

nali, cit., 65 ss.; TRAVERSA, *Immunità parlamentare*, in questa *Enciclopedia*, XX, 178 ss.; VERONESI, *Insindacabilità per atti funzionali. I parlamentari - Profili costituzionali*, in *Immunità politiche e giustizia penale* a cura di R. ORLANDI e A. PUGIOTTO, cit., 99 ss.; ZAGREBELSKY G., *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979; ZANON, *Parlamentare (status di)*, in *D. disc. pubbl.*, X, 1995, 616 ss.

INTERESSE LEGITTIMO

SOMMARIO: 1. Premessa: una "categoria storica". — 2. Ontologie ottocentesche: diritti e interessi. — 3. Esordio in sordina: un modesto espediente esecutivo. — 4. La trasfigurazione sistematica: interesse legittimo e teoria generale (ovvero della scomparsa del diritto soggettivo). — 5. Ontologia delle norme? La distinzione tra norme di azione e norme di relazione. — 6. L'imbalsamazione costituente. — 7. All'indomani della Costituzione: sublimando la tradizione. — 8. All'indomani della Costituzione: rivisitando la tradizione. — 9. Il crepuscolo della specialità: un agognato (eppur problematico) distacco.

1. *Premessa: una "categoria storica"*. — L'espressione interesse legittimo entra per la prima volta nel diritto legislativo italiano positivo attraverso alcune significative disposizioni della Costituzione (art. 24, 103, 113). Ancora recentemente la Corte costituzionale ha ribadito che la Costituzione « riserva » al giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi (1), confermando un equilibrio tra le giurisdizioni che data ben avanti il 1948 ed affonda nella storia del sistema italiano di giustizia amministrativa, affidatosi sin dalla fine dell'Ottocento a questa nozione, di elaborazione squisitamente dottrinale e giurisprudenziale, come principale criterio di riparto.

Eppure, al di là di questa intima e profonda correlazione tra la nozione di interesse legittimo e le ragioni e le vicende del sistema italiano di giustizia amministrativa, che cercheremo di indagare in queste pagine, si deve anche premettere, parafrasando un celebre giudizio di Santi Romano, che « tutto è in essa incerto, compresa l'ammissibilità stessa della figura » (2).

L'interesse legittimo stenta infatti a fare il suo ingresso nella teoria generale, dove la possibilità di conquista di un proprio spazio accanto ad un diritto soggettivo continuativamente inteso come interesse giuridicamente tutelato è sempre stata problematica in passato ed è oggi generalmente negata (3). Lo scarso successo dimostrato da al-

cune incursioni dottrinali del sintagma in ambiti del diritto privato contraddistinti dall'emergere di posizioni dominanti, dalla potestà genitoriale ai poteri del datore di lavoro (4), ne ha confermato, dal canto suo, la natura prettamente "amministrativa".

L'interesse legittimo stenta pure a fuoriuscire dai confini italiani e dalle logiche del nostro sistema di giustizia amministrativa. Non riesce a trovare cittadinanza nel diritto comunitario, che anzi spinge per una ricomposizione della frattura con il diritto soggettivo (5). Le stesse convergenze tra i diversi sistemi nazionali di giustizia amministrativa si misurano sulle forme di tutela storicamente evolute nei confronti della pubblica amministrazione, non secondo l'asse della divaricazione tra le situazioni soggettive, del tutto atipico rispetto allo spartiacque tra le giurisdizioni che gli altri ordinamenti continentali hanno in genere fissato tra controversie di diritto privato e di diritto pubblico (6).

L'interesse legittimo stenta persino a trovare espresso riconoscimento nel lemmario di questa *Enciclopedia*, sinora restio ad offrirgli una voce autonoma, orbitandolo ora secondo una partizione di evidente strumentalità rispetto al rilievo predominante dell'interesse pubblico, ora secondo una prospettiva più marcatamente individualistica all'interno del più generale tema delle situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo (7).

Povero di ontologia concettuale; problematico nella sua nazionalità insuscettibile di trapianti nel linguaggio giuridico di ordinamenti, come quelli continentali, pur accomunati da una sostanziale confrontabilità di percorso; contestato e perenne-

definisce una « figura spuria », iscritta in una logica statualistica ottocentesca portata a negare l'esistenza di diritti nei confronti dello Stato, « indebito supporto » per surrettizie limitazioni di responsabilità della pubblica amministrazione, e teoricamente insostenibile rispetto alla « correlazione biunivoca » tra diritti e doveri (positivi e negativi).

(4) Ridimensiona con saggio equilibrio il significato di questi tentativi ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, Milano, 2005, 112 ss.

(5) TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*⁸, Torino, 2008, 65.

(6) FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 125 ss.; DE PRETIS, *La giustizia amministrativa, in Diritto amministrativo comparato* a cura di G. NAPOLETANO, Milano, 2007, 283 ss.

(7) Cfr. rispettivamente le pregevoli voci di CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in questa *Enciclopedia*, XXII, 1 ss., già peraltro ricca, rispetto alla *vulgata* allora dominante, di significative prospettive individualistiche; e di ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, ivi, Aggiornamento, II, 966 ss.

(1) C. cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Giur. cost.*, 2004, 2198.

(2) Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, 1953, 145, per un giudizio riferito alla teoria dell'organo.

(3) FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 652, che la

Interesse legittimo

mente discusso nel suo stesso valore sistematico di cardine del processo di costruzione del diritto amministrativo nazionale, l'interesse legittimo si conferma — secondo una risalente, ma insuperata qualificazione di Federico Cammeo — essenzialmente una « categoria storica »: all'epoca del grande giurista milanese, « da identificarsi secondo l'evoluzione della giurisprudenza giudiziaria fino al 1889-90 » (8); oggi, nella sua intrinseca mutevolezza di contenuti e di significati, speculare all'intero itinerario del sistema italiano di giustizia amministrativa ed incomprendibile a prescindere da questo percorso storico.

La trattazione che segue si limita alla sintetica ricostruzione dell'evoluzione della nozione in parallelo a questo itinerario. Si rinuncia quindi consapevolmente ad un tentativo di costruzione sistematica (9), che non solo non sarebbe nelle corde dell'autore, professionalmente storico del diritto, ma che si ridurrebbe — almeno ad avviso di chi scrive — ad una nomenclatura classificatoria, al più espressiva di un certo *quantum* e contenuto di tutela. La bipartizione delle situazioni soggettive non può dunque rivendicare, secondo questa impostazione, un fondamento sistematico, ma soltanto una spiegazione di tipo storico, sia a fronte dell'assoluta preponderanza delle individualità di percorso nella costruzione della nozione, sia oggi, a maggior ragione, a fronte della recente marcia di avvicinamento al diritto soggettivo, segnata in questi ultimi anni da un pieno recupero di quella molteplicità di tutele e di modalità di protezione che proprio una certa declinazione dell'interesse legittimo aveva a lungo negato, nell'ordinamento italiano, nei confronti del potere amministrativo.

2. Ontologie ottocentesche: diritti e interessi.

— Il dualismo delle situazioni soggettive, già si è detto, inizia a delinearsi nell'ultimo decennio dell'Ottocento, spinto dalle esigenze interpretative della legge crispina istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato del 1889 (l. 31 marzo 1889, n. 5992). Le radici del dualismo sono tuttavia più risalenti, rimontando almeno ad un celebre prov-

vedimento normativo (l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) con il quale il legislatore dell'unificazione aboliva il contenzioso amministrativo, affidava al giudice ordinario la protezione dei « diritti civili e politici », riservava a forme di tutela interne alla stessa amministrazione gli altri « affari », che il testo definitivo della legge si limitava ad indicare negativamente (10).

Nonostante le critiche liberali che, da Constant a De Broglie sino a Tocqueville, il modello napoleonico di contenzioso amministrativo, già a partire dalla Restaurazione, aveva attirato su di sé, la logica del riparto si stava infatti imponendo come elemento imprescindibile persino in quei sistemi che, dal Belgio sino all'Italia postunitaria, avevano imboccato la strada del giudice unico. Anche il giudice ordinario, non diversamente dal giudice del contenzioso, incrociava la libertà e la discrezionalità dell'amministrazione. La scelta, consapevolmente meditata, del giudice « del mio e del tuo » al posto di un giudice interno alla stessa amministrazione, rifiutato perché avvertito come « maschera di giustizia compiacente al potere » (11), non poteva dissimulare l'esistenza di un vasto campo di battaglia, nel quale, fermi alcuni fondamentali diritti individuali di libertà e di proprietà, le situazioni giuridiche soggettive cessavano di fronteggiare, in modo pari ordinato, i diritti dell'amministrazione e dovevano scontrarsi con manifestazioni di potere consolidate ed indiscutibili. Lì, inevitabilmente, anche per i più accesi critici del brocardo napoleonico "*juger l'administration c'est encore administrer*", la frontiera dei diritti si arrestava e si apriva quella dei meri interessi non meritevoli di tutela; lì si dischiudeva il campo vasto e misterioso dell'autonomia del potere amministrativo che l'amministrazione poteva difendere con lo strumento eccezionale del conflitto di attribuzione.

(10) Si tratta, come ben noto, dell'art. 3 l. n. 2248 del 1865, all. E, cit., in base al quale « gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative [...] ». La Relazione Borgatti che aveva aperto il dibattito parlamentare aveva invece individuato il limite della competenza giudiziaria in una formula positiva: « la cognizione dei ricorsi contro gli atti di pura amministrazione, riguardanti gli interessi individuali o collettivi degli amministrati, spetta esclusivamente alle autorità amministrative » (*Atti del Parlamento italiano. Documenti raccolti e corredati di note e di documenti inediti* da G. GALLETTI e P. TROMPEO, VIII legislatura, sessione del 1863-1864, I, Roma, 1884, 522).

(11) Così Pasquale Stanislao Mancini nell'intervento parlamentare tenuto nella tornata del 9 giugno 1864, che può considerarsi il vero manifesto della riforma. Lo si può leggere in SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 329-368.

(8) CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914 (rist. anastatica a cura di A. TRABUCCHI, Padova, 1992), 757.

(9) Impostazione che almeno sino all'immediato ieri ha comunque assorbito i migliori sforzi della scienza italiana del diritto amministrativo. Fra i contributi più rilevanti in questa direzione, SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XVII, 1989; ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo* a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA, I, Bologna, 1993, 247 ss.

Anche la legge abolitiva era costretta, dunque, ad affidarsi alle distinzioni correnti nello stesso diritto amministrativo francese, tra diritto e interesse, tra diritto e non-diritto, tra amministrazione contenziosa e amministrazione pura: « dove non è doglianza propriamente di alcun *diritto* violato, né di alcuna *legge* infranta, ivi si arresterà ogni discussione; le decisioni dell'autorità amministrativa saranno definitive, obbligatorie, intangibili; e soprattutto la giustizia de' tribunali non avrà alcun titolo per immischiarsi » (12).

Nel dottrinarismo del legislatore dell'unificazione era probabilmente implicita l'aspettativa di una crescita lineare degli strumenti di tutela attraverso una progressiva espansione della sfera del diritto ai danni di quella dell'interesse, spostando in avanti, in modo altrettanto progressivo, il confine delle materie giustiziabili. L'estendersi del mantello protettivo della legge e la parallela riduzione dei margini di discrezionalità del potere avrebbero così "naturalmente" incrementato lo spazio di sindacato del giudice ordinario. Il corso delle cose, come è ben noto, prese tutt'altra piega (13). La mancata disattivazione dei limiti posti al potere giudiziario sin dalla sua drastica neutralizzazione con l'impianto rivoluzionario napoleonico, bene espressa nel divieto per il giudice ordinario di annullare l'atto amministrativo (art. 4 comma 2 l. n. 2248, all. E, cit.) e nella conseguente, rigida, delimitazione delle azioni esperibili verso l'amministrazione, ha costituito, sin dal 1865, un argine insuperabile alla crescita lineare, all'interno della giurisdizione, delle possibilità di tutela nei confronti del potere amministrativo.

Il mito ottocentesco del giudice unico non riuscì quindi a realizzarsi al proprio interno quella lineare espansione della tutela, che il modello francese, stabilmente affrancatosi dal sindacato del giudice ordinario, stava negli stessi anni mettendo a frutto attraverso la progressiva integrazione di un contenzioso di piena giurisdizione con un contenzioso di annullamento (14). Quel mito non era così forte da assorbire e soddisfare al suo interno

(12) Intervento di Mancini, cit., 351.

(13) Un attento esame degli indirizzi giurisprudenziali in *Le riforme crispine* (Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica-Isap), II. *Giustizia amministrativa*, Milano, 1990, 43 ss., nei rapporti rispettivamente di Piero Gotti sulla giurisprudenza del giudice ordinario, di Alfredo Corpaci sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato, di Marina Gigante sui conflitti di attribuzione.

