
PRESENTAZIONE

I

Più volte, nel corso del tempo, sono tornato sulla nozione di interesse legittimo. Il presente lavoro tiene ovviamente conto dei precedenti contributi; anzi alcune parti non sono altro che la loro rilettura. Questo non significa che siano stati ripresi tutti e in pieno gli argomenti affrontati altrove; né che ci sia totale concordanza tra quanto qui esposto e quanto nei vari contributi sostenuto.

Fatta questa avvertenza, in via preliminare occorre dare risposta ad un interrogativo che potrebbe sorgere dal sottotitolo: *storia e teoria*.

Come mai una ricostruzione storica del dibattito scientifico svoltosi intorno ad una figura giuridica? Per di più non compilata da uno storico del diritto?

1. Si può rispondere alla prima domanda, rammentando che l'interesse legittimo è una nozione tanto affascinante quanto controversa, e contestata, nella sua consistenza e nella sua stessa esistenza nel panorama dei concetti giuridici.

Intorno ad essa l'attenzione degli studiosi di diritto amministrativo è stata corale, coinvolgendo sia coloro che ne affermano l'esistenza, e tentano di darle una fisionomia concreta, teoricamente corretta e sistematicamente soddisfacente, sia coloro che la ritengono, secondo le varie colorite espressioni, niente altro che un abbaglio, un fantasma senza sostanza giuridica, un'inutile superfetazione nominalistica, un errore di prospettiva, indotto da disposizioni legislative male interpretate, un diritto soggettivo devitalizzato, la personificazione di un'ombra, la rifrazione di un fantasma, una delle più nefaste mistificazioni del diritto amministrativo italiano; ad esser comprensivi, un reperto archeologico.

Quale che sia la giusta soluzione del problema, non è dubbio, e non si può trascurare, che la dottrina italiana da circa centotrenta anni ha concentrato la sua attenzione sulla controversa figura.

La dottrina italiana, appunto! Non quella di Paesi che pure hanno un sistema di rapporti tra l'amministrazione pubblica e i privati cittadini paragonabile al nostro.



Che si può ricavare da questa “anomalia” nazionale, da questa “nostra discutibile peculiarità”? È la prova di un grave e continuo abbaglio, di un “grande, geniale inganno”, che ha spinto decine e decine di studiosi ad inseguire un’ombra sfuggente?

La risposta affermativa è certamente la più facile da esprimere; e infatti molti studiosi questa risposta hanno dato con assoluta convinzione, soprattutto dopo che si è consolidato una sorta di ordinamento giuridico europeo, con la Corte di giustizia che risolve le controversie, che potremmo chiamare di diritto pubblico, senza sentire il bisogno di ricorrere alla nozione di interesse legittimo. Figura, è necessario aggiungere, che sembra (o generalmente è ritenuta) estranea, oltre che al sistema giuridico positivo, al panorama concettuale degli ordinamenti stranieri, anche di quelli che più si avvicinano al nostro.

Non si può disconoscere che, in favore della convinzione di questi studiosi, hanno rilievo due circostanze, l’una di ordine storico, l’altra di ordine teorico. Da un lato, il rifiuto della nozione non è né recente né episodico: data da lungo tempo, rappresenta un atteggiamento quasi costante di una parte consistente della stessa dottrina italiana; dall’altro lato, è palese la difficoltà di individuare il *proprium* della nozione, difficoltà resa evidente dalle moltissime, variegata, insoddisfacenti, perfino contraddittorie, definizioni che si sono accavallate nel tempo.

In definitiva, la nozione di interesse legittimo è considerata da molti studiosi, secondo la sapida espressione di Luigi Benvenuti, “assai controversa fin dalle origini della sua storia tormentata, fatt’apposta per confondere e imbrogliare qualsiasi tentativo di lettura che pur s’ingegni di assumere un atteggiamento critico rispetto all’argomento”.

2. Non sarebbe, anzi non è, fuori misura una risposta diversa.

Negli ordinamenti esteri, anche in quelli più simili al nostro, non si è creata l’esigenza di diritto positivo per ipotizzare l’esistenza, o, meglio, per costruire teoricamente una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto soggettivo. Pertanto non si è determinata l’occasione (mi si consenta: la fortunata, anche se fuorviante, occasione) per riflettere sulla configurabilità di un istituto che, pur rappresentando (o consentendo) una peculiare forma di protezione giuridica di interessi (privati), si presenti in termini (teorici) diversi dal diritto soggettivo.

Badando alla sostanza delle cose, siamo poi sicuri che, prescindendo dalla denominazione con la quale è presso di noi conosciuta, nei suddetti ordinamenti esteri, ma di comune civiltà giuridica, non viva, camuffata da diritto soggettivo, o intesa come interesse semplice, o magari mascherata da interesse ad agire, la stessa figura che da noi viene denominata interesse legittimo?

Si prenda il diritto pubblico soggettivo dei tedeschi: esso si distingue profondamente dal diritto soggettivo *tout court*. In cosa differisce, sul piano concettuale, dal nostro interesse legittimo? Sono ravvisabili tra le due nozioni differenze tali da far ritenere giustificato che, al di là della terminologia, l'una costituisca un diritto soggettivo (sia pure con caratteri propri) e l'altra sfumi in un concetto nebuloso e privo di sostanza giuridica?

C'è di più: anche se il diritto soggettivo pubblico non dovesse coincidere con il nostro interesse legittimo, la sua presenza nel panorama concettuale tedesco dimostra quanto meno che il diritto soggettivo *tout court* non è l'unica situazione giuridica soggettiva che sia concepibile in astratto ed abbia ragion d'essere nel diritto positivo.

Si prenda l'interesse ad agire che i francesi considerano una *condition de recevabilité* del ricorso al *Conseil d'État*: esso corrisponde in pieno ad una delle primitive, ed autorevolmente sostenute, concezioni dell'interesse legittimo, connessa con l'idea che il processo amministrativo fosse da considerarsi processo di diritto oggettivo. Senza contare i numerosi tentativi di teorici francesi, ripetuti nel tempo, di dare spazio al *droit à la légalité*, che richiama da presso un'altra notissima configurazione dottrinale del nostro interesse legittimo.

Si può ritenere, ciò considerato, che in Francia non ci sia il problema che da noi è stato risolto con la teorizzazione dell'interesse legittimo? Coloro che, in Francia, ancora negano che il *recours pour excès de pouvoir* abbia carattere di rimedio soggettivo, tuttavia ammettono che "*l'exigence d'un intérêt à agir, sur le terrain de l'excès de pouvoir, est assez déroutante*".

Si considerino ancora le *legimate expectations* del diritto inglese: sono qualificabili come diritti soggettivi, *rights*? Sono, viceversa, nozioni prive di valore giuridico? Se si esclude l'una e l'altra qualificazione, esse si pongono come entità giuridiche parallele agli interessi legittimi, o comunque avvicinati e paragonabili a questi ultimi.

Si aggiunga una considerazione di ordine generale: con riguardo alla medesima situazione giuridica oggettiva, caratterizzata dal potere (unilaterale) dell'amministrazione e da interessi dei privati (in qualche modo presi in considerazione e protetti dal diritto oggettivo), i francesi negano a tali interessi qualsiasi rilievo di diritto sostanziale; i tedeschi elevano gli stessi interessi a diritti soggettivi, sia pure della specie dei diritti pubblici soggettivi. Non è ricavabile da tale profonda differenza di vedute che, con molta probabilità, la soluzione esatta è diversa sia dalla francese sia dalla tedesca? Posto che entrambe si fondano sul presupposto che sia predica-



bile una sola situazione giuridica soggettiva, il diritto soggettivo, non è pensabile che sia proprio questa convinzione l'ostacolo per ricostruire con maggiore esattezza, con più attenta aderenza alla realtà, il rapporto che corre tra un soggetto che esercita, da solo, un potere coinvolgente, oltre il proprio, interessi altrui e i titolari di questi interessi, che tendono a far sì che tale potere sia esercitato in modo da favorirli o da non pregiudicarli?

D'altronde almeno la locuzione "interesse legittimo", o "*intérêt légitime*" in francese, o "*legitimate interest*" in inglese, o "*berechtigten Interesse*" in tedesco, a prescindere (forse) dal suo significato sostanziale, non è ignota al legislatore comunitario: la si trova usata, ad esempio, nella direttiva CE 95/46, del 24 ottobre 1995, e nel Regolamento UE n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari. La si trova anche nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, ad esempio nella sentenza *Fastweb* (4 luglio 2013, C-100/12): nella redazione in francese l'espressione usata è "*intérêt légitime*"; nella redazione in inglese è "*legitimate interest*". Ancora più recentemente è stata utilizzata nelle ultime direttive sugli appalti pubblici e sulle forniture (direttiva 2014/24/UE, del 26 febbraio 2014, considerando 122; direttiva 2014/25/UE, del 26 febbraio 2014, considerando 128).

3. Certo, il problema può spostarsi sul piano semplicemente terminologico.

Il diritto soggettivo è una figura dalle molte facce; appare piuttosto come un concetto di genere, che si fraziona in molteplici sottofigure, diritti assoluti e relativi, diritti potestativi, per non rammentare i diritti costituzionali, fondamentali, resistenti, sociali, e così via. Senza dimenticare le aspettative, legittime in varia misura, le *chances*, e via dicendo: figure che, rientrano o meno nell'ampio involucro del diritto soggettivo, comunque rappresentano interessi in qualche modo, anzi in modi diversi, giuridicamente tutelati.

Non ci sarebbe davvero da recriminare, né da meravigliarsi, se l'interesse legittimo fosse inteso come una specie, sia pure una specie molto particolare, di diritto soggettivo; o, restando quel che è, fosse semplicemente chiamato diritto soggettivo.

Ma, ci si deve chiedere, questa collocazione classificatoria, o questa diversa denominazione, ne cambierebbe la sostanza?

L'amministrazione è titolare, nei rapporti (o, se si preferisce, nelle relazioni) che si instaurano con i privati cittadini di poteri (potestà), nell'esercizio dei quali determina la soddisfazione o l'insoddisfazione, oltre

che degli interessi pubblici a lei affidati in cura, anche degli interessi di tali cittadini.

Cosa c'è, nel rapporto tra più soggetti coinvolti nella stessa vicenda giuridica, a fronte del potere di disegnare l'assetto degli interessi di tutti, spettante ad uno solo di essi? Un diritto soggettivo, come c'è di fronte ad un obbligo o ad una obbligazione? In che modo, ed in quale misura, vengono tutelati nel procedimento, sede dell'esercizio del potere unilaterale dell'amministrazione, gli interessi dei cittadini coinvolti nell'azione finalizzata alla soddisfazione preferenziale (ma non esclusiva) dell'interesse pubblico? In che modo, e mediante quali istituti giuridici, si attua la loro tutela, in specie (si badi) sul piano del diritto sostanziale, a prescindere dalla sua protezione in sede processuale? Se la tutela di questi interessi è diversa da quella tipica del diritto soggettivo, è fuori luogo ipotizzare una diversa situazione giuridica soggettiva?

L'interesse legittimo può non avere alcun rilievo come locuzione, ossia sul piano terminologico; può non averne, anche se ciò andrebbe dimostrato, sul piano del diritto positivo; può non averne sul piano delle nozioni teoriche?

Non è solo per devozione dell'allievo che rammento la pericope di Massimo Severo Giannini: benché l'interesse legittimo "esista in parecchi ordinamenti giuridici da alcuni secoli, tuttavia solo di recente la scienza giuridica ne ha acquisito consapevolezza, e più precisamente ciò è avvenuto in Italia, in seguito ad una felice intuizione del legislatore, che, nel 1865, nell'abolire i Tribunali del contenzioso amministrativo, creò la denominazione".

Anche Mario Nigro rileva che l'interesse legittimo è "una figura generale di situazione giuridica, in quanto legata all'esistenza, al modo di esercizio, agli effetti del potere amministrativo (...). L'interesse legittimo quindi non è fenomeno esclusivamente italiano, ma fenomeno che si manifesta dovunque vi sia nell'ordinamento affermazione di un potere amministrativo". Ed invita a non confondere il "mancato 'isolamento'" della figura con la sua inesistenza.

C'è chi ha detto recentemente, e non si tratta solo di amministrativisti, che la elaborazione della nozione di interesse legittimo va considerata una gloria per la dottrina italiana del diritto amministrativo. E, in tempi meno recenti, un illustre amministrativista, Antonio Amorth, affermava che la distinzione degli interessi legittimi dai diritti "costituisce al tempo stesso un titolo di merito e un contributo originale della nostra alla scienza generale del diritto". Un maestro del diritto processuale civile, Enrico Allo-rio, considerava l'interesse legittimo "una categoria, che nella sistematica



giuridica si presenta fondamentale”. Ancora, Elio Casetta, ritornando nel 2008 sul tema che aveva indagato nel passato, contribuendo notevolmente alla costruzione della figura, riteneva l’interesse legittimo “esistente ‘ontologicamente’ in ogni ordinamento”.

4. Che sia o non sia una gloria, che esista o non esista l’interesse legittimo, che abbia o non abbia “dimensioni” ontologiche o di teoria generale, il dibattito che si è sviluppato per lunghi decenni, con prese di posizione favorevoli e contrarie, con tesi condivisibili o meno (sempre tuttavia documentate, ragionate ed interessanti), merita per ciò stesso di essere ricostruito; e la varietà delle posizioni che la dottrina ha assunto nel tempo è una ragione ulteriore, anche per il carattere radicale di alcune di esse, per ricostruirlo.

Non credo che vi sia stato dibattito su concetti giuridici che sia stato più duraturo e più vivace, per lo scontro tra tesi positive e tesi negative, per la varietà delle ipotesi ricostruttive, di quello relativo all’interesse legittimo.

Al dibattito hanno partecipato pressoché tutte le generazioni degli studiosi del diritto amministrativo, e in particolare della giustizia amministrativa, a partire almeno dai primi commenti alla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato. E vi hanno partecipato anche numerosi ed illustri studiosi di altre discipline, civilisti, processualisti, tributaristi, teorici generali.

Si è assistito a cambiamenti ed evoluzioni nelle posizioni dottrinali: non sono pochi gli studiosi, soprattutto tra quelli che più si sono dedicati all’approfondimento del problema, che, nel corso della loro vita scientifica, hanno modificato, anche profondamente, il loro pensiero sulla “bizzarra” figura: alcuni, mutando il loro modo iniziale di concepirla, hanno concorso a delinearne meglio i profili caratteristici (si pensi, a mero titolo di esempio, a Giovanni Miele, a Renato Alessi, a Mario Nigro); altri, partendo dalla piena accettazione della figura, hanno visto nel tempo crescere le ragioni ostative alla sua considerazione come nozione condivisibile, o come nozione dotata di una propria autonomia, in definitiva come situazione giuridica soggettiva corredata di caratteri propri (si pensi, anche qui a mero titolo di esempio, a Franco Ledda e ad Alberto Romano).

Una circostanza fa riflettere. Coloro che, nel corso del tempo, si sono dimostrati convinti che di interesse legittimo non sia affatto il caso di parlare, che si tratti cioè di una figura (teoricamente) inesistente, si possono dividere in due categorie, appartenenti ciascuna (ed anche questo è interessante) ad epoche e a fasi del dibattito molto diverse: meno recentemente

i critici annegavano l'interesse legittimo tra gli interessi privi di qualsiasi rilievo e tutela giuridici, lo consideravano interesse di fatto, quanto meno sul piano del diritto sostanziale; più recentemente, all'opposto, i critici elevano la stessa figura a diritto soggettivo, considerandola non solo di pari dignità con questo (il che è incontestabile) ma anche portatrice di uguale trattamento giuridico (il che è controvertibile).

Entrambi gli orientamenti concordano nel respingere l'idea che l'interesse legittimo possa essere ritenuto, con pieno fondamento, una (autonoma) situazione giuridica soggettiva; ma gli uni assumono (assumevano) che, ove venga ipotizzata in astratto la rilevanza giuridica dell'interesse del privato a fronte del potere unilaterale dell'amministrazione, nessuna situazione soggettiva sia (fosse) concepibile, almeno sul piano del diritto sostanziale, mentre gli altri affermano che la situazione soggettiva sussiste, ma non sarebbe distinguibile nel capace seno del diritto soggettivo.

5. È stato così fin dal momento in cui la dottrina si è trovata a fare i conti con la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato; o, meglio, fin da quando è stato riconosciuto che la IV sezione offriva (o sembrava offrire) tutela, avente natura giurisdizionale, ad interessi che, in tesi (per espressa disposizione di legge), non potevano essere considerati diritti soggettivi; e tuttavia erano (o sembravano) corredati di rilevanza e tutela giurisdizionale.

Intendiamoci, si tratta di tendenze la cui diversità è in massima parte giustificata dai vari stadi di evoluzione del diritto positivo; e non è dubbio che il tasso di tutela dell'interesse legittimo, o, se si vuole, dell'interesse del privato a fronte dell'esercizio del potere amministrativo, si sia nel tempo grandemente accresciuto. E questo implemento ha indubbiamente reso più visibile la figura.

