

Edoardo Nicola Fragale

## Le posizioni legittimanti nel processo amministrativo e il ruolo dei diritti costituzionali

*Sommario:* 1. Il problema delle posizioni legittimanti e le contraddizioni che attraversano la prassi. – 2. Il punto logico di partenza: diritto d'azione e sovranità popolare. – 3. La teoria della qualificazione e della differenziazione normativa e il problema del “sequestro” dei diritti fondamentali della persona. – 4. Le posizioni legittimanti entro la dimensione dello Stato costituzionale di diritto. – 5. La teoria della norma di protezione alla prova delle fattispecie multipolari. – 6. Qualche notazione finale.

### 1. *Il problema delle posizioni legittimanti e le contraddizioni che attraversano la prassi*

Una lettura continuista, ostaggio dei retaggi ottocenteschi, ha per diverso tempo dominato la dottrina amministrativistica, impedendole di cogliere appieno gli elementi di novità introdotti dalla Carta costituzionale in ordine al ruolo dello Stato e dell'amministrazione<sup>1</sup>. Solo il graduale superamento delle incrostazioni ideologiche ereditate dal passato ha permesso di approdare nel tempo a una piena costituzionalizzazione del diritto amministrativo, consentendo di elaborare un vero e proprio statuto costituzionale dell'amministrazione, vale a dire un corpo di principi, sviluppati da legislatore, giurisprudenza e dottrina, per regolare e governare l'amministrazione, nelle sue diverse dimensioni relative all'organizzazione e all'attività amministrativa<sup>2</sup>. Le forme di tutela del cittadino verso l'amministrazione

<sup>1</sup> A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 49 ss., specie p. 60.

<sup>2</sup> Su cui L. De Lucia, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 1, 2019, p. 3 ss.; U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., p. 74 ss.; C. Esposito, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini in La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1974, p. 245 ss.; V. Cerulli Irelli, *Costituzione Polica e Amministrazione*, Napoli, 2018, p. 7 ss.

non sono naturalmente rimaste estranee a questo fenomeno<sup>3</sup>, al punto che oggi apparirebbe carente o monca qualunque ricerca che intendesse accostarsi al tema della giustizia amministrativa, senza fare sul serio i conti con le trasformazioni impresse dall'avvento dello Stato costituzionale di diritto. Questa considerazione è particolarmente vera se riferita al problema dei criteri di individuazione delle situazioni giuridiche azionabili nel processo amministrativo, tema che ci si propone di approfondire in questo scritto. Senza precorrere eccessivamente sui risultati dell'indagine, è possibile, però, anticipare in premessa, anche a chiarimento del metodo adottato, che in relazione al nostro problema solo un approccio attento alla ricostruzione del ruolo svolto dallo Stato nella protezione dei diritti costituzionali pare in grado di fornire gli strumenti concettuali necessari per sciogliere alcuni nodi via via emersi nella prassi, permettendo di assegnare ai diritti costituzionali il giusto "posto" nel processo di creazione delle posizioni legittimanti l'azionamento del processo.

Ciò considerato in premessa, e con riferimento all'oggetto della nostra ricerca, sopra solo abbozzato, pare ora opportuno soffermarsi sull'illustrazione dei diversi problemi rimasti irrisolti nell'attuale dibattito, onde far emergere con maggiore chiarezza le ragioni che hanno fatto insorgere il bisogno di una nuova ricerca sul tema.

Quello dei criteri di individuazione delle posizioni legittimanti costituisce uno dei temi più controversi nel panorama dottrinario e giurisprudenziale. Il dibattito più recente ha investito, più in particolare, il problema delle costellazioni dei terzi nell'ambito delle fattispecie multipolari del diritto amministrativo<sup>4</sup>. Con questa locuzione s'intende usualmente far riferimento alla relazione nascente dall'esercizio del potere amministrativo fra

<sup>3</sup> A partire da V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, ora in *Scritti giuridici*, II, *Le garanzie nell'ordinamento democratico*, Milano, 1981, p. 451 ss.

<sup>4</sup> Sul tema, L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; G. Mannucci, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in *P.A. pers. e amm.*, 2017, 211 ss.; Id., *La tutela del terzo nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016; M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. «Per una piena realizzazione dello Stato di diritto»*, Rimini, 2017; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2022; Id., *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quis noctis, custos?*, in *Riv. giur. ed.*, 5, 2019, p. 401 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014, p. 25 ss. Nella dottrina germanica, tra gli altri, M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, Berlin, 1992.

l'amministrazione e più soggetti, fra loro collocati in posizioni differenziate. Questo tipo di fattispecie non è, in linea di principio, incompatibile con la teoria dell'interesse legittimo. Anzi, come è stato ben rilevato, diversamente dal diritto soggettivo, l'interesse legittimo sembra manifestare una straordinaria capacità di adattamento, anche fuori dal rapporto bilaterale<sup>5</sup>.

Al di là delle affermazioni di principio, nella concreta prassi giudiziaria s'è, tuttavia, spesso assistito a un'inversione dei termini del ragionamento, per cui la tutela del terzo, *quando ammessa*, è stata molto spesso riconosciuta più per motivi di giustizia sostanziale, che non in base a rigorose verifiche sulla reale esistenza di una posizione soggettiva da tutelare; in altri termini, il ragionamento sotteso alla creazione dello statuto protettivo del terzo muove sovente dalla verifica circa l'esistenza di un bisogno di protezione per giungere alla creazione della situazione giuridica, anziché partire dalla verifica circa l'esistenza della situazione giuridica per giungere a stabilire se quel bisogno ha da essere soddisfatto (o meno) attraverso la costruzione di uno statuto protettivo del terzo<sup>6</sup>. Sotto la spinta dei nuovi bisogni di protezione emergenti dalla realtà sociale, la giurisprudenza ha, così, spesso fatto ricorso a criteri meramente *fattuali* allo scopo di individuare i soggetti terzi legittimati alla proposizione del ricorso giudiziale: il criterio della *vicinitas* adoperato in materia edilizia<sup>7</sup> e ambientale<sup>8</sup> ne costituisce l'esempio forse più emblematico. Il mero dato di fatto della "prossimità" rispetto al fatto generatore della turbativa o del danno viene considerato di per sé sufficiente a radicare il giudizio di merito, esonerando il giudice da ulteriori verifiche<sup>9</sup>. Analogo orientamento ha preso piede in materia di autorizzazioni commerciali, ove la giurisprudenza suole fare ricorso al criterio, assai affine, del bacino d'utenza (c.d. *vicinitas* commerciale<sup>10</sup>). In tutti questi esempi, i giudici ritengono superfluo verificare la presenza di un interesse qualificato e differenziato dalla norma, reputando sufficiente l'esistenza di

<sup>5</sup> A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Il Foro Italiano*, 1997, Vol. 120, 6, 1997, p. 167 ss.

<sup>6</sup> A. Travi, *ibidem*.

<sup>7</sup> Cons. St., sez. IV, 5 settembre 2022, n. 7704; Cons. St., sez. II, 27 giugno 2022, n. 5307.

<sup>8</sup> Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4639; Cons. St., sez. II, 10 marzo 2021, n. 2056.

<sup>9</sup> G. Mannucci, *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, cit., p. 211 ss.; Id., *La tutela del terzo nel diritto amministrativo*, cit., p. 193; F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2013, p. 1005.

<sup>10</sup> Tra le più recenti, Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2022, n. 5353; Cons. St., sez. VI, 28 marzo 2022, n. 2268; Cons. St., sez. II, 10 giugno 2021, n. 4444.

una mera posizione *individualizzata*, che consenta, comunque, di differenziare il terzo rispetto al “chiunque”<sup>11</sup>: una posizione non così angusta da non consentire lo scrutinio giudiziale di provvedimenti che altrimenti ne sarebbero sottratti, mancando diversamente un soggetto portatore di un interesse qualificato dall’ordinamento legittimato a impugnarlo secondo i criteri tradizionali; ma neppure così ampia da renderla indistinguibile da quella degli altri consociati, ciò che darebbe luogo a una vera e propria azione popolare.

L’ampliamento della sfera degli interessi protetti che da questa prassi consegue è, comunque, sensibile: vengono attinte all’area della giuridicità anche forme di individualizzazione di beni della vita “deboli”, perché non radicate in alcuna norma di protezione, ma ritenute non di meno in grado di aprire le porte del giudizio di merito, in quanto sufficientemente differenziate rispetto alla comunità indistinta degli altri consociati.

I limiti di questo modo di procedere sono evidenti: per un verso, là dove postula una rinuncia preventiva all’impiego di categorie ricostruttive teoriche, il carattere casistico di questo approccio conduce spesso verso esiti ricostruttivi instabili, se non addirittura arbitrari; per altro verso, la convivenza con l’applicazione in altri settori di un approccio più tradizionale, legato alla rigorosa e previa verifica circa l’esistenza di una situazione giuridica protetta dall’ordinamento, accentua l’irrazionalità complessiva del sistema<sup>12</sup>.

L’erraticità di questa giurisprudenza è divenuta oggetto di attenzione in diversi studi recenti, i quali (non tutti, per il vero<sup>13</sup>) ne hanno evidenziato i limiti, sia pure da prospettive differenti.

<sup>11</sup> Si noti peraltro che un criterio assai simile si è affermato anche in Germania, quale terza fonte, di matrice fattuale, accanto a quelli legali costituiti dalle norme di protezione comuni e costituzionali, I. Kraft, *Die Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts nach deutschem Recht*, in W. Kluth, K. Rennert (a cura di), *Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht – Klagebefugnis, In-camera-Verfahren, Rechtsmittelrecht*, Halle, 2008, p. 13 ss.; M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, cit., p. 47.

<sup>12</sup> In materia di affidamenti pubblici, a proposito del ricorso incidentale escludente, persistono orientamenti legati alla concezione soggettivistica del processo, in distonia con gli orientamenti eurolunitari, T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. I, 25 maggio 2020, n. 348. In generale, sul diritto liquido, frutto di una giurisprudenza bensì protagonista, ma in forme sempre più spezzettate e frammentarie, A. Travi, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2015, p. 691 ss.

<sup>13</sup> Adesiva rispetto alla giurisprudenza, sia pure entro una ricostruzione originale della legittimazione ad agire, S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2019; segnala le criticità del creazionismo giurisprudenziale, individuandone pos-

Secondo i fautori di una esigente impostazione *soggettivistica* del processo, siffatto modo di procedere sarebbe fortemente opinabile. Il motivo principale di queste perplessità risiede nella vulnerazione del principio di certezza del diritto, conseguente al riconoscimento di una e propria forma di creazionismo giurisprudenziale, dal momento che la *situazione giuridica* viene fatta originare, secondo l'avversata prassi, non già – come sarebbe normale – nell'area compresa tra la norma e l'adozione del provvedimento, bensì nello spazio, logicamente e cronologicamente successivo, che separa l'adozione del provvedimento dalla sentenza del giudice, che ne diverrebbe in tal modo unico artefice<sup>14</sup>.

Secondo una diversa prospettiva d'analisi, sarebbe invece, proprio la pretesa di ancorare la tutela giurisdizionale alla *teoria della norma di protezione* a costituire l'elemento di crisi del sistema. Sarebbero, dunque, non già le fughe in avanti della giurisprudenza – per quanto deprecabili le stesse siano, stante la logica anarchica che le domina –, bensì proprio il modello di tutela tradizionale, ripiegato alla sola protezione degli interessi *qualificati e differenziati* dalla norma attributiva del potere, a dar luogo alle contraddizioni più evidenti: il paradosso di questo modello, ripiegato in forme quasi assorbente sul bisogno di protezione dei beni patrimoniali della persona, caratterizzati da rivalità/escludibilità, starebbe proprio in ciò che, proponendosi di offrire la tutela ai soli interessi *normativamente qualificati e differenziati*, il sistema di giustizia delineato appare molto efficiente nel sanzionare le micro-illegittimità, ma del tutto inadeguato a reprimere le illegittimità più gravide di conseguenze per la collettività<sup>15</sup>. E così, per fare alcuni esempi, parimenti presenti nella non univoca giurisprudenza, mentre è possibile pretendere il rispetto delle norme che regolano le procedure di concorso per la copertura di una sede farmaceutica<sup>16</sup> o di un posto di sanitario, non è, invece, possibile aggredire la decisione dell'amministrazione di lasciare scoperte certe posizioni in dotazione orga-

sibili correttivi in *bonam partem*, P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, cit., p. 135 ss.; Id., *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quis noctis, custos?*, cit., p. 1341 ss.

<sup>14</sup> L. Ferrara, F. Orso, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2020, p. 523 ss.; L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, p. 179; F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, cit., p. 1005 ss.

<sup>15</sup> A.M. Sandulli, *Per una più piena realizzazione dello Stato di diritto*, cit. p. 379 ss.; più di recente, M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 33 ss.

<sup>16</sup> Tra le tante, Cons. St., sez. III, 1° dicembre 2021, n. 8024.

nica o di sopprimere determinati presidi ospedalieri<sup>17</sup>, depotenziando così la funzionalità di servizi rilevanti per la collettività. Insomma, in relazione alle decisioni, non solo di tipo organizzatorio, più impattanti per la vita della comunità, l'assenza di posizioni differenziate e qualificate, nel senso richiesto dalla dottrina più esigente, finirebbe col propiziare la creazione di zone franche, immuni a qualunque scrutinio di legittimità, lasciando in totale balia del pubblico potere una serie di interessi meritevoli di tutela, degradati a posizioni di mero fatto, sol perché non presi in considerazione dalla norma attinente alla regolamentazione dei pubblici poteri o perché da questa non sufficientemente differenziati<sup>18</sup>. Oltretutto una rigorosa applicazione dei criteri della differenziazione e della qualificazione normativa produrrebbe un effetto regressivo, di certo non auspicabile, nella stessa prassi giurisprudenziale, la quale si è finora mostrata, seppure nell'ambito di un modello complessivo tutt'altro che coerente, ben più liberale rispetto ad alcune posizioni espresse nel dibattito teorico<sup>19</sup>.

La critica verso l'esistente, sia pure mossa da opposte motivazioni, si accompagna ad altrettante proposte di razionalizzazione. La gamma delle soluzioni suggerite è ampia: si passa dalla teorizzazione di una giurisdizione *pienamente* soggettiva, ancorata su rigorosi criteri di selezione degli interessi protetti, attinti dalla teoria dei diritti<sup>20</sup>; alla ricostruzione di una giurisdizione con profili di soggettività più *attenuati*, ove la situazione giuridica assume caratterizzazioni tali da risultare non riconducibile alla tradizionale teoria dei diritti soggettivi<sup>21</sup>; fino ad arrivare a posizioni meno usuali, volte a realizzare un arricchimento della teoria delle situazioni giuridiche, trapassando il confine tra diritto amministrativo e diritto costituzionale<sup>22</sup>.

Pur nella loro varietà, i diversi modelli proposti presentano una matrice comune, derivante dall'avvertita necessità di riconciliare la prassi giurisprudenziale, sempre più contraddittoria e anarchica, con la teoria<sup>23</sup>, così da riallineare entro uno schema unitario e coerente il problema giuridico della costellazione dei terzi.

<sup>17</sup> TAR. Lazio-Roma, sez. III *quater*, 12 febbraio 2014, n. 1426; TAR Liguria, sez. II, 5 febbraio 2012, n. 290.

<sup>18</sup> M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 35 ss.

<sup>19</sup> P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, cit., p. 107 ss.

<sup>20</sup> G. Mannucci, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo*, cit., p. 193.

<sup>21</sup> M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 275.

<sup>22</sup> B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione*, Padova, 2020.

<sup>23</sup> F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo tra teoria e prassi*, cit., p. 1005 ss.

Nelle pagine che seguono si cercherà di avviare una riflessione complessiva sul tema, individuando il naturale punto logico di partenza nell'interpretazione della disposizione costituzionale (art. 24 Cost.) sul diritto d'azione. L'esame dell'art. 24 Cost., condotto alla luce delle altre pertinenti previsioni racchiuse nella Carta, consentirà di escludere la conformità al disegno costituzionale della prassi corrente, incentrata sull'impiego di criteri di matrice meramente fattuale in funzione dell'individuazione della legittimazione al ricorso.

Appurata la necessità di intendere il processo amministrativo come giudizio preordinato alla tutela di interessi differenziati e qualificati, verranno esaminate in chiave critica sia la c.d. teoria normativa, accusata di proporre criteri di individuazione delle posizioni legittimanti così esigenti da propiziare vere e proprie forme di sequestro degli interessi individuali costituzionalmente rilevanti, sia la tesi opposta, foriera anch'essa di inconvenienti, specie là dove propone di ancorare in modo *indiscriminato* l'accesso al giudizio amministrativo alla necessità di tutela dei diritti fondamentali della persona.

In chiave ricostruttiva, la soluzione proposta collocherà al centro dell'analisi la norma di protezione di diritto comune, reinterpretabile come adempimento del dovere costituzionale di protezione dei diritti fondamentali, incombente sul legislatore ordinario. Ciò permetterà di proporre un modello connotato da un *cauto* utilizzo dei diritti costituzionali della persona, meglio in grado – a nostro giudizio –, anche di appianare le contraddizioni emergenti nella prassi.

## 2. Il punto logico di partenza: diritto d'azione e sovranità popolare

L'avvio dell'analisi richiede, come anticipato, di chiarire quali siano gli interessi "propri" in grado di schiudere, ai sensi dell'art. 24 Cost., le porte del giudizio di merito.

Scorrendo la letteratura sui temi della legittimazione ad agire e del processo amministrativo, non è raro imbattersi in affermazioni secondo le quali le disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa (artt. 24, 103, 113 Cost.) poco o nulla in realtà avrebbero detto a proposito degli "interessi propri". Ond'è che la Costituzione neppure avrebbe preso una chiara posizione attorno al modello di processo amministrativo concretamente accolto<sup>24</sup>. Del resto, neppure il richiamo ai lavori in seno all'Assem-

<sup>24</sup> A. Travi, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 101, secondo cui «l'interpretazione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale è quella preferibile, ma non è imposta

blea costituente sembra offrire spunti risolutivi sul punto; la lettura dei verbali in Assemblea convince, piuttosto, che i costituenti non avevano in animo di risolvere problemi di dogmatica giuridica, sì che si comprende il motivo per cui intesero astenersi dal prendere definitiva posizione in merito alla natura degli «interessi propri», cui fa cenno il citato art. 24, comma 1, Cost.<sup>25</sup>

La dimostrazione più evidente della (apparente) neutralità delle formule adoperate negli art. 24, 103 e 113 Cost. si ritrova del resto nella circostanza che le disposizioni all'esame abbiano nel tempo dato adito a letture diametralmente opposte del medesimo fenomeno giuridico. Il vincolo di funzionalizzazione impresso dall'art. 24 Cost. al diritto d'azione, inteso come diritto fondamentale preordinato alla tutela degli interessi "propri", ha così indotto un primo orientamento a escludere che la tutela invocata dal singolo possa riguardare interessi *propri* dell'*amministrazione*. Nell'aggettivo si anniderebbe, a questa stregua, uno snodo concettuale dirimente, che porterebbe a rigettare l'idea di un processo azionabile in funzione del mero ripristino della legalità obbiettiva, quand'anche ciò porti a far acquisire al ricorrente un vantaggio di fatto, che si attergerebbe non di meno a mero riflesso del diritto obiettivo<sup>26</sup>. In questa stessa direzione muoverebbe del resto la riconosciuta pari dignità tra le due giurisdizioni, che consoliderebbe l'idea del processo amministrativo come giudizio preordinato, al pari di quello civile, alla tutela di situazioni giuridiche.