(14) Una panoramica sui percorsi della legittimità nel modello continentale, nella seconda metà dell'Ottocento, in MANNORI e SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 355 ss.

tutte le esigenze di tutela. Sopraffatto dalla logica del contenzioso, da una specialità amministrativa già solida ed indiscutibile, fiaccato dalle proprie interne incoerenze normative (15), l'all. E alla l. n. 2248, cit., pur nel suo valore di legge fondamentale del Regno, di norma materialmente costituzionale, non poté rappresentare un indiscutibile punto di arrivo. La timidezza del giudice ordinario, nell'approfondire l'intensità del controllo di legalità sull'attività amministrativa, contribuì al contrario a diffondere la sensazione che il sistema di tutela era incompleto e che, contrariamente alla prognosi di uno dei padri della riforma, Pasquale Stanislao Mancini, ci si doveva presto occupare anche delle « garanzie dell'esercizio dell'amministrazione pura » (16).

Al contrario di tutte le altre vicende continentali, la grande battaglia per la giustizia nell'amministrazione si sarebbe svolta in Italia *a posteriori* di una legge generale che il problema della giustizia amministrativa aveva affrontato ed inteso di risolvere attraverso la scelta di un sistema di tipo monistico. E proprio qui il futuro dualismo delle situazioni soggettive trova i suoi antecedenti immediati: da questo momento in avanti nessuna voce si leverà a mettere in discussione la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti; ma ogni *continuum* nell'espansione della tutela si interrompeva per sempre. Il sistema italiano rimaneva in mezzo al guado: da un lato, aveva tagliato i ponti con il modello francese, riconfermando una centralità (debole) del giudice ordinario, dall'altro doveva, con non poche incongruenze, elaborare nel campo degli interessi quegli strumenti di tutela che sia il legislatore, sia la timida giurisprudenza del giudice ordinario, sia quella ben più agguerrita del Consiglio di Stato, incoerentemente preservato, sino al 1877, giudice dei conflitti, avevano impedito si radicassero e si sviluppassero presso il giudice unico.

Sistema monistico e giurisdizione unica ebbero così vita breve nello Stato unitario: prima (1889), all'esito di un grande dibattito che impegnò per intero gli anni Ottanta sulle « difficoltà che incontrano la giustizia e la legalità nell'amministrazione pubblica sotto i governi parlamentari » (17), si

(15) Spiccava, in particolare, l'art. 13 l. n. 2248, all. E, cit., che delegava allo stesso Consiglio di Stato la decisione sui conflitti di attribuzione, affidando la verifica dei confini della giurisdizione ad un'autorità interna alla stessa amministrazione.

(16) Intervento di Mancini, in Atti parl. Cam. del Regno, VIII legislatura, 2ª sessione, tornata del 13 giugno 1864, p. 2937.

(17) Così Silvio Spaventa, nel celebre discorso di Ber-

Interesse legittimo

imposero le esigenze di completamento del sistema inaugurato con l'unificazione; più tardi (1907) sarebbe giunto anche il riconoscimento della natura giurisdizionale del nuovo giudice amministrativo che ci si avviava ad introdurre e che avrebbe dovuto mettere al passo il Paese con il modello del *Rechtsstaat*, dello « Stato secondo il diritto » (18).

3. *Esordio in sordina: un modesto espediente esecutivo.* — Non si trattava, beninteso, di trovare un giudice per gli interessi legittimi, ancora lontani da una loro prima formalizzazione. L'orizzonte concettuale continuava ad essere segnato dalla distinzione tra diritti ed interessi, tra rilevante ed irrilevante giuridico, e dalla rigida — ed indiscussa — identificazione della giurisdizione del giudice ordinario nella tutela dei diritti civili e politici. L'attenzione, in seguito all'alternanza tra Destra e Sinistra ed al dilagare delle prassi trasformistiche, si stava del resto concentrando sulle storiche fragilità dello Stato unitario. L'obiettivo di un'estensione delle garanzie individuali rimase sullo sfondo: soverchiato dalle preoccupazioni originate dal rapporto tra amministrazione e politica, venne rapidamente indirizzato verso la necessità di conseguire l'« imparzialità nella giustizia e nell'amministrazione sotto un governo di partito » (19).

In un comparatismo attento, ma tutto sommato superficiale, senza alternative effettive, prevalse una « soluzione amministrativa » (20), di mero completamento del sistema fissato nel 1865, il cui perno non poteva che essere il Consiglio di Stato, candidato naturale ad assicurare una tutela che doveva essere sì contenziosa, ma rigorosamente interna all'amministrazione.

Senza nulla innovare alla competenza del giudice ordinario, si dava « un giudice alle materie che finora, per l'articolo 3 della legge 20 marzo 1865, erano affidate alla decisione del Governo e dei funzionari pubblici » (21). Ad una nuova sezione del Consiglio di Stato per la giustizia ammi-

nistrativa, la quarta sezione, istituita nel marzo 1889, si riconosceva la competenza a decidere sui « ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti [...] che abbiano per oggetto un *interesse* di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali » (22). Una serie di attribuzioni enumerate, nelle quali la quarta sezione decideva « pronunciando anche in merito », completavano il sistema.

Le ragioni del dualismo erano definitivamente consacrate; la vecchia frontiera tra diritto e interesse, che si era dimostrata impari ad assicurare un minimo di operatività al sistema di giurisdizione unica, era addirittura elevata a criterio di riparto tra il giudice ordinario ed il nuovo giudice amministrativo, chiamato a rappresentare il logico perfezionamento della tutela che quel sistema aveva negato agli interessi e alla sfera dell'amministrazione pura.

Per questo, il nuovo « corpo deliberante » veniva a collocarsi ben all'interno dell'organizzazione amministrativa, presentandosi semplicemente come « lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gl'interessi dei cittadini » (23). Anche quel poco che la legge concedeva agli interessi privati — « meri interessi necessariamente coordinati agli interessi generali nei quali vanno a confondersi » (24) — serviva per azionare il meccanismo di verifica interna all'azione amministrativa, per accertare il raggiungimento dell'interesse pubblico. Il giudizio ed il processo che s'introducono sono a garanzia di « meri interessi »: il giudice non è terzo, ma « collaterale » alla stessa amministrazione e, nel rapporto processuale, l'unico ad acquisire lo *status* di parte è il ricorrente privato (25).

Timidezze della « soluzione amministrativa », certo, ma anche un rovello interpretativo di rara

gamo del maggio 1880, una delle pagine istituzionali più significative del dibattito degli anni Ottanta: SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, in Id., *La politica della Destra. Scritti e discorsi* raccolti da B. CROCE, Bari, 1910, 55.

(18) Una ricostruzione del dibattito degli anni Ottanta in SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 111 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

(19) MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione* (Bologna, 1881, 2), ora in Id., *Scritti politici* a cura di R. GHERARDI, Roma, 1986, 605.

(20) ALLEGRETTI, *Introduzione*, in *Le riforme crispine*, cit., 16.

(21) Intervento di Francesco Crispi, in Atti parl. Cam.

del Regno, XVI legislatura, 3ª sessione, tornata del 6 febbraio 1889, p. 210.

(22) Così disponeva l'art. 3 l. n. 5992 del 1889 (poi art. 24 r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato).

(23) Così espressamente il progetto di legge presentato da Crispi al Senato il 22 novembre 1887, in Atti parl. Sen. del Regno, XVI legislatura, 2ª sessione 1887, Documenti, n. 6, p. 1.

(24) Così la Relazione dell'Ufficio centrale del Senato, in Atti parl. Sen. del Regno, XVI legislatura, 2ª sessione 1887, Documenti, n. 6-A, p. 7.

(25) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *D. disc. pubbl.*, VII, 1992, 527-528.

complessità. La legge, stretta tra la necessità di non innovare in niente al sistema del 1865 e la difficile formalizzazione di una tutela nel campo dell'amministrazione pura, si era infatti affidata ad un'incerta clausola generale, con una triade di vizi di cui non si avvertì subito la specificità rispetto al giudizio di legalità già esercitato dal giudice ordinario e che, stante la stretta corrispondenza tra diritto leso e « legge infranta », sembrava duplicare le garanzie già offerte dal sistema di giurisdizione unica. Né la Relazione che accompagnava il progetto era stata in grado di assumere posizioni definite. La vaga oscurità, candidamente confessata nel dibattito degli anni Ottanta da Marco Minghetti (26), non era stata colmata dal legislatore: sostanzialmente indeterminato rimaneva l'equilibrio tra giudice ordinario e quarta sezione, misterioso l'oggetto della tutela che la nuova istituzione avrebbe garantito.

La fase che si apriva all'indomani della riforma era dunque segnata da profonde incertezze interpretative e da nuove lotte giurisprudenziali, continuamente rinfocolate da un criterio di riparto mai puntualmente definito dal legislatore ed affidato in modo spesso insondabile alla problematica conciliabilità delle due clausole generali attributive di competenza, del 1865 e del 1889, che si era scelto di far convivere tra di loro. Proprio in questa fase, del tutto successiva alla riforma e di inusitato disagio esegetico, l'interesse legittimo trovava i suoi, non troppo nobili, natali.

Nessun sentiero predestinato, comunque, è stato ancora tracciato; al contrario, ogni alternativa interpretativa sembra plausibile e viene in effetti proposta. Da più parti, Silvio Spaventa e Vittorio Emanuele Orlando (27), tra gli altri, si ipotizza un sistema di guarentigie amministrative generali e non giurisdizionali che affianchino ed integrino la tutela soggettivistica del 1865, negando parallelamente un *tertium genus* tra diritto ed interesse che in base all'assunto consolidato, per il quale « giudizio non è possibile se non nel campo del diritto » (28), viene ritenuto teoricamente insostenibile. La soluzione processuale ha invece il suo originalissimo inventore in Vittorio Scialoja, che estrae dal cappello la magica invenzione del *petitum*, del « diritto fatto valere come

interesse », valorizzando gli unici elementi effettivamente differenziali, il potere cassatorio riconosciuto alla quarta sezione e le novità offerte dal sindacato sull'eccesso di potere, che la riforma crispina sembra assicurare rispetto al sindacato del giudice ordinario (29). Né manca chi vede nell'interesse la semplice « condizione del ricorso » riservando al diritto il suo fondamento (30).

Anche la proposta sostanzialistica — « espediente esegetico » (31) né più né meno degli altri — si avvia molto dubitosamente nelle pagine di Lorenzo Meucci ed Antonio Longo per poi trovare in Oreste Ranelletti, un giovane romanista appena « prestato » al diritto amministrativo, l'interprete in grado di tradurla in una vera e propria teoria del riparto (32). Un materiale assai composto vi è sotteso. Dal punto di vista lessicale, le ascendenze sono francesi. Provengono dal linguaggio del primissimo contenzioso ottocentesco che aveva cercato di auto-accreditarsi come unica soluzione alternativa ad una soggezione amministrativa al sindacato giudiziario, considerata impossibile proprio perché relativa a « *droits imparfaits* » e ad « *intérêts légitimes* », a situazioni soggettive strettamente intrecciate con l'interesse pubblico.

Ma è poco più che un segno linguistico: ben altri sono i problemi interni ad un sistema che non ha rinnegato l'unicità della giurisdizione e che ha assegnato al giudice ordinario le lesioni dei diritti civili e politici, di quei diritti che da più parti non si ha difficoltà ad identificare con i diritti pubblici soggettivi che da Gerber a Jellinek la scienza giuridica tedesca ha iniziato a formalizzare. Di certo, come conferma la giurisprudenza della Cassazione romana sui conflitti di attribuzione, correggendo significativamente le posizioni espresse dal Consiglio di Stato sino al 1877, il diritto soggettivo non può essere ristretto entro i confini dell'attività di diritto privato dell'amministrazione (33).

Le premesse — indiscusse ed indiscutibili —

(29) SCIALOJA, *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891, I, 1118 ss., ora in *Id.*, *Studi giuridici*, V. *Diritto pubblico*, Roma, 1936, 195-199.

(30) FILOMUSI GUELFI, *Silvio Spaventa*, discorso letto il 20 maggio 1894 nella Sala Dante in Roma per la solenne commemorazione promossa dall'associazione abruzzese Silvio Spaventa, Lanciano, 1894, 49.

(31) L'espressione è di GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss., ora in *Id.*, *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 8.

(32) RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892.

(33) CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 10.

(26) MINGHETTI, *op. cit.*, 735.

(27) SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Id.*, *La politica della Destra*, cit., 429 ss.; ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 352 ss.

(28) MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 14.

Interesse legittimo

del 1865 rendono subito stretto ed estremamente difficoltoso il sentiero dogmatico. Il desueto linguaggio del contenzioso si riveste così di contenuti pandettistici, piuttosto casuali in realtà, che pescano ora negli effetti riflessi di Jhering, ora nell'affievolimento dei diritti di Windscheid. Brevi sprazzi di luce nel buio assoluto di un inestricabile groviglio interpretativo.

Saranno così fattori prevalentemente giurisprudenziali, del tutto esterni al primo impianto teorico della nozione, a determinare in prospettiva il successo, per molti aspetti occasionale e fortuito, della soluzione sostanziale. Ed in particolare, le scelte della Cassazione romana, qui davvero nelle vesti di « legislatore » (34), che da un lato affermano la natura giurisdizionale della quarta sezione, anche in contrasto con le premesse della riforma e con non pochi indici normativi di segno opposto (35); dall'altro, individuano nella *causa petendi* il riferimento orientativo del riparto. Scelte dettate insieme dalla esigenza di verificare, per salvaguardare il sistema del 1865, « se nella domanda si contenga la materia del diritto » (36) ed insieme dall'obiettivo di non privare la Corte romana delle funzioni di chiusura del sistema e del potere di controllo, faticosamente conquistato nel 1877, sull'eccesso di potere giurisdizionale. Vi si affianca la quarta sezione, mettendo presto da parte il modello spaventiano della giurisdizione a tipo oggettivo, limando progressivamente la propria collateralità all'amministrazione ed interpretando in modo restrittivo la profondità del proprio controllo di legittimità. Più tardi, come vedremo, si aggiungeranno le esigenze di costruzione e di pubblicizzazione del sistema e nuovi, assai diversi, equilibri giurisdizionali.

La distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi restava per i più affidata a criteri « inafferrabili » ed « imponderabili » (37); la nozione di interesse legittimo sembrava nient'altro che il frutto di una « ingegnosa teoria » (38). Di certo, era il riparto, che « è sempre un sinistro perturba-

tore dell'amministrazione della giustizia » (39), a segnare la nascita dell'interesse legittimo. La relativa attenzione che si prestava alla novità dell'eccesso di potere dimostrava che il varo, anche nell'ordinamento italiano, di un contenzioso generale di annullamento solo con grandi difficoltà e mille tentennamenti si istradava su una linea di progressiva crescita di tutela.

4. *La trasfigurazione sistematica: interesse legittimo e teoria generale (ovvero della scomparsa del diritto soggettivo).* — Il successo della « ingegnosa teoria » è tutt'altro che scontato. Elaborato da un Ranalletti appena ventiquattrenne, ai suoi esordi camerti come docente di diritto amministrativo, l'espedito esegetico dell'interesse legittimo è guardato con sospetto o vivamente avvertato dai grandi esponenti della scienza giuridica dell'Italia umbertina, da Orlando a Scialoja, da Mortara a Filomusi Guelfi, da Meucci a Salandra. I grandi impianti teorici della giustizia amministrativa nell'ultimo decennio dell'Ottocento battono consapevolmente altre strade, primo fra tutti il grande affresco disegnato da Lodovico Mortara nel *Commentario* che rispettosissimo delle prerogative del giudice ordinario cerca di mettere a frutto, sulla scorta di un'attenta lettura del *Traité* di Laferrière, le novità offerte oltralpe dal pieno sviluppo del contenzioso di annullamento, temperando la tesi del *petitum* con la natura giurisdizionale della quarta sezione e delineando per la prima volta, in una cornice di teoria generale, la tesi di un « diritto alla 'legittimità' degli atti della funzione governativa » (40), poi applicata dal grande magistrato anche in alcune celebri decisioni della Corte di appello e della Cassazione romane.

Il Novecento si apre invece in un panorama assai mutato. Sul piano del riparto, l'insoddisfazione per le lotte e le incertezze giurisprudenziali resta elevata: ma dall'abbandono del progetto Di Rudini-Saredo del 1897 ai magri risultati concreti della Commissione Luzzatti, che inizia i suoi lavori nel 1910, nessuna rilevante innovazione legislativa modifica il quadro normativo precedente, mentre la l. 7 marzo 1907, n. 62 si limita a riconoscere formalmente il carattere giurisdizionale della quarta sezione, istituisce la quinta sezione, modi-

(34) GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 525.

(35) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., 521-523.

(36) Così il notissimo caso « Laurens » (Cass., sez. un., 24 giugno 1891), da leggersi nella attenta lettura di CANNADA BARTOLI, *op. ult. cit.*, 525.

(37) ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *D.I.*, VIII, pt. II, Torino, 1895-1898, 911 e 918; *Id.*, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 787.

(38) FILOMUSI GUELF, *op. cit.*, 44.

(39) GIANNINI M.S., *Presentazione*, in WADE, *Diritto amministrativo inglese*, trad. it. a cura di C. GERACI, Milano, 1969, XIII-XIV.

(40) MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I. *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, s.d. (ma 1899), 50, 343, 301-317.

fica alcune norme di raccordo con le disposizioni della l. 31 marzo 1877, n. 3761 sui conflitti di attribuzione. Non ci fu alcun aggiornamento legislativo dei criteri di riparto nel senso “procesuale” da più parti auspicato; non si istituì quel Tribunale dei conflitti che contemperasse lo scontro tra le giurisdizioni (41).

L’immobilismo legislativo rafforzò, di rimbalzo, la tesi sostanziale: immutati sia il quadro normativo di riferimento, sia la giurisprudenza della Cassazione romana, l’interesse legittimo trovava, in criteri di riparto ancora pernicemente insondabili, una sua rinnovata plausibilità.

La piena legittimazione dell’interesse legittimo giunge però dal piano dottrinale, dalla capacità della nozione di integrarsi perfettamente all’interno della parte generale del diritto amministrativo, la cui costruzione, a cavallo tra i due secoli, impegna con un vero lavoro corale l’intera giurispubblicistica continentale. Meno di due decenni dopo la sua incubazione, l’interesse legittimo non è più un « espediente esegetico »; è già divenuto un pilastro del sistema, un istituto di “parte generale”.

Poche nozioni potevano meglio impersonare la curvatura pubblicistica dello statuto giuridico di un’amministrazione avvertita come « l’unica funzione essenziale » tra le funzioni pubbliche (42) ed interpretare la definitiva costruzione della specialità, che contraddistingue questo momento fondativo, all’insegna della disegualianza giuridica e del « plusvalore giuridico che interseca tutti i rapporti » (43).

Restano, certo, le individualità e le occasionalità, tutte italiane, del percorso che ha condotto ad enuclearne il concetto. L’interesse legittimo conserva intatto il suo cordone ombelicale con la *causa petendi*, ha ancora il compito di delimitare la giurisdizione del giudice amministrativo, di stabilire i limiti alla responsabilità per illecito della pubblica amministrazione. Ma è un processo duttivo a cascata quello che ne scandisce il riconoscimento come “nozione fondamentale” del diritto amministrativo. Se nei rapporti amministra-

tivi — come ben presto si dirà — « oltre e più che la figura del diritto soggettivo campeggia e domina, con tutta una serie di gradazioni delicate e di particolari atteggiamenti, quella dell’interesse legittimo » (44), questo dipende dal fatto che l’amministrazione si presenta non solo come portatrice fondamentale della sovranità, ma per definizione come « libera attività dello Stato per i suoi fini, la quale può esplicarsi per la sua stessa posizione e funzione nella vita dello Stato, quindi per potere proprio, in virtù della sua propria forza non in virtù della legge, quindi senza bisogno di trovare fondamento in una norma di diritto » (45). La supremazia amministrativa, l’accessorietà delle posizioni individuali, la loro cedevolezza nei confronti di un’invasione quasi senza limiti della discrezionalità, non sono solo apodittiche, scontano pure una evidente, palpabile, grossolanità di linguaggio e di argomentazione. Il lessico stesso è mutato rispetto agli equilibri, dottrinari quanto si vuole, ma assai più consapevoli del legislatore dell’unificazione. Con l’approdo alla parte generale, l’interesse legittimo inaugura tutto un *habitus* mentale ed argomentativo, segnato in modo inconfondibile da una greve sovradeterminazione staturalistica che risulterà nel prosieguo incredibilmente resistente protrando, ben oltre il contesto istituzionale di riferimento di queste dottrine, le « disavventure dell’individuo nella cultura giurispubblicistica » (46).

Delle due “figure” presto chiamate a comporre, su precari sentieri pandettistici, la categoria dell’interesse legittimo, gli « interessi occasionalmente protetti » e i « diritti affievoliti » (47), fu quest’ultima, cui si sommava anche la riconosciuta capacità del potere discrezionale di affievolire gli stessi diritti perfetti, a rappresentare la soluzione più eversiva degli equilibri del sistema di tutela, quella più frequentemente brandita nella « lotta fra le giurisdizioni » (48), lo strumento privilegiato di un’Avvocatura dello Stato sempre in agguato contro la “pericolosa” centralità del giudice ordinario e pronta a difendere « l’incensurabilità del potere

(44) SANTI ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, I, Roma, 1932, 23.

(45) RANELLETTI, *op. ult. cit.*, 274.

(46) ORSI BATTAGLINI, *‘L’astratta e infelice idea’. Disavventure dell’individuo nella cultura giurispubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (Autori vari), Bologna, 1990, 11 ss.

(47) RANELLETTI, *op. ult. cit.*, 430 ss.

(48) L’espressione è di SALANDRA, *La giustizia amministrativa*, cit., 688.

(41) L’ampio quadro delle proposte emerse nel corso dei lavori della Commissione Luzzatti è sintetizzato nella Relazione finale. Vedila in CODACCI PISANELLI A., *La riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 290 ss.

(42) RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I. *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 279.

(43) MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig, 1895-1896, 109-110. Per una contestualizzazione più generale si può vedere MANNORI e SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 374 ss.

Interesse legittimo

discrezionale» e la necessità che «nell'interesse stesso del cittadino restino invulnerate ed invulnerabili le prerogative dell'amministrazione» (49). Data da questo momento l'insisto «ricorso improprio» (50) della giurisprudenza alla formula della discrezionalità in funzione di esonero dell'amministrazione dalla responsabilità per illecito civile: «non può dirsi che vi sia danno giuridico e, conseguentemente, responsabilità, tutte le volte che si rimane nella sfera dei poteri discrezionali delle pubbliche amministrazioni» (51).

Il radicamento della nozione nella «parte generale» apre così la strada al binomio diritto affievolito-potere discrezionale e al conseguente riconoscimento di una efficacia degradante del provvedimento amministrativo, prelude alla marginalizzazione del diritto soggettivo, riduce drasticamente gli spazi riservati sin qui al sindacato del giudice ordinario, esalta il Consiglio di Stato, ormai consolidato nella sua natura giurisdizionale, come giudice generale ed assolutamente prevalente dei fatti amministrativi.

La frontiera del riparto cessa dunque, ben presto, di costituire soltanto un crinale di tipo tecnico, idoneo a selezionare il giudice competente secondo la maggiore adeguatezza del giudice e del giudizio. Accolto all'interno del sistema teorico, l'interesse legittimo non si limita a registrare i pur evidenti profili — il contenzioso di annullamento, l'evoluzione dei vizi del potere discrezionale — assicurati dalla crescita della giuridicità e della tutela rispetto alle storiche incompiutezze del sistema di giurisdizione unica varato con l'unificazione, ma inevitabilmente porta con sé tutta la ventata pubblicizzante insita nel sofferto ritorno alla specialità.

L'effetto di tutto questo non è meramente teorico-descrittivo; comporta al contrario anche una brusca, radicale, torsione del mito del giudice unico e di ogni «impostazione paritaria» nelle relazioni tra cittadino e pubblica amministrazione: un nuovo monismo di sostanza travolge l'equilibrio tra diritto soggettivo e potere discrezionale, fondandosi sulla primazia del Consiglio di Stato e su di una centralità del giudice amministrativo non scritta né prevista dal legislatore, ma garantita dall'effettività degli indirizzi giurisprudenziali e

dalla robustezza degli approdi dogmatici. La chiusura pubblicizzante è rigidissima: all'amministrazione formalizzata nella prevalenza delle sue manifestazioni imperative corrisponde sul piano delle situazioni soggettive la generalizzazione della figura dell'interesse legittimo. Passati dalle «eleganti» questioni del riparto alla costruzione del sistema, si arriva a negare la possibilità di ogni coesistenza tra potere amministrativo e diritti soggettivi. Come si dirà in una più tarda massima giurisprudenziale, «si ha questione di diritto soggettivo e competenza del giudice ordinario quando si contesta la stessa esistenza del potere» (52). Il precetto dell'art. 2 della legge abolitiva veniva ribaltato: soltanto l'assenza del potere consentiva di incardinare l'esistenza di un diritto soggettivo nei confronti dell'autorità amministrativa.

Il risultato non poteva che essere «il ridimensionamento della competenza giudiziaria, l'avanzare della frontiera dell'interesse legittimo a coprire tutta la sfera del potere» (53), la «scomparsa del diritto soggettivo» e «della tecnica civilistica del rapporto», sostituita dalla «tecnica del sindacato di legittimità, del controllo giurisdizionale del potere, proprio del giudice amministrativo» (54). Nuovi equilibri di riparto venivano segnati sia dalla rapida parabola del *petitum*, sia dall'altrettanto, rapido, successo, anche forense, della prospettiva cassatoria apertasi di fronte al giudice amministrativo, ma pure da rilevanti limitazioni della sfera della risarcibilità e dell'«area della responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione» (55). Questi equilibri, calati e trasferiti in un nuovo paradigma amministrativo cui si riconosceva statuto di teoria generale, avevano determinato, attraverso una trasfigurazione sistematica di non poco conto, quella centralità dell'interesse legittimo, sino a pochi anni prima impensabile.

5. *Ontologia delle norme? La distinzione tra norme di azione e norme di relazione.* — La Commissione Luzzatti di anteguerra ebbe qualche esito parziale nella riforma del 1923-1924 (56) che riu-

(52) Una sintesi eccellente dei percorsi del riparto di giurisdizione in NIGRO, *Giustizia amministrativa*², Bologna, 1979, 151-181.

(53) ALLEGRETTI, *Introduzione*, cit., 37.