Anzi è da sottolineare fin d'ora che, se l'interesse legittimo, sul piano teorico, rappresenta una nozione non suscettibile, nel suo nucleo essenziale, di cambiamenti stravolgenti, il suo positivo riconoscimento, l'ambito e i limiti della sua consistenza sostanziale, e l'ampiezza del sistema della sua tutela giuridica, devono necessariamente rapportarsi ai singoli ordinamenti e alla loro evoluzione. Nel nostro, l'evoluzione è stata di notevolissima misura; e probabilmente non si è ancora conclusa.

Si deve peraltro riflettere sulla persistente tendenza alla negazione (eliminazione?) della figura, per la ragione che ne è al fondamento. Essa si basa, per lo più, su un dato, che risulta effettivamente di difficile e controversa lettura: l'interesse legittimo, da un lato, si presta difficoltosamente ad essere considerato un interesse totalmente privo di tutela giuridica; di



contro, non appare con immediatezza un interesse (direttamente e) pienamente tutelato, non essendo un interesse capace di autosoddisfazione (o anche di eterosoddisfazione) giuridicamente garantita.

Una avvertenza, in questa prospettiva, è il caso di formulare: l'interesse legittimo può essere considerato una (autonoma) situazione giuridica soggettiva soltanto se gli si riconosca una struttura e una tecnica di protezione proprie, diverse entrambe (soprattutto la struttura) da quelle di altre situazioni giuridiche soggettive.

II

1. La storia dell'interesse legittimo, il progressivo aumento del volume della sua protezione giuridica, rispecchia fedelmente il mutamento lentamente avvenuto nella obiettiva ricostruzione giuridica (del ruolo) della pubblica amministrazione, passata dall'essere parte essenziale del potere esecutivo, rivestita di sovranità, al mostrarsi quale struttura (e complesso di funzioni) di servizio alla collettività.

Per dirla con Bobbio, rispecchia la vicenda del potere pubblico, che dall'essere considerato *ex parte principis* è trascorso all'essere considerato *ex parte populi*.

Tale evoluzione si è riflessa sulle situazioni soggettive che si incontrano nello svolgimento della azione amministrativa: il potere si è andato vieppiù incanalando in percorsi prerogolati; l'interesse legittimo ha mutato di conseguenza profondamente la sua fisionomia di diritto positivo. Cosicché i mutamenti che hanno interessato tale situazione soggettiva sono direttamente indicativi della evoluzione dei rapporti tra l'amministrazione pubblica e i privati cittadini.

Lo stesso è avvenuto in Germania con il passaggio dai c.d. diritti riflessi, cui non si riconosceva rilievo giuridico proprio, ai diritti pubblici soggettivi.

Oltre l'incremento dei mezzi di tutela dell'interesse legittimo, cui si è fatto cenno, è da segnalare, in questa prospettiva, la ragguardevole elasticità della situazione soggettiva, conseguente alla concreta possibilità che essa "nasca", o si manifesti, anche in assenza di un titolo giuridico formale (legge, provvedimento, ed altro), come viceversa avviene, in genere, per il diritto soggettivo.

La giurisprudenza riconosce comunemente questa qualità, allorché, utilizzando locuzioni come "interesse differenziato" o "interesse qualificato", assegna a determinati soggetti la legittimazione a tutelare interessi,

che, per loro natura, sono comuni a molti (o comuni a tutti). Tale elasticità consente di interpretare dappresso (ovvero è la conseguenza del) l'aumento della sensibilità (o della attenzione) dei cittadini nei confronti delle decisioni dell'amministrazione, anche se dirette a tutela di interessi diffusi, collettivi, pubblici.

2. In ultima analisi la "crescita", o il progressivo rafforzamento (della rilevanza e) della tutela giuridica della figura dell'interesse legittimo, quale si presenta, nelle diverse fasi temporali, come istituto di diritto positivo, rappresenta fedelmente il consolidarsi e l'implementarsi della dignità e delle caratteristiche proprie (della figura di diritto positivo) del cittadino, man mano che essa è uscita dall'involucro costrittivo del suddito.

Non era privo di senso che, inizialmente, l'interesse legittimo non fosse considerato alla stregua di situazione giuridica soggettiva, ossia che l'interesse dei privati fosse privo di tutela (propria) e potesse solo avvantaggiarsi, di riflesso, della tutela accordata (ed accordata esclusivamente) all'interesse pubblico; così come risulta indubitabile che la tutela (propria) dell'interesse del cittadino si sia vieppiù addensata nel corso del tempo, fino a gareggiare con (e probabilmente superare) quella del diritto soggettivo, nei rapporti con l'amministrazione.

La legge del 1865, se riconosceva la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, ne escludeva altri interessi economicamente altrettanto rilevanti ed effettivamente già allora avvertiti dai cittadini come bisognosi di tutela. La legge si ispirava al postulato dei due diversi e incomunicabili settori: quello in cui, sussistendo diritti soggettivi dei cittadini, doveva necessariamente escludersi la contemporanea sussistenza di poteri dell'amministrazione pubblica; e quello in cui, essendo presenti poteri pubblici, era automaticamente certa l'inesistenza di diritti soggettivi e di qualsiasi diversa rilevanza giuridica degli interessi dei cittadini.

Era, questo secondo, l'ambito in cui l'amministrazione era "libera" di provvedere alla cura dell'interesse pubblico: i compresenti interessi privati non avevano, e soprattutto non potevano avere, per ragioni di principio, alcun ruolo nell'esercizio del potere amministrativo.

Le prime teorizzazioni dell'interesse legittimo furono condizionate da questo diffusissimo convincimento: ne derivava che, dopo la legge del 1889, non fosse comprensibile come interessi privi di rilievo giuridico, perché non-diritti, potessero essere assistiti da tutela dinanzi ad organi indipendenti dall'amministrazione attiva, addirittura da organi (poi considerati) giurisdizionali.

Le teorie poterono evolversi mano a mano che si evolveva il diritto



positivo, inteso come diritto vivente, al di là del diritto scritto, e soprattutto mano a mano che si evolveva, sul piano delle idee, da un lato, la concezione del potere pubblico, non più libero ma discrezionale, e, dall'altro, la considerazione degli interessi privati. Questi poterono faticosamente entrare tra gli interessi giuridicamente rilevanti, e in tal modo giustificare, con una strana inversione logica (ma storicamente giustificata, anzi necessitata), dapprima la tutela processuale e poi quella sostanziale.

Il resto della storia attiene al rafforzamento della consistenza sostanziale dell'interesse legittimo e all'allargamento delle sue forme di protezione, nell'ambito del procedimento e sul piano processuale. Fino al riconoscimento della ingiustizia dei danni arrecati, con la sua lesione, al suo titolare e all'azione di adempimento nei confronti dell'amministrazione recalcitrante a pronunciarsi sulle richieste private.

3. L'evoluzione della figura di diritto positivo, se ha avuto un andamento ininterrotto, per via non solo legislativa, anzi prevalentemente dottrinale e giurisprudenziale, ha conosciuto peraltro occasioni particolari di progresso.

Ne ricordo quattro lungo la vita ultrasecolare della figura: la legge del 1889, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, che ha avuto l'effetto di un macigno gettato nello stagno, ha innescato l'attenzione della dottrina e ha dato ingresso al dibattito teorico; la Costituzione repubblicana, che, oltre ad essere il primo testo normativo che accoglie la formula "interesse legittimo", per l'innanzi presente solo nei contributi dottrinali e, più raramente, nelle decisioni giurisprudenziali, ha sancito e reso inconfutabile (a parere dei più) il carattere sostanziale della figura; la legge sul procedimento, che ha dato fondamento legislativo ed ha ampliato via via (con le aggiunte e le modifiche che ha subito) i modi di tutela (sostanziale) della situazione giuridica soggettiva; il riconoscimento (peraltro tardivo) della risarcibilità dei danni determinati dalla sua ingiusta lesione, dovuto prima alla giurisprudenza, poi alla legge, con la conseguente integrazione della sua tutela.

Si può aggiungere, come quinto (e, per ora, ultimo) evento, l'entrata in vigore del c.p.a., con l'articolazione dei mezzi processuali, e il conseguente ampliamento delle azioni esperibili, fino all'affermazione (attuale o futuribile) della c.d. azione unica ed atipica.

Ciascuna delle prime tre tappe dista dalla precedente più di mezzo secolo, la quarta segue la precedente di circa un decennio: ciò dà la misura della lentezza della evoluzione, dovuta essenzialmente al contrasto di concezioni di fondo sui rapporti reciproci tra l'interesse di tutti e gli interessi

di ciascuno, e sul modo più consono di conciliarli. L'ultima tappa è stata raggiunta dopo un ulteriore decennio: ciò dimostra l'accelerazione del processo evolutivo. Era necessario recuperare il tempo perduto.

Un particolare aspetto ritengo opportuno porre in evidenza. All'inizio, e per lunghi decenni, l'interesse pubblico era il solo di cui l'amministrazione poteva e doveva tener conto: quando si approfondì la nozione della discrezionalità, i parametri cui le scelte dell'amministrazione dovevano allinearsi riguardavano solo i diversi interessi pubblici, variamente intrecciandosi tra loro; attualmente tra i parametri che, nell'esercizio dei poteri pubblici, devono essere tenuti presenti rientrano anche, in modo diversificato (diverso, ad esempio, nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio e in quelli ad iniziativa privata), necessariamente gli interessi privati: l'equilibrio tra piena soddisfazione dell'interesse pubblico e minor pregiudizio o massima considerazione degli interessi privati è, a mio avviso, entrato tra i principî di diritto positivo che reggono l'esplicazione delle funzioni amministrative. Gli interessi privati, vengano soddisfatti o meno, devono essere ponderati dall'amministrazione: rientrano nel quadro teleologico dell'esercizio dei suoi poteri.

Un altro aspetto della storia dell'interesse legittimo mi pare interessante sottolineare fin da ora: essa dimostra che l'evolversi e il modificarsi dell'ordinamento positivo, il suo continuo adattarsi alle esigenze effettive della collettività, dipende solo in parte dall'opera del legislatore, il quale spesso arriva in ritardo; dipende in misura maggiore e più sollecitata dall'opera dei giudici e, indirettamente, dalle sollecitazioni e dalle anticipazioni della dottrina giuridica.

A ben riflettere, in definitiva, la storia dell'interesse legittimo costituisce una chiave di lettura non solo della evoluzione dei rapporti tra pubblici poteri e privati cittadini, ma anche della evoluzione della nozione stessa di Stato, con i suoi progressi e le sue crisi: dallo Stato sovrano, unico interprete e curatore degli interessi di tutti, allo Stato trasformato in una delle (molteplici) strutture organizzative (più ampie e più ristrette), cui viene affidata, nell'ordinamento complessivo, la cura degli interessi generali.

Essa ha dovuto fare i conti con l'affermazione, nei fatti, del carattere costituzionale e liberale dell'ordinamento, all'inizio gravato ancora da "relitti di assolutismo"; ha risentito delle contraddittorie interpretazioni del principio della separazione dei poteri; è stata, al suo inizio, terreno di scontro tra concezioni diverse del liberalismo e dello Stato liberale; ha scontato il ritorno di una visione autoritaria dello Stato; si è giovata della ricostruzione in senso democratico dei pubblici poteri; ha profittato delle



idee più aperte provenienti dalla comunità europea; giunge al suo (provvisorio) termine con l'affermarsi dell'idea che i pubblici poteri sono soltanto l'apparato operativo posto al servizio delle persone che compongono la collettività organizzata.

4. La storia dell'interesse legittimo è anche, o forse soprattutto, una storia delle ideologie *lato sensu* politiche susseguitesesi nel tempo: la sua nascita è stata vista come il portato dell'"ottocentesco spirito liberale di acceso individualismo"; nella sua lunga vita è stato combattuto in nome della assoluta prevalenza dell'interesse generale; ma ha saputo adattarsi alle esigenze della democrazia ed ha visto la sua conclamazione (o, secondo alcuni, la sua trasfigurazione in diritto soggettivo) con il prevalere del liberalismo moderato e razionale.

Nel lungo dibattito dottrinale l'interesse legittimo, oltre ad essere più volte tacciato di rappresentare una figura spuria, è stato anche caricato della responsabilità di avere impedito o ritardato l'effettiva tutela (quanto meno sul piano processuale) degli interessi privati nei confronti dell'amministrazione. A me sembra che sia vero il contrario: attraverso l'interesse legittimo, la condizione iniziale dei privati, qualificabile come mera soggezione al (l'incontenibile ed incontrastabile: "libero") potere pubblico, si è evoluta fino ad elevarsi ad una situazione giuridica soggettiva sostanziale dalla tutela articolata e, almeno teoricamente (e forse anche per il diritto scritto, ove correttamente interpretato), completa; più soddisfacente di quella relativa ai diritti soggettivi che possano vantarsi nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Non mi riferisco soltanto alla persistente impossibilità del giudice dei diritti soggettivi di annullare, salvo eccezioni, i provvedimenti amministrativi; mi riferisco soprattutto alle difficoltà di realizzare le obbligazioni che sono poste a carico dell'amministrazione, difficoltà rese assai poco tollerabili se confrontate con le garanzie di sollecita e costrittiva realizzazione delle obbligazioni a carico dei privati.

Un ulteriore aspetto del problema va evidenziato: ammesso che la figura dell'interesse legittimo esista come nozione giuridica, bisogna ritenere che essa attenga strettamente ai rapporti tra privati cittadini e amministrazione pubblica, sia cioè racchiusa nel recinto del diritto amministrativo, ovvero riguardi anche altri campi del diritto (diritto privato, diritto del lavoro, diritto processuale civile, diritto tributario, e così via), o si stagli addirittura nell'olimpico delle nozioni di teoria generale del diritto?

Le opinioni sono fortemente differenziate.

Ritengo utile rammentare alcuni studiosi che seguono il terzo corno del-

l'alternativa: Federico Cammeo, Guido Zanobini, Giuseppe Sperduti, Domenico Rubino, Egidio Tosato, Giovanni Miele, Massimo Severo Gianini, Giuseppe Guarino, Elio Casetta, Eugenio Cannada Bartoli, oltre a molti altri numerosi ed autorevoli studiosi più recenti, anche di discipline diverse dal diritto amministrativo.

Aggiungo una avvertenza importante: non bisogna ritenere che ci sia sempre piena corrispondenza tra la figura teorica dell'interesse legittimo e il suo trattamento secondo il diritto positivo. Non è affatto infrequente che ipotesi di interessi legittimi, tali sul piano teorico, vengano positivamente trattate come diritti soggettivi; e viceversa.

Ricostruire un dibattito non significa volerlo portare a conclusione; significa anzi fare il punto sulle posizioni finora raggiunte al fine di farlo proseguire in modo più informato: vuole essere uno stimolo a nuovi contributi scientifici.

Ricostruire un dibattito significa esporre criticamente i vari contributi dottrinali, e questo comporta che, per darne adeguata notizia, occorre abbondare con le citazioni nel testo e con le note a piè di pagina. Di questo mi scuso.

5. Resta la seconda domanda.

Non mancano lavori di storici del diritto che hanno illustrato alcune vicende della nostra situazione giuridica soggettiva. In modo particolare va rammentato l'ottimo lavoro di Bernardo Sordi sulla formazione della nozione; e si possono aggiungere numerose altre opere, recenti e meno recenti, dovute peraltro per lo più a giuristi positivi in veste di storici. Per quanto è a mia conoscenza, manca peraltro un'opera complessiva ed aggiornata, che ricostruisca l'intero dibattito protrattosi dal 1889 (anzi da prima: dall'attenzione parlamentare per i "diritti minori" o "interessi rispettabili") fino ai nostri giorni.

La *vera* ragione per la quale mi son voluto dedicare a questo lavoro è di carattere, per così dire, personale. Mi sono imbattuto nell'interesse legittimo molti decenni addietro, nel corso dello studio sul silenzio della pubblica amministrazione: le tesi allora dominanti non consentivano di ipotizzare che l'inerzia dell'amministrazione fosse lesiva di una situazione soggettiva del privato, interessato all'adozione del provvedimento da lui richiesto.

L'interesse legittimo era strettamente collegato al provvedimento già adottato dall'amministrazione; anzi la dottrina maggiore considerava che l'interesse legittimo nascesse con il (o dal) provvedimento (lesivo), consentendo al privato di farne controllare dal giudice la legittimità, confor-



memente al carattere impugnatorio del ricorso giurisdizionale ed alla regola detta della *décision préalable*.

Fu giocoforza approfondire l'argomento, utilizzando (in modo particolare) le ricerche, allora recenti, di Massimo Severo Giannini sulla giustizia amministrativa, di Vittorio Bachelet sull'apporto dovuto alla Carta costituzionale, di Franco Ledda sul rifiuto di provvedimento, e di Aldo Piras sul processo amministrativo. Dopo di allora sono tornato sull'argomento con più lavori e secondo prospettive diverse. Cosicché l'idea di ricostruire l'intero dibattito risponde soprattutto alla volontà di soddisfare il bisogno di raccogliere in un'opera organica le osservazioni sparse in lavori diversi e scaglionati nel tempo. Raccoglierle non (solo) per ordinarle: quando risulterà necessario, per superarle!