In senso contrario si è, tuttavia, obiettato che il richiamo, contenuto negli artt. 24 e 103 Cost., a particolari tipi di situazioni giuridiche da tutelare non dovrebbe intendersi in senso rigoroso, non avendo voluto i costituenti escludere dall'ambito della tutela costituzionale i c.d. interessi *semplici*. Secondo questa diversa linea argomentativa, sarebbe, pertanto, frutto di una

dalla Costituzione»; A. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, p. 91, secondo cui sarebbe «[...] vano ricercare nella Costituzione un canone di precisazione della nozione di interesse legittimo».

<sup>25</sup> Questo emerge molto chiaramente dalla replica del Presidente Tupini alle proposte di emendamento presentate dall'On. Dominedò, che riprendevano quelle di Codacci Pisanelli, volte non solo a sostituire alla formula dell'interesse legittimo quella, diversa, di «interesse giuridicamente protetto», ma anche a introdurre il divieto di abuso di diritto. Nel dare parere negativo, l'On. Tupini rammentava come la giurisprudenza avesse da sempre costituito «banco di prova per la concretizzazione di quello che suole chiamarsi interesse legittimo» (seduta antimeridiana 15 aprile 1947).

<sup>26</sup> V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit., p. 451 ss.; più di recente, L. De Lucia, *La cittadinanza presa sul serio. legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Pol. dir.*, 1, 2022, p. 85 ss.



erronea interpretazione del dettato costituzionale l'idea che fuoriescano dall'art. 24 Cost. le azioni popolari, giacché anche in queste ipotesi verrebbe in rilievo l'interesse "proprio" di chi agisce, sia pure soltanto *uti cives*<sup>27</sup>.

Come dimostra il dibattito qui sommariamente esposto, inutilmente l'interprete s'affannerebbe a ricercare una risposta al suo bisogno di ricerca prestando attenzione alle sole previsioni costituzionali sul diritto d'azione. La presenza di letture così divergenti attorno alle disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa, se per un verso dimostra l'insufficienza del mero criterio di interpretazione letterale, dall'altra, impone di ricercare altrove i caratteri della giurisdizione amministrativa, ampliando l'orizzonte dell'analisi oltre la prospettiva circoscritta all'esame delle sole disposizioni costituzionali sulla giustizia e il processo. L'adozione di un differente angolo prospettico potrebbe, in effetti, contribuire a circoscrivere il problema, chiarendo in primo luogo cosa la giurisdizione amministrativa *non è*<sup>28</sup>. Al riguardo, ci sembra che un arricchimento del dibattito sulla corrente interpretazione dell'art. 24 Cost. possa provenire dalla risposta al diverso quesito se la domanda di giustizia non costituisca, essa stessa, strumento di *diretto* esercizio della sovranità popolare. Più esattamente il tema da esplorare è se l'interesse fatto valere dal singolo individuo possa *anche* essere quello "proprio" del cittadino "uti cives", membro della comunità politica, in tale sua qualità interessato a prendersi cura di problemi che, pur riguardandolo personalmente, interessano non di meno anche gli altri membri della collettività. In realtà, anche il rapporto tra domanda di giustizia e sovranità popolare appare disputabile; ciò non di meno appare preferibile un approccio che tenga separati i temi della cittadinanza attiva dall'accesso alla giustizia, come ora si vedrà. Nella nostra Carta, il riconoscimento del carattere popolare della sovranità non è, infatti, disgiunto dall'accoglimento dell'idea dello Stato di diritto<sup>29</sup>, sì che il dimensionamento degli spazi di libertà politica dei cittadini muove da un atteggiamento di diffidenza nei riguardi delle forme di esercizio *diretto e costante* dei poteri di sovranità,

<sup>27</sup> L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, pp. 106, 107; Id., *Commento sub art. 24 Cost.*, in Commentario Scialoja-Branca (a cura di), Roma-Bologna, p. 18 ss.

<sup>28</sup> Secondo una prospettiva d'analisi fatta propria anche da E. Cannada Bartoli, *Voce interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, p. 7 ss.

<sup>29</sup> C. Mortati, Art. 1, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 23; C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; V. Crisafulli, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985; L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2016.

riguardate con enorme cautela all'interno della Costituzione<sup>30</sup>. In questo atteggiamento di prudenza si ritrova chiaramente il timore che il riconoscimento di forme tanto intense di libertà politica possa trasmodare in un *regresso della libertà dei singoli individui*, portando all'assoggettamento dell'individuo a un potere di controllo sociale totalizzante e neutralizzante<sup>31</sup>. Si comprendono, pertanto, le ragioni del riconoscimento del principio di tassatività degli istituti di democrazia diretta, quali il referendum o l'iniziativa legislativa popolare<sup>32</sup>, nei quali potrà bensì esprimersi la sovranità popolare, ma in quanto costituiscano, appunto, "forme e i limiti" che la Costituzione appositamente prescrive (art. 1 Cost.). Queste considerazioni potrebbero allora consentire di chiudere sin da subito ogni discorso sulla giurisdizione, prendendo atto che l'idea di una sovranità popolare imbricata nello Stato di diritto si opponga di per sé, e aprioristicamente, alla previsione di strumenti di democrazia diretta diversi da quelli *espressamente* preveduti, escludendo conseguentemente la possibilità che nella domanda di giustizia possa individuarsi un'occasione di espressione di autonome valutazioni degli individui, singoli o associati che siano, circa la migliore modalità di cura dell'interesse pubblico<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018.

<sup>31</sup> Come rammentava B. Constant (*Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris, 1874), «Il y a deux dogmes également dangereux, l'un le droit divin, l'autre la souveraineté illimitée du peuple». Sempre secondo l'A., «La sovranità non esiste che in una maniera limitata e relativa. Nel punto in cui comincia l'autonomia e l'esistenza individuale, lì si arresta la giurisdizione di questa sovranità». Da qui la critica rivolta all'indirizzo di Rousseau, colpevole di avere misconosciuto questa elementare verità (B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, 1872, pp. 9, 10).

<sup>32</sup> G. Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1953, p. 78 ss.

<sup>33</sup> Si consideri che al fondo dell'associazionismo spontaneo, che si avverte specialmente in materia di protezione ambientale, si ritrova l'incapacità della democrazia rappresentativa di assorbire i conflitti che si agitano nella società, su cui G. Berti, *Interessi senza struttura*, cit., p. 70; M. Del Signore, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2013, p. 734 ss.; nonché M. Villone, *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso*, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, a cura di A. Gambaro, Milano, Giuffrè, 1976, p. 71 ss., specie pp. 78 e 81, là dove correttamente rileva come l'interesse diffuso tocca da vicino quei procedimenti mediativi del sistema politico che non hanno operato o non hanno saputo operare efficacemente e che pertanto non riescono a trovare una specifica rappresentanza nel sistema politico-istituzionale). A ben vedere, l'alterità degli interessi meta-individuali rispetto all'interesse pubblico investe non già l'oggetto di cura, bensì il soggetto chiamato a farsene interprete. Dietro gli interessi meta-individuali si pone, infatti, nient'altro che il diverso punto di vista circa la cura dell'interesse pubblico espresso dalla società civile, degli enti intermedi e dei

Senonché, arrestando qui lo sviluppo del ragionamento, si accedrebbe a una interpretazione assai restrittiva dell'art. 1 Cost., tale da circoscrivere la capacità espressiva della sovranità al solo esercizio della funzione elettorale e agli istituti di democrazia diretta<sup>34</sup>, attraverso i quali prende certamente forma, pur con tutti i limiti diffusamente evidenziati, la partecipazione della collettività degli individui in carne e ossa alla determinazione dell'indirizzo politico dello Stato-apparato. In questo modo si sottovaluterebbero, però, le altre dimensioni rilevanti della sovranità popolare, occultando in una lettura parziale gli altri momenti di espressione della partecipazione politica e sociale dell'individuo, rappresentati non solo dall'esercizio delle stesse libertà civili<sup>35</sup>, ma anche dall'emersione delle nuove forme di cittadinanza attiva che la Repubblica, nel novellato art. 118, co. 4, Cost., pure

singoli individui, V. Denti, *Interessi diffusi*, voce del *Novissimo digesto*, appendice, Torino, 1982, III, p. 2079 ss.; di specie dell'ampio *genus* dell'interesse pubblico parla M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., p. 9; su questa sovrapponibilità anche Cass., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, cit., p. 1089 ss. Sul tema degli interessi diffusi la letteratura è sterminata, AA.VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi*, a cura di L. Lanfranchi; B. Caravita, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 187 ss.; M. Cresti, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992; C. Cudia, *Interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; R. Lombardi, *La tutela delle posizioni meta-individuali*, Torino, 2008; R. Federici, *Gli interessi diffusi. Il problema della loro tutela nel diritto amministrativo*, Padova, 1984; G. Manfredi, *Interessi diffusi e interessi collettivi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, 2014, p. 513 ss.; R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale e amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993, p. 481 ss.; S. Piraino, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1979, p. 202 ss.; P.L. Portaluri, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, cit.; C. Punzi, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 647 ss.; A. Romano, *Interessi individuali e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro it.*, 101, 1972, III, p. 7 ss.; F.G. Scoca, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, p. 43 ss.; R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 199 ss.

<sup>34</sup> O alle altre modalità previste, come la partecipazione diretta all'amministrazione della giustizia (art. 102 Cost.), o la libertà di associarsi in partiti per concorrere alla determinazione della politica nazionale (art. 49 Cost.).

<sup>35</sup> Predilige una interpretazione più ampia del significato di sovranità popolare, V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in *Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, 1955, ora anche in *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 91 ss.

*favorisce*, onde valorizzare l'impegno civico dei cittadini<sup>36</sup>. Si tratta di nuove forme di puntualizzazione della *cittadinanza* nelle quali si coglie anche la diversa immagine di persona accolta nella nostra Costituzione<sup>37</sup>: non più, o non più soltanto, quella idealizzata dall'avvento della modernità, al culmine del processo storico di emancipazione dell'individuo dall'ordine cetuale medievale, in cui il singolo individuo è riguardato come soggetto ripiegato attorno al bisogno di protezione dei soli interessi materiali ed egoistici<sup>38</sup>. Questa immagine di individuo – tributaria del paradigma dell'individualismo possessivo<sup>39</sup>, che fissa la vera essenza della condizione umana in quella emergente dallo stato di natura, in cui tutti gli uomini sono esseri liberi e uguali, come tali padroni assoluti della propria persona e dei propri beni (c.d. *liberty e property*)<sup>40</sup> –, trova bensì spazio nella nostra Costituzione, ma arricchita di una nuova dimensione. I classici diritti di libertà non esauriscono il catalogo dei diritti fondamentali, che comprendono ora anche i diritti sociali. Soprattutto, vecchi e nuovi diritti sono affiancati dal dovere inderogabile di solidarietà (art. 2 Cost.), che costituisce non solo termine di riferimento oggettivo dell'azione dei pubblici poteri, chiamati a rimuovere gli ostacoli d'ordine economico e sociale che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.)<sup>41</sup>, ma prima ancora, impegno al cui assolti-

<sup>36</sup> Sulle nuove forme di cittadinanza attiva, da intendersi come partecipazione del singolo alla funzione di amministrazione, la letteratura è oramai sterminata, F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601 ss.; G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Bari, 2006, 3 ss.; Id., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, 117-118, 1997, p. 29 ss.; più di recente, diffusamente in F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. Arena, M. Bombardelli, *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, 62, 2022, p. 113 ss.; M. Bombardelli, *L'organizzazione dell'amministrazione condivisa*, ivi, p. 113 ss.

<sup>37</sup> Sul legame che avvince la nuova immagine di persona accolta dalla costituzione al dovere di solidarietà e alle autonome iniziative dei cittadini, V. Tondi della Mura, *La solidarietà tra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in [www.associazioneideicostituzionalisti.it](http://www.associazioneideicostituzionalisti.it), 2010, p. 9.

<sup>38</sup> N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 33; nella stessa direzione anche, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 182.

<sup>39</sup> Su cui, C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano, 1982, p. 27.

<sup>40</sup> H. Grotii, *De iure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam, 1646, trad. curata da F. Arici, F. Todescan, Padova, 2010 e J. Locke, *Two Treatises of Government*, Vol. V, *The Works of John Locke*, London, 1823, specie p. 159.

<sup>41</sup> F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, p. 16.

mento sono chiamati tutti, non esclusi i singoli individui, anche fuori dalla presenza di precisi vincoli giuridici<sup>42</sup>. Nel dovere di solidarietà si ritrova, dunque, qualcosa in più rispetto alla mera necessità di assicurare il contemporaneo delle libertà di tutti, onde assicurare il pieno godimento delle libertà di ciascuno<sup>43</sup>, perché al centro del suo programma la nostra Costituzione pone l'obiettivo, certamente più esigente, di assicurare anche il rispetto della dignità umana, valore la cui realizzazione non è disgiunta dalla presenza di alcune condizioni minime di giustizia sociale<sup>44</sup>. Facendo sintesi di quanto sin qui è venuto emergendo, può senz'altro affermarsi che l'idea di persona fissata nella Costituzione non è, dunque, più soltanto quella dell'*individuo interessato alla sola sicurezza dei suoi godimenti personali*, ma quella ben diversa di *soggetto astretto da legami sociali verso la comunità*<sup>45</sup>. Ciò considerato, sembra, dunque, naturale individuare nell'adempimento del dovere di solidarietà (sociale) uno dei fondamenti della *cittadinanza attiva*, nella quale ben può esprimersi l'impegno civico del cittadino versato alla cura diretta dell'interesse pubblico (art. 118, co. 4 Cost.). Tuttavia nel dovere di solidarietà, oltre che nei principi dello Stato di diritto, si ritrovano, a nostro avviso, anche i limiti al raggio d'azione della cittadinanza attiva (ex art. 1 Cost.); limiti necessari, affinché le pretese di partecipazione del cittadino attivo non si risolvano, invece, *esse stesse nella distruzione della libertà o dignità altrui* e, in ultima analisi, *nella inosservanza del dovere di*

<sup>42</sup> Il dovere di solidarietà può senz'altro tradursi *anche* nell'imposizione di specifici obblighi ex art. 23 Cost. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, p. 57; tuttavia il principio permea di sé anche le attività connotate da spontaneismo e gratuità, su cui L. Carlassare, *Solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, p. 45 ss.; F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit., p. 15; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 157; V. Tondi della Mura, *La solidarietà tra etica ed estetica*, cit., p. 1 ss.

<sup>43</sup> Come nella classica rappresentazione dei diritti di libertà accolta negli ordinamenti costituzionali di matrice individualistica, W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, London, 1753 (nell'edizione americana, Philadelphia, 1893, p. 124). Sul tema, P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, cit.; sul tema della Costituzione garanzia, pensata in funzione della sola tutela delle libertà degli individui, anche A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giorn. st. cost.*, 17, 2009, p. 11 ss. e naturalmente M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 2014.

<sup>44</sup> Dunque se è vero, come rileva A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 57 che il riferimento al dovere di solidarietà suona come un richiamo al contemporaneo del valore della libertà con quello dell'uguaglianza, non può ignorarsi neppure che la norma stringe legami anche col diverso principio della giustizia sociale, V. Tondi della Mura, *La solidarietà tra etica ed estetica*, cit., 2010; F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit., p. 35.

<sup>45</sup> F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit., p. 17.

*solidarietà*, al cui adempimento le forze sociali e individuali civicamente impegnate vorrebbero pure, in teoria, informarsi.

In questo quadro, che investe primariamente la cittadinanza attiva, anche nelle forme prefigurate dall'art. 118, co. 4, Cost., non può di certo essere collocata in ombra la funzione giurisdizionale nonché lo stesso diritto d'azione, il cui vincolo di funzionalizzazione rispetto alla protezione dei "diritti soggettivi e degli interessi *"propri"*"<sup>46</sup> sembra assumere senso e significato, proprio se messo in relazione con quella visione equilibrata dei rapporti tra esercizio della sovranità popolare, dovere di solidarietà, rispetto della dignità umana e Stato di diritto che l'art. 1 della Costituzione ha inteso far propria. S'intende alludere certamente al problema del ruolo e dei limiti d'ammissibilità dell'azione popolare e, dunque, del significato della formula degli "interessi propri" fatta propria dall'art. 24 Cost., che una interpretazione storica e letterale aveva bensì lasciato irrisolto, là dove legittimava quella pluralità di letture cui prima si è fatto rapidamente cenno, ma che appare ora meno oscuro, proprio accogliendo una visione ampia dei rapporti tra diritti, doveri, poteri, forze individuali e sociali.

Ci sembra, infatti, che proprio il carattere multipolare del diritto amministrativo<sup>47</sup> militi a favore di una interpretazione *cauta* della cittadinanza attiva. Se il potere pubblico costituisce la sede deputata alla realizzazione di faticosi bilanciamenti tra le libertà e i diritti di ciascuno, nell'interesse certamente di tutti, ma anche a beneficio della libertà e della dignità di qualcuno più di altri direttamente interessato alla vicenda di potere amministrativo<sup>48</sup>; se la giurisdizione, attivata dall'azione individuale, costituisce il luogo nel quale quel bilanciamento potrebbe essere scrutinato e posto in discussione; se un uso *improprio* del diritto d'azione può condurre allo sfascio delle libertà e dei diritti altrui, facenti capo così alla formazione sociale (su cui meglio *infra* §5), come al singolo interessato più da vicino dalla vicenda amministrativa (si pensi al cittadino reclutato tramite concorso, aggredito dal *quisque de populo*, e perciò costretto in posizione di incertezza esistenziale in un suo bene fondamentale rilevante ex art. 4 Cost., per il

<sup>46</sup> Sulla tipicità del diritto costituzionale d'azione, L.R. Perfetti, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 276 ss.

<sup>47</sup> Per un tentativo di definizione delle relative problematiche, L. De Lucia, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Pol. dir.*, 1, 2022, p. 85 ss., G. Mannucci, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo*, cit., p. 104 ss.; M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 278 ss.

<sup>48</sup> In tema di bilanciamento, di recente, G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 100.

solo fatto della impugnativa giudiziale<sup>49</sup>), la cui dignità appare preservata nel diritto pubblico *anche* dal valore di certezza e sicurezza nel godimento individuale, consustanziale alla funzione stabilizzatrice svolta dal provvedimento amministrativo<sup>50</sup>; se tutto questo è vero, occorre allora molta cautela prima di ritenere che la cittadinanza attiva possa oggi annoverare, tra le sue forme tipiche di manifestazione, anche l'attivazione della funzione giurisdizionale e che l'interesse "proprio" idoneo a schiudere le porte al giudizio di merito possa indiscriminatamente assumere le sembianze dell'interesse individuale "*uti cives*", manifestandosi nei termini di esercizio di una vera e propria azione popolare, non a caso annoverata da autorevole dottrina tra gli strumenti di democrazia diretta<sup>51</sup>. Con questo si vuole dire che appare coerente rispetto all'idea di una *cittadinanza attiva imbricata nello Stato di diritto e dimensionata dal dovere di solidarietà*<sup>52</sup>, la conclusione per cui la *giurisdizione*, salvo controllate estensioni realizzate per mano legislativa, si collochi fuori *dal novero degli strumenti attraverso i quali la sovranità popolare può essere direttamente e costantemente esercitata*<sup>53</sup>. Eventuali correttivi

<sup>49</sup> Si pensi anche all'esempio del costruttore la cui licenza sia sospesa in via giudiziale, benché legittimamente assentita, e per questo venga costretto ad abbandonare il progetto.

<sup>50</sup> Oggi positivamente riconosciuta nelle diverse previsioni relative alla tutela degli affidamenti individuali anche nelle ipotesi di illegittimità del provvedimento (art. 21-*quinques* e 21-*nonies* l. n. 241/1990); su questo non marginale profilo, B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 48 ss.