(54) CANNADA BARTOLI, *Interesse*, cit., 17.

(55) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., 555; GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 450.

(56) D. lg. 30 dicembre 1923, n. 2840, le cui norme vennero poi coordinate nel testo unico delle leggi sul Con-

(49) *Relazione della Regia Avvocatura Erariale per gli anni 1912-1925*, presentata a S.E. il Capo del Governo Benito Mussolini da S.E. l'Avvocato generale erariale Gaetano Scavonetti, Roma, 1926, XXXIII-XXXIV.

(50) BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità*, cit., 88.

(51) Santi ROMANO, *Principii di diritto amministrativo* (1901), 2^a ed., Milano, 1906, 67.

niva quarta e quinta sezione nel Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, istituiva la giurisdizione esclusiva, riservando comunque al giudice ordinario la cognizione di eventuali profili risarcitori, riconosceva infine al giudice amministrativo la decisione delle questioni pregiudiziali ed incidentali relative ai diritti. Si trattava di assestamenti significativi, che consolidavano il ruolo istituzionale del giudice amministrativo, divenuto ormai *dominus* esclusivo dell'intero contenzioso relativo al pubblico impiego, ma non tali da impedire ad un osservatore attento e disincantato come Enrico Guicciardi, ancora nella seconda metà degli anni Trenta, di riconoscere sconsolatamente che « parecchie grosse questioni — forse, anzi, le più grosse — sono rimaste insolute » (57).

Le questioni teoriche innanzi tutto, se dal piano giurisprudenziale giungevano le prime certificazioni dei nuovi equilibri. La stabilizzazione del criterio di riparto, sanzionata nel 1929 con il celebre « concordato giurisprudenziale » (58) tra i presidenti delle supreme magistrature ordinaria e amministrativa, Mariano D'Amelio e Santi Romano (59), archiviava infatti una stagione di intensi conflitti giurisdizionali, ora interni al Consiglio di Stato — tra quarta e quinta sezione — ora tra quest'ultimo e le sezioni unite della Cassazione; ratificava la scomparsa del diritto soggettivo e la marginalità del sindacato del giudice ordinario a fronte della riconosciuta invadenza del potere discrezionale; ma confermava al tempo stesso la pesante tutela che la Corte di cassazione, arbitro esclusivo dell'« ordine nella giurisdizione » (60), continuava ad esercitare sul Consiglio di Stato, attraverso un millimetrico controllo dell'estensione della sua giurisdizione e persino dell'intensità dei suoi poteri di cognizione e di decisione. Nell'universo delle situazioni soggettive, l'impostazione « ranelletiana » dell'Avvocatura dello Stato veniva sostanzialmente convalidata, al punto che, malgrado l'intangibilità formale della legge del 1865, del mito del giudice unico iniziavano ormai a sparire anche le tracce. Il riparto, salvo riesplodere ad

ogni campo nuovo e non sedimentato — tra le due guerre sarà il caso in particolare degli enti pubblici —, cessava, anche per l'effetto incrociato della resa definitiva del giudice ordinario e dell'estrema prudenza dimostrata dal giudice amministrativo nel sindacato di legittimità, di rappresentare una emergenza interpretativa: anche la « distinzione tra le due figure era divenuta più speculativa che pratica, in quanto il diritto soggettivo, affermato in teoria generale, era, con diverse motivazioni, negato nel concreto e sostituito dall'interesse legittimo » (61).

Molte delle soluzioni prospettate nei decenni precedenti erano però superate: il riconosciuto carattere giurisdizionale aveva sensibilmente ridimensionato la collateralità del giudice amministrativo, con effetti non sempre positivi se aveva contribuito, malgrado alcuni pur significativi affinamenti del controllo (62), a mantenere il sindacato di legittimità in ambiti ristretti e prevalentemente formalistici, non solo per la presenza ingombrante ed inamovibile dello schermo dell'atto, ma anche per un uso assai prudente delle fattispecie sintomatiche dell'eccesso di potere.

In un quadro normativo contraddistinto, sin dallo scoppio del primo conflitto mondiale, da una forte espansione del concetto di atto politico e da innumerevoli eccezioni legislative alla impugnabilità dei provvedimenti, il concordato tra i vertici dei supremi organi giurisdizionali si risolse così in una complessiva riduzione degli spazi di tutela, non essendo in grado il Consiglio di Stato, per lo stesso impianto normativo della propria giurisdizione e la limitatezza dei poteri istruttori e decisorii, di supplire alle timidezze del giudice ordinario nei confronti del potere amministrativo (63). Il

(61) CANNADA BARTOLI, *loc. cit.*

(62) Vedili nella ricostruzione di D'ALBERTI, *La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta*, in *Il diritto amministrativo negli anni Trenta* (Autori vari), Bologna, 1992, 41-45; in questo senso anche la lettura della giurisprudenza del Consiglio di Stato durante la lunga presidenza di Santi Romano: v. *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato* (Atti del Convegno di Roma, 6 febbraio 2003), Torino, 2004, con saggi di CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, ivi, 169 ss.; di SCOCA, *L'evoluzione del processo amministrativo durante la presidenza di Santi Romano*, ivi, 183 ss.; e di PAJNO, *L'effettività della tutela*, ivi, 225 ss. Una valutazione più incline invece a sottolineare la convergenza con il regime autoritario in LOCHAK, *Il 'Conseil d'Etat' di Vichy ed il Consiglio di Stato nel periodo fascista*, in *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia* a cura di Y. MÉNY, Bologna, 1994, 51 ss.

(63) Si tratta della conclusione che si può oggi trarre da letture ancora parziali e talvolta impressionistiche: il tema delle garanzie giurisdizionali durante il ventennio — questione chiave per la comprensione stessa dei caratteri fonda-

siglio di Stato approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

(57) GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., 2.

(58) GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. III, 1964, 226-227.

(59) D'AMELIO e SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 181 ss. Il concordato fu ratificato da Cons. St., ad. plen., 14 giugno 1930, in *Foro it.*, 1930, III, 169 e da Cass., sez. un., 15 luglio 1930, *ivi*, I, 1146.

(60) ABBAMONTE O., *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, 242 ss., sulla base di un'attenta lettura della giurisprudenza del periodo.

Interesse legittimo

giudice amministrativo tendeva, del resto, dal canto suo ad escludere ogni soggettività della tutela: «l'interesse legittimo è primaliter interesse dello Stato, tanto che il singolo a favore del quale viene riconosciuto agisce quasi in veste procuratoria» (64).

Va comunque detto che non si verificarono durante il regime rotture giurisprudenziali in senso autoritario, piuttosto si consolidarono posizioni già raggiunte negli ultimi decenni di vita dello Stato liberale. La conservazione dell'impianto fondamentale del sistema, la continuità della giurisprudenza ma pure dello stile e del linguaggio delle decisioni (65), la difesa del tradizionale *habitus* di guardiano della legittimità fecero del giudice amministrativo uno dei canali istituzionali fondamentali attraverso il quale il "giuridico" riuscì a conservare una funzione ineliminabile nella fondazione e nella evoluzione del regime e del "nuovo diritto pubblico italiano" tra le due guerre. Nessuna potenzialità garantistica poteva invece offrire il sindacato di legittimità quando la forma giuridica era stata già distrutta a monte ed il parametro normativo di riferimento veniva espresso da un testo di legge discriminatorio e persecutorio. È il caso tipico della legislazione razziale, la cui sistematica, capillare applicazione fu protetta da rigide esclusioni di ogni gravame amministrativo o giurisdizionale, che i giudici ordinari ed amministrativi poterono solo contenere da ancor più devastanti interpretazioni estensive (66). In questi casi, anche l'attività di consulenza del Consiglio di Stato era costretta a rimanere, drammaticamente, silente (67).

Così, se nelle circostanze ufficiali la retorica del regime era inarrestabile — «per il Governo Fascista la giustizia nell'amministrazione non è una vana formula, abbandonata alle disquisizioni teoriche di giuristi solitari, ma un programma politico concreto» (68) —, nella teoria e nella pratica la

mentali di un regime fascista che i giuristi continuarono a raffigurare nei tranquillizzanti modelli dello «Stato di diritto» — attende ancora una verifica approfondita e a largo raggio.

(64) Cons. St., sez. IV, 30 aprile 1927, in *Giur. it.*, 1927, III, 272 ss.

(65) Lo sottolinea efficacemente MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano*, cit., 46-47.

(66) Un esame della giurisprudenza in LOCHAK, *op. cit.*, 90-94; SPECIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, Torino, 2007, 51 ss.

(67) POZZI, *I grandi affari consultivi in tema di organizzazione amministrativa*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano*, cit., 96-97.

(68) *Discorso di S.E. Mussolini, Primo Ministro, Duce del*

giustizia amministrativa rimase saldamente, anche per la sua ostica tecnicità, nelle mani dei giuristi.

Ci furono persino significativi aggiornamenti teorici, pur se di natura prevalentemente definitoria. L'avvenuto consolidamento, nel primo dopoguerra, nell'intero modello continentale, del principio di legalità, come irrinunciabile valore ordinante dello stesso sistema amministrativo, imponeva il distacco dalle immagini più grevi e tralattizie della "libertà" dell'amministrazione — che gli amministrativisti italiani misero da parte senza tentennamenti, nonostante l'ingombrante invadenza del regime —, ed una nuova raffigurazione di quel potere discrezionale, la cui presenza pure costituiva il motivo, ormai saldamente iscritto nel diritto giurisprudenziale, dell'impossibile radicarsi del diritto soggettivo.

Il parallelismo tra legittimità e specialità, tipico dell'intero modello continentale, nell'esperienza del sistema italiano di giustizia amministrativa, si fece così addirittura più stretto ed indissolubile. Lo testimoniano bene due grandi maestri del periodo, Guido Zanobini ed Enrico Guicciardi, pur non all'unisono nell'interpretazione delle coordinate fondamentali del sistema italiano di giustizia amministrativa. Nel momento in cui la discrezionalità ricerca un necessario vincolo normativo, è la norma stessa a scindersi nel suo difficile e contrastato incontro con il potere, mentre l'amministrazione conserva intatto, forte di una struttura ordinamentale avvertita come primigenia, l'insieme di poteri, di autorità, di prerogative di cui l'ha rivestita lo statalismo ottocentesco. Sarà dunque la norma a cedere di fronte al potere e all'interesse pubblico, quasi precostituiti rispetto ad essa ed in grado di trovare, al loro interno, i propri postulati, la propria efficacia, la propria forza. È la norma in questo caso ad essere contrassegnata da tratti di marcata specialità: una «norma la quale nella sua formulazione e nella sua struttura tecnica rimane anche oggi un comando rivolto dal legislatore agli organi amministrativi» (69). Si tratta di norme che, attribuendo il potere e dettando le condizioni del suo esercizio, «presuppongono già costituito nell'ordinamento giuridico il sistema dei diritti e doveri dell'Amministrazione verso il cittadi-

Fascismo, per l'insediamento del Presidente del Consiglio di Stato, in *Foro amm.*, 1929, IV, 1-2.

(69) ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, inclusione al corso di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione tenuta nell'Università di Pisa il 21 gennaio 1924, ora in *Id.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 216.

no » (70): « norme d'azione » (71), contraddistinte da una « giuridicità tenue » (72), ontologicamente diverse dalle « norme di relazione » che disciplinano i rapporti tra soggetti pari ordinati; norme per la cui violazione può infatti solo predicarsi l'illegittimità, non l'illiceità.

L'accessorietà dell'interesse legittimo viene di conseguenza: mero effetto riflesso della protezione dell'interesse generale nella sistemica zanobiniana; ridotto ad un mero « interesse di ordine processuale » nella sistemica di Guicciardi, in cui « il ricorrente impugna l'atto amministrativo sulla base della sua contrarietà ad una norma posta a tutela dell'interesse pubblico » (73).

Una diversa « ontologia » delle norme sembrava validare gli approdi faticosi e spesso discutibili della giurisprudenza.

6. *L'imbalsamazione costituente.* — Il congelamento costituzionale del sistema di giustizia amministrativa, con la prima imbalsamazione normativa della nozione di interesse legittimo, non appartiene alle pagine auree del costituente del secondo dopoguerra.

Eppure, è proprio alla Costituente che dopo un lunghissimo letargo riecheggia nuovamente il mito del giudice unico, che si riconosce che « la differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo va diventando sempre più capillare e sottile », tanto che « è difficilissimo capire esattamente dove finisca il compito della magistratura ordinaria e dove cominci quello delle Sezioni Giurisdizionali del Consiglio di Stato » (74). Merito, pressoché esclusivo, di Piero Calamandrei che preconizza un drastico azzeramento del dualismo delle giurisdizioni: « il Consiglio di Stato non è un organo disciplinato in maniera armonica, simmetrica e razionale, ma un organo venuto su come una vecchia casa che fosse stata mano a mano riattata e ampliata per rispondere alle nuove necessità della famiglia ». « Dovendosi rifare la costituzione dello Stato non sarebbe male ricostituire l'istituto in base a criteri più ra-

zionali » (75). La proposta mira ad un adeguamento dell'antico modello della giurisdizione unica; considera ormai « esaurite le ragioni storiche per cui erano state create le Sezioni giurisdizionali » del Consiglio di Stato, intende « trasferire alla Magistratura ordinaria le funzioni che quelle hanno finora adempiuto » (76).