Ci si può chiedere quali siano le ragioni per tornare più volte sullo stesso argomento. Posso rispondere che esse si riducono a due: le modifiche, avvenute nel tempo, del trattamento positivo dell'interesse legittimo, per opera della giurisprudenza e del legislatore, e i notevoli e continui contributi della dottrina, che ha aperto sempre nuove prospettive teoriche, sia di segno positivo sia di segno negativo, in ogni caso stimolanti.

Si tratta, come si vede, di una ragione personale, addirittura egoistica; resa ancor più grave dalla prospettiva di ribadire, almeno per alcuni aspetti problematici, le mie antiche convinzioni sull'argomento. Con l'idea, però, di dare pieno risalto alle opinioni diverse dalle mie, in modo che ne esca un quadro d'insieme per quanto possibile obiettivo.

Una avvertenza metodologica è assolutamente necessaria: la collocazione di una tesi in un indirizzo o nell'altro dipende, com'è ovvio, dai criteri con i quali essa viene valutata; criteri che sono tutt'altro che rigidi e sicuri: sono sempre soggettivi, talvolta arbitrari. Ne sono prova le molte classificazioni presenti in dottrina, nelle quali le singole tesi compaiono in indirizzi dottrinali tutt'affatto diversi. Anche nelle pagine che seguono le tesi proposte e sostenute dai singoli Autori sono oggetto di sistemazione in indirizzi: anche tale sistemazione potrebbe essere approssimativa o inesatta, non pienamente aderente al contenuto, e alle sfumature, di ciascuna presa di posizione.

Aggiungo: il dibattito si è svolto (considerando anche i discorsi parlamentari sulle prime leggi) per circa un secolo e mezzo; ad esso hanno partecipato numerosissimi studiosi di discipline diverse. Sono consapevole che, nonostante la buona volontà di non tralasciare alcun intervento importante, l'esposizione non sarà, non potrà essere, completa. Mi auguro soltanto di non tralasciare contributi di spessore.

Prendendo in prestito una frase di Santi Romano (riferita alla storia del

concetto di organo), ripeto anch'io che la storia di un concetto, “delle sue deviazioni e, diciamo pure, delle sue aberrazioni, può servire a dimostrare con quanta fatica e con quanta lentezza, una categoria giuridica perviene talvolta alla sua limpida ed esatta definizione”.

Mi auguro, infine, di non essere incorso nei *vitia vitanda*, secondo Cicerone, da coloro che svolgono ricerca: “*unum, ne incognita pro cognitis habeamus hisque temere assentiamur. (...). Alterum (...), quod quidam nimis magnum studium multamque operam in res obscuras atque difficiles conferunt easdemque non necessarias*”.

Roma, 7 gennaio 2017

LA "GESTAZIONE" DELL'INTERESSE LEGITTIMO

SOMMARIO

1. Considerazioni iniziali. – 2. L'interesse legittimo prima dell'interesse legittimo. – 3. Gli interessi-non-diritti e la legge istitutiva della IV sezione. – 4. Gli "interessi" di cui alla legge istitutiva della Sezione per la giustizia nell'amministrazione. – 5. L'approccio all'interesse legittimo: l'interesse occasionalmente protetto. – 6. L'approccio alternativo: il diritto "compresso". – 7. L'interesse legittimo come figura composita. – 8. Interesse, diritto, azione, giurisdizione. – 9. Il diritto alla legittimità. La separazione tra diritto e azione. – 10. Premesse per la costruzione della situazione giuridica soggettiva.

1 **Considerazioni iniziali**

Prima della entrata in vigore della legge del 1889, con la quale fu istituita la Sezione per la giustizia nell'amministrazione, non v'era alcuna ragione per ipotizzare l'esistenza, sul piano del diritto positivo, di una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto soggettivo: il sistema delle tutele giuridiche, come risultava disegnato dalla legge del 1865 di abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo, si mostrava semplice e lineare. Per gli interessi giuridicamente rilevanti, altrimenti denominati interessi giuridici o diritti soggettivi, la tutela era affidata al giudice civile; per gli interessi privi di rilevanza giuridica, denominati interessi economici o semplicemente interessi, la tutela era affidata alla stessa amministrazione, attraverso il sistema dei ricorsi amministrativi, ordinari e straordinario.

Duplici sistema di tutela, l'uno di natura giurisdizionale (per i diritti soggettivi), l'altro di natura squisitamente amministrativa (per i semplici interessi). Una sola situazione giuridica soggettiva, il diritto soggettivo, necessario per la tutela giurisdizionale; non essendo necessaria alcuna situazione giuridica soggettiva per giustificare la tutela in via amministrativa¹.

¹ Osserva esattamente B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La for-*



La irrilevanza giuridica del mero interesse, inteso come tale, fu alla base della riforma liberale, che il Parlamento unitario compì, o ebbe l'intenzione di compiere, mediante la legge abolitiva del contenzioso amministrativo²; e insieme ne costituì il limite.

Ne fa fede il notissimo discorso tenuto, nelle aule parlamentari, da Pasquale Stanislao Mancini il 9 giugno del 1864, ove si afferma che, “ove si tratti di regolamento di interessi, di semplice pregiudizio arrecato ad essi, sarà questa materia dell'amministrazione attiva, campo esclusivamente lasciato al dominio dei suoi provvedimenti. Per l'opposto allorché l'ammi-

mazione della nozione di interesse legittimo, Milano, 1985, 33-34, che il “contrapporre diritto a interesse non voleva dire distinguere due diverse situazioni giuridiche soggettive, ma enucleare il rilevante dall'irrilevante giuridico, separare ciò che doveva essere attribuito al giudice ordinario perché espressione della libertà del cittadino e corrispondente quindi ad una attività amministrativa regolata dalla norma, e ciò che doveva invece essere attribuito all'amministrazione, alla sua libertà, ad ipotesi non coperte dal vincolo legislativo”. Per interessanti considerazioni generali sulle leggi del 1865 e del 1889, e sulle conseguenze che ne sono derivate, cfr. A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 635 ss., e, da ultimo, F. MERUSI, *Dal 1865 ... e ritorno ... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671 ss.

Già E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, 46, aveva sottolineato che “il termine interesse designava una entità che, in contrapposto al diritto soggettivo, non riceveva protezione, perché non esprimeva alcun valore giuridico”.

² Osserva E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 10: “quel che i legislatori del 1865 vollero risolvere con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, non era tanto apprestare una legge organica di giustizia amministrativa, quanto di abolire i tribunali del contenzioso amministrativo, la cui esistenza contraddiceva – secondo le idee correnti – al principio che i cittadini fossero titolari di diritti soggettivi verso l'autorità amministrativa; il contenzioso amministrativo diversificava tali diritti dagli altri: la diversità del giudice non era compatibile con la medesimezza sostanziale di tutti i diritti. E poiché si credeva in siffatta uguale natura, il giudice doveva essere unico, quello di diritto comune: l'autorità giudiziaria ordinaria”. Aggiunge poi: “la giustificazione teorica della riforma derivava dai ‘dottrinari’ francesi e dal liberalismo di Constant, dal concetto di legalità come coerenza dell'azione governativa con le leggi vigenti e dotate di effettivo vigore, in antitesi alla legittimità. La quale significava il diritto d'antico possesso del re di Francia e, in genere, dei sovrani restaurati”.

Dal punto di vista, per così dire, di politica costituzionale, la legge del 1865, secondo Feliciano BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, ed ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, IV, 3224-3225, “che sembra a noi oggi il principio del riconoscimento della posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione ma che fu, al contrario, la riaffermazione della indipendenza dell'amministrazione di fronte al giudice”. E ancora (*Excursus I*, 3244): “se, da un lato, l'abolizione del contenzioso aveva come ispiratore l'ideale dello Stato di diritto, tuttavia ebbe come immediata giustificazione quella dell'assicurazione del principio della divisione dei poteri (v. relazione ministeriale Peruzzi). E ciò è tanto vero che, com'è noto, non tutte le materie del contenzioso furono trasferite ai giudici ordinari”.

nistrazione trascorra alla violazione di diritti, alla infrazione delle leggi, ossia invade una sfera a cui le sue attribuzioni non si estendono, penetra in un ordine di rapporti giuridici la cui guarentia è affidata ad altra potestà; ed è allora che s’incontra la materia contenziosa propria dell’autorità giudiziaria nella quale l’amministrazione non può farsi giudice senza arrogarsi una funzione che non le spetta: perché essa è parte, perché s’impugnano i suoi atti, perché sarebbe assurdo che un’autorità censurasse e condannasse sé stessa”³.

La irrilevanza, agli effetti del diritto positivo (o almeno della tutela processuale), dell’interesse “economico”, come tale, benché in Parlamento non fosse da tutti condivisa⁴, è rimasta ferma fino all’ultimo decennio

³ Il discorso di P.S. Mancini, pronunciato alla Camera dei Deputati il 9 giugno 1864, è riportato ampiamente da A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 329 ss. Le frasi riportate sono a p. 351-352.

Nel medesimo discorso è contenuto il celebre passaggio sulla non tutelabilità, almeno in sede giurisdizionale, dei semplici interessi: ove l’amministrazione non viola alcun diritto, adempie ai propri obblighi, e non infrange alcuna legge, “son io il primo a farmi strenuo propugnatore dell’indipendenza assoluta del *potere amministrativo* da ogni altro; ed in questo caso apertamente io respingo, anzi deplorerei qualunque ingerenza od immistione dell’autorità giudiziaria in un campo ad essa chiuso ed inaccessibile. Sia pure che l’autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, che non abbia saputo ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercé i suoi atti; sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servizio, cui abbia potestà di provvedere con l’opera gratuita dei privati; sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Ed ecco, o signori, a questo punto sorgere il *criterio* proposto da più illustri pubblicisti, e adottato dalla Commissione. Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degli *interessi*? Ebbene, ch’ei si rassegni”.

Il testo prosegue, dopo un riferimento al ricorso in via gerarchica, “ma sempre davanti l’amministrazione pura”: “siccome nulla può esservi di contenzioso, dove non è doglianza propriamente di alcun *diritto* violato, né di alcuna *legge* infranta: ivi si arresterà ogni discussione; le decisioni dell’autorità amministrativa saranno definitive, obbligatorie, intangibili; e soprattutto la giustizia dei tribunali non avrà alcun titolo per immischiarsi; e se il facesse, commetterebbe una invasione ed usurpazione di poteri, un attentato alla legittima indipendenza dell’autorità amministrativa” (da A. SALANDRA, *La giustizia*, cit., 350-351).

Il discorso di Pasquale Stanislao Mancini, preclaro studioso ed eminente uomo politico, è pienamente rappresentativo del modo di sentire, all’epoca, tanto dei teorici quanto dei pratici. Non solo in Italia: è la stessa idea che, in Germania, sta alla base dei c.d. diritti riflessi, o, meglio, delle Reflexwirkungen.

⁴ Ad esempio, Francesco Crispi, intervenendo il 10 giugno 1864, ossia dopo il forte discorso di Pasquale Stanislao Mancini, nel dibattito sull’abolizione del contenzioso amministrativo, disse di non comprendere “quella distinzione fra interessi e diritti, che si è voluto fare, onde, a commento di questa legge, stabilire un limite tra l’autorità giudiziaria e la pubblica



del diciannovesimo secolo, accolta in modo sostanzialmente unanime, o comunque non sottoposta a critica, dalla dottrina dell'epoca, senza distinzione tra studiosi pre-orlandiani e post-orlandiani⁵.

L'idea di fondo era che gli interessi, che non fossero elevati a diritti, non solo non avevano, ma, soprattutto, non potevano, per ragioni logiche, avere tutela giurisdizionale, dato che essi non godevano di verun rilievo giuridico; e, in più, impingevano nel campo riservato al potere (discrezionale, inteso come allora lo si intendeva, ossia come potere libero nei limiti stabiliti dalla legge) dell'amministrazione⁶.

amministrazione". Non so capire, aggiunse, "l'esercizio di un diritto privo d'interesse, come non so capire che possa esistere un interesse senza che vi si leghi un diritto" (resoconto stenografico della seduta, 5190). Nello stesso senso, e nella stessa seduta, si espresse l'avvocato irpino Serafino Soldi: "ho domandato a me medesimo se mai ci fossero veramente interessi cui non corrispondesse un diritto; ed ho trovato che interessi veri, che nuociano o che giovino, senza diritto corrispondente, è raro trovarli. Li potete trovare nel campo dei desideri, come io ho interesse ad esser ricco, ma non ne ho il diritto, questo è null'altro che un desiderio; io ho il desiderio che si faccia una gran piazza intorno alla mia casa, ma non ho il diritto, questo è anch'esso un desiderio, ma nulla più" (resoconto, cit., 5186). Dunque la distinzione tra diritti e interessi va meglio formulata come distinzione tra diritti e desideri.

⁵Secondo Antonio Mosca, avvocato milanese e membro della Commissione parlamentare che preparò il testo della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, la distinzione tra diritti e interessi era "chiaramente e precisamente posta" in "tutti i trattati più elementari di diritto amministrativo" (seduta della Camera dell'11 giugno 1864, p. 5234 del resoconto stenografico).

⁶Per la dottrina anteriore al c.d. metodo orlandiano, ci si può riferire a G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo*, vol. III, parte II, Firenze, 1881, 534, secondo cui "fa d'uopo considerare il diverso titolo, o fondamento del reclamo per parte dei privati, titolo che noi appelliamo diversa natura della causa determinatrice dell'atto. Il titolo del reclamo può essere o un semplice e mero *interesse* privato, che si pretende leso, o un vero *diritto*, che si sostiene violato coll'atto amministrativo (...). Ora può avvenire che l'atto amministrativo leda un semplice interesse del privato, o violi un vero diritto del medesimo. Il reclamo fondato sull'interesse leso fa luogo alla giurisdizione *graziosa*; e quello fondato sul diritto violato fa luogo alla giurisdizione *contenziosa* (...). E ogni qual volta il privato non può fondare il suo reclamo sul testo di una legge imperativa, o di una convenzione, ma si soltanto sopra un suo vantaggio, o utilità privata, lesa in tutto ed in parte dell'atto amministrativo, non vi ha diritto violato, ma semplice interesse pregiudicato. L'amministrazione agendo di fronte ai semplici interessi dei cittadini onde provvedere alla cosa pubblica, è rivestita di un potere discrezionale, e di un apprezzamento sovrano dei fatti e delle circostanze; se i singoli privati ne risentano una lesione nei loro privati interessi, potranno reclamare presso l'amministrazione, e chiedere la possibile conciliazione dell'interesse loro privato col pubblico bisogno ma non potranno reclamare per diritto violato, se l'amministrazione ha fatto prevalere la cosa pubblica sulla privata". Prosegue l'A. (535): "ben differente è la posizione dell'amministrazione di fronte ai *veri diritti* dei privati. In questa linea di rapporti ella non ha potere sovrano discrezionale: dessa è soggetta all'impero della legge che consacra inviolabili i diritti dei cittadini, ed ai doveri imposte dalle convenzioni stipulate. E se un atto amministrativo ha leso questi diritti, o violato questi doveri, i privati non sono tenuti a sottomettersi

È stato fondatamente osservato che “il contenzioso – a maggior ragione ora che acquisiva un carattere propriamente giurisdizionale – poteva abbracciare soltanto l’universo del rilevante giuridico”⁷.

La base (o la conferma positiva) di quel consolidato convincimento va ricercata nella legge di abolizione del contenzioso amministrativo: con essa infatti era stato dato valore di regola di diritto positivo all’idea che, per potersi rivolgere al giudice, occorreva essere titolari di un vero e proprio diritto soggettivo; e si era per converso fatta strada l’altra idea, soltanto apparentemente con la prima coordinata per contrapposizione, secondo cui l’assenza di diritti soggettivi non consentiva tutela, che non fosse di “giurisdizione graziosa”, ossia lasciata all’apprezzamento, libero da forme e scarso di garanzie, della stessa amministrazione attiva⁸.

Si sottolinea che i rapporti tra privati e amministrazione pubblica ri-

al medesimo: è un affare di giustizia, che si dibatte in vera forma di giudizio contenzioso, ove l’amministrazione figura come parte danneggiante, e si risolve con vera sentenza giurisdizionale”.

I passi sono stati riportati con ampiezza perché forniscono in modo chiaro lo stato delle convinzioni dell’epoca; convinzioni generalmente condivise, ferme nel ritenere positivamente sussistente, e teoricamente concepibile, una sola situazione giuridica soggettiva, il diritto soggettivo.

Cfr. anche F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1872, 56: “si può dire che il diritto privato, familiare e penale, viene affidato ai giudici ordinari, e gli interessi di diritto pubblico e sociale sono promossi e tutelati dall’amministrazione”.