<sup>51</sup> Su cui L. Paladin, *Voce Azione popolare*, in *Nov. Dig. It.*, 1958, II, p. 88 ss.; V. Crisafulli, *Voce Azione popolare*, in *Nuovo Dig. it.*; II, p. 139.

<sup>52</sup> Su cui di recente, con specifico riferimento alle problematiche di diritto pubblico, P. Forte, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. pers. e amm.*, 1, 2017, p. 63 ss.; L.R. Perfetti, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, ivi, p. 3 ss.

<sup>53</sup> Sia pure in un sistema dominato dalle regole dell'*injury in fact*, quale *proxy*, non sempre correttamente funzionante, di posizioni legittimanti, rileva il pericolo che lo strumento giudiziale divenga mezzo di pressione politica, fuori dagli ordinari canali istituzionali, A. Scalia, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk U. L. Rev.* 881 (1983); per una critica nei riguardi del criterio della differenziazione, a mezzo dell'*injury in fact*, anche in ragione della necessità di valutare il danno fattuale alla luce di un parametro normativo che ne faccia emergere la rilevanza secondo l'ordinamento, C.R. Sunstein, *What's Standing after Lujan? Of Citizen Suits, "Injuries", and Article III*, in *Michigan Law Review*, Nov., 1992, Vol. 91, No. 2 (Nov., 1992), p. 163; sulla pericolosità del criterio fattuale dell'*injury in fact*, in quanto *proxy* assai approssimativo, capace di condurre alla denegata giustizia nei riguardi di situazioni giuridiche espressamente protette dall'ordinamento, F.A. Hessick, *Standing, Injury in Facts, and Private Rights*, 93 *Cornell L. Rev.* 275 (2008). Sono gli stessi rischi del resto paventati da P.L. Portaluri, *La cambiale di Forsthoff*, cit., p. 107 ss.

edificabili *dentro* il processo, tramite la previsione di un giudizio di meritevolezza dell'interesse da affidare al prudente governo del giudice nella sede di merito<sup>54</sup>, non sarebbero, a nostro giudizio, sufficienti a impedire quelle forme di degenerazione cui prima si faceva cenno, convincendo pertanto della ragionevolezza di una diversa soluzione, giacché, per un verso, interverrebbero in un momento, il giudizio di merito, nel quale il regresso della libertà altrui potrebbe essersi già inverato, per il solo fatto dell'azionamento della macchina giudiziaria; per altro verso, perché rimetterebbe implicitamente al giudice, fuori peraltro da scelte di bilanciamento *consapevolmente ed espressamente* compiute dalla legge *generale*, il compito di selezionare gli interessi meritevoli di tutela (su cui meglio §5). Del resto sono proprio queste considerazioni ad aver suggerito l'introduzione di specifiche cautele, là dove, come nel caso della protezione dell'ambiente, un diritto di azione popolare è stato effettivamente riconosciuto<sup>55</sup>.

Se si condividono queste osservazioni, dovrà allora concludersi che il nostro ordinamento permette di muovere azione esclusivamente per la protezione di "interessi propri", da intendersi quali interessi che pertengono all'individuo "*uti singulus*" e non "*uti cives*"<sup>56</sup>. Sembra, dunque, ancora attuale e non tramontata l'idea del processo come servizio che lo Stato mette a disposizione del singolo cittadino<sup>57</sup>. Che attraverso la tutela dell'interesse

<sup>54</sup> Così, M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 293 ss., nell'ambito, peraltro, di una ricostruzione assai raffinata, volte a cogliere il *proprium* dell'interesse legittimo nel dovere di solidarietà, espressione della naturale multipolarità del diritto amministrativo.

<sup>55</sup> L'azione è, come noto, riconosciuta in capo alle sole associazioni iscritte nel registro ministeriale. Peraltro si ritiene che la disciplina in esame costituisca adempimento di precisi obblighi internazionali, nella specie derivanti dalla Convenzione di Ahrus. Sulle problematiche poste dalla Convenzione, M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012; E. Romani, *Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis*, in *Dir. econ.*, 2021, p. 204; A. Tanzi, E. Fasoli, L. Iapichino (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011; T. Moolenaar, S. Nóbrega, *Access to Justice: Environmental Non-Governmental Organisations according to the Aarhus Regulation*, in *Elni Review*, 2016, p. 76 ss.

<sup>56</sup> Esprime molto bene questa posizione Cass., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro it.*, 101, 1978, p. 1089 ss., là dove osserva che «La essenza individuale, e non collettiva (già in tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 24 ottobre 1972, n. 631, id., Rep. 1972, Voce Giustizia amministrativa, n. 213), dell'interesse legittimo è dunque nell'ordinamento, e deve essere stata ripresa dalla Costituzione (art. 24, 103 e 113) nella concezione allora prevalente e tuttora perdurante». Sul punto, di recente, anche L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 175 ss.

<sup>57</sup> P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere giuridiche*, Vol. IV, Roma, 2019, pp. 122, 125, il quale coglie il fenomeno del totale dissolvimento dell'interesse



individuale l'ordinamento possa poi proteggere indirettamente anche l'interesse pubblico, a partire da quello al rispetto della legalità obbiettiva, è considerazione che non pare contraddire il paradigma individualistico<sup>58</sup>, ancora sotteso – come ci è parso di credere – alla funzione giurisdizionale<sup>59</sup>. Anzi, siffatta affermazione pare semmai viepiù conciliarsi con l'idea di libertà accolta nello Stato costituzionale di diritto, che suppone bensì un'attività di controllo dell'attività dei pubblici poteri, ma da attuarsi *per il tramite del Parlamento*, nella formazione delle leggi, o anche per il tramite degli organi giurisdizionali, ma pur sempre in funzione della *protezione dei diritti (in specie di libertà), necessari per la preservazione dell'ambiente democratico* e il rispetto della dignità e della libertà della persona<sup>60</sup>.

### 3. *La teoria della qualificazione e della differenziazione normativa e il problema del sequestro dei diritti fondamentali della persona*

Se quanto in precedenza osservato è vero; se gli “interessi propri” cui allude l'art. 24, primo comma, Cost. sono solo quelli connotati da una matrice individualistica, e non, invece, anche quelli orbitanti in capo alla comunità, è allora conseguenziale concludere che siffatti interessi *debbono assumere la forma logica del diritto*<sup>61</sup>. Sembra, dunque, munita di un preciso ancoraggio costituzionale quella corrente dottrinarica che – seppure in ragione di un

individuale in quello pubblico quale proprium della concezione astratta dell'azione. Anche V. Spagnuolo Vigorita, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 630 ss.; F.G. Scoca, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 184.

<sup>58</sup> Si intende far riferimento alla variante utilitaristica del liberalismo, su cui, J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, 1907, I, IV.

<sup>59</sup> Sulla duplice funzione della tutela giurisdizionale, già F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. 1, 1905, p. 17, secondo cui l'utilità generale non è altro «...se non la somma delle utilità particolari, che dalla giurisdizione ottengono o possono al bisogno ottenere protezione pratica ed efficace»; V. Spagnuolo Vigorita, *Principio individualistico nel processo amministrativo*, cit., specie p. 637 ss.; il concetto si ritrova anche in J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986.

<sup>60</sup> Nel modello dello Stato costituzionale di diritto, le libertà civili sono chiaramente ancillari e serventi rispetto a quelle politiche, A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano, 2012, p. 965 ss.

<sup>61</sup> Spunti in E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, p. 52. D'altra parte, come già rilevava L. Meucci (*Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi vigenti*, in *Giust. amm.*, 1891, p. 16), nella tutela di un interesse solo occasionalmente protetto si realizzerebbe una mera «ri-

diverso percorso di interpretazione della Costituzione –, ha, comunque, correttamente colto gli elementi di discontinuità presenti nella Carta, per inferirne il carattere sostanziale dell'interesse legittimo<sup>62</sup> e, dunque, la necessità di intendere, in ossequio alla teoria generale<sup>63</sup>, l'interesse “proprio”

parazione del diritto, una difesa della legge affidata al casuale incontro con un interessato, *un'azione popolare non giustificata da un sistema [...]»*. (corsivo nostro).

<sup>62</sup> Il riferimento è soprattutto a V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit.; anche F.G. Scoca, *Interesse legittimo*, cit., p. 181 ss.

<sup>63</sup> Entrambi i criteri, della qualificazione normativa e della differenziazione, compaiono nelle trattazioni della manualistica degli ultimi decenni del secolo scorso, anche se non sempre pare chiaramente emergere nelle differenti ricostruzioni la natura normativa di entrambi i criteri, A.M. Sandulli, *Manuale*, 1989, p. 109; M. Nigro, *Giustizia*, cit., p. 107, 125; V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, p. 179 ss. Quanto al dibattito più recente, apertamente aderente alle impostazioni proprie della teoria generale e, più esattamente, alla teoria dell'interesse legittimo come interesse qualificato e differenziato dalla norma, G. Mannucci, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, p. 193; anche L. Ferrara, F. Orso, *Sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo. A proposito di due recenti monografie*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2020, specie in p. 727 ss., ove viene sottolineata la necessità di intendere l'interesse legittimo come situazione giuridica statica, in quanto definita in tutti i suoi elementi strutturali, senza necessità di una (suppletiva) attività giudiziale per il suo perfezionamento. Ci pare possano essere ricondotti a questo orientamento anche altre posizioni. Rilevano la stretta connessione tra i due criteri della qualificazione e della differenziazione anche, E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 334-335, ove si rileva che l'interesse è qualificato, perché preso in considerazione dalla norma che lo protegge, anche in modo indiretto, e, in quanto tale, risulta anche differenziato rispetto alla pluralità degli interessi che fanno capo ai consociati; nella stessa direzione anche, A. Cerri, *Diritto di agire dei singoli, delle associazioni che li rappresentano, di entità destinate alla difesa di interessi collettivi. I progressivi ampliamenti della legittimazione e le ragioni che li giustificano*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, dove la differenziazione viene ancorata al criterio della qualificazione, nel senso che l'interesse non è di tutti, ma solo di coloro i quali si trovano in condizioni giuridiche armoniche rispetto alla *ratio* della norma di tutela. Il criterio fattuale è respinto a vantaggio di quello normativo anche da L. De Lucia, *Provvedimento normativo e diritti dei terzi*, p. 99. Da ultimo, in questa stessa direzione, anche G. Panattoni, *La vicinitas è di per sé idonea a fondare la legittimazione al ricorso?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2022, p. 617, che dequota gli interessi all'integrità dell'assetto urbanistico selezionati dal criterio della *vicinitas* a interessi diffusi; si tratterebbe, perciò, di interessi di fatto, donde la necessità di ancorare la tutela all'individuazione di un bene (la salute, preservazione dei valori economici) qualificato e differenziato da specifiche norme. Dicevamo, però, che il criterio della differenziazione non è unanimemente inteso e, anzi, proprio questo criterio sembra costituire il vero spartiacque nelle differenti concezioni dell'interesse legittimo: propendono, per esempio, per l'idea della natura fattuale della differenziazione F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. ss.; Id., *Voce Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, 1989, p. 13; Id., *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 43 ss.; P.L. Portaluri, *La cambiale di Forstboff*, cit., p. 135 ss., seppure in *bonam partem*, onde limitare il creazionismo

come distinto da quello orbitante in capo alla collettività degli individui; un interesse, dunque, *qualificato*, perché preso in considerazione dalla norma, e, altresì, *differenziato*, perché riferito a una posizione individuale, coerente con la *ratio di* protezione espressa dalla norma, perciò anche distinguibile da quella nella quale versano gli altri componenti della collettività. Si tratterebbe, pertanto, di un interesse giuridicamente protetto, come tale senz'altro riconducibile entro la cornice comune della teoria dei diritti<sup>64</sup>. Questo processo di assimilazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, vischiosamente affermatosi in dottrina a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha permesso di soppiantare i diversi criteri di matrice *fattuale*, per molto tempo adoperati da giurisprudenza e dottrina allo scopo di individuare i soggetti legittimati ad agire nel processo amministrativo<sup>65</sup>, consentendo così anche di superare anche la risalente idea dell'interesse legittimo come interesse solo occasionalmente protetto<sup>66</sup>. Tuttavia, questo programma di rinnovamento è riuscito a realizzarsi solo in parte, stante le deviazioni riemerse ancora una volta in seno alla giurisprudenza, in merito alla *costruzione dello statuto protettivo dei terzi*, ancora sovente ancorato al criterio fattuale della *vicinitas*<sup>67</sup>.

Si ritorna, dunque, al problema illustrato inizialmente, riferito essenzialmente alle fattispecie multipolari del diritto amministrativo, rispetto al quale si avverte oggi la necessità di elaborare una proposta ricostruttiva in grado di appianare le contraddizioni emergenti nella giurisprudenza.

giurisprudenziale alla sola individuazione di nuove posizioni legittimanti, consentendo di arricchire la gamma degli interessi protetti dall'ordinamento.

<sup>64</sup> Sull'assimilazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo e sulla maggiore severità che da questo accostamento sarebbe conseguita nel processo di selezione degli interessi, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 127; anche E. Cannada Bartoli, *Voce interesse (diritto amministrativo)*, cit., p. 1 ss.

<sup>65</sup> Il criterio si limitava a dedurre l'esistenza di interessi legittimi non già dalla presenza di una volontà di qualificazione dell'ordinamento, bensì dalla mera emersione di un *danno* di fatto, legato alla spendita del potere pubblico, solo occasionalmente protetto dalla norma, O. Ranelletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 163; L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi vigenti*, in *Giust. amm.*, 1891, p. 15; F. Cammeo, *Commentario*, cit., p. 130 ss.; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1930, p. 156; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, p. 210 ss.; per una ricognizione, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, p. 123, ed ivi anche per i richiami alla giurisprudenza, ove pure quel criterio aveva accolto.

<sup>66</sup> Tesi intrinsecamente contraddittoria; sul legame che avvince i criteri di individuazione dell'interesse legittimo alla natura di questo, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122.

<sup>67</sup> G. Mannucci, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo*, cit., p. 95 ss.

Che la risposta alle deviazioni emerse nella prassi debba, tuttavia, essere ricercata nella riproposizione di una visione *esigente* della giurisdizione *soggettivamente* animata è questione che merita qualche ulteriore approfondimento. Se, come ci è parso di ritenere, non ogni interesse legato (anche) alla protezione dell'interesse pubblico pare di per sé sufficiente ad animare la domanda di giustizia, occorre verificare quanto sia fondato il pericolo opposto, pure rilevato da attenta dottrina<sup>68</sup>, di legittimare, attraverso una *rigorosa* interpretazione dei criteri normativi di *qualificazione e differenziazione*, operazioni di vero e proprio “sequestro” degli interessi individuali da parte del legislatore ordinario. Il problema è particolarmente avvertito a proposito dei diritti fondamentali, in relazione ai quali la teoria normativa sembra, almeno all'apparenza, generare un fenomeno di sotto-dimensionamento della cerchia dei beneficiari, conseguenza dell'“oscuramento” degli interessi individuali, degradati a interessi “non propri” e, dunque, “di fatto”, come tali inadeguati ad attingere il giudizio di merito, sol perché non differenziati e/o qualificati dalla norma attributiva del potere: una simile differenziazione sarebbe, infatti, per definizione imprevedibile a proposito dei diritti fondamentali, stante il loro carattere di universalità<sup>69</sup>, sì che gli stessi – così sostiene la teoria normativa – avrebbero *sempre* bisogno dell'*interpositio legislatoris* per divenire concretamente operanti nella vita sociale, comportandosi a stregua di norme incomplete, mere enunciazioni programmatiche rivolte all'indirizzo del legislatore ordinario<sup>70</sup>.

Che le obiezioni sollevate nei riguardi dell'esigente applicazione della teoria normativa abbiano un certo grado di fondamento sembra, almeno all'apparenza, trovare riscontro nell'esame della stessa teoria generale, la quale non sembra, in effetti, richiedere che gli interessi “propri” debbano,

<sup>68</sup> M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., specie pp. 199, 203 e sulla sua scia, sia pure in diversa ricostruzione, anche B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 86 ss. Più in generale, in merito alla ritrosia dei giudici amministrativi a cogliere gli elementi di novità insiti nell'avvento dello Stato costituzionale di diritto, A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, cit., p. 49 ss.

<sup>69</sup> Siffatti interessi, protetti da diritti fondamentali, legittimerebbero non già a muovere azione avverso eventuali provvedimenti amministrativi lesivi, bensì solo a invocare una tutela *successiva* al concreto svolgimento dell'attività economica assentita, a carattere risarcitorio o inibitorio, G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, p. 290

<sup>70</sup> Sull'impossibilità di qualificare i diritti fondamentali come diritti soggettivi, per assenza della necessaria individualizzazione, già O. von Bülow, *Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess*, 1903, p. 202 ss.; ma nello stesso senso gran parte della dottrina pubblicistica a cavallo tra fine Ottocento e la metà del secolo seguente, come innanzi si vedrà.

altresì, essere *sempre esclusivi del soggetto che ne invoca tutela*, per essere traducibili nel linguaggio dei diritti. Il che porta a revocare in dubbio l'idea che il dato della quantità dei beneficiari possa essere considerato come criterio discretivo dirimente ai fini della predicabilità di un diritto.

Allo scopo di spiegare meglio questa affermazione occorre rivolgere l'attenzione proprio alla teoria generale, precisando che non ci si occuperà della teoria della volontà, più risalente nel tempo (Savigny, Windshield<sup>71</sup>), ma rinverdata verso la fine nel secolo scorso da Hart<sup>72</sup>, che considera il diritto soggettivo come un *potere della volontà* o, nella versione *hartiana*, come un potere di controllo sul dovere incombente su un'altra persona<sup>73</sup>. Gli inconvenienti di siffatta teoria sono molteplici, ben rilevati anche da attenta dottrina amministrativistica che ne ha correttamente rilevato le difficoltà di adattamento al diritto pubblico<sup>74</sup>, sì che non è il caso qui di esaminarli puntualmente<sup>75</sup>. L'attenzione dovrà essere, piuttosto, rivolta alla diversa *teoria dell'interesse*, la quale pone, come noto, al centro della scena lo stato di tensione (interesse<sup>76</sup>) esistente tra l'uomo e una data situazione della realtà (bene). Perché insorga un diritto soggettivo, occorre – così sostiene l'*interest theory* – che l'interesse sia considerato dall'ordinamento giuridico talmente importante da costituire di per sé *motivo sufficiente* per imporre ad un'altra persona un obbligo di compiere un'azione soddisfattiva di quell'interesse<sup>77</sup>. Se il linguaggio dei diritti esprime la desiderabilità di un oggetto non già in *generale*, bensì in riferimento al *singolo individuo*<sup>78</sup>, è, dunque, proprio in relazione alla posizione del singolo individuo, il "*the assignable individual*" di cui già parlava Bentham, *inteso come soggetto sufficientemen-*

<sup>71</sup> R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritto senza oggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Ius*, 1960, p. 149.

<sup>72</sup> Si rammenti che la teoria dei diritti soggettivi si connota, al pari di molte altre categorie cardine del diritto, per un alto grado di relatività. Il pendolo delle differenti rappresentazioni oscilla, infatti, tra volontarismo e oggettivismo, sul tema R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritto senza oggetto*, cit., p. 149; W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, 2022, p. 15 ss.

<sup>73</sup> H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and political Theory*, Oxford, 1982, p. 178.

<sup>74</sup> G. Mannucci, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo*, cit.

<sup>75</sup> Si può rinviare a D.N. MacCormick, *Rights in Legislation*, cit., specie p. 194.

<sup>76</sup> Su questa definizione di interesse, R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008 p. 266.