L'assemblea, come è ben noto, non seguirà il giurista fiorentino. Questo progetto, radicale ed eversivo della continuità amministrativa che la Costituente stava avallando, non si traduce in norma costituzionale. La costituzionalizzazione della giustizia amministrativa ci fu, ma avvenne rigidamente « nei termini della tradizione » (77). Per tempo, il Consiglio di Stato, ben presente con propri autorevoli membri, prima nelle Commissioni Forti e poi alla stessa Costituente — basterebbe fare i nomi di Meuccio Ruini (78) e di Aldo Bozzi —, riesce a difendere efficacemente il proprio ruolo istituzionale, ma anche la piena ammissibilità teorica della distinzione tra diritti ed interessi legittimi (79). Ancora una volta, la specialità del giudizio sugli interessi ed il potere di annullamento degli atti amministrativi, negato sin dal 1865 al giudice ordinario, garantiscono, anche sul piano argomentativo, il mantenimento del dualismo e della *summa divisio* tra le situazioni soggettive, così come l'impossibile soggezione del Consiglio di Stato al controllo nomofilattico della Casazione.

Le critiche per vero non mancarono neppure all'indomani della promulgazione della Carta: quelle a caldo, sulla stessa scia della proposta di Calamandrei, di Silvio Lessona (80); quelle, pacate ma severe, di Giovanni Miele indirizzate contro la sanzione costituzionale di un dualismo diritto-interesse « privo di una convincente ragion d'essere, se non proprio artificioso », eppure installatosi irreversibilmente al centro di un sistema di cui

(75) Cfr. Intervento di Calamandrei, cit., p. 1983-1984.

(76) Intervento di Calamandrei, cit., p. 1984.

(77) ALLEGRETTI e FOCARDI, *Amministrazione, Costituente, Costituzione*, in *La Costituzione italiana* (Atti del Convegno di Roma, 20-21 febbraio 1998) a cura di M. FIORAVANTI e S. GUERRIERI, Roma, 1998, 401.

(78) Epurato dal Consiglio di Stato nel 1929, suo presidente dal 1945, quindi presidente della Commissione dei Settantacinque: cfr., *ad vocem*, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia: le biografie dei magistrati 1861-1948* a cura di G. MELIS, I, Milano, 2006, 1064-1080.

(79) ALLEGRETTI e FOCARDI, *op. cit.*, 377 ss., per una dettagliata ricostruzione della vicenda costituente sui temi della giustizia amministrativa.

(80) LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, II, Firenze, 1950, 202.

(70) GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., 10.

(71) GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1943, 31-32.

(72) BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 278.

(73) ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano: I, 1936, 228 e II. *La giustizia amministrativa*, 1937, 236-237; GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., 8.

(74) Intervento di Calamandrei, seduta pomeridiana di giovedì 9 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, VIII. *Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione. Seconda Sezione. Sedute dal 5 dicembre 1946 al 27 gennaio 1947*, Roma, 1971, p. 1985.

Interesse legittimo

era ormai il « difetto massimo » (81). Ma si trattò poco più che di mere testimonianze.

Il rinvio *sine die* dell'istituzione degli « organi di giustizia amministrativa di primo grado » nelle regioni, prevista con innovazione significativa dall'art. 125 comma 2 cost. — saranno come è notissimo introdotti soltanto con la legge sui tribunali amministrativi regionali del dicembre 1971 — rafforzò nell'immediato la sensazione di rigida continuità con gli equilibri raggiunti tra le due guerre.

Per non breve tratto sarà il concordato D'Amelio-Romano, con la sua robustezza di principio di diritto positivo giurisprudenziale in grado di dare un senso alle immutabili clausole generali ottocentesche regolative del riparto, a calamitare l'attenzione: più della stessa sistematica costituzionale, « innovatrice più di quanto si creda, se le sue disposizioni vengono collegate ed interpretate secondo le potenzialità del collegamento » (82) e proprio per questo forse non immediatamente colta né adeguatamente valorizzata.

7. *All'indomani della Costituzione: sublimando la tradizione.* — Quella sistematica “innovatrice” nondimeno esisteva. L'imbalsamazione lessicale ed organizzativa della Costituzione non poteva essere a lungo anche imbalsamazione concettuale. Non si spiegherebbe, diversamente, la vivacità scientifica e giurisprudenziale che caratterizza la giustizia amministrativa nel periodo repubblicano.

Il sistema normativo della giustizia amministrativa era rimasto immobile, traghettato nell'ordinamento democratico senza sostanziali varianti e con i problemi applicativi di sempre: non un sistema ma « un parasistema », privo di logica e di coerenza, « un edificio sinistro e sinistrato nel quale pochissimi iniziati sanno muoversi », eretto in un passato lontano ed irto di trabocchetti e labirinti: un legato per il quale « onestamente non possiamo ringraziare i nostri avi » (83).

(81) MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, IV. *La tutela del cittadino*, t. 1. *La giustizia amministrativa* a cura di G. MIELE, Vicenza, 1968, 11 ss. La critica alla cristallizzazione costituzionale del criterio di riparto fondato sulla distinzione delle situazioni soggettive era già in Id., *Il contributo di V. E. Orlando agli studi di diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1987, 605-606.

(82) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., 560.

(83) Così il celebre, severissimo, giudizio che nella sua prosa inconfondibile esprimeva Massimo Severo GIANNINI a chiusura del *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. III, cit., 250.

Costretti a lavorare su queste macerie normative ottocentesche e parallelamente su indirizzi giurisprudenziali ormai corposi e sedimentati, che il congelamento costituzionale del sistema aveva oggettivamente convalidato, il compito di mediazione affidato ai giuristi diveniva, come già nell'Italia liberale, particolarmente gravoso (84). Il confronto con la tradizione si faceva intenso e serrato ed allo stesso tempo ricco di declinazioni e di varianti, ora che la stagione nella quale si era circondato lo Stato di « tutti gli attributi della divinità, enfiato, pletorico, ma terribilmente vuoto entro le sue colossali dimensioni » era definitivamente trascorsa e « la lotta contro il diritto soggettivo » definitivamente archiviata ed occorreva mettere in cantiere una profonda opera di revisione, « riesaminare la complessa realtà dello Stato, la natura dei suoi compiti, la distribuzione dei suoi organi e delle sue funzioni, i suoi rapporti con l'individuo, i rapporti di questo con i suoi simili, l'autonomia del singolo e dei gruppi » (85).

All'indomani della Costituzione, ancora una volta, i giuristi alle prese con i temi della giustizia amministrativa erano rimasti in mezzo al guado: da un lato, in totale adesione alle grandi novità costituzionali, ormai pienamente partecipi di un progetto che muoveva dal « senso pieno dell'individuo e delle sue libertà » ed incentrato sul « tentativo di comporre il rapporto tra libertà e potere » (86), dall'altro costretti dallo stesso testo costituzionale a farsi carico per intero della tradizione ingombrante degli « avi ».

Da questo punto di vista, pur nella sua tecnicità, apparentemente asettica, la giustizia amministrativa presentava imbarazzi di non poco conto. Poteva sopravvivere l'« ingegnosa teoria » dell'interesse legittimo a questo drastico mutamento di valori? E per l'appunto la teoria che abbiamo visto faticosamente dipanarsi sin qui, in modo quasi occasionale e fortuito, a partire dalle sue fragili basi esegetiche, costruite all'indomani delle riforme crispine: una teoria le cui radici erano totalmente avulse dal rinascente « umanesimo giuridico » e che rivelava ad ogni passo, contro il personalismo dei nuovi valori, occasionalità di protezione, dipendenza da un interesse pubblico grevemente soggettivizzato, imbarazzanti limitazioni della responsabilità aquiliana, tracce vistose

(84) NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 325-347.

(85) MIELE, *Umanesimo giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, cit., 450, 445.

(86) NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele*, in *Quaderni fiorentini*, XVII (1988), Milano, 1988, 294.

dell'antica collateralità del giudice amministrativo al potere esecutivo, sin troppo evidenti nell'ancora tiepida ed incompleta adesione della giustizia amministrativa ai principi di indipendenza e terzietà propri, al contrario, di un ordine giudiziario interamente rifondato. Eppure l'interesse legittimo, che la Costituzione aveva elevato, per la prima volta e per di più nella forma più alta, alla dignità di una consacrazione normativa, nella sua vulgata più diffusa e seguita era ancora scandito dalle due « figure » ranellettiane dell'interesse occasionalmente protetto e del diritto affievolito: due figure, la cui fragile sostanza e lo stesso imbarazzante involucro lessicale erano divenuti ormai difficilmente conciliabili con le nuove idealità repubblicane.

Nuove trasfigurazioni dogmatiche erano necessariamente alle porte.

Il primo ad orchestrare un intenso colloquio con la tradizione ottocentesca fu Massimo Severo Giannini: critico feroce, come abbiamo visto, degli impacci e delle « complicazioni » del regime amministrativo e delle « illiberalità » del sistema italiano di giustizia amministrativa, in particolare, eppure, al tempo stesso, profondamente partecipe del valore normativo delle « concettuologie stabilizzate » (87), frutto della grande stagione della conquista della specialità amministrativa, e da questa base ed in questa prospettiva grande costruttore di architetture sistematiche ordinarie del vigente.

La Costituzione (art. 24 e 113) sanziona ormai, senza limitazioni e senza eccezioni, il principio della generale azionabilità delle pretese del cittadino e la piena giustiziabilità degli atti del potere amministrativo, garantendo al giudizio amministrativo quella « effettiva generalità che prima esisteva solo sulla carta » e la cui incompiutezza era drammaticamente emersa negli anni del regime. Si tratta di una discontinuità rilevante, perfettamente in linea con i nuovi valori garantistici, eppure la centralità del giudice amministrativo continua a dipendere per lo più da altri fattori, calati nella storicità della vicenda formativa del sistema, e « principalmente » dalla « concezione generale del provvedimento propria del diritto sostanziale », così come plasmato e costruito « dalla giurisprudenza delle magistrature supreme » (88).

Giannini è infatti l'interprete che traspone sul piano del diritto amministrativo sostanziale i distinti tronconi emersi nel percorso storico della

giustizia amministrativa — quei « principii istituzionali » (degradazione, esecutorietà, equiparazione, retrattabilità) che avevano preso forma nell'incontro tra diritto soggettivo e potere discrezionale e che costituivano i veri massi erratici discesi dal ghiacciaio della tradizione —. Dà compiuta dignità di teoria generale ai risvolti di un riparto inteso come immodificato ed immodificabile *ius receptum* giurisprudenziale, segnando nella degradazione l'unica spiegazione in grado di dare un senso al sistema italiano di giustizia amministrativa e che la recezione costituzionale della distinzione tra diritti e interessi legittimi sembrava, dal canto suo, avere ulteriormente legittimato. Formalizza, infine, il limite della legittimità ed offre una ricostruzione compiuta del processo amministrativo come processo da ricorso.

Ed il colloquio con la tradizione è fortemente condizionato dall'ingombrante legato degli « avi ». L'immagine della « piramide rovesciata » stenta infatti a penetrare nel diritto amministrativo, intralciata, oltre che dalla tradizionale impermeabilità amministrativa alle innovazioni costituzionali, dall'assenza di norme espresse dedicate alla conformazione degli statuti di attività dell'amministrazione (89). La riflessione che conduce all'interesse legittimo — pure saldamente collocato anche nella prima parte della Costituzione — muove, sul piano teorico, ancora *ex parte principis*, dal potere, da un'autorità, nonostante tutto, sempre preesistente all'ordinamento; sul piano normativo, ancora dal riparto e dalla declinazione ivi imposta dai concordati giurisprudenziali.

Provvedimento ed imperatività — costrutti teorici dei quali ancora in Zanobini non c'è traccia (90) — vengono così a costituire gli assi portanti della « problematica specifica » propria di un diritto amministrativo inteso come « un corpo di norme » che danno all'attività amministrativa « carattere differenziatorio ed unitario ». Tutti i provvedimenti sono discrezionali; sono atti di esercizio dei poteri; sono atti autoritativi; producono quell'effetto giuridico particolare che va sotto il nome di « autorità dell'atto amministrativo ». Il provvedimento è atto predeterminato. Non esistono provvedimenti innominati. La norma che si pone

(89) ALLEGRETTI, *Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 751 ss.

(90) SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini* a cura di S. AMOROSINO, Milano, 1995, 257-307 e specialmente 257-258.

(87) GIANNINI, *Istituzioni*, cit., 17, che annovera anche l'interesse legittimo tra le « invarianti » (ivi, 257-260).

(88) GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., pt. II, 1964, 12.

Interesse legittimo

nell'esercizio della discrezionalità è eteronoma: è come se la legge avesse essa stessa provveduto. Gli stati viziati (che emergono dal raffronto dell'atto con il suo paradigma normativo) ineriscono agli atti, non ai rapporti. Questi i principali elementi costitutivi di una tesi (91) destinata ad esercitare un'influenza decisiva e che sarà « accolta in modo generalizzato dagli studiosi delle generazioni successive » (92).