Nel periodo post-orlandiano continuano a sostenere che il diritto soggettivo sia l’unica situazione giuridica soggettiva tutti coloro che, in un modo o nell’altro, hanno avvertito l’affermarsi del ricorso alla IV sezione come ricorso giurisdizionale e, in seguito, il carattere del giudizio amministrativo come giudizio di diritto oggettivo.

Entrambi gli orientamenti hanno potuto (o hanno ritenuto di potere) fare a meno della individuazione e della costruzione di una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto soggettivo.

⁷L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 332. In tal modo veniva perimetrata “la sfera, inaccessibile, dell’amministrazione pura, del potere discrezionale, dell’assenza di vincolo giuridico all’agire degli apparati”.

⁸L’elenco delle “controversie di puro diritto amministrativo nelle quali la legislazione posteriore ravvisa meri interessi” è fornito da F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano s.d., 408 ss. Si tratta di materie assai rilevanti, in ordine alle quali potrebbe ipotizzarsi perfino la presenza di diritti soggettivi. Tali controversie venivano decise secondo “criteri di equità e convenienza” (403).

La “restituzione” all’amministrazione attiva degli “affari meramente amministrativi”, secondo F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 420, “poteva a prima vista parer un regresso ‘quando taluni affari che prima erano sottoposti ad un giudizio collegiale venivano abbandonati alla decisione delle potestà amministrative’. Ma ciò ritenevasi fattibile sia perché in cotali materie si riteneva non sorgessero mai questioni contenziose, sia perché potevasi escogitare nei ricorsi gerarchici una cautela che al proponente [del primo progetto di abolizione, presentato da Marco Minghetti il 27 aprile 1862] pareva sufficiente”.



sultano costruiti alla stessa stregua dei rapporti tra privati: se, e finché, l'amministrazione usa dei suoi "diritti", i privati non hanno motivi giuridicamente validi per lamentarsene, anche se sono lesi nei loro interessi⁹. È ancora fuori del quadro, nonostante l'insegnamento di Romagnosi, l'idea che l'amministrazione sia tenuta ad esercitare i suoi poteri (e non: ad utilizzare i suoi diritti) in modo da soddisfare l'interesse pubblico con il minimo sacrificio degli interessi privati. La posizione di questi ultimi è, quindi, ritenuta di mera soggezione¹⁰.

In compenso, ma altrettanto ingenuamente, si riteneva che i diritti soggettivi dei privati fossero racchiusi in una "sfera inaccessibile ed inviolabile", alla quale le "attribuzioni" dell'amministrazione non si estendevano ed era, quindi, totalmente al riparo dall'esercizio dei suoi poteri¹¹.

2 L'interesse legittimo prima dell'interesse legittimo

La posizione che dottrina e giurisprudenza concordi hanno assunto a seguito dell'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo appare alla critica moderna come il frutto di una forzatura, della interpretazione rigida, anzi fortemente riduttiva, della legge abolitrice¹²; dato che,

⁹ Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 336-337: l'idea esposta dal Mancini, e condivisa dai più, "non ha tratto peculiare al diritto amministrativo, poiché può essere estesa a designare la posizione psicologica di un qualsiasi individuo in ordine al risultato della legittima o legale attività di un altro individuo: anche nei rapporti tra privati, Tizio può avere interesse a che il confinante Caio non edifichi per tutta l'altezza consentita dalla legge, ma non può giuridicamente impedirlo".

¹⁰ Questo dimostra quanto a volte, anche recentemente, si dimentica: l'estensione all'azione amministrativa della disciplina privatistica non aumenta affatto, ma diminuisce il tasso di protezione dei privati.

¹¹ Cfr. ancora il discorso di P.S. Mancini, riportato da A. SALANDRA, *La giustizia*, cit., 352-353. Nel dibattito parlamentare risultò comunque che l'azione amministrativa poteva interferire con i diritti soggettivi dei cittadini; e che, in questo caso, i diritti dovevano essere tutelati dinanzi alla giurisdizione (ordinaria). Fu sostenuto anche che la competenza dei Tribunali del contenzioso amministrativo era limitata alle controversie su diritti, e non si estendeva alle controversie su interessi: si veda soprattutto il discorso di A. Mosca, pronunciato nella seduta dell'11 giugno (resoconto stenografico, 5235).

¹² Secondo F. BENVENUTI, *Per un diritto, Excursus I*, cit., 3244-3245, fu "la ferma convinzione della giurisprudenza di dover far salvo, precipuamente, il principio della separazione dei poteri" a determinare la interpretazione restrittiva della formula "diritti civili e politici", "escludendo da questi ultimi quelli che oggi si chiamano 'interessi legittimi', creandosi un vuoto di tutela tra le garanzie dei diritti soggettivi e le mancate garanzie giurisdizionali degli 'interessi individuali e collettivi' degli amministrati che l'art. 3 della legge del 1865 affidava esclusivamente all'autorità amministrativa".

sia sotto il profilo teorico, sia soprattutto per ragioni storiche, una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto soggettivo avrebbe potuto, anzi dovuto, essere ritenuta già positivamente sussistente¹³.

Dal punto di vista teorico l’ostacolo che si opponeva a considerare esistente, oltre il diritto soggettivo, una seconda situazione soggettiva giuridicamente protetta, deve essere individuato nella identificazione di ogni riconoscimento giuridico di interessi e di ogni loro tutela nella sola tutela giurisdizionale: la mancanza di tutela giurisdizionale equivaleva, sul piano sostanziale, alla inesistenza di situazioni protette. Venivano in tal modo svalutati, o meglio rimessi all’arbitrio (o alla discrezionalità) dell’amministrazione, quegli interessi che, pur non assurgendo a (o non essendo positivamente considerati come) diritti soggettivi, godevano tuttavia di una sia pure attenuata forma di tutela, mediante i ricorsi amministrativi¹⁴.

¹³ Lo si ricava chiaramente dalla lettura degli atti parlamentari relativi alla legge del 1865, in particolare dal discorso tenuto da Filippo Cordova, nella seduta della Camera dei Deputati del 9 giugno 1864, ove si accenna al “diritto privato minore” e alla sua tutela, assicurata dal sistema del contenzioso amministrativo (resoconto sommario della seduta, 5127). Nel successivo intervento, ad illustrazione del suo emendamento mirante a riformare “tutto il complesso della legge”, Cordova è ancora più chiaro: “Brogli pensò di chiamare, quelli che io chiamo diritti, interessi legittimi, *intérêts à apprécier*, ed è questa in rapporto ai privati la vera funzione dell’amministrazione. Ma questi interessi ad appezzare, questi interessi a valutare, cosa che sta bene nella bocca di un francese, che cosa sono se non diritti? Non vi è altra differenza fra questi diritti e quelli che sono confidati alla tutela dell’autorità giudiziaria, se non che si tratta di diritti che sono subordinati alla considerazione dell’utilità pubblica, di diritti minori, diritti subordinati” (seduta del 13 giugno 1864, resoconto stenografico, 5265).

Gli rispose, nella stesa seduta, Mancini, in tono lievemente polemico: “voglia ora dirmi l’onorevole Cordova, se per quelli che egli chiama *diritti minori*, allorché l’autorità pubblica, estimatrice delle necessità sociali, ne imponga il sacrificio, vi sia la possibilità di chiedere e di ottenere indennità. Non è dovuta indennità, perché non esisteva un diritto. Operando la espropriazione di un diritto, la società è debitrice del prezzo; ma nulla si deve a colui che, privo di un vero diritto, benché avesse un legittimo interesse, dalle ragioni stesse della sociale convivenza è obbligato a conciliarle con gl’interessi generali, per esempio con la difesa del paese, colla salute pubblica, coll’ordine pubblico, con tutti quei grandi interessi co’ quali, se l’interesse privato non può coordinarsi mercé le cure e la missione d’una saggia amministrazione, non ha titolo ad essere rispettato e mantenuto incolume, ed anzi deve con tutta giustizia perire, senza che la società per ciò contragga alcun debito di risarcimento” (resoconto stenografico, 5280).

¹⁴ In effetti, riconoscendosi “legittimazione” e “interesse” ad impugnare, sia pure in sede amministrativa, gli atti dell’amministrazione, avrebbe potuto essere quanto meno ipotizzato che l’interesse del ricorrente godesse di una forma di tutela giuridica; che, per il fatto di non essere tutela giurisdizionale, non consentiva, dato il convincimento del tempo, di ritenerlo diritto soggettivo. Tuttavia ciò fu impedito dalla costruzione dei ricorsi amministrativi come strumenti per la tutela dell’interesse pubblico, e non dell’interesse del ricorrente: l’iniziativa del ricorrente privato serviva a consentire che l’amministrazione, ritornando sulle scelte già da essa compiute, potesse curare, con maggiore consapevolezza, l’interesse pubblico.



Sotto il profilo storico va fortemente sottolineato che i contemporanei e, in particolare, i sostenitori della abolizione dei Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo, avevano piena coscienza delle negative conseguenze che sarebbero derivate dalla progettata abolizione; erano consapevoli che l'affermazione della "competenza giurisdizionale" del giudice civile comportava la regressione delle forme di tutela di quegli interessi privati che, pur non essendo ritenuti, in sede parlamentare, del tutto privi di rilevanza giuridica, non avevano sembianze di diritti soggettivi. La tutela di essi passava dalle mani della c.d. amministrazione contenziosa a quelle della amministrazione pura (o attiva); veniva cioè abbandonata alle stesse autorità che avevano il compito precipuo di curare l'interesse pubblico, anche sacrificando gli interessi privati¹⁵.

Peraltro, in Parlamento, sia alcuni tra i fautori, sia, ed a maggior ragione, molti tra gli avversari della legge abolitrice, riconoscevano la esistenza di interessi che, seppure diversi dai diritti soggettivi (perfetti), non erano riducibili ad interessi semplici, ad interessi irrilevanti del tutto sul piano giuridico¹⁶. Francesco Crispi, pur concordando sulla necessità di

¹⁵Ovviamente ancora più convinti del regresso furono i parlamentari che, proprio per la tutela tolta ai semplici interessi, si mostrarono contrari all'abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo.

Filippo Cordova, che tentò in tutti i modi di contrastare la totale abolizione del contenzioso amministrativo, e che mise in guardia sulle conseguenze negative dell'abolizione, introdusse la nozione di "diritti minori". Antonio Mosca, favorevole all'abolizione, nel suo lungo intervento, protrattosi per due sedute, ebbe ad affermare che, ove "l'amministrazione avesse a riprendere la sua libertà d'azione in qualche modo attualmente impedita, a mio avviso, il paese non avrebbe alcun motivo di dolersene, perché stimo impossibile che l'amministrazione raggiunga il suo scopo, e faccia quel bene che è la sua missione di fare, se essa non vive di aria e di spazio, se essa non ha la libertà necessaria per fare il bene" (seduta del 13 giugno 1864, resoconto stenografico, 5255). Sostanzialmente sostenne che la "libertà d'azione" dell'amministrazione valeva bene la riduzione di tutela degli interessi privati che non fossero riconosciuti come diritti.

¹⁶Secondo F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 432, "l'esistenza di pretese individuali fondate sulle leggi amministrative e degne di protezione giurisdizionale era già nella coscienza di molti, ma costoro si trovavano piuttosto tra gli avversari che tra i fautori e preparatori della legge".

Già Urbano Rattazzi riconosceva che, a fianco dei diritti "assoluti e perfetti (...), ve ne sono altri non così assoluti e perfetti; vi sono diritti subordinati all'interesse generale per i quali sta la facoltà dell'autorità amministrativa di dare provvedimenti". Ancora Filippo Cordova, nel suo intervento, che sarà tenuto particolarmente presente da P.S. Mancini nel suo discorso già rammentato, parlava di "diritti che sono subordinati alle considerazioni dell'utilità pubblica, di diritti *minori*, di diritti *subordinati*", richiamandosi agli *intérêts à apprécier* dei quali aveva parlato il duca de Broglie. I riferimenti sono tratti da F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 432, nt. 1, il quale osserva che "questi due giuristi (...) invocavano l'esistenza di questi diritti *meno perfetti, minori*, non tanto per propugnare che essi dovessero dar luogo a competenza giudiziaria, quanto per combattere la legge dimostrando che o essi erano di competen-

“restituire al diritto comune le materie giurisdizionali che ne sono state distratte”, tentò di opporsi al regresso nella tutela dei “diritti minori”, proponendo di mantenere i Tribunali del contenzioso “per le altre attribuzioni” da essi esercitate, insistendo perché fosse attribuito anzi il carattere di procedimento pubblico al giudizio, in modo che “i cittadini e la società abbiano tutte le guarentigie contro ogni offesa che loro possa esser recata”¹⁷.

Nonostante la consapevolezza del “regresso” nella tutela degli interessi non riconosciuti come diritti soggettivi, la legge abolitrice fu concepita in modo tale da riflettere appieno i concetti “comunemente prevalenti nel dottrinarismo liberale dell’epoca”, dedotti “dai principi aprioristici della divisione dei poteri e della responsabilità dell’amministrazione e specialmente della responsabilità ministeriale”¹⁸.

za giudiziaria e allora i tribunali avrebbero, secondo loro, invaso il campo dell’amministrazione; o non lo erano e dovevano ricevere protezione in speciali istituti del contenzioso”. Sulla posizione del Cordova si veda E. CANNADA BARTOLI, *La tutela*, cit., 47-48.

Sia il Rattazzi sia il Cordova erano oppositori della legge abolitrice, proprio perché ritenevano che essa avrebbe dovuto garantire anche tali “diritti minori”, e si opponevano a che fossero aboliti i Tribunali del contenzioso amministrativo: sostenevano che tali “diritti minori” non dovessero perdere la tutela assicurata dalla c.d. amministrazione contenziosa, e non dovessero esser fatti regredire a semplici interessi.

Ma anche tra i fautori della legge v’era chi si premurava di tutelare i “diritti nascenti da leggi amministrative”: ad esempio Pietro Mazza riteneva che vi fosse una terza categoria di diritti, “che non sono *né civili, né politici* propriamente detti”, e proponeva di sostituire la formula “diritti civili e politici”, presente nel disegno di legge, con la più ampia “diritti di qualunque natura” (da F. CAMMEO, *Commentario*, cit., *loc. ult. cit.*).

Anche Pasquale Stanislao Mancini, nel suo celebre discorso, riconobbe che “possono aversi *interessi* ragionevoli, rispettabili, legittimi nell’ordine delle convenienze e delle utilità private e sociali; ma questi interessi non sono assicurati da una *legge*, che li innalzi al grado di *diritti*, e crei in loro favore un’*azione* esperibile in giudizio. Se dunque esistono semplici *interessi* di questa specie, è chiaro che non tutti gli interessi sono *diritti*; ed arbitro regolatore ed estimatore appunto di questi *interessi* che sono numerosissimi, non può essere che il *potere amministrativo*, il quale ha un *criterio* proprio, e possiede un ordine estesissimo di mezzi di cognizione, d’indagine, di apprezzamento, di azione per risolvere l’arduo e complesso problema di conciliare coi *diritti dei cittadini* e con l’osservanza delle *leggi l’interesse generale* della società ed il mantenimento dell’ordine pubblico nel suo più largo significato” (da A. SALANDRA, *La giustizia*, cit., 352). Sulla posizione di Mancini si può vedere anche, da ultimo, F. DE PALMA, *Pasquale Stanislao Mancini e il dibattito parlamentare sul progetto di legge per l’abolizione del contenzioso amministrativo*, in *Vicum*, 2013, 7 ss. Si veda anche il mio *Pasquale Stanislao Mancini e la giustizia amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Riferimenti in F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 438, nt. 3. Nello stesso luogo, ma nel testo, è riportato un passo della Relazione Borgatti del 9 maggio 1864, nel quale si sottolinea in modo deciso che, riservando alcune materie all’amministrazione pura e sottraendole ai tribunali ordinari, “si spogliano i privati delle garanzie offerte dai tribunali del contenzioso amministrativo e, sotto colore di progredire, si fa un regresso”.

¹⁸ F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 427.



La divisione dei poteri, la “separazione assoluta della potestà di giudicare da quella di amministrare”¹⁹, comportava (ed era la ragione del) l’abolizione del contenzioso amministrativo, considerato un *quid medium* tra amministrazione e giurisdizione; e, di conseguenza, si otteneva la “restituzione” al giudice della tutela dei “veri diritti”, e solo di questi. Comportava altresì che gli interessi-non-diritti fossero ridotti a interessi giuridicamente irrilevanti, in modo che risultasse integra ed incondizionata la “responsabilità dell’amministrazione” nel perseguimento dell’interesse pubblico²⁰.

In tal modo i “diritti minori” o “diritti subordinati” o “diritti imperfetti”; o ancora gli “interessi ragionevoli, rispettabili, legittimi”, venivano sacrificati sull’altare dei “principi aprioristici”, e rifluivano nella irrilevanza giuridica²¹.