<sup>77</sup> J. Raz, *Legal Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Spring, 1984, Vol. 4, No. 1 (Spring, 1984), p. 1 ss.; Id., *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, al cap. 7 am.

<sup>78</sup> J. Waldron, *Can communal goods be human rights?* in *European Journal of Sociology*, 28, 2, 1987, p. 292 ss.

*te distinto dalla collettività*<sup>79</sup>, che l'interesse viene in considerazione per il diritto. In altri termini, solo dove sufficientemente *individualizzato*, in quanto differenziato, se non addirittura *contrapposto*, rispetto a quello della restante *collettività*, l'interesse sarà in grado di assumere la forma logica del diritto<sup>80</sup>; il che si realizza, certo, quando il bene anelato (anche in forma di mera *chance*, specie al cospetto di poteri discrezionali<sup>81</sup>) sia connotato dai caratteri della rivalità/escludibilità, in quanto suscettibile di godimento *separato ed esclusivo*. Una simile forma di differenziazione non si avrebbe, invece, per i beni collettivi, connotati dalla *non rivalità/escludibilità*, di cui il singolo godrebbe, pertanto, *uti cives*, in quanto membro indistinto della collettività<sup>82</sup>. Senonché, come si accennava, questa spiegazione delle ragioni di imprevedibilità di diritti individuali sui beni pubblici è stata oggetto di una critica serrata anche in seno alla stessa teoria generale. Si è, infatti, osservato, in senso contrario, che il carattere non esclusivo del godimento, come pure la presenza di un'ampia platea di possibili beneficiari, non impedirebbe di per sé di concepire una qualche forma di *individualizzazione*: si pensi al godimento dell'ambiente, delle bellezze del paesaggio, della qualità della maglia urbana, dei vantaggi del vivere in una società acculturata e via discorrendo; beni questi che potrebbero avere anche un valore

<sup>79</sup> «That is, either by name, or at least by description, in such manner as to be sufficiently distinguished from all others» J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780, cap. XVIII, p. 97, in nota.

<sup>80</sup> Sul conflitto che caratterizza i diritti individuali, D. Rèaume, *Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*, p. 8, il quale rammenta come il diritto postula un bene individualizzato e individualizzabile, in relazione al quale l'interesse del titolare è differenziato, se non addirittura opposto, a quello di altri consociati («An individual right is a claim which a single human being is entitled to assert even if the exercise of that right makes things worse for everyone else»); anche C. Wellmann, *A theory of rights: persons under laws, institutions, and morals*, 1985.

<sup>81</sup> L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

<sup>82</sup> «What do is secure individuals [...] in the enjoyment of some good or other. But not by way of a collective good collectively enjoyed, like clean air in a city, but rather an individual good individually enjoyed by each, like the protection of each occupier's particular environment as secured by the law of private nuisance», N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, 1982, p. 143. Nella teoria dell'interesse esiste, dunque, un legame assai stretto tra natura dell'interesse e differenziazione normativa: solo la presenza di una forma individualizzazione in senso forte interrogherebbe la norma giuridica circa il bisogno di protezione del singolo, spingendola a individuare, e per tale via anche a proteggere, il beneficiario o la classe dei beneficiari (differenziazione normativa).

*individualizzato*<sup>83</sup>. L'obiezione è parsa cogliere nel segno, tanto da costringere a ricercare altrove l'impossibilità concettuale di far transitare nell'alveo della giuridicità queste forme *atipiche* di *differenziazione*. Nell'ambito di una accesa discussione, riferita essenzialmente al godimento dei beni collettivi ma che presenta rilevanza anche ai fini del nostro ragionamento relativo al diverso problema della differenziazione/escludibilità dei diritti, la replica è stata, dunque, affidata alla seguente, ulteriore, precisazione: se per acquisire rilevanza giuridica, l'interesse del singolo deve costituire la *causa*, sotto il profilo *genetico*, dell'insorgenza del dovere di protezione (della p.a.), ebbene questa rilevanza andrebbe esclusa tutte le volte che il singolo muova azione invocando la tutela di un bene comune, giacché la protezione di una semplice *frazione* dell'interesse pubblico non starebbe in alcuna relazione causale con l'insorgenza del dovere di protezione assunto dalla p.a.<sup>84</sup>. Insomma, coerentemente con le premesse di fondo della teoria dell'interesse, sarebbe il *peso* dell'interesse pubblico nella sua *interezza* e non già di una sua *singola frazione* a far insorgere il dovere della p.a.<sup>85</sup>; il che porterebbe a escludere la possibilità di teorizzare diritti soggettivi in relazione alla pretesa di godimento dei beni comuni, ove il *dovere* della P.A. trova la propria giustificazione nella necessità di offrire protezione a interessi non già facenti capo a singoli individui, *considerati uno a uno*, bensì *agli individui racchiusi nella comunità globalmente considerata*; rispetto a questo quadro, il godimento del singolo avverrebbe, perciò, "uti cives", come membro della comunità, e non "uti singulus". Non di meno questa stessa dottrina riconosce la possibilità di tradurre nel linguaggio dei diritti anche interessi *non esclusivi* della persona, in *quanto comuni ad altri membri della comunità*, tutte le volte che il vantaggio individuale sia *talmente importante* da giustificare *in sé e per sé* l'introduzione, sul piano normativo, di uno specifico dovere di protezione, giacché anche in questo caso l'utilità sarebbe allora goduta *uti singulus*, come vantaggio individualizzato, e non *uti cives*, cioè come mero effetto riflesso del dovere dell'amministrazione di tutelare l'interesse pubblico (interesse di fatto), benché la stessa non

<sup>83</sup>D. Rëaume, *Individuals, Groups, and Rights to Public Goods*, cit., p. 1 ss.; anche A. Marmor, *Do We Have a Right to Common Goods?*, 14 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2001), p. 213 ss.

<sup>84</sup>J. Waldron, *Can communal goods be human rights?* in *European Journal of Sociology*, 28, 2, 1987, p. 292 ss., che sembra replicare le considerazioni espresse in tempi risalenti da F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1900, p. 101 e O. Ranalletti, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1922, p. 11.

<sup>85</sup>J. Waldron, *Can communal goods be human rights?*, *ibidem*.

possa considerarsi esclusiva della persona<sup>86</sup>. Il che, è il caso di aggiungere, è proprio quanto avviene nel caso dei *diritti fondamentali della persona*, come ben rileva altra dottrina, là dove pone in rilievo la distinzione che corre tra interessi di natura patrimoniale, protetti da norme “ipotetiche”, che individuano le condizioni di spettanza del bene (fatti investitivi), e interessi della persona, riconosciuti, invece, come tali da norme c.d. tetiche, che *direttamente* prescrivono e dispongono<sup>87</sup>.

L'esame della teoria generale può arrestarsi qui, prendendosi atto della necessità di intendere la *differenziazione normativa* come criterio da declinare al plurale, in dipendenza della diversa natura dell'interesse protetto dalla norma: altro è, infatti, l'interesse di natura patrimoniale, che – in quanto legato all'aspirazione dell'individuo al godimento di un certo bene materiale, tangibile, rivale ed esclusivo (la commessa, il posto di lavoro, la licenza commerciale, quella edilizia, il credito etc.) –, si puntualizza in capo a quei *solii soggetti* che si ritrovano nelle condizioni oggettive (c.d. fatti investitivi) indicate dalla norma per poterlo conseguire o conserva-

<sup>86</sup> «But if there are communal goods and if there is a duty to promote them, it cannot be a duty grounded in benefits accruing to any one individual or to a class of individuals considered severally. The duty to realize such goods must be grounded in an adequate characterization of their desirability, and that is their worth to members of the group considered together and not as individual recipients of benefit. It is because X, Y, and Z enjoy the good together, and because the participation of each in that enjoyment is oriented towards the understanding that the others are participating in it too (in a similar way), that the good is worth pursuing. So since no adequate account of its desirability can be pinned down to either X or Y or Z, there can be no *point* in saying that it ought to be pursued as X's or Y's or Z's right. *Of course, it is true that most human rights are not seen as idiosyncratic to the individuals who have them; they are regarded as universalizable across all individuals. 'First' and 'second generation rights, to freedom from arrest, for example, or free medical care, are seen as things which anyone and everyone can claim. But the important thing is that the basis of the claim is distinct in the case of each individual. It is the importance of my interest in liberty that grounds my right to freedom from arbitrary arrest and it is the importance of your interest in liberty that grounds your right to freedom from arbitrary arrest. The underlying argument is universalizable, to be sure, but the universal quantification is across individuals taken one by one*» (corsivo nostro), J. Waldron, *Can communal goods be human rights?*, cit., pp. 313, 314.

<sup>87</sup> L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Bari, 2016, p. 17; Id., *I diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Bari, 2001, p. 6 ss.; Id., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1-2, 2010, p. 141 ss.; Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 724 ss. Sul diverso, anche se collegato, problema dell'effettività dei diritti, di recente S. Civitarese Matteucci, *Organizzazione amministrativa e indivisibilità dei diritti "oltre le corti"*, in *Riv. dir. comp.*, 1, 2022, p. 49 ss.



re (c.d. *differenziazione normativa*)<sup>88</sup>, *escludendo tutti gli altri*; altro ancora è l'interesse che riflette *un attributo immanente della persona*, in quanto volto a definire il suo essere (o a garantirne il benessere), la cui caratteristica saliente è costituita dal suo riferirsi *a intere classi di soggetti*. Mentre, infatti, gli interessi patrimoniali ineriscono a beni per loro natura rivali, sì da essere permeati dalla logica dell'escludibilità, i diritti fondamentali o gli interessi eventualmente protetti dalla norma ordinaria o comune, comunque, attinenti all'essere della persona sono, invece, per loro natura *inclusivi*, perché riconosciuti a tutti e in eguale misura, sì che la logica che li permea è, semmai, quella dell'universalità. Se si condividono queste osservazioni, sembra allora che la causa dell'asfittica interpretazione dell'interesse legittimo, inteso come interesse *qualificato e differenziato* dalla *norma*, sia da ricercarsi non già nella sua omologazione al diritto soggettivo<sup>89</sup>, bensì nella sua assimilazione al diritto soggettivo di matrice *patrimoniale*, ciò che induce a ritenere il requisito della *differenziazione* incompatibile in contesti nei quali venga in gioco la logica "inclusiva" dei diritti fondamentali, anziché quella "escludente" degli interessi patrimoniali. Ci sembra, dunque, che le ragioni del superamento di siffatta omologazione debbano essere ricercate proprio nella diversità degli interessi protetti, dal momento che in un caso, diversamente dall'altro, non è presente *un termine di riferimento (bene) esterno alla persona cui legare i fatti investitivi previsti dalla norma (differenziazione)*<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Sempre che si accolga l'idea dell'interesse legittimo come situazione strumentale a risultato non garantito, perché dove si accolga l'idea dell'interesse legittimo come situazione finale, il carattere escludente dell'interesse legittimo sarà ancor più evidente, risultandone esclusi tutti quei soggetti diversi da quello (l'unico) cui il bene della vita effettivamente spetta; per quest'ultima ricostruzione, G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, p. 479 ss.; per la tesi della natura strumentale F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*. Là dove individua il bene della vita nella *chance*, teorizzando l'esistenza di un'obbligazione di mezzi in capo alla p.a., la concezione strumentale è accolta anche da L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 150 ss.

<sup>89</sup> Sulle critiche mosse nei riguardi di questa omologazione si rimanda a M. Magri, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 275; in precedenza, sia pure in diversa costruzione, anche E. Cannada Bartoli, *Voce Interesse*, cit., p. 1 ss.

<sup>90</sup> In questo senso si comprende il carattere di serialità proprio di certi interessi diffusi, come quello all'ambiente, ove l'interesse non cessa di essere rilevante sol perché comune ad altri soggetti, versanti in posizione analoga, A. Romano, *Interessi individuali e tutela giurisdizionale amministrativa*, cit., p. 7 ss.; C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo*, cit., p. 186 ss.; M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., p. 9.

A ben vedere, l'aver appurato che il criterio normativo della "differenziazione" riceve una caratterizzazione diversa a seconda che il bene protetto riguardi l'"essere" della persona piuttosto che il suo "avere", non risolve affatto ogni problema e, anzi, sembra schiuderne di nuovi e forse anche più delicati.

Più in particolare, sembra ora emergere con più chiarezza che il fenomeno del "sequestro" degli interessi lamentato in dottrina, come argomento polemico rivolto all'indirizzo della teoria normativa, sembra da ascrivere non già a ragioni di teoria generale relative al criterio normativo di selezione dell'interesse, bensì al diverso modo di intendere il rapporto *tra norma di attribuzione del potere e norma costituzionale sui diritti fondamentali* e, dunque, al modo di atteggiarsi dei diritti fondamentali, dove ricadenti nell'area di commisurazione degli interessi pubblici. Il nodo problematico riguarda, infatti, proprio la possibilità – negata *sempre e in ogni circostanza* dalla teoria normativa<sup>91</sup> e ammessa, invece, *sempre e in ogni circostanza* da altra dottrina costituzionalmente orientata facente leva sulla sovranità della persona (su cui meglio infra § 5)<sup>92</sup> –, che il giudice amministrativo possa essere posto in contatto *diretto* con la costellazione dei diritti della persona, onde poter così esaminare il merito della controversia. Se l'accoglimento della prima prospettiva conduce a dequotare i diritti fondamentali della persona a meri interessi riflessi (o di fatto) propri del *quisque de populo*, ove non presi in considerazione e differenziati a sufficienza dalla norma di protezione comune, l'accoglimento dell'altra, là dove porta, invece, a raffigurare una indiscriminata forza di resistenza dei diritti fondamentali alla capacità conformativa della norma attributiva del potere, presenta inconvenienti non minori, proprio nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali che essa si propone, invece, di privilegiare, come si avrà modo di vedere nel prosieguo.

La natura dei problemi sopra illustrati rimanda, come è evidente, a temi di più ampio respiro, relativi ai complessi *rapporti tra persona e Stato*, sui quali conviene ora soffermare l'attenzione, prima di tornare a esaminare il nodo poc'anzi emerso.

<sup>91</sup> Sono queste le ragioni reali che spingono a una sottovalutazione dei diritti fondamentali, G. Mannucci, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo*, cit., p. 289.

<sup>92</sup> B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione*, cit., p. 104.

#### 4. *Le posizioni legittimanti entro la dimensione dello Stato costituzionale di diritto*

Con riguardo al rapporto tra persona e Stato, l'assunzione di un metodo di indagine di tipo comparativo e storico può meglio contribuire a delineare l'ordine di priorità accolto dal nostro ordinamento tra le due grandezze dell'esperienza giuridica (autorità e libertà), ciò suggerendo di avviare l'analisi muovendo da un punto di partenza comune, costituito dall'avvento, col giusnaturalismo moderno, di una nuova visione dell'uomo, riguardato come essere uguale ai suoi simili, completo padrone della sua libertà e dei suoi beni personali<sup>93</sup>. L'immagine idealizzata e astratta (perciò anche inevitabilmente parziale<sup>94</sup>) di individuo colta dal giusnaturalismo moderno alimenta, ovunque, il bisogno di uno specifico riconoscimento giuridico, attraverso un processo di costituzionalizzazione dei diritti che segue, tuttavia, traiettorie e itinerari assai differenti, in base alla specificità delle diverse esperienze<sup>95</sup>. La sua più compiuta realizzazione si ritrova nel costituzionalismo statunitense, ove la supremazia dei diritti, pur tributaria della cultura giusnaturalistica<sup>96</sup>, riesce a trovare un suo fondamento nell'idea di una legge superiore *positiva*, in grado di imporsi anche contro l'esercizio illegittimo del potere pubblico<sup>97</sup>. L'individualismo assume qui una chiara dimensione antistatualistica<sup>98</sup>, nella misura in cui diffida dall'idea di affidare la protezione dei diritti all'attività di un legislatore *virtuoso*, considerato tale solo perché espressione della volontà

<sup>93</sup> N. Matteucci, *Organizzazione del potere e della libertà*, p. 138; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 9; P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006. Con riferimento alla proprietà, la stessa si afferma come diritto di matrice escludente, in opposizione alle categorie esistenti nell'ordine medievale, su cui P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 2006.

<sup>94</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 180.

<sup>95</sup> P. Ridola, *Diritti fondamentali*, cit.

<sup>96</sup> Sulle influenze giusnaturalistiche e, più in particolare, sul legame tra il costituzionalismo americano e Locke, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 609; N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, p. 174.

<sup>97</sup> E.S. Corwin, *La costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, 1958, p. 177, che fa, peraltro, risalire il controllo di costituzionalità alla *Common Law* inglese, quanto meno nell'interpretazione che ne aveva dato il giudice Capo Coke nel 1610.

<sup>98</sup> Sul potere pubblico agente in forme illegittime, come bersaglio polemico del costituzionalismo americano, M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 85.

generale, secondo le suggestioni rousseauiane<sup>99</sup>. In questo dato si ritrova anche una profonda differenza rispetto all'individualismo giusnaturalistico accolto nella Rivoluzione francese, rifluito nei suoi esiti finali proprio in un accentuato statualismo, là dove assegna alla legge dello Stato il compito di offrire concretezza e misura ai diritti stessi. Mentre dà forma all'idea che il diritto possa nascere dalla volontà di un legislatore<sup>100</sup>, per quanto *virtuoso*, il *legicentrismo* rivoluzionario pone al tempo stesso le basi per l'egemonia del diritto positivo, entro cui il riferimento alla legge naturale rischia di perdere ogni efficacia. In questo ganglio si annida, perciò, anche il problema rimasto irrisolto lungo tutto l'arco della Rivoluzione, derivante dall'aver (*consapevolmente*) accordato al tema della libertà collettiva, emergente dal riconoscimento della *sovranità popolare*, predominanza rispetto a quello delle garanzie delle libertà individuali<sup>101</sup>. Il processo di costituzionalizzazione segue, invece, i tempi lunghi della storia in Inghilterra, ove il passaggio dal medio-evo alla modernità avviene senza traumi, poggiando, per un verso, sulla forza inerziale della *common law*<sup>102</sup>, capace di imporsi come *Higher Law* (grazie al sostegno della giurisprudenza) sul potere dei governanti<sup>103</sup>, e per altro verso, sulle virtù di medietà del governo *bilanciato*<sup>104</sup>. La *Glorious Revolution* britannica del 1689 altro non è che il ripristino delle antiche libertà medievali, aggiornate rispetto alle esigenze proprie della nascente società borghese<sup>105</sup>. Gli sviluppi successivi si realizzeranno, per-

<sup>99</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, Amsterdam, 1762. Si rammenta che nell'idea dello scrittore ginevrino, la legge è tale solo dove abbia un oggetto generale, perché solo in questo modo essa può essere garanzia di libertà e uguaglianza.

<sup>100</sup> J. Ray, *La Révolution Française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi*, in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 9/12, 1939, p. 364 ss.; M. Leroy, *La Loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, 1908, p. 79 ss. Come rammentano questi autori, nella Rivoluzione francese fu predominante l'influenza non solo di Montesquieu ma anche, se non soprattutto, di Rousseau.

<sup>101</sup> M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 2, 1991, p. 200 ss.; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 75.

<sup>102</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 28; N. Matteucci, *Organizzazione del potere e della libertà*, cit., p. 93 che ascrive a Coke la teorizzazione, nel corso del Secolo XVII, di un sindacato di costituzionalità delle leggi.

<sup>103</sup> E.S. Corwin, *La costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, cit., p. 177.

<sup>104</sup> P. Ridola, *Diritti fondamentali*, cit.; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 39 e 55 ss.; sul governo bilanciato, N. Matteucci, *Organizzazione del potere e della libertà*, cit., p. 138.