La teoria del provvedimento scavava un solco con le sintesi precedenti, ancora incentrate sulla distinzione tra negozi di diritto pubblico e meri atti amministrativi e sulla sequela degli elementi "pandettistici" (soggetto, oggetto, volontà, contenuto, forma), ancora centrali nella sistematica di Zanobini; ricuciva il conflitto tra garanzia e privilegio; reimmetteva l'amministrazione nell'ordinamento attraverso la fondazione legislativa di ogni potere e facoltà; consentiva di abbandonare costrutti teorici ancora primitivi come l'affievolimento dei diritti o la presunzione di legittimità degli atti amministrativi e pure le tradizionali considerazioni "metafisiche" sui poteri e le prerogative del soggetto amministrato. Al tempo stesso si esaltava, però, lo statuto imperativo conquistato nel corso dell'Ottocento dal potere amministrativo e si dava pur sempre veste di "principi istituzionali" a costrutti teorici che sgorgavano direttamente da quella tradizione da cui si intendeva prendere le distanze. « Nei provvedimenti l'imperatività si presenta con il massimo della sua forza » (93).

Giannini beninteso non era il ripetitore delle « interpretazioni emozionali del diritto pubblico », che avevano accompagnato e sostenuto, alla fine dell'Ottocento, la costruzione della parte generale, e di cui era il primo, lucidissimo, critico. L'imperatività « non è l'inverarsi mistico di arcane dominazioni che si racchiudono nel nome di Stato; è solo una qualifica che diamo a certi atti della pubblica autorità » (94). Assurta a categoria generale, sintetizza il frutto del completarsi degli itinerari ottocenteschi della specialità: la chiusura unilateralistica; l'individuazione nel provvedimento, con la corazza dei suoi attributi, dell'atto negoziale tipico dell'agire amministrativo; la costruzione, lungo i sentieri della legittimità e della pubblicizzazione, dell'identità autoritativa dell'agire amministrativo, che tuttavia « la prassi [...] spinta dal-

l'imponente movimento verso le gestioni pubbliche » (95) indirizza già verso il diritto privato, circoscrivendo in misura crescente gli spazi di applicazione del diritto amministrativo (96).

Le situazioni soggettive giungevano buone ultime. Il provvedimento, ad un tempo nominato ed imperativo, conciliava le novità costituzionali con il peso, giudicato ineliminabile, di una tradizione giurisprudenziale che aveva quasi completamente disattivato i principi del 1865; confermava la scomparsa del diritto soggettivo e la sua inconciliabilità con il potere e quindi l'invadente centralità dell'interesse legittimo, sanzionando con un crisma di teoria generale gli equilibri di riparto raggiunti nel corso degli anni Trenta, il riferimento indefettibile della *causa petendi* e l'irrinunciabilità delle nomenclature ribadite dalla Costituzione. Anche l'interesse legittimo subiva una prima trasformazione: non più rozzamente dipendente, in modo meramente occasionale e riflesso, dall'interesse pubblico e neppure mero fatto di legittimazione processuale. Al contrario, situazione soggettiva che prendeva consistenza sin dal procedimento, definendosi per caratteri di marcata specialità rispetto alle situazioni dominative proprie dei rapporti pariorinati, contraddistinte da un rapporto diretto, di disposizione o di godimento, con il bene della vita. Avvicinandosi al potere, le situazioni di vantaggio confermavano il proprio intrinseco dualismo; divenivano « relazionali » e « strumentali » ad una parallela situazione di potestà o di potere in senso sostanziale; negata per definizione la possibilità di accedere direttamente al bene della vita, si armavano di quelle misure rivolte « a far esercitare questo potere altrui in modo conforme a norma ». Di conseguenza tali « misure » non potevano che essere eminentemente funzionali all'estrinsecarsi secondo legge dell'interesse pubblico e tendere alla corretta conformazione di un rapporto la cui definizione restava, per principio, integralmente riservata al potere amministrativo e alla sua esclusiva ponderazione. All'atto amministrativo, momento di puntualizzazione, nel caso concreto, della dialettica autorità/libertà, spettava la « funzione di stabilire il modo onde l'autorità, in esercizio di un potere attribuitole dalla legge, determina nel caso concreto, mediante un atto nominato, il contenuto dell'incidenza, o la non incidenza, di un interesse

(91) GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 282 ss., 416 ss.

(92) SCOCA, *op. ult. cit.*, 258.

(93) GIANNINI, *op. ult. cit.*, 419.

(94) GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pt. I, cit., 531.

(95) GIANNINI, *Lezioni*, cit., 79, 111.

(96) Sul Giannini, isolato adduttore del nuovo e lettore attentissimo delle trasformazioni del regime amministrativo rinviamo a SORDI, *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1024 ss.

pubblico rispetto ad una libertà guarentigata» (97). La tradizione che risaliva ad Otto Mayer era perfettamente sublimata: di fronte all'atto amministrativo, indipendentemente dalla consistenza originaria di quella "libertà", indipendentemente pure dal carattere vincolato o discrezionale del potere attribuito dalla norma, la posizione del cittadino diveniva meramente strumentale, assorbita per intero nella sfera del potere, tutelata nei ristretti limiti della legittimità.

8. *All'indomani della Costituzione: rivisitando la tradizione.* — In un sistema che almeno sulla carta ancora riservava la cognizione dei diritti al giudice ordinario (98), l'interesse legittimo continuava ad essere sempre sollecitato dalla esigenza di tratteggiare il fondamento e la giustificazione della giurisdizione del giudice amministrativo. L'architettura sistematica di Giannini, dando una superba veste teorica ai concordati giurisprudenziali, dischiudeva tuttavia alla nostra nozione anche una nuova e più solida base sostanziale (99): per la prima volta sembrava possibile sottrarsi alle secche del riparto ed approdare al rapporto amministrativo e all'intera vicenda procedimentale.

Proprio gli anni Cinquanta, del resto, ospitano le prime letture di adeguamento della tradizione ai nuovi valori costituzionali. Il percorso è tutt'altro che piano e tutt'altro che rapido. La tradizione è ingombrante, il macigno del riparto quanto mai incombente, le nomenclature resistenti: gli effetti su di una nozione, come l'interesse legittimo, interamente plasmata di storicità e fortemente imbevuta dei percorsi di costruzione della specialità

(97) GIANNINI, *op. ult. cit.*, 290.

(98) In realtà, la cognizione sui diritti del giudice ordinario vale ormai quasi esclusivamente per i soli rapporti di diritto privato dell'amministrazione. Imperatività e degradazione diventano infatti rapidamente linguaggio comune e condiviso di scienza giuridica e giurisprudenza, non senza incontrare comunque una vera e propria selva di critiche (a partire da quelle di POTOTSCHNIG, *Atti amministrativi e 'affievolimento' di diritti soggettivi*, in *Jus*, 1953, 220 ss.) poi in gran parte fondate su una rilettura, anche in chiave di storia della giurisprudenza, dei contenuti della legge abolitiva del contenzioso e della sua applicazione: CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione: appunti dalle lezioni*, Milano, 1956; KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961.

(99) Si tratta di un percorso convergente, almeno per questo tratto, con quello di Aldo Piras, autore di un'imponente monografia sul tema (PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962) e coautore con Massimo Severo Giannini di una celeberrima voce: GIANNINI e PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in questa *Enciclopedia*, XIX, 229 ss.

amministrativa, non sono immediati né immediatamente visibili. Questa tradizione, tuttavia, viene posta in discussione e rivisitata nei suoi stessi fondamenti assiologici. La discontinuità questa volta è negli «assunti di partenza» (100): non più (o meglio non più solo) il soggetto, l'organizzazione, l'autorità, il provvedimento, ma l'ordinamento, la funzione, la libertà, il procedimento. Preme la necessità di mettere al passo la riflessione italiana con una riflessione continentale che ancor prima delle fratture dei totalitarismi ha avviato un confronto serrato con i valori democratici; si inizia pure timidamente a guardare alla sistematica innovatrice della Carta (art. 113) che, nonostante la rigida continuità del dualismo organizzativo, delinea una rivoluzione copernicana rispetto al progetto ottocentesco ed antepone la difesa del cittadino alla difesa dell'amministrazione (101).

Gli effetti di questo rivolgimento concettuale, complice l'imbalsamazione del sistema normativo previgente al 1948 e la rigida continuità della giurisprudenza, stentano tuttavia a materializzarsi sul sistema di giustizia amministrativa. Il successo continua ad arridere all'imperatività del provvedimento, alla degradazione, ad un interesse legittimo ancora inteso in senso meramente "strumentale" e dunque accessorio all'interesse pubblico: ad una vulgata che, battendo la strada segnata da Giannini, fa propri alcuni significativi postulati costituzionali, dalla legalità alla nominatività, alla generale azionabilità delle pretese, ma che pure esalta il valore normativo della tradizione.

Molteplici punti di attacco sono comunque già visibili, dal processo, al procedimento, al fronte delle azioni esperibili e delle tipologie di tutela.

Intanto, il rozzo processo di impugnazione, nonostante un quadro normativo esiguo ed ancora fermo al regolamento di procedura del 1907 e alle norme processuali del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924 e pure cronologicamente lontano dagli approdi della legge istitutiva

(100) ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti* (Atti del Convegno di Venezia, 11 dicembre 1999), Padova, 2001, 51 ss.

(101) Tra le prime interpretazioni in senso marcatamente innovativo di quelle disposizioni costituzionali in tema di giustizia amministrativa sin qui lette all'insegna di una rigida continuità con la tradizione, si segnalano OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 912 ss., specialmente 922-929; BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966. Ricostruisce attentamente il dibattito MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, specialmente 303 ss.

Interesse legittimo

dei TAR, viene passato al vaglio di un confronto serrato con i principali istituti del diritto processuale civile, dall'istruzione all'appello, nel tentativo di colmare i sostanziosi « ritardi di evoluzione » (102) del giudizio amministrativo, espungendovi gli ultimi residui della collateralità e forzando il dato normativo verso il processo di parti.

Inizia pure ad incrinarsi, anche se molto timidamente, la prospettiva esclusivamente cassatoria della legittimità: la nuova frontiera del « rapporto amministrativo », pur con tutti i suoi verbalismi, è il tentativo di ampliare verso l'accertamento la cognizione del giudice amministrativo, sollevando lo schermo del provvedimento, sottraendo l'eccesso di potere alle patologie, soggettivistiche, degli elementi dell'atto e facendone un « difetto di una condizione della funzione amministrativa » (103), iniziando così pure a spianare la strada verso il processo ordinatorio e l'effetto conformativo del giudicato.

Rapporto amministrativo significa anche varcare la strettoia dell'impugnativa giurisdizionale verso il procedimento, ancora in gran parte terra incognita del diritto amministrativo italiano di questi anni. L'interesse legittimo si apre al farsi dell'attività amministrativa: di qui il tema della nascita dell'interesse legittimo o lo studio degli interessi procedurali. Procedimento e rapporto amministrativo insidiano la monoliticità dell'interesse pubblico; ne mettono in discussione la preesistenza e la superiorità rispetto all'interesse privato, sinora avvertite quasi *in rerum natura*; rendono percepibile, in una inedita prospettiva partecipativa all'azione amministrativa, il pluralismo degli interessi, pubblici e privati, essenziali e secondari, nella cui ponderazione comparativa si estrinseca — seguendo la precoce intuizione di Giannini — il potere discrezionale ed, alla luce della Costituzione, anche il dovere di imparzialità dell'amministrazione.

Certo, il quadro è già molto diverso rispetto alla sensazione di gelido congelamento immediatamente successiva alla promulgazione della Carta. Lo dimostra il serpeggiare di un interrogativo, quello della risarcibilità dell'interesse legittimo, ancora del tutto esoterico nella giurisprudenza del periodo e prudentissimo anche sul versante dottrinale, eppure dirompente rispetto alla tradizione: « una volta che il diritto positivo tutela gli interessi

legittimi (oggi è la Costituzione a riconoscere il principio) [...] viene spontaneo domandarsi perché la tutela non debba prolungarsi nel campo della responsabilità patrimoniale. La responsabilità patrimoniale appare la naturale conseguenza del comportamento illegittimo, allorché questo abbia causato un danno pecuniario valutabile » (104). Per il momento, la domanda viene lasciata cadere, ma un altro cuneo sottile s'insinua a fendere la solidità della concezione tradizionale.

Questi isolati punti di attacco, in breve tempo, favoriti anche dal progressivo scongelamento costituzionale e dalla regionalizzazione della giustizia amministrativa di primo grado, finalmente conseguita, nel dicembre 1971, attraverso una significativa giurisdizionalizzazione della funzione, convergono verso una più netta inversione di tendenza rispetto alla tradizione (105). Vi spinge anche il generale appannarsi della stagione positivistica che favorisce l'avvio di una inedita « impostazione storico-problematica » che mette a frutto, ormai anche sul piano dell'interpretazione del sistema vigente, la piena consapevolezza che la « giustizia amministrativa è storia e problema » (106).