L’adesione piena da parte dei teorici dell’epoca ai richiamati “principi aprioristici” spiega la ragione per la quale la distinzione tra diritto e interesse, intesa come separazione del giuridicamente rilevante dal giuridi-

¹⁹ Relazione Borgatti, citata, riportata da F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 427, nt. 4.

²⁰ È interessante perfino valutare dal punto di vista terminologico il riferimento legislativo agli interessi diversi dai diritti soggettivi. Come è noto, nella legge abolitiva la separazione tra diritti e interessi, viene presentata come distinzione tra “*cause* (...) nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico” (art. 2) e “*affari* non compresi nell’articolo precedente” (art. 3).

Con il termine “affari” si voleva alludere alle questioni non contenziose, oggetto di pura attività amministrativa. Lo stesso termine era stato proposto dal Minghetti nel suo disegno di legge risalente al 1862.

Nella relazione Borgatti del 9 maggio 1864 sul disegno di legge Peruzzi, la formula proposta faceva riferimento ai “ricorsi contro gli atti di pura amministrazione, riguardanti gli interessi individuali o collettivi degli amministrati”. Nella discussione che ne derivò la formula fu modificata sostituendo, in modo significativo, il termine “richiami” al termine “ricorsi”.

Nella relazione Vacca, svolta al Senato nel luglio 1864, la formula proposta faceva riferimento agli “oggetti non compresi nell’articolo precedente”. Osserva F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 424, che “la commissione senatoria fece sparire ogni formula dottrinale, che accennasse all’idea dovere tali materie riguardare *interessi individuali e collettivi*”. L’osservazione mi sembra densa di significato circa la sorte di tali interessi.

²¹ Osserva acutamente S. SAMBATARO, *L’abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, che “le situazioni protette nel giudizio davanti agli organi del contenzioso, quando non erano diritti (...), erano certamente qualche altra cosa”, ossia situazioni soggettive che “abbisognavano di una descrizione e di una teorizzazione”; ed aggiunge: “è vero che descrizione e teorizzazione sono mancate ma ciò non implica che una figura giuridica diversa dal diritto soggettivo non venisse protetta e pertanto non avesse esistenza giuridica” (234).

Secondo S., pertanto, non è esatto ritenere che l’interesse legittimo sia stato “isolato” soltanto dopo la legge del 1889: la sua “datazione” dovrebbe essere spostata indietro nel tempo.

camente irrilevante, non sia più stata messa in dubbio, fino al momento in cui la IV sezione si è (anzi, è stata) trasformata in organo giurisdizionale e il processo dinanzi ad essa si è ispirato allo schema del giudizio di diritto soggettivo²².

Tuttavia la costanza con cui è stata negata rilevanza giuridica ai c.d. “diritti minori” non significa di per sé che questi non dovessero essere considerati, ove si prescindia dai “principi aprioristici”, vere e proprie situazioni giuridiche soggettive, rispondenti allo schema teorico dell’interesse legittimo; positivamente riconosciute, in sede di dibattito parlamentare, ben prima ed a prescindere dal loro concreto riconoscimento in sede teorica; questo sì iniziato soltanto a seguito della legge del 1889. Non può essere spiegato altrimenti, ove non si concepisca il ricorrente privato solo come alfiere dell’interesse pubblico, che tali interessi privati, pur non essendo assistiti da tutela giurisdizionale, potevano comunque essere fatti valere con ricorso gerarchico o, ancor meglio, con ricorso straordinario al Re.

3 ***Gli interessi-non-diritti e la legge istitutiva della IV sezione***

Confinati dalla legge abolitrice fuori dell’ambito della rilevanza giuridica, o quanto meno considerati inidonei a giustificare la tutela giurisdizionale, misconosciuti dalla dottrina accademica (ferma nel considerare

²² Il dibattito successivo alla legge abolitrice si imperniò piuttosto sulla sua riduttiva applicazione, dovuta in parte, almeno fino al 1877, all’opera del Consiglio di Stato nella sua veste di giudice dei conflitti di attribuzione.

Soprattutto gli accademici rimasero fedeli alla distinzione tra diritti (interessi giuridicamente rilevanti) e interessi (giuridicamente irrilevanti), tanto che, quando la legge del 1889 fu approvata, si determinò un notevole sconcerto nel dibattito teorico, come di seguito vedremo.

Osserva condivisibilmente M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 743-745, che, “affiancando alla zona giurisdizionalmente tutelata del diritto soggettivo, la zona incontrollata dell’interesse, il legislatore del 1865 non solo creò uno dei più grossi rompicapo della teoria generale del diritto (la definizione dell’interesse legittimo), non solo partorì la lunga serie di problemi, che la distinzione della due zone tuttora comporta, e gettò il germe di quella ‘drammatizzazione’ che i problemi della giustizia amministrativa hanno attinto nella nostra dottrina e nella nostra esperienza, ma diede l’avvio all’impianto di una giurisdizione amministrativa, in cui l’accento, quali che siano state ‘le formule’ adoperate dai suoi sostenitori – per il fatto di essere tale giurisdizione riferita alla zona dell’interesse – venisse a cadere non sulla situazione giuridica violata, ma sulla corretta esplicazione della podestà amministrativa e sull’interesse generale – rispetto a cui l’interesse del singolo assumeva necessariamente, secondo la stessa logica dell’istituzione della zona franca, una funzione soltanto strumentale – a tale corretta esplicazione”.



come interessi giuridicamente rilevanti i soli diritti soggettivi), i c.d. “diritti minori” del Cordova (o gli “interessi ragionevoli, rispettabili, legittimi” del Mancini), si riproposero all’attenzione del Parlamento, nell’ambito del quale erano sempre più numerosi coloro che ritenevano incompleta la riforma del 1865, e che giudicavano sfavorevolmente l’avvenuta abolizione delle garanzie assicurate per l’innanzi dal sistema del contenzioso amministrativo per la tutela degli interessi privati non elevati a (o non considerati come) diritti soggettivi²³.

Divenne pressante l’esigenza di “dare un giudice agli affari che ora non lo hanno”, come si legge nella Relazione al progetto di legge di Agostino Depretis, presentato al Senato il 13 febbraio 1884²⁴: “ciò che il Paese domanda è una buona e ben ordinata amministrazione; domanda che ad ogni diritto corrisponda una guarentigia, ad ogni valutazione di interesse legittimo una via pubblica e sicura di legale riparazione”.

La legge del 1865 mostrò subito e con evidenza i suoi forti limiti, sia

²³ Si chiede M.S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari* (1993), ora in *Scritti*, vol. IX, Milano, 2006, 246, “come i pur validi giuristi del 1865 non si siano resi conto che il ricostituito omaggio al giudice ordinario della legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo significava lasciare senza giudice oltre metà delle possibili controversie contro l’amministrazione pubblica”. In realtà, se si esamina attentamente la legge del 1865 (per quello che contiene e non per come fu applicata), si deve constatare che, se la tutela degli interessi era affidata all’amministrazione “pura”, si dettavano tuttavia regole chiare sul modo in cui questa doveva comportarsi (avrebbe dovuto comportarsi (provvedimenti motivati, audizione degli interessati, pareri di organi specializzati).

Osserva F. MERUSI, *Dal 1865*, cit., 671 ss., che, con l’abolizione del contenzioso amministrativo, “ci si rese conto di cosa significava quel che aveva scritto nel 1815 l’imperatore d’Austria Francesco I ad un suo plenipotenziario a proposito dell’ordinamento da dare all’instaurando ducato da attribuire, provvisoriamente, alla figlia ancora formalmente moglie di Napoleone o, in linea teorica in Francia, il duca di Broglie, nel 1828, per quello che secondo lui doveva essere l’elemento caratterizzante della Costituzione di una monarchia liberale: i diritti dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione dovevano essere tutelati dal giudice ordinario, mentre ogni possibile attività del potere esecutivo che non incidesse sui diritti del cittadino era per il cittadino giuridicamente irrilevante e perciò libera da possibili censure giudiziarie” (681). Prosegue M.: “quando si scoprì che i governi-partitici potevano anche cedere alla tentazione di governare con atti illegittimi incensurabili, se e in quanto non incidessero su diritti dei singoli cittadini (la proprietà o una obbligazione), qualcuno cominciò a pensare di essere caduto in una trappola abilmente tesa da falsi liberali per giustificare un potere dispotico dell’Esecutivo ogni qualvolta non incidesse sui diritti patrimoniali dei cittadini o su quei pochi diritti politici riconosciuti in uno Stato a rappresentanza censitaria qual era lo Stato italiano postrisorgimentale. A un poter ben più dispotico di quello che i ‘liberali’ della restaurazione imputavano a Napoleone e ai suoi epigoni” (682).

²⁴ Le citazioni che seguono sono tratte, salva diversa indicazione, da N. PAOLANTONIO, *L’istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.

intrinseci, ossia derivanti dai suoi contenuti²⁵, sia estrinseci, ossia derivanti dal modo in cui le sue disposizioni vennero interpretate dal Consiglio di Stato, in veste di giudice dei conflitti, e dai giudici civili²⁶.

Il progetto di legge presentato da Francesco Crispi al Senato il 22 novembre 1887, e che doveva tramutarsi nella legge istitutiva della Sezione per la giustizia nell'amministrazione (la IV sezione del Consiglio di Stato), ebbe come finalità dichiarata quella di "tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini", quegli interessi che, non essendo diritti soggettivi, non godevano di tutela giurisdizionale; ed erano per soprammercato considerati, fuori dal Parlamento, interessi semplici, inidonei ad essere oggetto di tutela giuridica.

Nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato, svolta dal sen. Costa²⁷, si fece, da un lato, riferimento ai "diritti minori od imperfetti, aventi per oggetto meri interessi, subordinati, per indole loro, all'interesse pubblico e sottoposti quindi dalla legge e dai regolamenti all'azione del potere amministrativo, cui spetta fissarne i limiti e moderarne l'efficienza"; e si richiamava, dall'altro lato, il dibattito che su questo tema si era svolto

²⁵ Osserva M.S. GIANNINI, *La legislazione italiana sulla giustizia amministrativa*, in *Scritti*, X, Milano, 2008, 332: "che la normativa del 1865 fosse di ambito limitato lo si vide immediatamente. (...) Che il confine tra diritti e interessi (individuali) non fosse netto, lo si sapeva già dalle discussioni sui progetti Minghetti e Peruzzi: sta di fatto che alle prime azioni proposte da cittadini in materia di 'diritti' di libertà, i giudici risposero o che non si trattava di diritti soggettivi, o che di fronte alle potestà che le norme di pubblica sicurezza attribuivano all'autorità amministrativa essi non potevano essere tutelati".

²⁶ Sempre M.S. GIANNINI, nel lavoro appena citato, ritiene che "l'emarginazione dei giudici ordinari" fu dovuta al "concorso del Consiglio di Stato, dell'Avvocatura dello Stato e degli stessi giudici". Ne derivò che "l'assoluta maggioranza delle controversie tra privati e pubblici poteri veniva a cadere nella zona della giustizia ritenuta" (333).

²⁷ Giuseppe Giacomo Costa era allora Avvocato generale erariale; e ciò conferisce maggior valore alla sua posizione favorevole ad ampliare i mezzi di tutela nei confronti dell'amministrazione. Sul ruolo che Mantellini, Costa ed altri esponenti dell'Avvocatura dello Stato hanno avuto sulla nascita e sull'evoluzione della giustizia amministrativa mi permetto di rinviare al mio *Avvocatura dello Stato e formazione del sistema di giustizia amministrativa*, in *Raccolta di scritti di Ignazio Caramazza*, Roma, 2012, XII ss.

Nella relazione Costa si legge: "il pensiero a cui si informa il progetto ed i congegni escogitati per attuarlo sono in particolar modo rimarchevoli per semplicità e chiarezza. Tutti gli atti e provvedimenti del potere esecutivo e della pubblica amministrazione che non sono soggetti alla competenza del potere giudiziario, e che non rientrano in quella sfera d'azione nella quale il potere politico deve conservare quella libertà che è condizione indispensabile della propria responsabilità, esaurito il ricorso in via gerarchica, possono essere impugnati, per motivi di illegittimità e per ingiustizia nel merito, con le forme tutelari di un giudizio, davanti ad un magistrato amministrativo, che trae la propria origine e svolge l'azione sua nell'ambito del potere esecutivo" (Atti Senato, sessione 1887-1888, documenti stampato &-A, 6).



in occasione della elaborazione della legge abolitrice, soprattutto tra Cordova e Mancini²⁸. Lo stesso Crispi sottolineò l'esigenza di correggere la disposizione dell'art. 3 della legge abolitrice, con la quale non era stata data "ai cittadini la garanzia di un giudizio quale richiedevano coloro che nel 1864 avevano fatto rilevare il vizio della legge che allora si discuteva"²⁹.

L'esigenza di fornire maggiore tutela ai c.d. "diritti minori" divenne più forte e maggiormente avvertita per un doppio ordine di ragioni, l'uno relativo al progressivo ridursi dell'ambito della giurisdizione del giudice civile e, correlativamente, sul piano sostanziale, degli interessi riconosciuti come diritti soggettivi³⁰; l'altro dipendente dalla maturazione di un deciso orien-

²⁸ Contrario alla legge, e contrario al miglioramento della tutela dei "diritti minori", si mostrò soprattutto il sen. prof. Augusto Pierantoni, genero di P.S. Mancini, il quale, in tono polemico, affermò: "confesso il vero: si stenta assai a comprendere i principi fondamentali di questa legge. Il principio fondamentale della legge sta nell'art. 5 dell'Ufficio centrale. La Sezione del contenzioso amministrativo deciderà per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo deliberante che abbiano per oggetto un'interesse di individui o di enti morali giuridici. La violazione di legge è violazione di diritto: l'interesse solo non dà azione. Che frase è questa: *enti morali giuridici*? Vi sono forse *enti morali* non riconosciuti dalla legge? Si potrà ricorrere per un'interesse? Che sconfinata potestà sarà cotesta?" (Atti Senato, tornata del 20 marzo 1888, 1172). L'idea di Pierantoni era che dovesse ripristinarsi, nel suo significato integrale, la legge del 1865, lasciando tutti i diritti alla tutela del giudice: sostenne che "la inefficacia della legge dipese non dal senso oscuro dei testi e da un supposto nuovissimo pensiero del legislatore; ma invece dalla erronea interpretazione, e dalle restrizioni formulate dalla Cassazione" (tornata del 21 marzo, 1181).

²⁹ Altrove, anzi nella seduta svoltasi alla Camera dei deputati il 24 marzo 1888, Crispi affermava: "è tempo ormai di compiere la riforma, di dare ad ogni diritto una guarentigia, ad ogni violazione di legittimo interesse una via pubblica e sicura di legale riparazione".

Favorevole alla istituzione della IV sezione fu anche il senatore (magistrato e diplomatico piemontese) Carlo Cadorna, il quale indicò l'oggetto della tutela ad essa affidata: "un interesse privato indissolubilmente congiunto, in un medesimo oggetto, con un interesse pubblico, al quale è naturalmente subordinato, in quanto l'interesse pubblico lo richiegga e che perciò ripiglia, in quanto non vi sia subordinato, il carattere di diritto, e richiede in questa parte una tutela a titolo di giustizia" (Atti Senato, seduta del 21 marzo 1888, 1198). Comincia a prendersi coscienza che anche i diritti soggettivi possono "incontrarsi" con le esigenze di pubblico interesse.

Favorevole si mostrò anche il senatore cosentino Giuseppe Miraglia, allora Primo Presidente della Corte di cassazione di Roma: "la sezione del contenzioso amministrativo nel Consiglio di Stato ha per oggetto di sottrarre dal prudente arbitrio dei ministri, prudente arbitrio variabile col variare dei ministri, la risoluzione delle questioni tra l'Amministrazione ed i privati, che si credono lesi nei loro interessi da un provvedimento amministrativo" (Atti Senato, seduta del 21 marzo 1888, 1178). All'inizio del suo discorso aveva difeso la giurisprudenza della Cassazione, fondata sulla distinzione tra atti d'imperio e atti di gestione, sostenendo che era stata tale giurisprudenza "la causa occasionale ed impulsiva" del disegno di legge in discussione (*ivi*).

³⁰ Descrive bene questa vicenda E. CASETTA, *Relazione introduttiva* al Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato, in *Atti*, Milano, 1983, 6,

tamento critico sul modo in cui l’amministrazione (attiva) funzionava, e sulla scarsa considerazione in cui essa teneva gli interessi dei privati.

La prima fu una vicenda di ordine giurisprudenziale, tuttavia sorretta dall’opinione dei dottori. Il giudice civile si mostrò timido nella interpretazione del suo ruolo, e scelse di contenere entro un perimetro assai ristretto la sua giurisdizione sulle controversie dei privati contro l’amministrazione: lo strumento usato fu la distinzione tra atti d’impero e atti di gestione, con la conseguente esclusione della giurisdizione ove la controversia includesse la cognizione dei primi³¹.

A favorire la “timidezza” del giudice civile contribuì fortemente il sistema di soluzione dei conflitti di attribuzione³².