<sup>105</sup> La libertà dei moderni viene così ricostruita attingendo alla tradizione della Magna Carta, che costituisce – è bene ricordarlo – un tipico contratto di *dominazione medievale*,

tanto, all'insegna di una concezione individualistica delle relazioni interne alla società, nella quale «lo Stato non è un fine, che incarna valori giuridici metaindividuali, alla cui realizzazione i diritti vengono indirizzati, ma, al contrario, un mezzo, che si legittima sulla base del fine fondamentale di assicurare spazi di libertà privata»<sup>106</sup>.

Una torsione completa del rapporto tra autorità e libertà si realizza, invece, nel liberalismo germanico della seconda metà dell'Ottocento, le cui concettualizzazioni avranno, come ben noto, ampia influenza anche nelle teorizzazioni della giuspubblicistica italiana. Il contesto storico, culturale e politico contribuisce a spiegare il ribaltamento di prospettiva: sotto il profilo culturale, l'influenza della filosofia anti-individualistica e statualistica hegeliana, volta a intendere lo Stato come totalità etica e la libertà come mera obbedienza alla legge<sup>107</sup>, porta a concepire il momento dell'autorità

M. Fioravanti, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 45, 2016, p. 67 ss.

<sup>106</sup> P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, cit.; guardando più direttamente alle fonti inglesi, W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, London, 1753 (nell'edizione americana, Philadelphia, 1893, p. 124): «For the principal aim of society is to protect individuals in the enjoyment of those absolute rights, which were vested in them by the immutable laws of nature, but which could not be preserved in peace without that mutual assistance and intercourse which is gained by the institution of friendly and social communities. Hence it follows, that the first and primary end of human laws is to maintain and regulate these absolute rights of individuals... And, therefore, the principal view of human laws is, or ought always to be, to explain, protect, and enforce such rights as are absolute, which in themselves are few and simple». Si badi bene che questa concezione viene espressa da un autore che teorizzava la sovranità del Parlamento.

<sup>107</sup> Nella filosofia hegeliana, lo Stato appare come totalità etica, di cui il singolo individuo farebbe parte in forza di un dovere supremo. Il singolo individuo ha eticità solo in quanto membro dello Stato, inteso come «realtà della volontà sostanziale» (G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Laterza, 2021, p. 195 ss.). A questa stregua, la grandezza statale sarebbe, dunque, un corpo organico e non un'associazione insorta per effetto di un patto privatistico tra individui. Lo Stato è un fine in sé e non un mezzo di realizzazione degli interessi egoistici e individualistici che si agitano nella società. Il problema della libertà non è obliterato, ma viene declinato in termini tutt'affatto differenti: la libertà è tale solo se *obbedisce* alla legge (a *qualunque* legge, quale che sia il suo contenuto). Per questa via, la teoria hegeliana ha una potenzialità assolutistica e autoritaria (N. Bobbio, *La filosofia giuridica di Hegel nell'ultimo decennio*, in *Studi hegeliani*, 2022, p. 268; Id., *Hegel e il diritto*, ivi, p. 141; ma sulla problematicità della filosofia hegeliana, riconducibile per certi aspetti anche nell'alveo del liberalismo, U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989, p. 132). Individuare nel contratto sociale la base di legittimazione dello Stato e delle sue istituzioni significherebbe, per Hegel, concepire lo Stato come entità piegata alla realizzazione dell'interesse dei singoli individui, si da far dipendere la partecipazione alla vita dello Stato dal volere individuale (G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 195 ss. (si

come un *prius* rispetto al momento della libertà<sup>108</sup>; sotto il profilo storico, il processo riunificazione tedesca e la ragion di Stato spingono a porre al centro della riflessione giuridica la teoria dello Stato, costituente l'assillo principale, anche se non esclusivo, dei giuristi del tempo<sup>109</sup>. Questo insieme di fattori, mentre propizia l'affermazione di un ordinamento giuridico incline a privilegiare la dimensione comunitaria rispetto a quella individuale, costringe la giuspubblicistica della seconda metà del secolo in un percorso

veda anche il commento di N. Bobbio, *Hegel e il diritto*, p. 230). Il bersaglio polemico di Hegel si indirizza esplicitamente nei riguardi di Rousseau, non solo in relazione alla teorizzazione del *contrat social*, come fondamento individualistico della costituzione dello Stato, ma anche per l'errore in cui il filosofo ginevrino sarebbe caduto nell'aver confuso la volontà generale con quella comune, espressa dai singoli componenti in carne e ossa della società. Per la verità, il risultato ultimo cui perviene Hegel non è dissimile da quello raggiunto da Rousseau che postula, sia pure a mezzo del contratto sociale, la rinuncia totale a ogni libertà e, come Hegel, il completo assoggettamento alla legge. La differenza sta allora in questo, che nella concezione hegeliana non v'è strutturalmente bisogno del contratto sociale, stante il suo organicismo; mentre il contratto costituisce mero espediente retorico nel modello immaginato Rousseau. In questo senso, v'è una linea di continuità ben precisa tra i due filosofi (N. Bobbio, *Hegel e il giusnaturalismo*, in *Riv. fil.*, 1966, p. 379 ss.). Certo, mentre per Hegel l'assoggettamento alla legge in sé costituiva momento di realizzazione della libertà (libertà, beninteso, *nello Stato*, N. Bobbio, *Hegel e il diritto*, cit., p. 243), nella concezione rousseouiana è la partecipazione alla formazione della volontà generale che consente all'individuo di riappropriarsi anche della sua libertà (*“La Repubblica è di tutti”*). Ingenerosa è, però, anche l'altra accusa rivolta da Hegel a Rousseau circa l'interpretazione della volontà generale, posto che quest'ultimo non immaginava una volontà individuale riversata su bisogni diversi da quelli della comunità (A. Ripstein, *Universal and General Wills: Hegel and Rousseau*, in *Political Theory*, 22, 3, p. 444 ss.), al contrario distinguendo tra la volontà di tutti, che si ha quanto ciascuno vota per il proprio particolare interesse, e la volontà generale, che si ha solo quando il popolo mira al bene comune. Il che dimostra ancora una volta quanto in realtà Rousseau fosse consapevole che il progetto democratico ideato avesse possibilità di inverarsi solo al cospetto di ben determinate condizioni strutturali, demografiche e sociali.

<sup>108</sup> «Voglio l'ordine e l'autorità non come il prodotto della libertà, ma come cose originarie che esistono prima della libertà» dirà Stahl verso la metà dell'Ottocento. Il passo è menzionato da G. Ridolfi, *Lo Stato di diritto cristiano. Riflessioni sulla filosofia giuridica di Friedrich Julius Stahl*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 45, 2016, p. 33 ss. ed è stato attinto da F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 2, Hildesheim, 1846, p. XI. Si consideri che quella del filosofo tedesco è figura di difficile inquadramento, siccome posta a crinale tra il tramonto dell'assolutismo e i bagliori dell'alba del costituzionalismo moderno, come rileva lo stesso Ridolfi.

<sup>109</sup> Su cui A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, Milano, 2009, p. 53; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit.; per una ricostruzione esauriente della problematica relativa alla personalità e alla sovranità dello Stato, A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986; P. Ridola, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2021.

assai stretto, in cui la ricerca di spazi di libertà giuridica del cittadino assume, quale ineluttabile punto di partenza, proprio la teoria della personalità (e della sovranità) dello Stato (teoria, questa, giustapposta alla teoria organica in Gerber<sup>110</sup>; assunta come dato di partenza in sé in Laband<sup>111</sup>). Se l'idea della sovranità statale *limitata* caratterizza già il pensiero della giurpubblicistica liberale di quel tempo, è tuttavia solo in G. Jellinek, nel saggio relativo ai diritti pubblici soggettivi del 1892, che si ritrova forgiato il dispositivo necessario per far germinare, non senza contraddizioni, dall'idea della sovranità statale governata e limitata dal diritto (*Rechtsstaat*), il riconoscimento a favore del cittadino di situazioni giuridiche vere e proprie. Certo, in Jellinek si ritrova esplicitata in modo concettualmente più limpido l'idea della sovranità *limitata* dal diritto, per mezzo della teorizzazione dell'atto di *autolimitazione* dello Stato<sup>112</sup>. Tuttavia, il punto di frattura più evidente rispetto alle teoriche precedenti<sup>113</sup>, e in specie rispetto alla statolatria labandiana – che, nella sua aderenza rispetto agli assetti di pote-

<sup>110</sup> C.F. Gerber, *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., p. 95.

<sup>111</sup> P. Laband, *Ibidem*; su questo profilo della teoria labandiana, M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 294 ss.; U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 134.

<sup>112</sup> G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi (System der Subjectiven öffentlichen Rechte*, I ed. 1892; II ed., 1905), trad. it. della II ed. G. Vitagliano, SEL, Milano, 1912, p. 96, 176. All'idea dell'autolimitazione aderiscono anche altri giuristi liberali, sia in Francia, tra cui R. Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, tome I, Sirey, Paris, 1920, p. 239 che in Italia seppure con diversi distinguo, come rammenta A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giorn. st. cost.*, 17, 2009, p. 11 ss. (meglio *infra*).

<sup>113</sup> Quale sia la vera ricostruzione dei diritti pubblici soggettivi proposta da Gerber nel 1865 è, ancora oggi, questione dibattuta. Sono note le critiche rivoltegli dalla dottrina del tempo, per avere qualificato i cittadini come «oggetti naturali del potere dello Stato» (C.F. Gerber, *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., p. 128 e 202, espressioni adoperate in chiave polemica da Schulze (su cui M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 294). Il dubbio nasce inoltre dal fatto che, pur affermando esplicitamente l'idea dei poteri di sovranità come poteri limitati dal diritto (p. 120 ss.), Gerber ribadisce che da questi limiti non possono sorgere veri e propri diritti soggettivi. Lo stesso concetto è ribadito a p. 121 e anche sub nota 24, oltre che in C.F. Gerber, *Diritti pubblici*, cit., p. 78. Ma in senso contrario, proprio nella replica Schulze, l'A. ebbe a precisare che l'affermazione sul carattere riflesso dei diritti pubblici soggettivi andava riferita al momento genetico (p. 204). Al di là di questo chiarimento, permangono comunque diverse oscurità (segnalate anche da S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., 116; A. Longo, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, I, 189, p. 167; M. Caravale, *La lettura italiana della teoria dei diritti riflessi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 7, 2016, p. 215 ss.), tanto che ancora oggi alcuni escludono che quelli teorizzati da Gerber siano davvero diritti soggettivi (così di A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, cit., p. 965 ss.; ma in senso contrario, U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 135).

re esistenti<sup>114</sup>, non ammette diritti soggettivi del cittadino verso lo Stato, ma solo “diritti” riflessi (cioè *non* diritti)<sup>115</sup> –, si ritrova altrove, e più esattamente nella teorizzazione della *norma di protezione* dell’interesse, *vero fulcro della teoria dei diritti pubblici soggettivi*. La centralità della *Schutznormtheorie* nella dottrina jellikeniana si comprende agevolmente sol che si ponga mente al sincretismo adoperato dall’A. per individuare la nozione di diritto soggettivo: unificando le opposte teorie della volontà e dell’interesse, ascrivibili rispettivamente a Windscheid e a von Jhering<sup>116</sup>, l’A. definisce il diritto soggettivo come una potestà di volere (elemento formale), riconosciuta dall’ordinamento in funzione della protezione di un bene o interesse (elemento materiale)<sup>117</sup>. Tralasciando per il momento di approfondire l’articolata teoria del nostro giurista sulla componente formale del diritto (pubblico) soggettivo (tradotta in un *posse*, non accompagnato da un *licere*)<sup>118</sup>, che nel dopoguerra verrà abbandonata a vantaggio di una interpretazione più “liberale” dei diritti pubblici soggettivi<sup>119</sup>, e concentrando l’atten-

<sup>114</sup> S. Cassese, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 26, che richiama W. Wilhelm, *Metodologia del secolo XIX*, Milano, 1974, p. 177. Sul metodo labandiano come tecnica di consolidamento dell’apparato di potere anche, M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 342.

<sup>115</sup> In Laband le ambiguità sono sicuramente minori, dacché per questo A. è, invece, certo che i diritti pubblici soggettivi costituissero meri effetti riflessi del diritto obiettivo, P. Laband, *Le droit public de l’Empire allemand*, cit., p. 495; U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 135.

<sup>116</sup> Su cui R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritto senza oggetto. Linee di una vicenda concettuale*, cit.; K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 58 ss.

<sup>117</sup> G. Jellinek, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 46.

<sup>118</sup> Secondo l’A. il diritto soggettivo privato contiene necessariamente un *licere* e di conseguenza anche un *posse*: «qualunque permesso di esercitare la mia libertà rispetto ad un’altra persona riposa sul presupposto che lo Stato riconoscerà e tutelerà le manifestazioni di questa libertà» (*Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 55). All’attività rientrante nell’*agere licere* si accompagna la capacità di porre in essere atti giuridicamente rilevanti (*posse*). Il diritto pubblico soggettivo ha, invece, per contenuto sempre e soltanto un *posse*, ma non un *licere*. L’A. fa riferimento all’esempio diritto di elezione. Il diritto è riconosciuto a certe condizioni verso lo Stato. Se si prescinde dal rapporto con lo Stato e se quindi si suppone come non esistente il *posse*, gli atti individuali relativi alle elezioni non rappresenterebbero un *licere*, bensì un atto giuridicamente *irrelevante*.

<sup>119</sup> Il percorso è inaugurato da O. Bachof, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, p. 287 ss., che segna una netta rottura rispetto alla dottrina precedente (rappresentata non solo dagli scritti di G. Jellinek, ma anche da quelli di O. Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, 1914, p. 224): con questo A., non solo viene meno la necessità che la legge rechi un esplicito riconoscimento del potere di volere, *pretesa* ritenuta incompatibile con lo Stato costituzionale di diritto, ma viene superato anche il limite



zione su quella materiale, Jellinek perviene a individuare il *proprium* del diritto pubblico soggettivo non già nella natura dell'*interesse individuale*, bensì nel suo diverso atteggiarsi in rapporto con l'interesse pubblico. L'intera teoria *jellikeniana* ruota attorno all'interpretazione della volontà/finalità della norma, ciò che permetterebbe, per un verso, di distinguere il diritto soggettivo privato dal diritto soggettivo pubblico e, per altro verso, di distinguere, il diritto soggettivo dal mero riflesso del diritto obbiettivo. Mentre con riferimento alla prima contrapposizione dicotomica, si rivela decisivo stabilire se l'interesse individuale sia riconosciuto dalla norma per la realizzazione di scopi *prevalentemente* individuali o generali<sup>120</sup>; per la seconda, assume, invece, valore dirimente stabilire se la norma si proponga, tra i propri obiettivi, quello di servire *anche* l'interesse individuale<sup>121</sup>, sì che dove questa volontà non emerga l'interesse del *singolo* ad azionare la norma, in funzione del conseguimento dell'utilità individuale, degraderebbe a mero interesse di fatto. Senza soffermarsi oltre su questi aspetti della ricostruzione, peraltro molto complessa di Jellinek, basti rammentare, per comprenderne la matrice statualistica e positivistica<sup>122</sup>, che la centralità della *norma protettiva* non viene scalfita dalla presenza di disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali della persona. Siffatte previsioni non potrebbero di per sé fondare diritti pubblici soggettivi, essendo per lo più previste nell'interesse generale: spetterebbe, pertanto, pur sempre al legislatore il compito di definire in concreto la misura delle singole libertà, tenuto conto del complesso della vita sociale<sup>123</sup>. Questa conclusione non è contraddetta dalla ricerca da parte del nostro giurista di una formula riassuntiva in grado di abbracciare tutte le diverse libertà definite dalle norme

della presenza di un potere discrezionale. Sull'origine e l'evoluzione della *Schutznormtheorie*, di recente, A. Scharl, *Die Schutznormtheorie Historische Entwicklung und Hintergründe*, Berlin, 2017; nonché R. Wahl, §42 Abs. 2", in F. Schoch, E. Schmidt-Assmann, R. Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar*, München, 2009, 34. Peraltro, come innanzi si vedrà, la componente formale del diritto pubblico soggettivo sembrerebbe, invece, riemergere, sotto diverse spoglie, nelle costruzioni più recenti.

<sup>120</sup> G. Jellinek, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 58.

<sup>121</sup> G. Jellinek, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 79; Id., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 79.

<sup>122</sup> Emergente anche dall'esplicita opposizione alle teorie di ascendenza giusnaturalistica, là dove ammettono quelle sole restrizioni legali delle libertà naturale necessarie ad assicurare la coesistenza degli individui, riflettenti una concezione atomistica dello Stato, come strumento di realizzazione di scopi individuali, G. Jellinek, *Diritti pubblici soggettivi*, cit., p. 106.

<sup>123</sup> Ché, diversamente, una libertà sancita incondizionatamente potrebbe avere per conseguenza quella di sovvertire tutto lo Stato, G. Jellinek, cit., p. 114.

puntuali, compendiata nell'idea di libertà *come pretesa di esenzione da costrizioni illegali*<sup>124</sup>. Quest'area di libertà, costituente il c.d. *status negativo* del suddito/cittadino, coinciderebbe con l'area dell'irrilevante giuridico, bensì protetto di fronte allo Stato, ove questo voglia violarlo impartendo ordini illegali<sup>125</sup>, ma in quanto ricorra *una esplicita autorizzazione legale* (la componente formale del diritto soggettivo, il c.d. *posse*), che riconosca in capo all'individuo il potere di utilizzare a proprio vantaggio la norma protettiva dell'interesse. Si tratterebbe di una sorta di *azione tipica*, senza la quale l'interesse, *seppure materialmente protetto dalla norma*, non potrebbe essere azionato in giudizio<sup>126</sup>. Insomma, la teorizzazione di uno *status negativo*, inteso come spazio di protezione dalle interferenze indebite dello Stato, non oscura la matrice statualistica di fondo dell'intera costruzione del nostro A., che vuole i diritti di libertà posti bensì a garanzia di una libertà dallo Stato, ma pur sempre *in conformità alle leggi dello Stato stesso, da cui quella libertà proviene*<sup>127</sup>. La libertà appare allora nient'altro che una soggettivizzazione del principio di legalità. Il che non sorprende affatto, stante il rifiuto dell'A. di immaginare limiti esterni alla sovranità dello Stato, sì che il problema della libertà rifluisce in questione che impegna non già il diritto costituzionale, bensì il diritto amministrativo e le tutele da questo edificate contro gli atti illegittimi dell'autorità<sup>128</sup>. Questa impostazione generale dei rapporti tra autorità e libertà transita *anche* nel nostro ordinamento, ove il quadro storico, istituzionale e culturale<sup>129</sup> offre terreno fertile per l'accogli-

<sup>124</sup> G. Jellinek, cit., p. 115.

<sup>125</sup> G. Jellinek, cit., p. 117.

<sup>126</sup> A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 327; anche L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale*, cit., p. 51-53.

<sup>127</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 115; ancor più esplicito P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 119, che riferendosi al codice parla di Costituzione dello Stato borghese. La stessa cosa potrebbe essere ripetuta, senza perdere il suo significato più profondo, anche per il diritto speciale dell'amministrazione.

<sup>128</sup> Del resto, in epoca di poco successiva, continuerà ad affermarsi che "*Il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo rimane*", O. Mayer, *Verwaltungsrecht*, Vol. I, 1924, p. VI.