Così, anche l'interesse legittimo, con fatica, cerca di costruirsi come situazione soggettiva di natura eminentemente sostanziale, inizia prudentemente a prendere le distanze dall'organizzazione, collocandosi, già dal procedimento, sul piano della funzione e dell'attività, cerca sostegno in ascendenze costituzionali sinora non valorizzate — la generale impugnabilità degli atti (art. 113); l'imparzialità e il buon andamento (art. 97) —, sino a rivendicare tutela di fronte ad un vero giudice ed attraverso un vero processo che includa, almeno in via astratta (107), una molteplicità di tutele.

Diventano desuete le classificazioni dell'inte-

(104) MIELE, *Risarcibilità dei danni da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1963, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, cit., 971 (si tratta dell'Introduzione all'omonimo tema del Convegno napoletano del 27-29 ottobre 1963, promosso dalla sezione campana del Centro italiano di studi amministrativi).

(105) Emblematico il saggio di BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1861 ss., che già ipotizza che l'interesse legittimo possa sopravvivere soltanto « negando il suo passato ».

(106) NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., sin dalla Prefazione alla 1ª ed., 1976.

(107) Proprio la legge del 1971 istitutiva dei TAR (l. 6 dicembre 1971, n. 1034) conferiva per la prima volta al giudice amministrativo il potere di emanare sentenze di condanna, sia pur limitatamente alla competenza esclusiva e di merito ed alle somme di cui l'amministrazione risultasse debitrice (art. 26 comma 3).

(102) BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I. *Monografie e manuali*, Milano, 2006, 11.

(103) BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 33.

resse legittimo in interessi occasionalmente protetti e diritti affievoliti; s'impone la distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi, frutto anche della lucida registrazione delle trasformazioni delle funzioni amministrative e di una visione meno stereotipata e monolitica delle tipologie di attività dell'amministrazione (108).

L'interesse legittimo conserva ancora, comunque, la sua funzionalità originaria all'interesse pubblico e alla « tutela della giustizia nell'amministrazione » (109). La tradizione e la specialità, da un lato, la strumentalità, dall'altro, non sono sparite. La ferrea dicotomia delle situazioni soggettive sta lì a ricordarlo. Tuttavia, nella consapevolezza che quella tradizione poteva contare, nel modello continentale, anche su rilevanti percorsi di specialità-garanzia, una parte significativa della scienza giuridica italiana batte con convinzione, tra non poche resistenze della giurisprudenza, la strada della rivisitazione critica della tradizione, avendo come obiettivo, da un lato una riesplorazione della categoria del diritto soggettivo e della parallela giurisdizione del giudice ordinario, almeno nel caso di attività amministrativa vincolata (110), dall'altro l'« arricchimento del contenuto dell'interesse legittimo » (111). Si è già dunque iniziato a porre in discussione il paradigma amministrativo, si riscrivono i contorni dei gianniniani « principii istituzionali », dall'imperatività all'autotutela, dalla retrattabilità alla stessa chiusura unilateralistica (112): ma alla « sequenza potere discrezionale-interesse legittimo-giurisdizione amministrativa di annullamento » (113) si continua a riconoscere ancora una sostanziale ed indiscutibile validità assiologica e garantistica.

(108) NIGRO, *op. ult. cit.*, 131-133; Id., *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.

(109) CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, cit., 561, che muovendo dall'art. 100 comma 1 cost. definisce la peculiarità dell'interesse legittimo nel suo « esser rivolto alla giustizia nell'amministrazione », specificando il collegamento con l'interesse pubblico nel potere di domandare in giudizio la verifica dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa. Già una diversa posizione in BACHELET, *La giustizia amministrativa*, cit., 40, a partire da una interpretazione del testo costituzionale improntata ad una sostanziale unità funzionale della giurisdizione incentrata sulla tutela degli interessi dei cittadini.

(110) ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.

(111) NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 472.

(112) SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce': atto amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., III, 747 ss.

(113) ORSI BATTAGLINI, *'L'astratta e infeconda idea'*, cit., 36.

9. *Il crepuscolo della specialità: un agognato (eppur problematico) distacco.* — Il cambio di passo rispetto alla tradizione, all'inizio degli anni Novanta, lascia impronte significative anche sul versante legislativo, dalla legge generale sul procedimento amministrativo, alla riforma del sistema delle fonti, a quella delle autonomie territoriali. Nel procedimento si consolidano le istanze partecipative, sospinte anche dalla rivendicata natura « attiva » e sostanziale dell'interesse legittimo; si affermano i principi di accesso, contraddittorio, motivazione; la stessa dimensione provvedimentale della funzione viene ridimensionata e si apre la strada a nuovi rapporti tra autorità e consenso; il contratto recupera progressivamente piena legittimità come forma normale di attività amministrativa. Nella stessa sfera dell'amministrazione autoritativa si dischiudono prospettive convenzionali impensabili nelle tradizionali declinazioni della legalità amministrativa. Sul piano delle situazioni soggettive, spinta da nuove qualificazioni normative e da nuovi indirizzi giurisprudenziali che iniziano a sottrarre al fenomeno dell'affievolimento una serie di « diritti perfetti » (114), per definizione non degradabili, si assiste ad una « estensione del diritto soggettivo » (115).

Si sta quindi delineando, assecondata da un più generale alleggerimento delle funzioni di governo e di amministrazione, una forte contrazione della specialità (116), tanto più significativa perché coinvolge l'intero modello continentale. Il diritto comune si rispande nella disciplina dei fatti amministrativi e nelle forme di azione di quelle « pubbliche amministrazioni » che ormai non possono più nascondere il loro tratto pluriorganizzativo. La specialità cessa di essere l'emblema dell'autorità; rimane a difesa soltanto di un nucleo definito di poteri; autoritatività ed unilateralità non sono più caratteri tipici ed indefettibili dell'atto amministrativo, ma semplicemente di alcune categorie provvedimentali. Il mito dell'interesse pubblico come interesse soggettivo inizia ad imboccare il viale del tramonto e la specialità conserva cittadinanza al-

(114) TRAVI, *Lezioni*, cit., 69-70.

(115) FERRARA L., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, 5578-5579. Restano invece ancora incerte le potenzialità espansive della *querela nullitatis* fondata sul sistema di invalidità dell'atto amministrativo come ora definito nell'art. 21 *septies* l. 7 agosto 1990, n. 241. Sul punto, con ampia lettura interdisciplinare, CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, suppl. annuale di studi e ricerche, 2008, 59 ss.

(116) Una significativa anticipazione in BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.

Interesse legittimo

l'interno dell'ordinamento soltanto in esecuzione dei doveri di imparzialità e dei vincoli di scopo fissati all'azione amministrativa.

Le rivisitazioni che, sino a questo momento, si sono limitate a smussare « invarianti » tanto solide quanto in larga misura indiscusse appaiono, all'improvviso, impraticabili o largamente insufficienti; impallidiscono rispetto ad una messa in discussione complessiva, non più di questo o quest'altro profilo, ma dell'intero statuto disciplinare del diritto amministrativo e degli « istituti e delle nozioni che tradizionalmente l'hanno contraddistinto » (117). Il lungo itinerario di costruzione della specialità sta lasciando il posto ad un percorso inverso, la cui meta è ancora indefinita, ma che viene ormai avvicinata all'insegna di una progressiva decostruzione del diritto amministrativo.

L'interesse legittimo, nella sua fragilissima positività, immediatamente ne risente, secondo una duplice direttrice d'impatto. Da un lato, con una chiarezza mai emersa prima, si avvertono l'arcaicità dell'involucro concettuale ed una storicità della nozione talmente radicata nei modelli amministrativi ottocenteschi da rendere impossibile il suo adeguamento alla nuova realtà ed ai nuovi valori. A protagonisti autorevoli delle rivisitazioni dei decenni precedenti, l'interesse legittimo appare ormai, senza mezzi termini, un vero « reperto archeologico » (118), « nato per risolvere nel senso meno liberale il problema del giudizio su un'amministrazione pensata essenzialmente come autorità » e dunque destinato — con voluta nemesi predittiva — ad un inevitabile « affievolimento » normativo e concettuale (119).

Dall'altro lato, specialmente da parte degli studiosi più calati nelle problematiche di giustizia amministrativa, che necessariamente avvertono la forza condizionante delle nomenclature costituzionali e la persistente centralità della nozione nel linguaggio della giurisprudenza, ma che pure sentono fortemente la necessità di trasfigurarne i contenuti in funzione, ormai esclusiva, della tutela del cittadino, si punta ad un rilevante avvicinamento al diritto soggettivo, ricomponendo la frattura e scandendo le residue peculiarità all'interno di un *genus* ormai sostanzialmente omologo a diritto privato e a diritto pubblico (120). Anche il suc-

cesso dell'espressione sintetica di « situazioni giuridiche soggettive » discende da questa nuova sensibilità.

Persino sul piano normativo le acque iniziano a muoversi. Nel 1997, la proposta della Commissione bicamerale di riforma della seconda parte della Costituzione, pur ispirata, per quanto riguarda la giustizia amministrativa, ad una mera razionalizzazione del sistema ereditato dall'Italia liberale (121), mette sul tappeto i problemi, mai risolti, della separazione tra funzioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato e quelli di indipendenza del giudice amministrativo, delineando pure un diverso assetto del riparto. Accantonati i primi per il fallimento della revisione costituzionale, la tendenza ad isolare la giurisdizione del giudice amministrativo « sulla base di materie omogenee » (122) prosegue invece al livello della legislazione ordinaria, secondo un indirizzo già emerso sin dalla legge istitutiva dei TAR e che progressivamente incrementa l'ambito della giurisdizione esclusiva (v. GIURISDIZIONE ESCLUSIVA).

Interventi legislativi e pronunce della Corte costituzionale (123) si alternano in modo vorticoso; v. GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA (124). Si consolida comunque una tendenza che ha come effetto oggettivo una vistosa perdita di rilevanza dell'interesse legittimo, le cui capacità di sopravvivenza sul piano concettuale si sono sempre in larga misura fondate, sin dalla lontana incubazione ottocentesca, sulla necessità di definire la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. La nuova centralità assunta dalla giurisdizione esclusiva e l'imporsi della tecnica enumerativa fanno passare in secondo piano gli antichi concordati giurisprudenziali. La stessa distinzione

attuale una giustizia amministrativa?, cit., 255, per il riconoscimento che l'interesse legittimo, in seguito al pluralizzarsi delle possibilità di tutela e delle utilità acquisibili tramite il giudizio, « sta assumendo la figura di un diritto di credito, ma non già di credito alla legittimità dell'azione amministrativa, bensì di credito ad una concreta utilità; sta diventando, in realtà, un vero e proprio diritto soggettivo ».

(121) MARZUOLI e ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione. Un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 895 ss.

(122) Così l'art. 119 comma 1 cost. nel progetto della Commissione bicamerale.

(123) Di particolare significato gli art. 33 e 34 d. lg. 31 marzo 1998, n. 80, che devolvono alla giurisdizione esclusiva le controversie relative ai pubblici servizi e all'edilizia ed urbanistica. Dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 33 d. lg. n. 80, cit., per eccesso di delega (C. cost. 17 luglio 2000, n. 292, in *Giur. cost.*, 2000, 2221 ss.), tali norme sono state recepite, con modeste modifiche, con legge ordinaria (art. 7 l. 21 luglio 2000, n. 205).

(124) SATTA F., *Giustizia amministrativa*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, VI, 408 ss.

(117) TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, IV, 169.

(118) BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 78.

(119) LEDDA, *La giustizia amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 338.

(120) TRAVI, *op. ult. cit.*, 172. E già NIGRO, *È ancora*

tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, perdendo di significato ai fini del riparto, scolora rapidamente ad un livello « prevalentemente classificatorio » (125).

All'inedita mobilità legislativa fa da contrappunto un rinnovato fermento giurisprudenziale, scandito dal riaccendersi di nuove questioni di riparto e dal rinfocolarsi dei conflitti giurisdizionali. È forte il protagonismo del giudice amministrativo, che consolida, grazie anche al riconoscimento della tutela risarcitoria nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, la propria piena giurisdizione. Ma non sono da meno le sezioni unite della Cassazione che, anche in questo frangente, si confermano investite del potere effettivo di definire « sul versante sostanziale » « la condizione del cittadino verso il potere pubblico » (126).

A poco più di cento anni di distanza, un nuovo « caso Laurens » introduce una scossa senza precedenti ed una imprevista accelerazione in un sistema che, come abbiamo visto, ha vissuto per oltre un secolo di microassistenti legislativi e di una vigorosa continuità giurisprudenziale (127). La questione è fra le più tradizionali, riguarda il tema classico del rapporto tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria, aggiorna come tante volte in passato i confini del riparto di giurisdizione, precisa le tipologie di azioni esercitabili in concreto. In questo caso, sono però i termini di teoria generale, il lessico ed i concetti, a virare completamente rispetto ad una tradizione che si è rivelata sin qui assolutamente impermeabile alle trasformazioni. Dalla natura sostanziale dell'interesse legittimo si fa discendere una conseguenza sino a questo momento giudicata impossibile per una tutela ritenuta di tipo esclusivamente costitutivo, riconoscendo che la lesione di questa situazione soggettiva non si iscrive più nei limiti della sola legittimità, ma può determinare l'applicazione

(125) In questo senso già CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 337.

(126) BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 425.