Attraverso l’elevazione frequente di tali conflitti, decisi fino alla legge del 1877 dal Consiglio di Stato, l’amministrazione fu in grado di ridurre drasticamente l’area attribuita dalla legge del 1865 al giudice civile; in tal modo, interessi che erano (o avrebbero potuto essere considerati) diritti soggettivi rifluirono tra gli interessi giuridicamente irrilevanti³³. Né l’orien-

osservando che, “di fronte alle possibilità che pur sarebbero state offerte dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, il giudice ordinario sia stato quasi timoroso nell’uso dei poteri ad esso conferiti, sia all’interno della propria giurisdizione, con un’interpretazione latissima del divieto di revoca e di modifica dell’atto amministrativo e con una correlativa lata interpretazione dei requisiti di esistenza dell’atto amministrativo tale da rendere largamente operante quel divieto, nonché con la ritenuta preclusione di ogni condanna della pubblica Amministrazione in forma specifica: sia con l’escludere la stessa sua giurisdizione in casi in cui l’emanazione di atti d’impero, fossero o non fossero legittimi, avesse inciso su di un diritto soggettivo, in ciò secondando il Consiglio di Stato, cui era allora demandata la risoluzione dei conflitti di attribuzione”.

³¹ Non sembra necessario documentare la circostanza esposta nel testo: è sufficiente rinviare ai lavori di Giuseppe Mantellini. La questione è trattata anche da Luigi ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1891, 17 ss., ove si trovano anche ulteriori riferimenti bibliografici.

Può essere significativo rammentare un commento di Alessandro MALGARINI, *Della libertà civile nelle Costituzioni moderne*, in *Arch. giur.*, 1884, 322. Richiamando il principio per il quale ai Tribunali ordinari erano state devolute “tutte le questioni dell’ordine civile, politico e penale”, osserva: “in virtù di questo principio, rimane definitivamente formata la subordinazione del potere esecutivo verso i tribunali nelle materie anzidette. Se non che, tornandogli troppo incomoda la loro autorità e tuttavia non osando di negarla apertamente, ha tentato di affrancarsene con sottile artificio”. M. commentava l’interpretazione allora corrente dell’art. 4 della legge abolitiva, ma il suo giudizio è pacificamente applicabile anche all’interpretazione del precedente art. 2.

³² Sull’andamento dei conflitti nel periodo dal 1865 al 1877 si può vedere ora il mio *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1977)*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, 93 ss.

³³ Dai lavori preparatori della legge sui conflitti del 1877 si ricava chiaramente che l’opera del Consiglio di Stato aveva prodotto il sostanziale fallimento della legge del 1865. Os-



tamento cambiò di molto allorché, nel 1877, il giudizio sui conflitti (di attribuzione) fu tolto al Consiglio di Stato e affidato alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di Roma³⁴.

Cosicché gli interessi privi di tutela giurisdizionale crebbero in quantità e in qualità³⁵.

serva A. SALANDRA, *La giustizia*, cit., 452, che, con riferimento al modo in cui tale legge era stata fin'allora applicata, non "vi fu alcuno, perfino fra i più accesi e saldi propugnatori delle dottrine che la ispirarono, il quale osasse dichiararsene pienamente soddisfatto. Ma costoro si adoperarono ad attribuire tutto il danno dei beneficii aspettati e non effettuati e degl'inconvenienti deplorati e crescenti, al 'malefico innesto' della legge del 1865 con la legge del 1859 sui conflitti; onde quella era 'riuscita triste pianta'". Le espressioni virgolettate sono di Mantellini, e furono pronunciate nel discorso alla Camera dei deputati del 19 aprile 1876.

A sua volta P. S. Mancini, nella Relazione del 16 giugno 1875, affermava che "la provvida legge del 1865, che abolì le giurisdizioni del contenzioso amministrativo", aveva trovato "nel sistema dei conflitti di attribuzione il suo occulto germe di distruzione e di paralisi di ogni benefica sua attività" (citazione da A. SALANDRA, *op. loc. ult. cit.*).

Nel discorso pronunciato alla Camera dei Deputati il 29 aprile 1876, lo stesso Mancini esclamava: "quante volte vi sono atti del potere esecutivo o dell'amministrazione pubblica, i quali anziché provvedere discrezionalmente, come è suo compito, regolando gli *interessi* dei privati, si estendono fino a mettere le mani sopra veri loro diritti garantiti e protetti dalla legge: quando l'atto dell'amministrazione sia illegale nella sua *forma* o nella sua *sostanza* o eccede i *limiti* di quella potestà che la legge medesima accorda (...) è principio costituzionale che spetti al potere giudiziario farsi moderatore e protettore dei diritti violati" (da F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 442, nt. 5).

³⁴ Nell'intervento del sen. Pierantoni nel corso della discussione sul progetto di legge Crispi, svolto al Senato il 20 marzo 1888, si legge: "la Cassazione diventò la vera riparatrice della violazione della legge e della offesa dei diritti? La giusta valutazione della giurisprudenza non ci dà risposta affermativa (...). La magistratura italiana fu composta dalle magistrature di tutti i governi, nei quali era divisa la penisola. Essa era educata allo studio e all'applicazione delle leggi civili e penali; riconosceva l'amplessissima potestà del potere amministrativo; non era preparata all'ufficio del potere giudiziario nel governo costituzionale, che deve impedire l'usurpazione dei poteri del Parlamento e la lesione dei diritti ai provvedimenti amministrativi. Infatti, quali insegnamenti di ragione pubblica erano permessi nelle scuole dei governi assoluti? In altri tempi la volontà del principe e dei ministri era superiore alla legge. Quando i poteri spettavano tutti al Re, che li delegava, e quando vi erano i tribunali amministrativi, come l'autorità giudiziaria avrebbe potuto negare esecuzione a decreti reali ed a provvedimenti regi perché illegali ed incostituzionali? La Cassazione di Roma purtroppo imitò il Consiglio di Stato nella decisione dei conflitti e ridusse a brevissimi termini la legge del 20 marzo 1865" (resoconto stenografico, 1168).

Augusto Pierantoni, chietino, era professore di diritto costituzionale ed internazionale; ed era genero di Pasquale Stanislao Mancini, avendone sposato la figlia Grazia.

³⁵ Com'è noto la Cassazione accolse la distinzione tra atti d'impero (o "d'autorità") e atti di gestione, in tal modo conformandosi all'orientamento riduttivo della giurisdizione, per l'innanzi sostenuto dal Consiglio di Stato.

In ordine agli atti d'impero sembra utile riportare il battibecco tra il sen. Pierantoni e il sen. Miraglia, quest'ultimo Presidente della Cassazione romana (sedute del 20 e 21 marzo 1888). Il primo si chiedeva: "quale parola della legge permise la distinzione fra gli atti di ge-

È stato rilevato che un diverso e più coraggioso atteggiamento del giudice ordinario nell'applicazione della legge del 1865 avrebbe potuto rendere superflua la istituzione di un diverso giudice; e che la creazione di quello che diverrà il giudice amministrativo è stata determinata anche dalla difficoltà di garantire altrimenti la legittimità dell'azione amministrativa³⁶. Va peraltro riconosciuto che, nella legge del 1865, la tutela giurisdizionale non era stata concepita in termini generali e totalitari, come dimostra l'art. 3 con il riferimento agli "affari non compresi nell'articolo precedente", ossia non devoluti al giudice ordinario.

La seconda vicenda si svolse invece sul piano politico. Si formò un orientamento che fu (ed è) conosciuto come "movimento per la giustizia nell'amministrazione"³⁷. Finalità del movimento non era (l'incremento

stione, che l'Amministrazione compie come *persona privata* nei rapporti del patrimonio dello Stato e dei pubblici servizi, e gli atti d'*impero* compiuti come autorità pubblica?". Il secondo rispose: "ha un bel dire l'on. Pierantoni che gli sembra un assurdo la distinzione tra atti di autorità e quelli di gestione. Il Governo non può essere trascinato davanti l'autorità giudiziaria, e risponde soltanto davanti al Parlamento degli atti politici" (da N. PAOLANTONIO, *L'istituzione*, cit., rispettivamente 91 e 95).

Osserva B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 48, che "solo sfogliando i repertori di giurisprudenza amministrativa (...) balza agli occhi la funzione sostanzialmente residuale attribuita dal Consiglio di Stato al giudice ordinario".

Si vedano anche le opere di V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Pescara 1979, e di M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, vol. I, Roma, 1979. Più recentemente, di M. STIPO si può vedere anche *L'interesse legittimo nella prospettiva storica*, in *Studi per il centenario della Giustizia amministrativa di Cino Vitta*, Roma, 2006, 49 ss.

³⁶ Osserva G. BERTI, *Art. 113 (103, 1° e 2° co.)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *La magistratura*, tomo IV, Bologna, 1987, 89, che "il fatto che la giurisdizione ordinaria venisse esplicitamente investita di tutte le cause in materia di diritti civili o politici avrebbe potuto (...) essere foriero di una totalità di cognizione e di tutela da parte del giudice ordinario nei confronti delle pretese individuali verso lo Stato, se fosse prevalso il convincimento che non potevano esserci concretizzazioni o specificazioni della capacità individuale che non fossero di per sé diritti soggettivi: riconosciuta cioè l'azionabilità delle pretese nei confronti dello Stato, non avrebbero potuto trovare posto nell'arco della capacità individuale situazioni o posizioni che non fossero per ciò stesso diritti soggettivi". Aggiunge poi B.: "questa linea non poteva essere vincente quando, dopo le prime esperienze legislative dello Stato liberale, la funzione e gli indirizzi dello Stato si alternavano e si scomponavano per far fronte a richieste sociali e a correlativi interventi, in cui l'istanza collettiva doveva prevalere per principio sulle garanzie individuali. Ed anche l'amministrazione così si corrippe e parve che non potesse essere ricondotta alla legalità se non in virtù di un nuovo giudice ad hoc. Di qui la riemersione, in modo ovviamente singolare e nuovo rispetto all'immagine che se ne poteva allora avere, di uno Stato amministrativo accanto allo Stato parlamentare liberale e la riproduzione dei diritti individuali verso questa diversa faccia dello Stato nei termini nuovi dell'interesse legittimo".

³⁷ Su tale movimento si vedano le notizie riportate da A. SALANDRA, *La giustizia*, cit., 461 ss.



del) la tutela degli interessi privati, diversi dai diritti soggettivi, bensì la creazione di una sede di verifica della correttezza del comportamento dell'amministrazione, la cui azione veniva considerata eccessivamente influenzata dai partiti politici.

La rilevanza e la tutela da accordare agli interessi-non-diritti era niente più che uno strumento per contenere (e possibilmente ridurre) il tasso di illegittimità della concreta attività delle autorità amministrative, asservite alle maggioranze parlamentari³⁸.

Entrambe le vicende, sia pure in modo diverso e per diverse finalità, concorsero a dare nuovo risalto agli interessi, ritenuti tali sul piano eco-

³⁸ Gli esponenti più autorevoli ed impegnati del movimento furono Silvio Spaventa e Marco Minghetti. Entrambi esposero le loro critiche sull'amministrazione nei sistemi di governo parlamentare, il primo nel famoso discorso di Bergamo del 6 maggio 1880, M. MINGHETTI nel discorso di Napoli dell'8 gennaio 1880, poi ampliato e pubblicato in volume sotto il titolo *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881, e nel quale tiene conto del discorso bergamasco di Spaventa.

Secondo Spaventa, le cause della scarsa legalità e giustizia nell'amministrazione, e della sua subordinazione ai partiti politici, vanno individuate nel "difetto o incertezza delle norme giuridiche, che limitino rigorosamente nell'amministrazione le facoltà e i poteri che essa deve esercitare"; nel "difetto e incertezza del giudice, che decide sulla controversia che nasce quando il cittadino si risente e si oppone all'abuso ed arbitrio"; e nel "difetto di responsabilità immancabile e pronta degli ufficiali pubblici" (discorso su *La Giustizia nell'Amministrazione*, in S. SPAVENTA, *Discorsi parlamentari*, Roma, 1913, p. 558).

In questa sede interessa il secondo "difetto", che viene collegato alle insufficienze della legge del 1865. Con riguardo ad essa, Spaventa esclama: "l'opera da noi fatta è tanto imperfetta che solo i ciechi possono prenderla per la soluzione del problema della giustizia amministrativa in un governo parlamentare o di partito, come quello che abbiamo oggi in Italia. Essa non fu fatta con la coscienza chiara e piena dello scopo a cui doveva principalmente servire. Ma non perciò io sono per proporvi riforme, che sconvolgano gli ordinamenti presenti della nostra amministrazione; basta completare l'opera del 1865 con una nozione più chiara di questo scopo e delle condizioni ed esigenze proprie della giustizia e dell'amministrazione insieme" (71).

La proposta di soluzione del problema si riduceva "sostanzialmente a una semplice riforma delle attribuzioni e forse della composizione del Consiglio di Stato (...). L'importante, ora, è di fissare questa idea: la necessità di avere veri giudici e veri giudici di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare" (71-72).

A M. MINGHETTI, che concordava nelle grandi linee con l'analisi critica di Spaventa, la soluzione da questo proposta non parve adeguata, parendogli "più semplice e più efficace la istituzione di un tribunale proprio, lasciando al Consiglio di Stato la sua grande e propria attribuzione di consigliere del governo" (*op. cit.*, nella edizione del 1945, 141-142).

La proposta di Minghetti sarà ripresa più volte nel tempo (l'ultima volta nei lavori della c.d. Bicamerale), ma, almeno finora, non ha avuto fortuna. Eppure era una proposta saggia.

Sui precedenti dottrinali che influirono sulla riforma del Consiglio di Stato si veda L. ARMANNI, *La riforma*, cit., 93 ss.

nomico (o, più in generale, sul piano fattuale e pregiuridico), ma non riconosciuti giuridicamente, ossia non elevati, secondo il pensiero schematico dell’epoca, a diritti soggettivi³⁹.

4 **Gli “interessi” di cui alla legge istitutiva della Sezione per la giustizia nell’amministrazione**

Agli interessi, come tali, fa riferimento l’art. 3 della legge Crispi del 1889⁴⁰: interessi che sono oggetto di “atti o provvedimenti” amministra-

³⁹ Sottolinea F. MERUSI, *Dal 1865*, cit., 684, che “la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi, ancorché non enunciata nella legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, divenne subito un elemento caratterizzante del diritto amministrativo del nuovo Regno d’Italia perché permetteva di distinguere la giurisdizione del vecchio giudice, il giudice ordinario dei diritti, da quello nuovo aggiunto per permettere l’annullamento degli atti amministrativi illegittimi”.

⁴⁰ Legge 31 marzo 1889, n. 5992, poi coordinata con l’all. D della legge 20 marzo 1865, n. 2248, nel testo unico approvato con R.D. 2 giugno 1889, n. 6166.

Rispondendo al sen. Pierantoni, il relatore Costa chiarì l’intento dell’Ufficio centrale: “la legge del 1865 rivendicando alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle controversie fra i privati e la pubblica Amministrazione, nelle quali era questione di un diritto civile o politico che si pretendeva leso, abbandonava alla decisione dell’Amministrazione, senza alcuna specie di garanzia, la decisione dei ricorsi contro gli atti del potere esecutivo e della pubblica Amministrazione. In questa guisa, mentre i diritti veri e propri erano efficacemente tutelati, gli interessi, non solo non ottenevano una tutela congrua all’indole loro, ma perdevano quella che avevano avuto fino a quella epoca mercé i tribunali del contenzioso amministrativo. Era una lacuna, fin d’allora deplorata, e che reclamava da gran tempo un provvedimento. Soddisfare a questo voto, più che un dovere, era una necessità: e a questo intento è diretta questa legge, la quale (...) nulla toglie alla giurisdizione ordinaria dei tribunali” (Atti Senato, tornata del 21 marzo 1888, 1188).

Osserva A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 814-815, che della novità derivante dalla legge Crispi è stata al tempo fornita “una lettura dicotomica, nella divisione, che tuttora torna sovente a riprodursi, tra chi ha ritenuto che la creazione nel 1889 della giurisdizione amministrativa (...) abbia concretato una inevitabile evoluzione del sistema di tutela dei privati contro la pubblica amministrazione disciplinato con l’all. E della legge n. 2248/1865, e quindi una sorta di necessità istituzionale per colmare le lacune e le inefficienze che nel primo ventennio di applicazione del sistema stesso erano manifestamente emerso; e chi ha ritenuto, per contro, che la legge del 1889 abbia piuttosto tradito l’ispirazione originaria del legislatore dell’unificazione amministrativa, introducendo un nuovo sistema di tutela, e quindi una diversa concezione, a quel sistema sotteso, del rapporto amministrativo di carattere sostanziale, corrispondente alla svolta in senso autoritario dello Stato liberale maturata con il governo crispino”.