<sup>129</sup> Su cui S. Cassese, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, cit., p. 27 ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., p. 52 ss., il quale rileva, tuttavia, la presenza di elementi autoctoni nella giuspubblicistica italiana del periodo, pur riconoscendo come decisiva l'influenza della dottrina germanica.

mento in seno alla prevalente<sup>130</sup> (anche se non incontrastata<sup>131</sup>) giuspubblicistica dei principali capisaldi del liberalismo germanico, compendiate nelle teorie della personalità dello Stato, dell'autolimitazione e dei diritti pubblici soggettivi. In questo contesto culturale nel quale si avverte vivissima l'influenza esercitata dalla dottrina tedesca, la vicenda dei diritti pubblici sog-

<sup>130</sup> S'intende far riferimento in primo luogo V.E. Orlando, (*Introduzione al diritto amministrativo*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato*, cit., p. 21; Id., *Prefazione all'edizione italiana* di G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., XI; Id., *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, ivi, p. 417 ss.), nelle cui costruzioni si mescolano anche elementi di "storicismo", come è evidente negli scritti sulla funzione legislativa o sull'autolimitazione (V.E. Orlando, *Sulla teoria dei diritti pubblici subiettivi di Jellinek*, 1911, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati a sistema*, Milano, 1949, p. 275 ss.; Id., *Studi giuridici sul governo parlamentare*, ivi, p. 345; in ordine ai collegamenti con la dottrina tedesca, proprio con riferimento ai capisaldi concettuali della personalità e della sovranità statale A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive*, cit., p. 148; sulla complessità del pensiero di Orlando, che a giudizio di molti reca in sé non poche aporie, S. Cassese, *Cultura e politica nel diritto amministrativo*, cit., p. 27; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 69; U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 251; in chiave fortemente critica, A. Volpicelli, "Vittorio Emanuele Orlando", *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1, (1927-28); per una differente lettura, M. Fioravanti, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, Giuffrè, 2001, p. 67). L'atteggiamento non è diverso nel primo S. Romano, autore del saggio sui diritti pubblici soggettivi (S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici soggettivi*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, I, Milano, 1897), ove si ritrova come punto di partenza la teoria della personalità dello Stato e dell'auto-limitazione, (S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, cit., p. 184 ss.; M. Fioravanti, *Stato giuridico e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909)*, in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato*, cit., p. 277 ss.; U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 271; per un confronto con la teoria jellikeniana, anche A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit.). Tra i più convinti assertori della centralità dello Stato, O. Ranalletti, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile*, 1899, ove emblematicamente afferma: «Il punto logico di partenza non è la libertà ma lo Stato». Come rammenta A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive*, cit., p. 155 ss. l'A. non recederà dall'idea della sovranità statale, neppure con l'avvento della Costituzione.

<sup>131</sup> Non mancano, infatti, in questo stesso periodo sensibilità differenti, come rammenta M. Fioravanti, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 327 ss., rammentando gli scritti di G. Arcoleo. La posizione di questo A., minoritaria e sconfitta dall'evoluzione della storia, è quella di un giurista che si richiama al modello costituzionale inglese, di un *Higher Law* capace di imporsi anche ai pubblici poteri (G. Arcoleo, *Diritto costituzionale*, in *Le opere di Giorgio Arcoleo*, Milano, III, 1935, p. 7). Non meno significative sono le prese di posizione di F. Cammeo (M. Fioravanti, *I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di Federico Cammeo*, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 519 ss.). Si veda in proposito, F. Cammeo, *Lo Stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, p. 369 ss.

gettivi appare, tuttavia, singolare, dal momento che ragioni di diritto positivo, legate all'istituzione con la legge Crispi del 1899 della IV Sezione del Consiglio di Stato come giudice dei soli "interessi", impediranno di accogliere, *quanto meno nella sua originaria latitudine*, la teoria dei diritti pubblici soggettivi e, in definitiva, la stessa *Schutznormtheorie*. Ogni attenzione verrà, infatti, incanalata sullo studio degli *interessi legittimi*, a loro volta individuati negli interessi non già intenzionalmente protetti dalla norma, i quali sarebbero pur sempre stati "diritti soggettivi" (pubblici), come tali tutelabili solo innanzi al giudice ordinario<sup>132</sup>, bensì soltanto in quelli "*occasionalmente*" protetti dalla norma<sup>133</sup>, cioè nei vecchi diritti riflessi che Jellinek aveva tendenzialmente relegato nell'alveo degli interessi di fatto. Il che emerge in modo evidente, per esempio, sia nella costruzione di Cammeo, che traccia la distinzione tra diritti soggettivi pubblici e interessi legittimi in base al criterio della causalità/occasionalità della protezione offerta dalla norma<sup>134</sup>; sia in quella cronologicamente successiva di Casetta<sup>135</sup>, che individuerà nei diritti pubblici soggettivi un inutile arnese della storia<sup>136</sup>, mentre proprio a questi diritti guardava Meucci come a uno strumento/materia che il legislatore del tempo avrebbe, invece, potuto/dovuto assumere quale criterio di radicamento della giurisdizione amministrativa, onde evitare di cadere nell'«equivoco tra interessi legittimi e diritti subiettivi».

<sup>132</sup> Sull'idea che gli interessi legittimi fossero qualcosa d'altro rispetto ai diritti pubblici soggettivi i quali, essendo pur sempre diritti, andavano devoluti alla cognizione del giudice ordinario in base all'art. 2 della LAC, O. Ranelletti, *Le guarentigie*, cit., p. 398 il quale rammenta, riferendosi alla LAC, che «[...] con quella formula, essa volle indicare tutti i diritti soggettivi dell'individuo, a qualunque categoria essi appartenessero, fossero, cioè, privati o pubblici». Sulla genesi della figura dell'interesse legittimo, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985; Id., *Voce Interesse legittimo*, Milano, 2008, p. 709 ss.

<sup>133</sup> Secondo la celebre definizione di O. Ranelletti, *Le guarentigie*, cit., p. 163 che radica la distinzione tra diritto e interesse nella relazione di causalità o di mera occasionalità tra protezione offerta dalla norma e interesse del singolo. Si tratta di una ricostruzione assolutamente dominante nella prima metà del Novecento, anche G. Chioyenda, *Principii di diritto processuale civile*, Ristampa inalterata con prefazione di Andrioli, Napoli, 1968, p. 335, 343.

<sup>134</sup> F. Cammeo, *Commentario*, cit., pp. 107, 111, 116, 129. Di tal che nella medesima materia possono darsi, secondo Cammeo, intrecci vari tra diritti pubblici soggettivi e interessi legittimi.

<sup>135</sup> E. Casetta, voce *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 791 ss.

<sup>136</sup> Rilievo, quello dell'A., peraltro di per sé esattissimo ove riferito ai diritti fondamentali/costituzionali.

foriero di tante inutili complicazioni sul terreno del riparto di giurisdizione<sup>137</sup>.

Il dato saliente qui da rilevare è che proprio alla *Schutznormtheorie* la dottrina italiana è, tuttavia, lentamente e vischiosamente approdata nel dopoguerra, sospinta dalle novità intanto emerse nella Costituzione, implicanti tra l'altro la necessità di assegnare natura sostanziale agli interessi "propri" di cui all'art. 24 Cost.<sup>138</sup>, da intendere oramai come interessi protetti *direttamente* e non più occasionalmente *dalla norma attributiva del potere*<sup>139</sup>. Tuttavia, l'idea che le innovazioni legate all'avvento dello Stato costituzionale di diritto siano da circoscrivere alla sola interpretazione degli interessi "propri" protetti dal diritto fondamentale d'azione ex art. 24 Cost. e alla necessità, conseguente, di individuare il fondamento di siffatti

<sup>137</sup> Con riferimento all'interesse legittimo segnala, infatti, «Confusione ed equivoco quando sotto quella denominazione si comprendono veri diritti violati da atti ingiusti, i quali però sarebbero come tale di competenza naturale del contenzioso, ma non dovrebbero essere secondo il lato principio che attribuisce alla giurisdizione ordinaria tutte le questioni non solo di diritti civile ma politico: incoerenza innocua, ma *incoerenza, che poteva essere si bene evitata dando per naturale materia dei giudizi amministrativi i diritti subbietivi pubblici*» (corsivo nostro), L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi vigenti*, in *Giust. amm.*, 1891, p. 32 ss. (anche p. 16, dove richiama espressamente quale diversa, e preferibile, opzione proprio la soluzione prussiana dei diritti pubblici soggettivi). Il passo è menzionato, adesivamente, anche da M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 69. Si veda l'analoga proposta di razionalizzazione di G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 350, secondo il quale l'aumento delle garanzie del cittadino verso l'amministrazione si sarebbe potuta realizzare «[...] o con una interpretazione autentica della legge 1865, art. 2, che estendesse chiaramente il concetto di diritto civile o politico fino a comprendervi ogni diritto soggettivo pubblico, mantenendo la distinzione tra diritto e interesse restituita così al suo retto significato; o abbandonando questo concetto e istituendo un nuovo organo di tipo germanico, per la tutela dei diritti soggettivi pubblici». Peraltro, stante la centralità della norma protettiva dell'interesse appare evidente che i diritti pubblici soggettivi forgiati dalla dottrina germanica non possono in alcun modo essere intesi come interessi occasionalmente protetti, né come interessi normativamente qualificati *ma differenziati in fatto*, sì che l'accostamento tra diritto pubblico soggettivo germanico e interesse legittimo quale situazione giuridica bensì qualificata, ma differenziata *in fatto* appare, a nostro sommo avviso, non condivisibile; su questo accostamento, invece, F.G. Scoca, *Interesse legittimo*, cit., p. 396 (nota 187).

<sup>138</sup> V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, cit.; anche la dottrina indicata nelle note sub §§ 2 e 3.

<sup>139</sup> Il che conferma implicitamente che il vero criterio di radicamento della giurisdizione sia il potere pubblico, M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, 2008, p. 67.

interessi in una norma ordinaria che li prenda esplicitamente in considerazione appare *riduzionistica*<sup>140</sup>.

Si tratta, infatti, di verificare, piuttosto, in che termini il diverso rapporto tra autorità e libertà postulato dall'avvento dello Stato costituzionale di diritto influisca sulla stessa teoria della norma di protezione, punto in relazione al quale sono andate nel tempo emergendo quelle due opposte visioni cui prima si faceva cenno, volte, rispettivamente, a riconoscere e a negare la necessità di un'*interpositio legislatoris* in funzione di giustiziabilità delle previsioni costituzionali sui diritti fondamentali della persona. A questa verifica sono, pertanto, dedicate le pagine che seguono.

### 5. *La teoria della norma di protezione alla prova delle fattispecie multipolari*

Non si dice nulla di nuovo affermando che la Carta fondamentale abbia posto al centro del suo disegno la "persona", rifuggendo sia dall'individualismo atomistico proprio del giusnaturalismo, sia dallo statualismo autoritario di matrice tedesca<sup>141</sup>. Lo Stato, non più titolare della sovranità, vede ora la sua azione delimitata dalla Carta costituzionale nonché dell'elenco dei diritti fondamentali. In questo disegno complessivo, i diritti di libertà e gli altri diritti fondamentali assumono un significato diverso, dal momento che non è più lo Stato a essere condizione della loro esistenza, ma sono, piuttosto, i diritti a precedere lo Stato e a legittimarne l'azione<sup>142</sup>. In positivo, il ruolo della grandezza statale è definito proprio dalla funzione di protezione della persona e dei suoi diritti fondamentali, che ora assumono

<sup>140</sup> Sui problemi di adattamento della scienza amministrativistica rispetto all'avvento dello Stato costituzionale di diritto, A. Orsi Battaglini, *L'astratta e infecunda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini. per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, 1988, specie p. 590; A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?* in *Dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 49 ss.; M. Magri, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002, p. 69 ss.

<sup>141</sup> Si vedano peraltro le dichiarazioni iniziali di La Pira in seno alla prima sottocommissione sui principii dei rapporti civili (verbale riunione 9 settembre 1946); sul tema di recente, V. Tondi della Mura, *La solidarietà tra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010; F. Polacchini, *Doveri costituzionale e principio di solidarietà*, cit., p. 17.

<sup>142</sup> Da ultimo, A. Pioggia, *Costituzione e diritto amministrativo*, in *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto* (E. Bruti Liberati, M. Clarich a cura di), 2012, p. 43 ss., specie p. 46.

anche una valenza sociale<sup>143</sup>. Se, dunque, la libertà del singolo costituisce non già uno spazio di libertà *ricavato in negativo da un atto di autolimitazione dello Stato*, bensì un *prius* rispetto allo Stato e al suo diritto<sup>144</sup>, dovrà allora essere diverso anche il modo di concepire la tutela della persona nei confronti del potere pubblico. Il diverso rapporto tra autorità e libertà postulato dall'avvento dello Stato costituzionale di diritto – mentre richiede di rimeditare la stessa fonte di libertà dell'individuo –, costringe ineluttabilmente a problematizzare anche la stessa teoria della norma di protezione dell'interesse, quanto meno nel caposaldo che la sottende secondo cui la norma regolativa del potere costituirebbe monade indifferente al diritto costituzionale, in ragione della necessità, non altrimenti precisata, che i diritti della persona debbano sempre richiedere l'*interpositio legislatoris* per divenire concretamente esigibili e giustiziabili nei rapporti tra l'individuo e l'amministrazione pubblica. Se nello Stato costituzionale il singolo individuo deve essere considerato non già come un mero "oggetto" dell'azione dello Stato, cioè quale mezzo per conseguire altri fini, bensì quale "soggetto" titolare di una propria sfera di libertà e come "fine" della funzione di protezione dello Stato<sup>145</sup>, ne dovrebbe, a tutta prima, conseguire che la lesione dei diritti di libertà della persona debba costituire ragione di per sé sufficiente per muovere azione nei riguardi dell'amministrazione, senza necessità di esaminare la *ratio* protettiva della norma attributiva e regolativa del potere. Il diverso rapporto postulato dalla Costituzione tra persona e Stato sembrerebbe, perciò, *apparentemente* richiedere una diversa rappresentazione della norma di protezione: questa sarebbe da ricercare non più nella norma attributiva e regolativa del potere, bensì in quella, di rango più elevato, che riconosce i diritti di libertà come attributi immanenti della persona.

Si tratta ora di vedere se le argomentazioni finora esposte giustifichino davvero un *superamento della teoria della norma protettiva*, portando verso una *polarizzazione diametralmente opposta*, che, accentuando oltremodo la rilevanza dei diritti fondamentali, superi del tutto la necessità di ancorare la legittimazione al ricorso alla presenza di una norma di protezione di diritto comune. In particolare, una visione radicale circa il ruolo dei diritti fondamentali è proposta da chi ritiene che la libertà dell'individuo sia

<sup>143</sup> G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 304; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 718.

<sup>144</sup> A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, cit., p. 22.

<sup>145</sup> A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, cit., p. 15.

unica<sup>146</sup>, talché ogni interferenza illecita, in quanto contraria alla norma attributiva e regolativa del potere prodotta in danno della sovranità della persona, ridonderebbe, per ciò solo, in lesione della libertà individuale. Il singolo sarebbe, perciò, *sempre* legittimato a reagire mettendo in moto la macchina giudiziaria, quale che sia finalità di tutela espressa dalla norma di attribuzione del potere. In questa prospettiva, non si avrebbe motivo di distinguere a seconda che la libertà lambita sia quella del *destinatario* del provvedimento piuttosto che quella del *terzo*, comunque, coinvolto nella vicenda (multipolare) di potere<sup>147</sup>; e neppure avrebbe rilievo il diverso profilo del diritto di libertà leso, se quello solo “difensivo” ovvero anche quello di “attesa” proprio di chi ambisce, attraverso l’adozione di un provvedimento favorevole, a ottenere un ampliamento della originaria libertà<sup>148</sup>. Appare chiaro che una ricostruzione siffatta ha potenzialità per condurre verso una disintermediazione *completa* del diritto costituzionale dalla norma di protezione del diritto comune, ponendo *sempre* il giudice amministrativo in collegamento diretto coi diritti fondamentali della persona<sup>149</sup>.

Se, dunque, la teoria normativa conduce a svalutare il ruolo dei diritti fondamentali, a beneficio della centralità della norma di protezione di diritto comune, questa differente teoria sembra, invece, approdare verso un risultato esattamente opposto.

Esistono, tuttavia, molteplici ragioni che impediscono di accedere a una siffatta visione circa il ruolo svolto dai diritti fondamentali.

<sup>146</sup> La tesi è sostenuta da F. La Valle, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza*, cit., p. 765 e B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione*, cit., p. 115. Ma l’idea di una libertà unica è ampiamente diffusa, seppure nell’ambito di ricostruzioni complessive radicalmente differenti. Accanto a G. Jellinek, già citato, anche F. Cammeo, *Commentario*, cit., p. 113; P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947; con riferimento alla clausola di tutela della persona racchiusa nell’art. 2 della Costituzione di Bonn, che comprenderebbe anche il diritto al libero sviluppo della personalità e, dunque, anche il riconoscimento della libertà da ogni interferenza illegale, R. Bernhardt, *Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte*, in *Juristen Zeitung*, 18, 1963, p. 302 ss. In ordine alla ricca letteratura, anche costituzionalistica, sul tema, si rinvia a P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso delle lezioni*, I, 1, Torino, 1988, p. 121 ss.

<sup>147</sup> B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione*, cit., p. 116, 117.

<sup>148</sup> B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione*, cit., p. 116; F. La Valle, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza*, cit., p. 838 ss.

<sup>149</sup> La disintermediazione delle posizioni legittimanti dalla legislazione ordinaria costituisce, in effetti, il vero caposaldo della ricostruzione di B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione*, cit., p. 116 ss.; e, prima ancora, di F. La Valle, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza*, cit., p. 838 ss.



Un primo motivo di perplessità discende dall'accoglimento di una nozione così ampia di libertà. Trasmodando in pretesa da esenzione da qualunque "perturbazione" della sfera personale e patrimoniale, la nozione di libertà accolta appare tale da produrre una dilatazione teoricamente senza confini della legittimazione ad agire, rendendo nuovamente di difficile apprezzamento la distinzione tra l'ordinaria azione a tutela degli interessi "propri" ex art. 24 Cost. e l'azione popolare. Del resto, ciò trova conferma nell'assenza di criteri *certi* volti a individuare l'indole e la misura del "turbamento" prodotto in danno della libertà, sì che anche un pregiudizio a carattere morale, generato per esempio dalla frustrazione di una tensione altruistica verso la protezione di un bene comune (l'ambiente, il buon funzionamento dell'amministrazione etc.), potrebbe in teoria ricadere nell'area di protezione della tutela costituzionale della persona, schiudendo le porte del giudizio di merito.

Più in radice, appare poco persuasiva l'idea stessa di un unitario diritto di libertà della persona. Quella relativa al numero delle libertà riconosciute alla persona appare, infatti, questione da risolvere non già in astratto, bensì in concreto, sulla scorta di una valutazione di stretto diritto positivo, guardando, cioè, a ciò che la Costituzione espressamente prevede<sup>150</sup>. Al riguardo appare indubitabile che la nostra Costituzione rechi un'articolata disciplina delle garanzie della persona, *contemplando molteplici e differenziate fattispecie di libertà*, ognuna delle quali appare perciò munita di una propria autonomia<sup>151</sup>. Sembra, pertanto, ragionevole ritenere che tutte le volte che *non ricorra* alcuna delle libertà contemplate nella Costituzione, residui un'area occupata dalla *libertà di mero fatto*, come tale giuridicamente irrilevante<sup>152</sup>. Questo non significa naturalmente che in siffatta area riemerga lo stato belluino di natura, stante le garanzie assicurate alla persona sia dal diritto penale che dall'ordinamento generale, ma vuol dire soltanto che *non ogni delusione, patimento, disillusione o frustrazione legata alla durezza del vivere quotidiano potrà trovare risposta in una protezione specificamente accordata da un diritto fondamentale della persona*.

