GIURISDIZIONE

1. Rileggendo le norme costituzionali: *a*) il principio di generalità della tutela . . 129
2. *b*) I criteri di riparto di giurisdizione 132

3. Le forme di tutela e il principio di effettività 133
4. La crisi dei criteri di riparto: alla ricerca di un "senso" della pluralità di giurisdizioni 137
5. A partire dal sistema costituzionale: la centralità del giudice ordinario . . 141

CAPO SESTO

DOVE, A SUPERARE L'ACCENNATA DIFFICOLTÀ, SI RITROVANO ANTICHI SEGNAVIA CHE INDICANO LA GIUSTA DIREZIONE: IL "SEMPLICISSIMO E PRATICISSIMO" CRITERIO DEL *PETITUM*

1. Principio individualistico e pluralità delle forme di tutela: rileggendo Guicciardi 149
2. L'ambiguo e fuorviante ruolo del concetto di discrezionalità e la separazione tra legittimità e merito 153
3. La vana rincorsa del "bene finale" e l'autonomia degli interessi strumentali . . 159
4. Norme regolative del potere e diritti soggettivi 165
5. L'altra forma di tutela: diritto alla legittimità dell'atto ed eventualità di un risultato utile 175
6. Una residua disarmonia: l'insindacabilità in Cassazione 185

EPILOGO

DOVE SI RACCONTA DI UN ANTICO BATTIBECCO E SI TRAMUTA UN COMMENTO SARCASTICO IN UN ASSUNTO METODOLOGICO . . . 189

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI
« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120
Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744
Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956
Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

Vol. 43 (2014) - Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144

Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262

Vol. 45 (2016), 8°, p. 778

Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060

Vol. 47 (2018), 8°, p. 816

Vol. 48 (2019), 8°, p. 840

Vol. 49 (2020), 8°, p. 914

Vol. 50 (2021) - Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze. Cinquant'anni di 'Quaderni fiorentini', due tomi in 8°, p. 1014

Vol. 51 (2022), 8°, p. 788

Vol. 52 (2023) - Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi, due tomi in 8°, p. 1256

Vol. 53 (2024), due tomi in 8°, p. 1140

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 **LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 **Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS**
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 **Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO**
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 **Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169

5 **Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »**
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 **Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 **Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564

41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici
(Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486

46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374

48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234

49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212

50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530

51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270

52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024

57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604

62 Pietro Costa, IURISDICTIO
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412

63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286

64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592

65 Ferdinando Mazzarella, NEL *SEGNO* DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530

66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468

67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374

68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502

69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548

70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346

71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464

72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586

73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156

74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388

75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284

76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282

77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitucíon política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546

78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228

79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632

80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742

81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532

82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324

85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306

86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252

87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816

88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512

90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576

91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682

92 Condorcet, DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190

93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442

94 Rodolfo Savelli, CENSORI E GIURISTI
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410

95 ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848

96 Carlo Nitsch, IL GIUDICE E LA LEGGE
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento
(2012), 8°, p. X-342

97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212

99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336

100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314

101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440

102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166

103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430

104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506

105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766

106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334

107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328

108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536

109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312

110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346

112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334

113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370

114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278

115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192

116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370

117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282

118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494

119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796

120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110

121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312

122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246

123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358

124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170

125 Francesco Migliorino, LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI
Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich
(2021), 8°, p. X-194

126 Floriana Colao, UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento
(2021), 8°, p. XXXII-126

127 Franco Gaetano Scoca, RISORGIMENTO E COSTITUZIONE
(2021), 8°, p. XII-630

128 Gustav Radbruch, FILOSOFIA DEL DIRITTO
(2021), 8°, p. LXXII-234

129 Gianluca Russo, GOVERNARE CASTIGANDO
Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)
(2021), 8°, p. XXXII-362

130 WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?
CHE COSA C'È DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?
a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori
(2022), 8°, p. XXXIV-368

131 Giandomenico Dodaro, GIULIANO VASSALLI TRA FASCISMO E DEMOCRAZIA
Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)
(2022), 8°, p. XXXVI-402

132 Stefano Malpassi, LA «DEMOCRAZIA ECONOMICA» AMERICANA
Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)
(2022), 8°, p. VI-424

133 Lorenzo Serafinelli, U.S. LAW SCHOOLS
Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti
(2023), 8°, p. XXVI-362

134 PLURALISMO GIURIDICO
Itinerari contemporanei
Atti dell'incontro di studi - Firenze, 20-21 ottobre 2022
A cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta
(2023), 8°, p. IV-316

135 Domenico Siciliano, «DEFENSIVE AUFKLÄRUNG»: IL *CONFLITTO* TRA FILOSOFIA, POLITICA E GIURISPRUDENZA NELL'*ARTICOLO SEGRETO PER LA PACE PERPETUA* DI IMMANUEL KANT
(2023), 8°, p. X-208

136 Piero Fiorelli, LA TORTURA GIUDIZIARIA NEL DIRITTO COMUNE
Ristampa inalterata con prefazione dell'autore settant'anni dopo, e due appendici
(2023), 8°, p. X-776

137 Alberto Predieri, LINEAMENTI DELLA POSIZIONE COSTITUZIONALE DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Ristampa inalterata con Prefazione di Giuseppe Morbidelli e Introduzione di Augusto Barbera
(2023), 8°, p. XXII-164

138 Giacomo Pace Gravina, LA TERRA E IL CODICE: L'ENFITEUSI
(2023), 8°, p. XIV-126

139 LO STATO COSTITUZIONALE
Radici e prospettive
Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti
Firenze, 10 marzo 2023
A cura di Massimiliano Gregorio e Bernardo Sordi
(2023), 8°, p. VI-320

140 Lorenzo Pacinotti, L'INGRANAGGIO DELLA CITTADINANZA SOCIALE
Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service
(2023), 8°, p. XLVI-358

141 WEIMAR 1919
Alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco
A cura di Massimiliano Gregorio e Paolo Corona
(2023), 8°, p. IV-244

142 Filippo Ruschi, GUERRA AEREA E RAZIONALITÀ GIURIDICA (1899-1938)
La protezione degli inermi nel prisma della filosofia del diritto internazionale
(2024), 8°, p. XIV-516

143 Piero Fiorelli, ADDENTRO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2025), 8°, p. VIII-422

144 Paolo Grossi - Mario Sbriccoli, CARTEGGIO
(1962-2004)
A cura di Luigi Lacchè
(2025), 8°, p. IV-364

145 **Andrea Orsi Battaglini, ALLA RICERCA DELLO STATO DI DIRITTO**
***Per una giustizia "non amministrativa"* (Sonntagsgedanken)**
Ristampa inalterata con Prefazioni di Bernardo Sordi, Leonardo Ferrara e Aldo Travi
(2025), 8°, p. XCII-196

ISBN 978-88-28-87562-8

€ 40,00

024225574