In realtà le due interpretazioni non sono in contrasto tra loro, dato che l’evoluzione del sistema creato nel 1865 risponde ad una concezione di fondo certamente diversa da quella originaria. D’altronde Crispi si era mostrato contrario all’approvazione, nel 1865, dell’all. E nel testo poi divenuto legge.



tivi⁴¹, e di cui sono titolari “individui” o “enti morali giuridici”. Si tratta pertanto, stando alla lettera della legge, di interessi privati che si assumono lesi da provvedimenti amministrativi.

Peraltro non può trattarsi di interessi elevati a diritti soggettivi, dato che la stessa legge fa salva integralmente la “competenza dell’ autorità giudiziaria”; la quale, in base all’ art. 2 della legge del 1865, aveva (e formalmente ancora⁴² ha) giurisdizione sui (su tutti i) diritti soggettivi⁴³.

La nuova legge, assicurando una efficiente forma di tutela giuridica per interessi (necessariamente) diversi dai diritti soggettivi, lasciava ipotizzare l’ esistenza (o la creazione) di una inedita (o ritenuta tale) categoria di interessi giuridicamente riconosciuti e protetti. Poneva in tal modo le premesse necessarie per individuare una nuova situazione giuridica soggettiva⁴⁴.

È da condividere una diversa osservazione di M., ossia che “la costituzione di un nuovo giudice, individuato del resto in un corpo amministrativo fornito di qualche significativa esperienza pregressa in materia, ben può essere vista come la acquisizione della consapevolezza circa una complessità della società civile, degli interessi e delle dinamiche in essa presenti, in buona sostanza superiore a quella che aveva accompagnato il legislatore nel dettare la soluzione del 1865, tutto sommato orientata a garantire quella parte elitaria di proprietari e di (medio-grandi) operatori economici corrispondente anche alla parte della popolazione che godeva effettivamente delle libertà personali e dei pieni diritti politici (a cominciare dal diritto di voto)” (816). Effettivamente la dimensione dell’ elettorato e la composizione del Parlamento nel 1865 erano tali dal rappresentare gli interessi della sola parte “elitaria” della società nazionale. Nel 1889 la situazione era fortemente diversa.

⁴¹ La formula della legge si presta anche ad una diversa lettura: l’ “interesse d’ individui o di enti morali giuridici” può essere considerato l’ oggetto, non degli “atti o provvedimenti”, ma dei “ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge”. Secondo questa interpretazione l’ interesse privato costituirebbe, a termini di legge, l’ oggetto del ricorso, e del giudizio amministrativo. Sul significato da attribuire alla formula legislativa si sono scontrati molte volte i commentatori.

⁴² Il criterio di riparto della giurisdizione si è evoluto nel tempo: dal binomio diritti-interessi è passato al binomio esistenza-inesistenza del potere (discrezionale) dell’ amministrazione. Tuttavia la Costituzione ancora registra il primo criterio, anche se, in effetti, più il secondo che sembra essere vigente.

⁴³ Osservò il senatore chietino Francesco Auriti, allora Procuratore generale presso la Corte di cassazione di Roma: “qualunque sia il genere degli affari che abbiano rapporto ad un interesse, e non ad un diritto che goda della tutela dell’ azione giudiziaria, qualunque sia l’ affare che dia luogo a doglianza dell’ interesse offeso, (...) sorge da ciò un titolo sufficiente alla podestà di decisione del Consiglio di Stato” (Atti Senato, tornata del 22 marzo 1888, 1211).

⁴⁴ È il caso di richiamare l’ osservazione di M.S. GIANNINI, *Ha un futuro la nozione d’ interesse legittimo?*, cit., IX, 281 ss., secondo cui la nozione di interesse legittimo fu “introdotta a seguito di una sua invenzione da parte dei giuristi che studiavano la pubblica amministrazione, al preciso fine di dare un nome proprio ed un contenuto alla situazione giuridica soggettiva (...) della quale si chiedeva la tutela con il mezzo del ricorso al giudice amministrativo”.

Le convinzioni correnti in tema di interessi giuridicamente rilevanti, sia tra i pratici sia soprattutto tra i teorici, erano peraltro tali da rendere molto difficile ipotizzare l’esistenza di una situazione soggettiva che fosse diversa dal diritto soggettivo, e tuttavia godesse di tutela giuridica. Occorreva sbarazzarsi della secca alternativa diritto (soggettivo) – interesse (semplice), alla quale tutti avevano creduto, elevandola a dogma incontrastato⁴⁵.

Ciò spiega perché molti teorici, e tra i più autorevoli, rifuggirono dall’idea che la nuova legge costringesse ad ipotizzare l’esistenza di una nuova situazione giuridica soggettiva.

Le vie di fuga erano peraltro a portata di mano, e trovavano consistenti appigli nella stessa legge istitutiva della IV sezione. La quale, configurando il nuovo organismo come avente natura amministrativa e il relativo “processo” come procedimento amministrativo (sia pure con le garanzie del contraddittorio dinanzi ad un collegio imparziale), e lasciando nel vago il ruolo giocato dall’interesse individuale, consentiva ai commentatori di escludere la configurazione di una vera e propria azione (giudiziaria) e, di conseguenza, sul piano sostanziale, di dover ipotizzare la sussistenza di un interesse assistito da azione⁴⁶.

L’interesse di cui alla legge del 1889 poteva essere configurato (e lo fu) come semplice presupposto processuale, come una “occasione” per il privato di ricorrere per tutelare, non un suo interesse sostanziale, elevato a situazione giuridica soggettiva, ma l’interesse pubblico.

strativo, la legge 1865 n. 2248, all. E avendo in modo in equivoco stabilito che nei confronti dell’amministrazione pubblica fosse possibile la sola tutela dei diritti dinanzi al giudice ordinario. Sarebbe stato del resto non tollerabile che restasse senza nome una situazione soggettiva per la quale la stessa legge prevedeva e regolava una tutela, sia pur diversa dalla tutela giurisdizionale ordinaria”. Va solo precisato che la “invenzione” è stata opera di generazioni di giuristi.

⁴⁵ L’alternativa conservò intatta la sua forza, anche presso i teorici più avvertiti. Si veda S. SPAVENTA, Discorso inedito *Per l’inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, pubbl. da Raffaello Ricci, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 299: “il fondamento del nostro sistema giurisdizionale fu poggiato tutto su questa distinzione, di diritto e semplice interesse”. Il discorso avrebbe dovuto essere pronunciato il 13 marzo 1890, ma non lo fu perché l’inaugurazione avvenne in forma non solenne. Esso, benché pubblicato, a cura di R. RICCI, solo nel 1909, era stato scritto prima del giorno fissato per l’inaugurazione.

Si veda ancora V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892 (la prima edizione risale al 1891), 290 ss., che difende la distinzione tra diritto e interesse dall’attacco portato da Alessandro Malgarini; e afferma che la distinzione era “accettata dalla generalità degli scrittori”.

⁴⁶ Come era richiesto perché l’interesse potesse essere riconosciuto come diritto soggettivo: si veda in questo senso V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., *loc. ult. cit.*



Le vie di fuga furono principalmente due: finché fu possibile, e cioè fino a tempi successivi all'affermazione della natura giurisdizionale della IV sezione da parte della Corte di cassazione romana, e per alcuni perfino fino alla legge del 1907⁴⁷, che sanzionò formalmente tale natura, si fece leva sul carattere amministrativo del giudizio; il che, nell'opinione dell'epoca, consentiva di continuare a considerare l'interesse di "individui o di enti morali giuridici", di cui all'art. 3 della legge del 1889, alla stregua di un interesse semplice, irrilevante per il diritto, mera "occasione" per consentire all'amministrazione di rivedere con più accuratezza i suoi atti⁴⁸.

⁴⁷ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1907, 727 ss., spec. 730, ove si esclude che la "competenza" della IV sezione possa qualificarsi come "giurisdizione obbiettiva", non tanto "perché essa non sia 'obbiettiva' quanto perché non è 'giurisdizione'".

⁴⁸ Nella Relazione ad d.d.l. Crispi, presentata alla Camera dei deputati, si poneva in chiaro che "la Sezione del contenzioso non è un tribunale speciale od eccezionale; ma un istituto che rimane nella sfera del potere esecutivo da cui prende la materia e le persone che gli devono dar vita"; e nella precedente Relazione presentata al Senato si era sostenuto che il nuovo istituto "è lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini" (da N. PAOLANTONIO, *L'istituzione*, cit., rispettivamente 128 e 60).

La stessa idea viene esposta da S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione*, cit., 209: "la magistratura", creata dalla legge del 1889, "non è che un'organizzazione nuova, nella sfera più alta dell'amministrazione, di quel *ius inspectionis*, proprio di ogni governo".

Ancor più esplicito V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 349, che osserva, con riferimento ai ricorsi amministrativi: "la coscienza generale che si è avuta della insufficienza di questi rimedi e della necessità che gl'interessi privati siano per quanto è possibile garantiti, ha fatto sì che si è cercato di provvedere ad un vero ordinamento della giustizia amministrativa, la quale, pur mantenendo la tutela di questi interessi nell'orbita del potere esecutivo, riuscisse efficacemente a difenderli".

La tesi di V.E. ORLANDO risulta chiaramente formulata e argomentata nella voce *Contenzioso amministrativo*, in *Il Digesto italiano*, vol. VIII, parte II, 849 ss.: "la competenza generale della 4ª sezione non deve ritenersi una giurisdizione nel senso rigorosamente giuridico di questa espressione, ma bensì come il supremo ordinamento istituzionale mediante il quale l'Amministrazione, con mezzi ed organi ad essa propri, provvede ad assicurare la giustizia e la legalità dei suoi provvedimenti" (918). Il punto di partenza è che non può concepirsi vera giurisdizione in mancanza di diritti soggettivi: "la stessa espressione 'difesa giurisdizionale' mostra che essa non può mai applicarsi alla tutela di un privato interesse" (902); ed è perfino "repugnante l'idea di una organizzazione *giuridica* di una difesa di semplici *interessi*" (903). Il carattere non giurisdizionale del ricorso alla IV sezione viene fondato su altri solidi argomenti: i lavori preparatori della legge del 1889; il potere di annullamento attribuito alla IV sezione, "un potere che, giusta il sistema generale cui si ispira la legislazione italiana, non può essere esercitato se non da una autorità che faccia parte dello stesso potere esecutivo" (917); l'affidamento delle prove alla stessa amministrazione interessata, che "costituirebbe una vera enormità se si dovessero applicare i principî che regolano la materia delle prove dinanzi le giurisdizioni comuni" (918). Per cui, in ordine al problema della impugnabilità delle decisioni della IV sezione dinanzi la Corte di cassazione, secondo O., "appare manifestissimo come tale impugnabilità va esclusa sulla base del solo e semplicissimo concetto che le decisioni della 4ª sezione, ai termini dell'art. 24, non costituiscono una 'giurisdizione'" (919).

Quando non si poté più sostenere la natura amministrativa del “giudizio”, si optò (o, forse meglio, rimase l’idea di) considerare quest’ultimo come giudizio di diritto oggettivo; con il che, dato l’oggetto e la finalità del giudizio di tal fatta, il rilievo dell’interesse individuale veniva a scemare, essendo rilevante solo come presupposto processuale, talché non era necessario elevarlo a situazione soggettiva protetta⁴⁹.

Tuttavia, com’è noto, la Corte di cassazione di Roma, con sentenza 21 marzo 1893, ammise il ricorso in Cassazione contro una decisione della IV sezione “per eccesso di potere commesso mediante estensione della sua giurisdizione a danno della giurisdizione dei tribunali ordinari”. Ammise cioè l’elevazione del conflitto di giurisdizione, poiché ritenne che “non può essere seriamente impugnato che anche la detta IV^a Sezione sia investita di una vera e propria giurisdizione, tutta volta che è chiamata a pronunziare giudizi, a risolvere formali contestazioni e a dire ciò che è legittimo e giusto in ordine alle materie riservate alla sua cognizione”.

Commentando questa sentenza, A. CODACCI-PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, 241 ss., pur partendo dall’idea che, “secondo il punto di vista onde la si considera, la IV^a Sezione può, con eguale esattezza, definirsi amministrazione contenziosa e giurisdizione amministrativa” (249), giunge alla conclusione che “il carattere prevalente della IV^a Sezione è quello di Amministrazione contenziosa, i cui atti, aventi spesso indole generale ed efficacia *erga omnes*, non sono suscettibili di annullamento giudiziario” (276).

Convinto della natura amministrativa della IV sezione fu, fino alla legge del 1907, anche Santi ROMANO, per avere essa “attribuzioni in cui i caratteri dell’amministrazione contenziosa prevalgono su quelli della giurisdizione” (*Le giurisdizioni speciali amministrative*, capo III, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo Italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. III, Milano, 1907, 1258. Alla p. 1259, viene aggiunto: “le decisioni delle Giunte provinciali e della IV^a Sezione quando si è nel campo della pura giustizia amministrativa, non costituiscono delle vere e proprie sentenze, nel senso che a tale parola si dà nel diritto giudiziario: esse, cioè, non hanno l’efficacia che è inerente ad ogni giudicato”.

⁴⁹I sostenitori della natura amministrativa del procedimento contenzioso svolgentesi dinanzi alla IV sezione ritenevano altresì che, mediante esso, non si trattava “di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente, se il diritto obbiettivo sia stato osservato. Ciò può servire mediatamente anche all’interesse dell’individuo, ma non ne è l’immediata conseguenza. Il diritto obbiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o, se può nascerne, non è qui la sede dove possa farsi valere. L’interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l’amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l’oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può metter capo” (S. SPAVENTA, *Per l’inaugurazione*, cit., 310).

Anche tra coloro che ritenevano che avesse natura giurisdizionale la IV sezione non mancavano i sostenitori del carattere di diritto obbiettivo del relativo giudizio: si veda in questo senso R. PORRINI, *La giurisdizione amministrativa di annullamento nella sua natura e nelle sue relazioni colla giurisdizione ordinaria e con quelle amministrative speciali*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1892, 507 ss.; L. ARMANNI, *La riforma*, cit., 155; nonché G.B. CERESETO, *I ricorsi per titolo di illegittimità nel diritto amministrativo italiano*, Torino, 1892, 21.

Anche A. SALANDRA, *op. cit.*, 777 ss. ritiene che “la giurisdizione di legittimità è (...) una giurisdizione di diritto pubblico, o se si vuole di diritto obbiettivo” (785).



Da coloro che rifiutavano l'idea che la nuova forma di tutela degli interessi, introdotta con la legge del 1889, comportasse la necessità di individuare una situazione soggettiva diversa dal diritto soggettivo, ma stranamente anche da alcuni di coloro che accettavano l'idea, si fece ricorso alla nozione di azione popolare⁵⁰.

È degno di essere sottolineato che, mentre l'esigenza effettiva che era stata espressamente posta alla base della legge del 1889, e che risaliva financo ai lavori preparatori della legge del 1865, era quella di assicurare adeguata tutela agli interessi privati che non raggiungevano la qualità di diritti soggettivi⁵¹, nella sistemazione teorica del nuovo istituto, seguita alla sua introduzione nell'ordinamento positivo, gli interessi privati non furono più considerati l'oggetto della tutela, e vennero confinati in un ruolo servente la tutela del (solo) interesse pubblico⁵².

Questo atteggiamento, assunto con convinzione dai più dotti e consapevoli tra i commentatori della legge e gli studiosi di giustizia amministrativa, si può spiegare soltanto con la seria difficoltà di rompere la sec-

Anche dopo la legge del 1907 alcuni studiosi continuarono a sostenere il carattere obiettivo della giurisdizione amministrativa: ad esempio, F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II, Torino, 1934, 390 se ne mostra convinto: "il giudizio amministrativo ha carattere obiettivo, il che non esclude che possa servire a difesa di interessi individuali".

Eppure l'orientamento della giurisprudenza è stato chiaro fin dall'inizio nell'affermare il carattere soggettivo del giudizio. Si veda, tra le prime decisioni esplicite, Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 1898, n. 351, in *Giust. amm.*, 1898, I, 611: "il legislatore non intese punto attribuire, in linea generale, carattere di azione popolare al ricorso dinanzi alla IV sezione del Consiglio di Stato, dacché volle invece accordare una speciale protezione non al generico interesse di ogni cittadino di vedere osservata la legge, ma solo a quegli interessi specifici e attuali, che dall'inosservanza della legge abbiano patito offesa" (dalla massima, 612).

⁵⁰ Alla nozione di azione popolare fanno riferimento V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., 351; G.B. CERESETO, *I ricorsi*, cit., 15; F. FILOMUSI GUELF, *Silvio Spaventa*, Discorso letto il 20 maggio 1894, Lanciano, 1894, 45; perfino L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 16 e 30. Secondo A. SALANDRA, *op. cit.*, 476, Giuseppe Mantellini aveva presentato un progetto di legge, in cui proponeva "una specie di azione popolare" nell'interesse collettivo, aperta a chiunque partecipasse a quell'interesse.

⁵¹ Nella discussione al Senato Crispi osservò: "noi, coll'art. 3 della legge del 20 marzo 1865, abbiamo abbandonato al potere esecutivo una immensa serie di attribuzioni e non abbiamo dato ai cittadini la garanzia di un giudizio quale richiedevano coloro che nel 1864 avevano fatto rilevare il vizio della legge che allora si discuteva" (Atti Senato, tornata del 21 marzo 1888).