Una terza obiezione, indirettamente legata alle due precedenti relative alla dimensionamento quantitativo e qualitativo della "libertà" della persona, si fonda sul rilievo che la tutela della libertà del "singolo" non si

<sup>150</sup> P. Grossi, *ibidem*.

<sup>151</sup> P. Grossi, *ibidem*; E. Casetta, voce *Diritti pubblici subiettivi*, cit., p. 791 ss.

<sup>152</sup> P. Grossi, *ivi*, p. 131. Chiaramente prima di pervenire a siffatta conclusione occorre una compiuta disamina onde verificare se una certa condotta non sia comunque riconducibile a una delle diverse estrinsecazioni della libertà, costituzionalmente protette.

presenta mai dissociata dalla tutela della libertà degli “altri”, ond’è che l’allargamento a dismisura delle maglie della legittimazione ad agire, ottenuta attraverso l’omologazione della libertà del “terzo” (solo indirettamente e latamente lambita dal provvedimento amministrativo) a quella del “destinatario”, si tradurrebbe ineluttabilmente in una compressione della libertà e dei diritti di quest’ultimo nonché di quella facente capo ai “quarti”. Risulta, infatti, evidente che l’ampliamento delle porte di ingresso del giudizio, mentre moltiplica le occasioni per rendere giustizia ai diritti dei “terzi”, amplifica simmetricamente anche la possibilità di rendere “ingiustizia” ai diritti fondamentali così del beneficiario del provvedimento come dei “quarti”: si pensi a un’azione cautelare promossa dal terzo, rivelatasi a un esame di merito infondata, che produca quale effetto la rinuncia *medio tempore* a un investimento produttivo, con conseguente perdita di occasioni di lavoro dei “quarti” e vulnerazione di diritti fondamentali “altri” rispetto a quelli di cui è titolare il “terzo”: il diritto al lavoro, innanzitutto, ma anche la libertà d’impresa altrui.

Se queste osservazioni sono esatte, ogni tentativo di ricostruzione della norma di protezione, alla luce dei diritti (non solo di libertà) riconosciuti dalla Costituzione, dovrà allora procedere proprio dalla distinzione tra la posizione del destinatario del provvedimento e quella del “terzo”.

Solo con riferimento alla posizione del primo sarà, a nostro avviso, possibile distogliere l’attenzione dalla norma attributiva del potere, guardando al momento, che logicamente e giuridicamente precede, *della libertà illegittimamente compressa da provvedimenti restrittivi*. Quale che sia, infatti, l’interesse protetto dalla norma attributiva del potere, il singolo potrà senza dubbio invocare la protezione della libertà, riconosciuta dall’art. 23 Cost.<sup>153</sup>, di autodeterminarsi nelle scelte personali e patrimoniali, nel modo ritenuto più conveniente<sup>154</sup>, affrancato da imposizioni *illegittime* dell’autorità volte a costituire obblighi di *fare* (ove l’imposizione impegni le energie personali), di *dare* (ove l’imposizione si traduca in una diminuzione del patrimonio del destinatario), o a produrre effetti ablativi su preesistenti

<sup>153</sup> A. Fedele, *Art. 23, Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Rapporti civili, Artt. 22 e 23, Bologna-Roma, 1978, p. 33 ss., specie p. 55.

A. Pace, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano 1974, pp. 287 ss.

<sup>154</sup> Nei limiti segnati dalla legge, l’individuo si sente «signore delle sue determinazioni», onde raggiungere «quella morale libertà che solo la sicurezza può dare», G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Vol. II, Torino, 1960, p. 1643, 1660.

suoi diritti patrimoniali<sup>155</sup>. Il destinatario di siffatte imposizioni potrà, dunque, senz'altro invocare una pretesa (oppositiva e difensiva) di esenzione da costrizioni illegali<sup>156, 157</sup>.

La percorribilità di siffatta ricostruzione sembra, invece, già più dubbia ove venga in rilievo non già la dimensione *oppositiva e difensiva della libertà*, bensì l'ampliamento della sfera giuridica originaria, giacché in siffatta evenienza l'interesse protetto sembra appuntarsi sulla protezione di una mera *attesa* di libertà e non di una libertà preesistente, ingiustamente compressa o limitata (interesse c.d. pretensivo)<sup>158</sup>.

Allo stesso modo, la disintermediazione dei diritti fondamentali dall'*interpositio* del legislatore sembra soluzione dubbia o, comunque, da adottare con enormi cautele, anche con riferimento alla posizione dei "terzi". Questo non solo perché i terzi, solo indirettamente e latamente lambiti da provvedimenti di cui siano altri i beneficiari, non potrebbero a stretto rigore considerarsi direttamente gravati da alcun obbligo di fare o dare imposto dall'atto dell'autorità, sì da non rientrare neppure nella platea dei soggetti beneficiari della protezione della libertà di autodeterminazione accordata dall'art. 23 Cost., vista, comunque, la possibilità teorica di invocare la protezione di diritti costituzionali d'altra natura (quello alla salute, alla proprietà, alla libertà di iniziativa economica etc.), quanto e piuttosto per

<sup>155</sup> A. Fedele, *Art. 23*, cit., p. 61, 70, 77.

<sup>156</sup> In Germania si parla in proposito di teoria del destinatario, che rende nella sostanza ultronea ogni indagine sulla finalità di tutela della norma attributiva del potere, F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1994, p. 278, marg. 76.

<sup>157</sup> Resta fermo che la quota di libertà invocata, sebbene fondata sulla norma di rango superiore, sarà pur sempre quella che residua all'esito del suo scontro col (legittimo esercizio del) potere pubblico, come conformato in astratto dalla norma attributiva del potere nonché dagli altri principi che regolano la funzione. A ben vedere, neppure in tal caso si avrebbe, dunque, una completa disintermediazione del diritto costituzionale dal diritto comune, sì che appare appropriata la definizione di questa libertà a stregua di interesse legittimo costituzionale, N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013. Sulle problematiche di qualificazione dei diritti fondamentali che incrociano il potere pubblico, con varietà di ricostruzioni, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, I, 2003, p. 55; G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 304; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 525 ss.; più di recente, D. Piccione, *Libertà costituzionale e giudice amministrativo*, Napoli, 2009, p. 87 ss.

<sup>158</sup> I dubbi non vengono meno, pur considerando il rilievo, di per sé esatto, che l'autorizzazione costituisce momento di riespansione di una libertà originariamente compressa dal legislatore, G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013, p. 13. L'interesse pretensivo costituirebbe non già un diritto di libertà, bensì una *proiezione* della libertà, L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo amministrativo*, cit., p. 185 ss.

la ragione, già rilevata, che i “beneficiari” del provvedimento (o i soggetti “quarti”) *potrebbero essere essi stessi titolari di diritti costituzionalmente rilevanti*. Ond’è che l’apertura indiscriminata al bisogno di protezione dei diritti del “terzo”, specie se di infima natura o se minacciati da un pericolo di pregiudizio assai remoto, potrebbe mettere a repentaglio *i diritti costituzionali altrui, esponendoli alla non delimitabile minaccia di un’aggressione giurisdizionale*.

Sembra, dunque, persuasiva l’idea che debba essere, in linea di principio, il legislatore ordinario *ad assicurare un equo bilanciamento tra i diversi diritti*<sup>159</sup>. Peraltro, l’inesistenza di diritti “tiranni” conduce a negare la predicabilità di diritti “incomprimibili”, se con ciò vuole intendersi l’esistenza di diritti sottratti a bilanciamento, salva chiaramente la necessità che le scelte legislative siano connotate da proporzionalità e ragionevolezza<sup>160</sup>, ond’è che non può essere neppure disconosciuta al legislatore la possibilità di modulare il diverso grado di protezione degli interessi antagonisti e/o interdipendenti, vuoi liberalizzando certe attività private, facendo così rifluire in tutto o in parte l’antagonismo tra i diversi interessi nella sfera delle mere relazioni orizzontali tra privati; vuoi, ancora, individuando specifici standard di protezione del diritto fondamentale del terzo, soggettivizzando il conflitto tra i privati<sup>161</sup>; vuoi ancora adoperando un modulo di protezione

<sup>159</sup> Per analoga problematica nell’ordinamento tedesco, W. Schmitt Glaeser, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1994, p. 163, E. Schmidt-Aßmann, *Anwendungsprobleme des Art. 2 Abs. 2 GG im Immissionsschutzrecht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 106, No. 2 (1981), p. 205 ss.; L. De Lucia, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, p. 3 ss. specie p. 6.

<sup>160</sup> Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, secondo cui «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Sul tema del bilanciamento, la letteratura è sterminata. Tra i contributi più recenti, G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit.; G. Scaccia, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in A. Fachechi (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, 2019, p. 177-198; G. Villanacci, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020.

<sup>161</sup> Si pensi agli standard di protezione in materia ambientale; in proposito si è rilevato «che la disciplina giuridica a tutela dell’ambiente si fonda largamente su normative tecniche dai contenuti più disparati. Si incontrano infatti norme che definiscono limiti di accettabilità delle emissioni inquinanti, norme che fissano standard o obiettivi di qualità dei corpi recettori oppure caratteristiche merceologiche di sostanze inquinanti, norme che preve-

di matrice *giuridico-obbiettiva*<sup>162</sup>, in grado di accordare bensì protezione agli interessi sostanziali in giuoco, ma senza per questo riconoscere in capo ai terzi posizioni *sogettive* direttamente azionabili nell'ambito del giudizio. In quest'ultimo caso, alla mancata soggettivizzazione degli interessi del terzo dovrebbe seguire una loro riconduzione nell'alveo dell'interesse pubblico, in guisa di mero termine di riferimento oggettivo per la tutela assicurata dall'amministrazione; una forma di tutela, questa, che in certi frangenti potrebbe apparire non solo non irragionevole, ma finanche necessitata tutte le volte che, *in relazione al diverso peso degli interessi e al grado di reale minaccia portato al terzo*, il riconoscimento di un interesse legittimo in capo a quest'ultimo possa importare una *vulnus* sproporzionato in danno del diritto del "primo" o del "quarto"<sup>163</sup>.

In questa differente ricostruzione, la perdurante centralità della norma attributiva del potere deriverebbe, allora, non più dal principio Ottocentesco di supremazia dello Stato sull'individuo, bensì proprio dalla centralità occupata dal tema dei diritti fondamentali nella Costituzione, dall'idea cioè che spetti primariamente allo Stato il compito di offrire adeguata protezione ai diritti fondamentali di *tutti, nessuno escluso*. Sotto diverso, ma collegato, profilo, pur nell'assolvimento di questa funzione, il legislatore sembra conservare, comunque, un margine di (relativa) libertà nell'assicurare l'equilibrato bilanciamento tra i differenti diritti. Ed entro questo spazio di libertà potranno senz'altro rilevare anche le priorità, gli apprezzamenti e le valutazioni di matrice politica proprie dell'organo di indirizzo democratico

metodi di campionamento, di analisi e di valutazione dei risultati; ed ancora norme che impongono prescrizioni per l'esecuzione e l'esercizio di impianti e di opere in genere oppure requisiti per l'omologazione o l'immissione in commercio di determinati prodotti», M. Cecchetti, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell'ambiente*, M. Cecchetti, U. De Siervo (a cura di), in *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 1996, p. 145 ss.

<sup>162</sup> Così anche M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 228, richiamando la stessa dottrina tedesca.

<sup>163</sup> Esemplifica molto bene questo rischio G. Kirchhof, *Der rechtliche Schutz vor Feinstaub – subjektive öffentliche Rechte zu Lasten Vierter?*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 135, No. 1 (März 2010), p. 2977 ss., là dove rileva che il diritto pubblico soggettivo ambisce tradizionalmente ad ottenere misure di protezione individuali. Tuttavia, l'individualizzazione della tutela giurisdizionale non può andare a scapito delle *quarte* parti o della tutela dello stesso ambiente. Ma ciò è proprio quanto si potrebbe verificare in relazione alle misure di contenimento delle polveri sottili, ove la soddisfazione del singolo potrebbe andare a detrimento della salute di tutti gli altri che dovessero muovere azione solo dopo o che, peggio, dovessero rimanere del tutto inerti, là dove il contenimento del rischio collettivo esige non giù misure individuali scoordinate tra loro, ma un momento di intermediazione legislativa e amministrativa assistite da un approccio globale.

camente eletto. Proprio siffatta osservazione porta a escludere sia l'idea che possa essere il giudice a individuare da sé gli interessi meritevoli di tutela (infra § 2), giacché affidare alla giurisdizione il compito di filtrare siffatti interessi, attingendoli direttamente dalla variegata realtà materiale e sociale<sup>164</sup>, vorrebbe dire traslare in capo a un corpo politicamente irresponsabile funzioni di indirizzo politico<sup>165</sup>; sia l'idea che i diritti fondamentali possano accedere in forma *indiscriminata* al giudizio, tanto più se tradotti riassuntivamente in una generica quanto indefinita posizione di libertà costituzionale dell'individuo, perché ciò vorrebbe dire negare quella funzione di protezione e di bilanciamento dei diversi diritti, *in parte* politicamente orientata, affidata al legislatore ordinario. Siffatte considerazioni sembrano, pertanto, ostare a che il problema dell'individuazione delle situazioni giuridiche vantate dal terzo nei riguardi dell'amministrazione possa essere risolto *prescindendo del tutto dalla norma attributiva del potere*.

Questo non vuole dire, come pure rammenta la stessa dottrina tedesca sulla norma di protezione, che i diritti fondamentali non possano svolgere un qualche ruolo nell'individuazione delle posizioni legittimanti, non fosse altro perché il legislatore ordinario non sembra *completamente* libero nell'individuazione del giusto equilibrio tra i diversi interessi, non essendo di certo autorizzato a comprimere, al di là di una certa misura, i diritti fondamentali della persona<sup>166</sup>. Da qui la possibilità che i diritti costituzionali svolgano una funzione di ausilio nell'interpretazione della norma regolativa del potere e della costellazione di norme a questa collegata, specie dove la

<sup>164</sup> D'altra parte, anche con riferimento alla tutela ex art. 2043 c.c. ci pare che siano condivisibili quelle opinioni che escludono che il giudice possa ergersi a creatore degli interessi protetti e, perciò, risarcibili, dovendo siffatto giudizio pertenerne al solo legislatore, per non risultare eversiva la logica operativa sottesa al bilanciamento tra contrapposti interessi, sovente predicata in dottrina e giurisprudenza, L. Nivarra, *Dalla "crisi" all'"eclissi", ovvero da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir.*, 3, 2017, p. 801.

<sup>165</sup> Sul diverso modo di intendere il ruolo di giudici e legislatore in ordine alla creazione delle situazioni giuridiche soggettive azionabili in giudizio, M. Del Signore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020; in senso diametralmente opposto, S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit.

<sup>166</sup> F. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., p. 293; M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteresse im Verwaltungsrecht*, cit., W. Schimdt Glaeser, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., p. 37 ss.; sottolinea con forza l'ancoraggio delle situazioni giuridiche soggettive create dal legislatore ordinario ai diritti costituzionali, R. Wahl, sub §42 Abs. 2, in F. Schoch, G.P. Schneider, W. Bier (a cura di), *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 2020, p. 1 ss.

scelta legislativa non emerga in modo inequivoco<sup>167</sup>. Sembra, invece, da approfondire l'idea che siffatti diritti possano, seppure *eccezionalmente*, presentarsi quale fonte diretta della norma di protezione<sup>168</sup>. Il problema potrebbe, per esempio, presentarsi ove la norma di protezione contempli un assetto costituzionalmente problematico, per avere il legislatore omesso, in termini radicali e aprioristici, di considerare i diritti fondamentali dei terzi. La lacunosa strutturazione della norma, capace di ridondare a sua volta in vizio del provvedimento amministrativo, in ragione dell'incompletezza nell'attività di ponderazione dei diversi interessi rilevanti ai fini della decisione, sembrerebbe, tuttavia, reclamare un previo intervento del giudice costituzionale, in merito all'accertamento circa l'esistenza del vizio di progettazione della norma<sup>169</sup>. Analogo intervento del giudice delle leggi sembrerebbe, peraltro, rendersi necessario anche dove il difetto di costruzione della norma di protezione sia legato, invece, alla *mancata soggettivizzazione del conflitto* e alla conseguente dequotazione dei diritti fondamentali nell'ambito della tutela oggettivata assicurata dall'amministrazione, in ragione di un bilanciamento tra i differenti interessi attinto da irragionevolezza, in quanto risolvendosi in una *illegittima* chiusura delle porte di accesso al giudizio di merito<sup>170</sup>.

Ciò considerato, il ricorso a qualche esempio potrà forse contribuire a chiarire meglio il meccanismo che dovrebbe governare e disciplinare il ricorso a una funzione suppletiva/interpretativa dei diritti fondamentali, mettendo a raffronto gli esiti ricostruttivi così ottenuti con gli orientamenti, eventualmente divergenti, emersi nella prassi giurisprudenziale.

Un primo esempio riguarda casi nei quali la norma di protezione comune sembra non esibire vizi di progettazione, reclamanti un accesso di-

<sup>167</sup> E. Schmidt-Aßmann, *Art. 19, Abs 4*, in T. Maunz, G. Düring (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz* (Januar 2021); M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, cit., p. 41.

<sup>168</sup> Soluzione questa che appare controversa anche nel dibattito in Germania. Contro l'efficacia c.d. esterna dei diritti fondamentali R. Wahl, sub §42 Abs. 2, cit. argomentando in ordine alle controindicazioni derivanti dall'erosione delle prerogative del legislatore ad opera della giurisdizione. In favore di un cauto impiego, M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, cit., p. 46.

<sup>169</sup> Solo all'esito della declaratoria di incostituzionalità, potrà rilevare l'illegittimità (sovravenuta) del provvedimento impugnato. Si rammenta che l'annullamento della norma attributiva del potere non darebbe luogo, secondo almeno a una parte della giurisprudenza, a vizio di nullità del provvedimento, sul punto Cons. St., Sezione IV, 3 maggio 2011, n. 2623.

<sup>170</sup> Su queste problematiche, con diversità di soluzioni, legate alle specificità proprio dell'ordinamento di riferimento, M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, cit., p. 46.; *contra* R. Wahl, sub §42 Abs. 2, cit.

retto ai diritti fondamentali, né richiedere una lettura costituzionalmente orientata della norma. L'esempio in questione riguarda il caso della lesione del principio di concorrenza. Accanto a fattispecie nelle quali la norma regolativa e attributiva del potere presenta storicamente attitudine alla protezione dell'interesse dei "terzi", come avviene nel caso dell'apertura di nuove farmacie, in cui il principio dell'equa ripartizione delle sedi, tuttora presente nella disciplina di settore, sembra manifestare in modo inequivocabile una volontà di protezione dell'interesse dei terzi<sup>171</sup>, ve ne sono delle altre nelle quali la norma non sembra affatto concedere spazio per la tutela dell'interesse del terzo, benché la giurisprudenza soglia, invece, riconoscere protezione giurisdizionale, facendo leva sul noto criterio della *vicinitas* commerciale<sup>172</sup>. Così, per esempio, in relazione all'apertura di nuove stazioni di rifornimento di carburante, il conflitto tra l'interesse di chi, essendo già presente sul mercato, intende porsi al riparo dalla concorrenza altrui, e quello di chi, invece, ambendo a entrare nel mercato, voglia iniziare una nuova attività, è indubbiamente risolto dal legislatore considerando recesivo l'interesse del primo rispetto a quello del secondo. Il che emerge chiaramente proprio dall'interpretazione storico-sistematica della disciplina di settore, che consente di illuminare un percorso di transizione da un regime di concessione (art. 16, comma 1, legge 18 dicembre 1970, n. 1034), nel quale erano contemplate distanze minime e altre forme marcate di contingentamento, a un regime connotato dal libero svolgimento dell'attività economica, a seguito di mera autorizzazione (art. 1 del d.lgs 11 febbraio 1998, n. 32)<sup>173</sup>. La stessa vicenda evolutiva può del resto ravvisarsi in altri settori economici, nei quali si è assistito nel tempo a processi più spinti di liberalizzazione, sotto l'impulso dell'ordinamento europeo, tramite superamento di limiti numerici e/o restrizioni d'altra natura. Ne consegue che anche in tali casi, la costellazione delle norme di settore sembrerebbe esprimere un sicuro *favor* nei riguardi dell'interesse di chi voglia entrare nel mercato, in discapito di chi, voglia, invece essere tenuto al riparo dalla concorrenza. Dunque, nel caso in esame, la presenza di una chiara volontà legislativa di proteggere i contro-interessi facenti capo al beneficiario dell'autorizzazio-

<sup>171</sup> È il caso della disciplina vincolistica delle farmacie, ove la normativa di settore contempla storicamente delle distanze minime tra le diverse sedi di farmacia. Anche nella più recente normativa continua a rimanere criterio cardine quello dell'equa ripartizione delle sedi, T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 8 gennaio 2018, n. 100; Cons. St., sez. III, 8 settembre 2016, n. 3829.