(127) È l'ormai celeberrima Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487 ss. Si tratta di una decisione presa in ordine ad un regolamento preventivo di giurisdizione sollevato da una pubblica amministrazione (comune di Fiesole) convenuta di fronte al giudice ordinario per il risarcimento del danno conseguente ad un provvedimento amministrativo di cui era stata accertata l'illegittimità: la questione della risarcibilità degli interessi legittimi non solo da questione di giurisdizione si trasforma stabilmente in questione di merito, ma, per la prima volta nell'ordinamento italiano, inizia a prescindere dalla « qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato » (*ivi*, massima, 2847).

della rubrica codicistica della responsabilità aquiliana e fondare una domanda risarcitoria per illegittimo esercizio della funzione pubblica (v. RISARCIMENTO DEL DANNO PER LESIONE DI INTERESSI LEGITTIMI).

Nella medesima via dottrinale e giurisprudenziale, che un secolo prima aveva elaborato — nel modo che sappiamo — la nozione di interesse legittimo, si giunge ad affermare una novità rivoluzionaria che determina una sensibile attenuazione della generale rilevanza della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. La proclamata risarcibilità mina infatti, dall'interno, la stessa consistenza concettuale della nozione (128); non solo mette in luce e consolida una base sostanziale comune con il diritto soggettivo, a lungo pervicacemente negata; ma supera anche in breccia la mera strumentalità con il potere ed il vincolo, sinora indissolubile, tra interesse legittimo e legittimità, escludendo *in re ipsa* che la tutela dell'interesse legittimo possa essere soltanto di tipo costitutivo. Di certo, la nozione non può più essere confinata « in un'azione a tutela innominata, esente da un confronto immediato con i beni della vita » (129).

Solo la nomenclatura resiste, confermando ancora una volta la tipica accidentalità del percorso italiano e l'oggettiva difficoltà di contemperare, all'interno del sistema di tutela, « logica di annullamento » e « logica di spettanza » (130). Cede invece l'impianto teorico tradizionale; cade un simbolo storico della specialità; si ricuce la differenziazione delle situazioni soggettive nel loro im-

(128) FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2000, 679 ss., che ritiene ormai insostenibile « l'idea di conservare l'autonomia categoriale dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo anche dopo aver riconosciuto al primo la possibilità di accesso alla tutela risarcitoria » (*ivi*, 681). Di contrario avviso, ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3220 ss., a partire dalla tradizionale correlazione tra interesse legittimo e tutela demolitoria; SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss., che trova invece nella riconosciuta risarcibilità una ulteriore dimostrazione della « vitalità » di una nozione che ha sì il suo perno in un interesse di natura sostanziale ed effettivo, ma che conserva la propria irriducibile specialità nell'essere una « situazione soggettiva che si confronta con un potere unilaterale altrui » (*ivi*, 46).

(129) BERTI, *op. ult. cit.*, 424, per una definizione riferita all'impianto tradizionale della giustizia amministrativa così come definito prima delle riforme degli anni Novanta.

(130) ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 988, in una prospettiva comunque diversa da quella seguita nel testo ed orientata a ribadire la piena autonomia e dignità concettuale dell'interesse legittimo all'interno di una articolata differenziazione delle situazioni soggettive (*ivi*, 1003).

Interesse legittimo

patto con il potere amministrativo; si appannano le ragioni del dualismo; la tutela si “completa” e si apre alle diverse tipologie di azioni. Le clausole generali del diritto comune si dimostrano in grado di penetrare, sempre più in profondità, attraverso le fenditure aperte negli antichi baluardi della specialità come privilegio. La negazione della pregiudizialità amministrativa e l’apertura della risarcibilità anche agli stessi interessi legittimi di tipo pretensivo sembrano dischiudere una nuova paritarietà nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione (131).

L’improvviso riconoscimento di un profilo risarcitorio, destinato, sulla base dell’allora vigente sistema normativo, a rifluire necessariamente verso la giurisdizione del giudice ordinario, scorza infine persino la tradizionale identificazione di interesse legittimo e giurisdizione del giudice amministrativo. Viene meno anche la storica “impossibilità” teorica di una confluenza tra i due ordini di giurisdizione. Ed infatti, da più parti e con una convinzione mai così ferma, si rinnova il progetto di una concreta unità della giurisdizione, secondo prospettive diverse dal mito ottocentesco del giudice unico ed ormai ispirate al necessario riconoscimento della pluralità di forme di tutela a partire dall’unitarietà dell’interesse protetto (132).

Anche la novella dell’art. 111 cost., che sempre nel 1999 estende e generalizza la previsione del « giusto processo » ad « ogni processo », spinge a reclamare per l’interesse legittimo un preciso carattere individualistico della tutela. È il momento di coraggiose ed innovative trasfigurazioni ermeneutiche: « una soluzione adeguata » alla « implosione del paradigma amministrativistico » ed « alla crisi interna del diritto amministrativo » può essere a questo punto ricercata, attraverso « un ordito di teoria generale » ed « una rilettura sistematica della costituzione », proprio approntando per l’interesse legittimo « una forma di protezione di-

retta dell’interesse individuale nell’ambito di un rapporto giuridico paritario » (133).

Non mancano tuttavia indicazioni di segno diametralmente opposto, che spingono per la conferma delle impostazioni tradizionali.

Il vincolo indissolubile che sembrava essersi allentato tra interesse legittimo e giudice amministrativo viene intanto prontamente ristabilito. Sarà il legislatore, con la l. 21 luglio 2000, n. 205, stabilizzando gli interventi precedenti ed introducendo importanti modifiche al processo amministrativo, a “scongiurare” la possibile deriva verso il giudice ordinario e a ripristinare su nuove basi, insieme allo storico dualismo delle giurisdizioni, una rinnovata centralità del giudice amministrativo, riservando a quest’ultimo « tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno [...] e agli altri diritti patrimoniali consequenziali » (134) e quindi anche le controversie relative alla risarcibilità degli interessi legittimi.

Poco di nuovo aggiunge la Corte costituzionale che riporta sì la giurisdizione esclusiva ai più rigorosi limiti di compatibilità costituzionale fissati alla giurisdizione amministrativa sui diritti (art. 103 comma 1 cost.) (135), ma rispolverando una interpretazione storico-letterale delle disposizioni costituzionali in tema di giustizia amministrativa che ha l’effetto non positivo di riconfermare il carattere prescrittivo e non meramente descrittivo della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Il campo di tensione, dal piano giurisprudenziale a quello teorico, appare, in conclusione, tutt’altro che pacificato. La rinnovata centralità del giudice amministrativo si coniuga con importanti novità rispetto al recente passato, dall’estendersi delle azioni esperibili al sostanziale incremento dei poteri istruttori del giudice, sino al decisivo potere

(133) ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 101 ss., 123.

(134) Art. 7 comma 3 l. TAR, come mod. dall’art. 7 l. n. 205, cit.

(135) C. cost. 6 luglio 2004, n. 204, citata *supra*, nt. 1, che ridisegna i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sul presupposto che le materie ad essa assoggettabili « devono essere “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 » (p. 2200). Sulla stessa linea C. cost. 11 maggio 2006, n. 191, in *Foro it.*, 2006, I, 1625 ss., con nota di TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell’amministrazione*, che in materia espropriativa riconduce alla giurisdizione del giudice ordinario i « comportamenti non riconducibili, neppure mediatamente, all’esercizio di un pubblico potere ».

(131) Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 79 ss., che approfondisce, in margine alla medesima controversia, il *decisum* di Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., e per la quale « Il contatto del cittadino con l’amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell’ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l’interlocutore dell’attività procedimentale, diviene specifico e differenziato » (*ivi*, 95).

(132) TRAVI, *Per l’unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371-388; ORSI BATTAGLINI e MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, *ivi*, 1999, 463-504; PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 21 ss.

di disporre il risarcimento del danno ingiusto. La giurisdizione esclusiva si conferma il nuovo perno delle attribuzioni del giudice amministrativo, rivelando una inedita pienezza di cognizione, di giudizio, di decisione. Dal piano sostanziale, si affianca un'altra innovazione significativa che modifica alcuni caratteri tipici del sistema tradizionale e che pure indirettamente spinge verso un'accentuazione dei caratteri individualistici della tutela: il venir meno di forme di iperprotezione della legittimità amministrativa (136).

Sul sistema, anche a prescindere dai problemi di indipendenza del giudice amministrativo e di reale unificazione della funzione giurisdizionale, pervicacemente insoluti, continua comunque ad aleggiare il « sinistro perturbatore » di sempre (137): l'incidenza delle omologazioni tra le situazioni soggettive e tra giudizio civile ed amministrativo continua fragorosamente a scontrarsi con il macigno del riparto; la « lotta tra le giurisdizioni » non mostra effettive desistenze e trova continuamente nuove occasioni di conflitto, dalla delimitazione della nozione di servizio pubblico alla pregiudizialità amministrativa (138). Il *puzzle*

(136) Art. 21 *octies* comma 2 l. n. 241 del 1990, inserito dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, che esclude l'annullamento per vizi formali del provvedimento amministrativo quando « il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ».

(137) Solo mitigato oggi dall'importante riconoscimento della *translatio iudicii* anche con riferimento alle questioni di giurisdizione. Cfr. C. cost. 12 marzo 2007, n. 77, in *Giur. cost.*, 2007, 726 ss., che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 30 l. TAR, nella parte in cui non prevede la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione. La pronuncia segna un significativo ridimensionamento del dualismo, avendo statuito che « il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi, se comprensibile in altri momenti storici, è certamente incompatibile oggi con fondamentali valori costituzionali non potendo la previsione di una pluralità di giudici risolversi in una minore effettività o, addirittura, in una vanificazione della tutela giurisdizionale ».

(138) Se la Cassazione, con interpretazione estensiva dei propri poteri di regolazione della giurisdizione, opera un'ulteriore assimilazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo statuendo che « la domanda di risarcimento non è soggetta a termini di decadenza e non è preclusa dall'inopugnabilità del provvedimento lesivo » (Cass., sez. un., ordinanza 13 giugno 2006, n. 13659, in *Foro it.*, 2007, I, 3181 ss.; cui *adde*, conf., Cass., sez. un., ordinanza 13 giugno 2006, n. 13660; Cass., sez. un., ordinanza 15 giugno 2006, n. 13911), il Consiglio di Stato fa un secco passo indietro, ribadendo categoricamente il vincolo della pregiudizialità amministrativa e del previo annullamento dell'atto ai fini di ammissibilità della domanda risarcitoria, rispolverando l'intero armamentario delle argomentazioni tradizionali, dalla degradazione alla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, dalla strumentalità al carattere tipicamente impugnatorio del giudizio amministrativo: Cons. St., ad. plen., 22

richiede perciò rimontaggi sempre più pazienti ed articolati.

Sul piano teorico, ad uscirne malconcia è la dimensione concettuale della nostra nozione, ora decostruita sino ad un annichilimento pressoché completo, ora rispolverata da pietrificazioni che sembravano dimenticate: da un lato, la differenza con il diritto soggettivo si assottiglia sino a scomparire; dall'altro, recupera, in parallelo ad un dualismo delle giurisdizioni che anche le ultime modifiche normative hanno salvaguardato ed incrementato, nuovi argomenti di distinzione e di specialità.

Vittima del peso contrastante delle spinte e delle contospinte (139), la forbice interpretativa, invece che restringersi, si è ormai allargata a dismisura, rendendo problematiche le sintesi manualistiche e la stessa tenuta logica delle rappresentazioni concettuali. Incapace di liberarsi sino in fondo della sua storicità e di adeguarsi ai nuovi principi e alle nuove categorie, l'interesse legittimo sempre di più appare come un ingombro concettuale che ostacola la percezione delle novità — prima fra tutte il progressivo delinearci di una pluralità di tipologie di tutela (140) — e di cui, a tanti anni dalla « ingegnosa teoria » ranellettiana, potremmo fare a meno senza grandi rimpianti e, forse, pure con qualche beneficio.

Il realismo del lemmario, che fotografa la persistente immutabilità delle nomenclature del diritto positivo, legislativo e giurisprudenziale, ci ricorda però che il distacco non sarà né breve né indolore e probabilmente, ancora per un lungo periodo, neppure definitivo.

Bernardo Sordi

LETTERATURA. — Non è possibile offrire, con ragionevole completezza, una bibliografia della sterminata letteratura sul tema. Le note, anche per questo, sono pensate come un progressivo ed essenziale itinerario di lettura.

ottobre 2007, n. 12, *ivi*, 2008, III, 1 ss., con illuminante nota di TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto tra le giurisdizioni* (*ivi*, 3 ss.). Non stupisce che, nella prospettiva dell'adunanza plenaria, l'interesse legittimo — di cui il giudice amministrativo si conferma strenuamente il « giudice ordinario » — abbandoni ogni prospettiva di « rapporto » paritario e torni ad essere caratterizzato « da un coinvolgimento costante dell'interesse del singolo nell'interesse della collettività » (*ivi*, 15).

(139) Una rassegna accurata in FERRARA, *Situazioni soggettive*, cit., 5578-5580.

(140) CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss., che vede proprio nel progressivo estendersi del principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo un segno « dell'emancipazione dell'interesse legittimo da incroci e rigidità che non hanno oggi più ragion d'essere ».