<sup>172</sup> Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2022, n. 5353.

<sup>173</sup> In virtù dell'art. 83-*bis*, comma 17, della legge 6 agosto 2008, n. 133.



ne (ma non solo del beneficiario) – a partire da quelli relativi alla libertà di impresa dei nuovi operatori (art. 41 Cost.), alla certezza degli investimenti e alla preservazione delle prospettive occupazionali dei lavoratori impegnati nelle nuove iniziative (art. 4 Cost.) –, sembra ostare a una soggettivizzazione del conflitto con la costellazione dei terzi concorrenti, il cui interesse non potrebbe, dunque, ambire a trovare alcuna protezione giurisdizionale. In tali casi, non vi sarà spazio per interpretazioni correttive costituzionalmente orientate; né potrà predicarsi la presenza di un lacunoso assetto di interessi nell'ambito della norma di protezione, in grado di giustificare un attingimento diretto ai diritti della persona. Questa conclusione sembra avallata anche dalla dubbia rilevanza costituzionale dell'interesse del terzo: nel caso considerato non sembra, infatti, predicabile l'esistenza di un diritto costituzionale a essere posti al riparo dalla concorrenza, sì che la situazione nella quale il terzo versa sembra piuttosto quella della *mera libertà di fatto, costituzionalmente e giuridicamente non protetta*.

Un diverso discorso dovrebbe, invece, svolgersi a proposito di una disposizione che dovesse prevedere, per esempio, la concessione di sovvenzioni nei riguardi di una impresa, ignorando *aprioristicamente* gli interessi dei terzi concorrenti. In presenza di una disposizione siffatta, vi sarebbe spazio per ipotizzare un ricorso diretto ai diritti riconosciuti dalla Costituzione (art. 41 Cost.<sup>174</sup>), per dispensare la tutela necessaria alla protezione dei diritti dei terzi, compromessi dalla concessione della sovvenzione illegittimamente riconosciuta dall'amministrazione, salva chiaramente la necessità di un previo pronunciamento di incostituzionalità<sup>175</sup>.

Con riferimento alla tutela del diritto alla salute, tema dominante nella problematica della tutela dei terzi, tra le variegate fattispecie normative alcune presentano *una chiara attitudine protettiva*. Un esempio è offerto dalla normativa sull'installazione di impianti di telecomunicazione, ove il conflitto emergente tra la libertà di impresa, cui si collega anche l'interesse pubblico alla diffusione capillare delle reti di telecomunicazione<sup>176</sup>, e la

<sup>174</sup> Libertà considerata anch'essa a stregua di diritto fondamentale certamente nel diritto euro-unitario, ex art. 16 della Carta di Nizza.

<sup>175</sup> In giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 2020, n. 8067; TAR Roma (Lazio), sez. III, 27 febbraio 2017, n. 2922.

<sup>176</sup> Esigenza che deve essere ben tenuta presente dai Comuni in sede regolamentare nell'individuazione dei siti idonei, su cui Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3679. Si consideri che v'è incertezza sugli effetti a lungo termine sull'uomo, mentre non si dubita dell'idoneità dei campi elettromagnetici a produrre effetti "acuti", a breve termine, chiaramente in presenza di una esposizione, più intensa rispetto ai limiti legali. A ciò si aggiungono gli effetti indiretti, legati al corretto funzionamento di apparecchiature salva-vita ed elettrome-

salute della popolazione interessata, potenzialmente minacciata dall'esposizione ai campi elettromagnetici, viene ricomposto tramite la previsione di *sacrifici reciproci tra i differenti interessi* e, più esattamente, attraverso la previsione di *precisi valori soglia di inquinamento da rispettare*<sup>177</sup>. Si tratta di un esempio in cui i diversi interessi vengono presi esplicitamente in considerazione, attraverso un bilanciamento reale, capace di conformare, limitandoli, entrambi i diritti costituzionali in gioco, pur preservando spazi di discrezionalità in capo all'amministrazione<sup>178</sup>. Proprio la ricomposizione del conflitto tramite la previsione di sacrifici reciproci sembra costituire la spia più evidente del riconoscimento normativo di situazioni giuridiche in capo ai diversi soggetti interessati, il quali potranno senz'altro attivarsi in

dicali, quali *pace-maker*, defibrillatori etc. Si comprende allora il contenuto dell'art. 3 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, là dove definisce il *limite di esposizione* come «[...] il valore di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico, considerato come valore di immissione, definito ai fini della tutela della salute da effetti acuti, che non deve essere superato in alcuna condizione di esposizione della popolazione e dei lavoratori [...]», e il *valore di attenzione* come «[...] il valore di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico, considerato come valore di immissione, che non deve essere superato negli ambienti abitativi, scolastici e nei luoghi adibiti a permanenze prolungate. Esso costituisce misura di cautela ai fini della protezione da possibili effetti a lungo termine». Dunque, sono previste funzioni diverse: di protezione della salute, in relazione agli effetti acuti, e di precauzione, per gli effetti a lungo termine, allo stato delle conoscenze scientifiche, tutt'altro che certi. Dunque, in materia viene in rilievo non solo la generica precauzione, ma anche una *specifico funzione di protezione della salute*. In ordine all'inderogabilità dei limiti di elettro-inquinamento e alla loro finalizzazione alla protezione della salute, TAR Campania, Napoli, 15 settembre 2016, n. 4321; sull'evoluzione della disciplina, E. Blasi, *Inquinamento elettromagnetico*, in *Diritto dell'ambiente* a cura di G. Rossi, Torino, 2021, p. 460 ss.

<sup>177</sup> Si veda al riguardo il d.P.C.M. 8 luglio 2003, applicabile anche ai procedimenti volti all'approvazione dei regolamenti comunali e ai controlli successivi dell'amministrazione sulle richieste di installazione degli impianti a termini del d.lgs. n. 259/2003.

<sup>178</sup> Si dichiara qui di aderire alla ricostruzione proposta da M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, cit., p. 247 ss. che fa dipendere la volontà legislativa di soggettivizzare il conflitto tra interessi, riconoscendo in capo al terzo una specifica situazione giuridica anziché soltanto una tutela obbiettivizzata assicurata dall'amministrazione, dal fatto che il legislatore abbia non solo ponderato, ma anche previsto sacrifici reciproci per entrambi gli interessi, sì da abilitare ciascuna delle parti in conflitto a far valere quel modulo di ricomposizione del conflitto innanzi al giudice. Secondo l'A. «Presupposto necessario ma anche sufficiente per l'esistenza di un diritto pubblico soggettivo nel rapporto multipolare di diritto amministrativo è che una norma regolamentare valuti gli interessi privati contrastanti nella loro contraddizione e interdipendenza, li limiti, li pesi tra loro e li classifichi *in un programma normativo di risoluzione dei conflitti in modo tale che la realizzazione degli interessi di un privato avvenga necessariamente a scapito dell'altro*» (corsivo aggiunto). Sul tema anche E. Schmidt Aßmann, *Art. 19*, in T. Maunz, G. Dürig (a cura di), *Grundgesetz: Kommentar*, München, 2013, § 140.

giudizio per esigere il rispetto della ripartizione dei sacrifici contemplata dalla norma attributiva del potere. Dunque la qualificazione normativa e il riconoscimento di situazioni giuridiche in capo ai terzi appare in questo caso indiscutibile. Più difficile da valutare è la ricca casistica giurisprudenziale, relativa all'impugnazione dell'atto di assenso all'apertura di nuovi impianti industriali<sup>179</sup> (in sede di Autorizzazione Integrata Ambientale o di Valutazione Ambientale Strategica). Qui lo studio della disciplina di settore rivela certamente una crescente importanza assegnata alla tutela della salute<sup>180</sup>. Sennonché, alla presa in considerazione del conflitto tra i differenti interessi non sembra far seguito una chiara volontà legislativa di imporre un reale sacrificio nei riguardi dell'attività imprenditoriale<sup>181</sup>, limitandosi il legislatore a richiamare, alla stregua del principio generico di precauzione, le migliori tecnologie per ridurre l'impatto ambientale dei nuovi insediamenti, *senza che vengano individuati limiti normativi cogenti, implicanti eventualmente anche forme di limitazione all'attività di impresa*. Il che sembrerebbe costituire indizio della dequotazione normativa della protezione degli interessi dei terzi nell'ambito della tutela oggettivata assicurata della pubblica amministrazione, senza che a ciò consegua il riconoscimento in capo ai terzi di vere e proprie situazioni giuridiche tutelabili in giudizio. Ora, mentre appare difficile sostenere in questo caso la presenza di una lacuna derivante dalla mancata presa in considerazione degli interessi dei terzi, rimarrebbe da esplorare, invece, la possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, ove si dovesse ritenere che la scelta normativa sul mancato riconoscimento in capo ai terzi di una situazione giuridica protetta sia attinta da profili di irragionevolezza. L'ostacolo più serio a una soluzione di questo tipo pare, tuttavia, da ravvisarsi proprio nella non equivocità della scelta legislativa, sì che l'accesso a una interpretazione costituzionalmente orientata s'attingerebbe a soluzione correttiva, attinta da profili, non consentiti, di creatività giuridica. Sembrerebbe, dunque, inevitabile in questo caso la rimessione al giudice delle leggi della relativa questione di legittimità. Sembra, pertanto, da criticare la prassi giurisprudenziale di attingere direttamente al combinato disposto degli artt. 9 e 32

<sup>179</sup> Cons. St., sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 442.

<sup>180</sup> In merito alla acquisita centralità della protezione della salute nell'ambito dei procedimenti relativi all'autorizzazione integrata ambientale, E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 3, 2017, p. 447 e ivi per la ricca bibliografia sul tema.

<sup>181</sup> Per una critica sul bilanciamento (solo formale) realizzato dal legislatore del caso ILVA, F. Trimarchi Banfi, *Il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2022, p. 3 ss.

Cost. onde permettere l'accesso al giudizio dei terzi, *senza contestualmente rimettere la questione di legittimità in capo alla Corte costituzionale*, giacché tale modo di procedere sembra, piuttosto, configurare una forma di controllo di legittimità di tipo diffuso, fuori dagli ordinari canali contemplati dalla Costituzione.

## 6. *Qualche notazione finale*

Alla luce di quanto sinora osservato, si può senz'altro affermare che la prassi giurisprudenziale incline a sovradimensionare il novero degli interessi protetti, tramite l'impiego di criteri fattuali (la *vicinitas*) totalmente sganciati da ogni riferimento a situazioni realmente protette dall'ordinamento, abbia poco o nessun fondamento nella disciplina costituzionale del diritto d'azione, la quale suppone, invece, – secondo almeno la lettura qui accolta – che la domanda di giustizia proposta dal cittadino sia riferita *ad una situazione giuridica esplicitamente protetta dall'ordinamento*. È da ritenersi, pertanto, che la presenza di un danno in fatto, causalmente legato all'agire dell'amministrazione, non possa di per sé esonerare il giudice dall'obbligo di accertare l'esistenza di un interesse riconosciuto dall'ordinamento nella forma logica del diritto. È anche vero, volendo adottare un criterio d'analisi extragiuridico, che questa criticabile prassi giurisprudenziale sembra assecondare timori radicati nel profondo del corpo sociale, i quali si traducono spesso in atteggiamenti di generalizzata sfiducia nei riguardi dell'amministrazione e della sua capacità di assicurare il rispetto della legalità obiettiva. Tuttavia, si tratta di un problema che dovrebbe, a nostro avviso, trovare soluzione nella predisposizione di dispositivi esterni alla giurisdizione, piuttosto che nell'espansione incontrollata della funzione giurisdizionale.

Sotto altro versante, nell'indagine relativa all'esistenza di situazioni giuridiche protette, da condurre sulla scorta a un rigoroso scrutinio della disciplina di diritto positivo, non potrà *costituire* limite alla configurabilità di interessi giuridicamente protetti la presenza di un supposto deficit di *differenziazione* normativa. Secondo la ricostruzione qui accolta, il numero dei soggetti protetti non sembra costituire valido *discrimine* tra situazioni giuridiche protette e interessi di mero fatto, quanto meno con riguardo agli interessi legati all'essere o al benessere della persona, nei quali è replicata la logica dei diritti fondamentali, la cui caratteristica saliente – così almeno ci

è parso di credere – sembra essere proprio quella di non contemplare fatti investitivi esterni e/o diversi dalla persona in sé e per sé considerata.

Se si accetta questa conclusione sul piano della stessa teoria generale, dovrà conseguentemente escludersi che nel deficit di *differenziazione* normativa possa ravvisarsi un ostacolo *teorico* all'applicazione diretta delle norme di protezione degli interessi radicate nella Costituzione, e, dunque, dei diritti di libertà e degli altri diritti riconosciuti nella norma fondamentale, non potendosi considerare, a seguito dell'avvento dello Stato costituzionale di diritto, la norma di protezione quale monade indifferente al tema dei diritti costituzionali. Sotto tale aspetto possono, pertanto, ritenersi parzialmente giustificate le critiche recentemente mosse nei riguardi della teoria normativa, là dove segnalano l'improprio sottodimensionamento della cerchia dei beneficiari della norma, conseguente a una asfittica rappresentazione del criterio della *differenziazione* normativa.

Tuttavia, le obiezioni mosse nei riguardi di una lettura esigente dei criteri della qualificazione e della differenziazione normativa non giustificano, a nostro avviso, l'accesso a una polarizzazione diametralmente opposta, volta a neutralizzare del tutto la capacità conformativa della norma attributiva del potere; conclusione questa sostenuta da chi, individuando nella posizione di *libertà* dell'individuo un *prius* rispetto all'esercizio del potere, ravvisa nello scontro tra le due diverse sovranità (della persona e dello Stato) ragione di per sé sufficiente per avversare le eventuali restrizioni illegali imposte dal provvedimento dell'autorità.

Insomma tra le due differenti polarizzazioni, protese l'una a considerare sempre disarmate le posizioni di libertà e i diritti costituzionalmente rilevanti della persona, ciò che costringe a concentrare l'attenzione sulla norma di protezione emergente dalla norma ordinaria, e l'altra, incline a considerare la generica libertà dell'individuo sempre rilevante e resistente rispetto alla capacità conformativa della norma ordinaria, pare possibile individuare una posizione intermedia, che tenga conto della diversa posizione dell'individuo nello Stato costituzionale di diritto, senza però trascurare il ruolo svolto dallo Stato proprio nella funzione di protezione dei diritti (di tutti).

Se il nuovo assetto dei rapporti tra persona e Stato può, infatti, legittimamente indurre a riconsiderare le modalità di protezione del destinatario diretto del provvedimento, la cui tutela può essere ora ricercata nella diretta applicazione delle disposizioni sulle libertà e sui diritti costituzionali, non giustifica, invece, il *completo* superamento della teoria delle norme

protettive con riferimento alla posizione del terzo nell'ambito delle fattispecie *multipolari*.

Sembra, infatti, che, rispetto ai soggetti terzi solo indirettamente e lamente lambiti dal provvedimento amministrativo, la teoria della norma protettiva conservi tuttora una perdurante centralità, trovando sostegno, sotto il profilo teorico, proprio nella funzione di protezione dei diritti fondamentali affidata dalla Costituzione in capo al legislatore ordinario. Esclusa l'esistenza di una generica quanto indefinita libertà costituzionalmente rilevante e ribadita, piuttosto, la rilevanza costituzionale degli attributi della persona espressamente contemplati dalla costituzione, la necessità di assicurare la protezione dei diritti costituzionali di tutti (nessuno escluso) sembra abilitare la norma amministrativa a bilanciare e a ponderare i diversi interessi tra loro conflittuali o interdipendenti che si agitano nella società, anche predisponendo regolamenti normativi differenziati, volti ora a soggettivizzare il conflitto tra i privati, tramite riconoscimento di specifiche situazioni giuridiche, *ora a ricomporre la risoluzione del conflitto nell'ambito della tutela oggettivata assicurata dall'amministrazione*, in base a parametri di ragionevolezza e proporzionalità, ancorati al diverso peso e al differente grado di minaccia portato all'uno o all'altro dei diversi interessi in gioco. L'idea, pertanto, che la generica libertà *giuridica* dell'individuo (o, in altra più cauta prospettiva, i singoli diritti anche di libertà) conservi(no) sempre una forza di resistenza tale(i) da renderla(i) indisponibile(i) alla capacità conformativa del legislatore ordinario appare, dunque, da respingere. Ciò non significa che non potranno darsi casi (eccezionali) di applicazione diretta delle libertà e dei diritti costituzionali anche nella posizione dei terzi, ipotesi a nostro avviso ammissibili, tutte le volte che la ponderazione tra interessi manchi del tutto o conduca all'adozione di un modulo di ricomposizione del conflitto di matrice oggettivata, là dove, invece il peso e la minaccia di pericolo rispetto ai diritti costituzionali richiedono una differente soluzione, da sottoporre, ad ogni modo, al vaglio del giudice delle leggi. Nell'operazione di ponderazione o bilanciamento, la libertà del legislatore appare, infatti, pur sempre *delimitata*, stante la necessità di assicurare il rispetto del nucleo incompressibile dei diversi diritti costituzionali. Ond'è che potranno, se del caso, essere esperiti i diversi rimedi contemplati dall'ordinamento, non esclusi quelli imperniati sull'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di protezione e, dove essa non sia possibile, sul ricorso diretto ai diritti costituzionali, con contestuale remissione alla Consulta della questione di costituzionalità della norma attributiva del potere.

Edoardo Nicola Fragale, *The Rules of Standing in the Administrative Justice and the Role of Constitutional Rights*

Having ascertained the need to understand the administrative trial as a judgment preordained for the protection of differentiated and qualified interests, the author critically examines both the so-called normative theory, accused of proposing criteria for the identification of legitimizing positions so demanding as to propitiate real forms of seizure of constitutionally relevant individual interests, and the opposite thesis, also a harbinger of drawbacks, especially where it proposes to indiscriminately anchor access to administrative judgment to the need to protect fundamental personal rights. Reconstructively, the author's proposed solution puts the common law protection rule back center stage, reinterpreted as the fulfillment of the constitutional duty to protect fundamental rights. The author's hope is that the proposed reconstructive model, marked by a cautious use of the constitutional rights of the person, is better able to smooth out the contradictions emerging in practice.

*Keywords:* standing, constitutional rights, administrative trial.

Edoardo Nicola Fragale, Università di Trieste, Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione, Piazzale Europa 1, 34127, Trieste.  
edoardonicola.fragale@units.it  
<https://orcid.org/0000-0002-5090-6885>