⁵² Richiama l'attenzione sugli "interessi privati offesi dall'azione amministrativa", che, dopo la riforma del 1865, "non potevano pretendere una azione giudiziaria rigorosa, andavano sforniti d'ogni esame serio, d'ogni rimedio di giustizia, e abbandonati all'arbitrio degli uffici amministrativi", L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 1.

ca alternativa tra interesse (giuridicamente irrilevante) e diritto, inteso quest'ultimo come unica figura di interesse giuridicamente riconosciuto e protetto con l'azione giurisdizionale.

L'atteggiamento scontava posizioni teoriche preconcepite, ma assai radicate, e quindi, difficili da abbandonare⁵³.

5 **L'approccio all'interesse legittimo: l'interesse occasionalmente protetto**

Una differente "lettura" dell'istituto introdotto dalla legge del 1889 si fece peraltro rapidamente strada tra i commentatori. Tra questi il più determinato e illustre è di sicuro Lorenzo Meucci, il quale, nella monografia già rammentata⁵⁴, parte decisamente dall'affermazione della natura prettamente giurisdizionale della funzione attribuita alla IV sezione⁵⁵; e ne

⁵³ Interessante risulta la ricostruzione dell'atteggiamento di Silvio Spaventa, quale risulta dal *Discorso* citato di F. FILOMUSI GUELFU, 21-22: "sulla base della distinzione del diritto e dell'interesse", lo Spaventa "ebbe chiara intuizione e coscienza" della incertezza sulla natura della IV sezione, ossia se essa rappresentasse "una vera giurisdizione di diritto pubblico ovvero una esplicazione in forma contenziosa dello stesso potere amministrativo". Conscio della "indecisione del carattere della nuova giurisdizione", lo Spaventa "mirava ad affermare l'indipendenza come vera giurisdizione di diritto pubblico, ed a tale scopo indirizzò la giurisprudenza della IV^a Sezione nelle gravi questioni di incompetenza e dei rapporti tra essa e la Cassazione".

⁵⁴ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., *passim*. L'articolo è stato poi integrato nelle successive edizioni delle *Istituzioni di diritto amministrativo*: III, Torino, 1892; IV, Torino, 1898.

Tutte le citazioni che seguono sono tratte dall'articolo pubblicato nel 1891.

⁵⁵ Si chiede M.: "è il contenzioso poi una forma vera di giurisdizione, o non invece una più solenne forma di reclamo? Una revisione più illuminata dell'atto? È funzione giudiziaria o funzione amministrativa? E qual è la formula con cui va distinto dall'ordine giudiziario e dall'ordine amministrativo semplice? È pur sempre il reclamo al contenzioso un puro ricorso (*Beschwerde*) per provocare una nuova decisione (*Beschluss*), o invece una vera azione amministrativa (*Verwaltungsklage*) per essere definita con una sentenza (*Entscheidung*)?" (11).

La risposta passa attraverso la precisazione dei concetti di giurisdizione e di amministrazione: "amministrare è operare pel bene, nell'intento di attuare una utilità; è pubblica o privata secondo che l'utilità sia l'una o l'altra" (11).

La giurisdizione presuppone l'esistenza di contese, "cioè pretese discordanti di ragioni, ossia pretese di ragioni violate" (11).

Sulla base di questi concetti, M. conclude che "il contenzioso amministrativo è un giudizio. L'autorità contenziosa amministrativa ha giurisdizione" (12); "le decisioni sono vere sentenze" (10).



ricava in primo luogo che l'organo neo-istituito, è distinto, anzi separato, dall'amministrazione⁵⁶.

A questo punto, peraltro, il discorso di Meucci si sdoppia, avviandosi, da un lato, sul piano della pura teoria, e, dall'altro, verso la ricostruzione del sistema di diritto positivo. Per intendere esattamente il pensiero di Meucci occorre tener presente questa fondamentale biforcazione; anche perché le forti critiche che egli esprime nei confronti della legge del 1889 sono fondate anche (e forse principalmente) sul fatto che la soluzione adottata dal legislatore gli appare assai diversa dall'unica che a lui sembra teoricamente corretta⁵⁷.

Sul piano teorico, partendo dalla valutazione critica della formula "*interesse e diritto*", Meucci rileva che il contenzioso amministrativo "non è un riscontro dell'amministrazione buona o cattiva", non serve a "riparare un interesse offeso, indipendentemente dal rapporto giuridico", non ha funzione di "riscontro, d'ispezione della stessa autorità o almeno dello stesso ordine operante"⁵⁸.

D'altronde, osserva icasticamente Meucci, "un'istituzione pubblica fatta per riparare gli interessi privati senza ragione o diritto sarebbe un assurdo"⁵⁹.

Donde "il dilemma: o il contenzioso amministrativo non è un giudizio, ma una revisione amministrativa dell'atto amministrativo e ogni tribunale, ogni istituto che non fosse l'amministrazione medesima, sarebbe una usurpazione alla funzione amministrativa. O è un giudizio vero, e non può aver per materia il puro interesse senza snaturare la funzione giudiziaria, che non può vivere se non nell'elemento giuridico"⁶⁰.

⁵⁶ "Se la *funzione* è certa, anche l'organo deve esserlo". "Se contenzioso amministrativo è giudicare e non amministrare (...) netta è la sua distinzione, anzi separazione dall'amministrazione" (L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 12).

⁵⁷ Non sembra sia stato adeguatamente posto in rilievo questo doppio piano di indagine da B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 228 ss.

⁵⁸ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 14. È bene avvertire che in questo passaggio, e nei successivi, M. intende l'interesse come interesse semplice, giuridicamente irrilevante. Secondo tradizione. Il riferimento all'ispezione riecheggia, in modo critico, la tesi sostenuta da Silvio Spaventa.

⁵⁹ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., *loc. ult. cit.* Prosegue l'argomentazione: "affermare l'interesse scevro di diritto come materia del giudizio contenzioso amministrativo, è affermazione contraria ai principii di ragione, al concetto della giustizia, a quello della giurisdizione, e perfino alla legge di libertà" (15).

⁶⁰ In altri termini, se la IV sezione, della quale Meucci ha già predicato la separatezza dall'amministrazione avesse, come funzione, la revisione di atti dell'amministrazione, sarebbe da ritenere un istituto incongruo, in quanto usurperebbe funzioni amministrative.

L’alternativa diritto-interesse deve quindi essere emendata, e sostituita da una diversa formula, che distingua tra “diritti, interessi legittimi, interessi semplici; materia, gradualmente, di competenza del giudizio ordinario, del giudizio amministrativo, dell’amministrazione pura”⁶¹.

Per spiegare in cosa consista l’interesse legittimo, Meucci ipotizza un possibile duplice rapporto dell’interesse privato con il diritto obiettivo: rapporto *causale*, in quanto la legge protegga proprio quell’interesse, e rapporto *occasionale*, in quanto la legge non protegga quell’interesse, ma questo per via indiretta ed eventuale si possa avvantaggiare dell’osservanza della legge. Mentre nel primo caso l’interesse, direttamente protetto, è diritto soggettivo; nel secondo, nel quale l’interesse privato “non ha se non un puro legame accidentale colla legge”, si ha (la nuova figura del) l’interesse legittimo⁶².

Il quale, si badi, non può sorreggere la “giusta pretesa ad una azione contenziosa, ad un giudizio”. Ossia non può giustificare la legittimazione a proporre azione (o ricorso) alla IV sezione. Per cui è necessario ricorrere alla nozione di azione popolare, per la quale la “difesa della legge” è affidata “al casuale incontro di un interessato”. Pertanto gli interessi legittimi sono “interessi che non sono direttamente e intenzionalmente ma

Il “dilemma” era fortemente condiviso: ad esempio, Enrico MAZZOCOLO, *La riforma del Consiglio di Stato*, Napoli, 1889, 38 ss., il quale ritiene che sia (stato) grave errore e ragione di pericolo che la legge del 1889 abbia assunto “l’interesse come base dell’azione senza determinarne i caratteri ed i limiti”. L’interesse “indiretto” non può avere tutela; se l’avesse, “metterebbe a fronte l’amministrazione con un numero indefinito e talvolta innumerevole di persone”. Inoltre, “dando l’azione all’interesse indiretto, si darebbero ad esso condizioni di esercizio più favorevoli che al diritto”. Pertanto, “scartando (...) ogni interesse generico ed indefinito, non resta nell’art. 3, che l’interesse diretto il quale (...), se è protetto dalla legge, deve avere anche la protezione del magistrato ordinario”.

Da qui quello che L. ARMANNI, *La riforma*, cit., 152, ha definito “un altro biasimo della nuova opera legislativa”: Mazzoccolo esclama: “in questa sottile materia della distinzione tra diritto ed interesse, una sola cosa era sicura, quella che definiva il diritto dallo intervento della legge e dall’assistenza del giudice; e chiamava interesse ogni cosa che non fosse diritto. Ma nell’art 3 del Progetto la teoria si confonde, o per lo meno ciò che è aspirazione di una scuola, che si batte in minoranza, si farà assurgere ad universalità di legge”.

Anche Giuseppe LEPORINI, *Giustizia nell’amministrazione e giurisdizione amministrativa*, Macerata, 1887, aveva sostenuto doversi negare ogni azione giudiziaria agli interessi “che sono meramente tali senza corrispettivo dell’obbligo di rispettarli in altri”.

⁶¹ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 15. Il giudizio dinanzi alla IV sezione consente sì, secondo M., “la reintegrazione dell’interesse offeso, ma congiunta alla violazione di una legge, onde quell’interesse non è un interesse semplice e nemmeno un diritto subiettivo, ma un interesse legittimo, cioè corrispondente a un diritto obiettivo pur esso offeso dall’atto amministrativo”.

⁶² La quale “spunta fuori tra le due, sinora così divise, di interesse semplice e di interesse giuridico, cioè di quell’interesse cui corrisponde un diritto e che pertanto diritto non sia”.



solo occasionalmente ed accidentalmente protetti dalla legge, e quindi occasionalmente violati dall'atto illegittimo"⁶³.

Passando all'esame del sistema positivo, Meucci mette in evidenza che esso non corrisponde al quadro teorico da lui stesso delineato, perché le controversie di competenza della IV sezione non attengono solo ad interessi legittimi, come sarebbe teoricamente corretto, ma attengono anche a diritti soggettivi (pubblici o anche privati) che, come tali, dovrebbero essere attribuiti al giudice ordinario⁶⁴.

La riforma del 1889 è pertanto valutata in modo fortemente critico, soprattutto, ma non solo, a causa di "confusione ed equivoco tra interessi legittimi e diritti subiettivi quando sotto quella denominazione si comprendono veri diritti violati da atti ingiusti"; i quali, secondo l'art. 2 della legge del 1865, dovrebbero appartenere alla giurisdizione ordinaria⁶⁵.

Meucci ha avuto il merito di affrontare per primo⁶⁶ il difficile (soprattutto allora) problema di configurare un interesse giuridicamente rilevante, diverso dal diritto soggettivo⁶⁷. Tuttavia non ha costruito una nuova

⁶³ L. MEUCCI, *Il principio organico*, cit., 29.

⁶⁴ Nell'esame della "complessiva materia del contenzioso amministrativo", L. MEUCCI, *op. cit.*, 28 ss., distingue tre gruppi di controversie: gli affari residui dell'antico contenzioso o già attribuiti ad altre giurisdizioni speciali; le controversie concernenti "interessi lesi occasionalmente da atti illegittimi", con riferimento all'art. 24 della legge; le controversie per "casi particolari d'interessi offesi da atti *ingiusti*", con riferimento all'art. 25 della legge (ossia alla giurisdizione di merito).

Le controversie del primo gruppo concernono diritti soggettivi e, secondo Meucci, la loro inclusione nelle materie di contenzioso amministrativo ha per scopo (o per non voluta conseguenza) la creazione di una doppia tutela: "per una medesima questione" si hanno "due giurisdizioni, l'ordinaria se si controverte degli effetti [dell'atto lesivo], l'amministrativa se della revoca dello stesso atto".

Il secondo gruppo si scinde in due sottogruppi e l'interesse legittimo riguarda soltanto il primo di essi. Così come per il terzo gruppo anch'esso diviso in due differenti ipotesi.

Per cui si ha che "il principio degli interessi legittimi non si verifica se non in quel solo dei casi che risponde solo ad una delle due posizioni del 2° e 3° gruppo" (31).

⁶⁵ L'elenco delle valutazioni critiche si trova alle pp. 32-33. Tra esse vanno segnalate: l'assenza di un criterio unico regolatore della competenza della IV sezione; l'indeterminatezza della funzione attribuitale; e, soprattutto, oltre quanto esposto nel testo, la "mancanza di una vera ragione giustificatrice della competenza del contenzioso amministrativo in interessi puri, solo occasionalmente violati da atti amministrativi illegittimi o ingiusti".

⁶⁶ In questo senso cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 228.

⁶⁷ Osserva acutamente A. MASSERA, *Il contributo*, cit., 818, che "la debolezza del giudice ordinario (o, se si vuole, la sua contiguità con l'*élite* politico-amministrativa) e la propensione autoritaria dell'apparato amministrativo, nitidamente emersi nel ventennio di prima applicazione della legge del 1865, avevano fortemente contribuito alla configurazione di un'area, alquanto vasta, di situazioni soggettive del privato disponibili da parte dell'amministrazione

situazione soggettiva: l'interesse legittimo viene configurato pur sempre come interesse "puro" (o semplice), sfornito di azione e di tutela proprie, che abbisogna, per essere portato in giudizio di un'azione popolare, sia pure "moderata" o "ristretta". L'idea della rilevanza occasionale e della tutela indiretta, d'altronde era già ampiamente presente nei lavori preparatori della legge del 1889.

Le sue tesi, pur essendo più ragionate, divergono da quelle più diffuse nella dottrina di allora solo perché sono formulate sul presupposto, condiviso da pochi, della natura prettamente giurisdizionale della funzione della IV sezione, e perché non ricorrono alla scappatoia di qualificare il relativo giudizio come giudizio di diritto oggettivo⁶⁸.

'pura', cioè del potere discrezionale; e in questa dimensione poteva risultare apprezzata come logicamente intrinseca la configurazione degli interessi legittimi, poi divenuta tralaccia, alla stregua di interessi indirettamente od occasionalmente protetti, pallida riproposizione sul versante del contenzioso amministrativo dei *Reflexrechte* costruiti dalla dottrina dello *Staatsrecht* ed ivi operanti piuttosto come *Reflexwirkung* del diritto obiettivo, comunque consanguinei minori (o fors'anche 'minorati'), sul piano della effettività della tutela giurisdizionale, dei diritti soggettivi".

Nella sua brillante ricostruzione della evoluzione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, Sabino CASSESE, con riferimento alla seconda parte del diciannovesimo secolo, osserva che "i rapporti cittadino-Stato erano assorbiti dalla cittadinanza politica, intesa come capacità di godere di diritti politici acquisiti per nascita o per naturalizzazione (diritto di voto, diritto di essere eletto, diritto di essere giurato; ai quali corrispondevano soggezioni, come quelle alla coscrizione e all'imposizione fiscale)". Ed aggiunge: "ma i diritti dei cittadini si fermavano alla soglia della politica, così come la democrazia era democrazia politica, non amministrativa. Essi penetravano solo occasionalmente nel mondo amministrativo" (*Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 1016).

Nel medesimo senso si era espresso Silvio SPAVENTA, nel discorso di Bergamo, a proposito della legge del 1865. Con riferimento ai suoi autori, S. scrive: "essi si preoccuparono solo del lato meramente politico del diritto pubblico, cioè di quella parte dei suddetti rapporti, che concerne la partecipazione dei cittadini al governo dello Stato, come sono le questioni di elettorato, eleggibilità e simili, messe sotto la protezione sicura di giudici indipendenti o imparziali, trascurando quasi tutto il resto, cioè quei rapporti giuridici, o se si vuole interessi, d'indole puramente amministrativa, ma non meno importanti, nella vita di un uomo moderno che la qualità di elettore o eleggibile. Essi dunque non intesero che la libertà oggi deve cercarsi, non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative" (*La Giustizia*, cit., 564).

⁶⁸ Non sembra inesatto (né ingeneroso) notare che la tesi di Meucci appare ambigua e perfino contraddittoria: da un lato sembra affermare che con l'interesse legittimo "si delega l'idea dell'interesse puro e si converte in un'entità giuridica", e dall'altro questa "entità" non viene considerata idonea ad essere tutelata, la tutela riguardando (esclusivamente) l'interesse pubblico.

B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., 272, ritiene che l'accusa di contraddittorietà non vada rivolta alla tesi di Meucci; e che, anzi, sia stato il Meucci a ritenere contraddittoria la riforma del 1889. Il giudizio critico di Meucci sulla riforma (del quale si è già detto) non esclude peraltro il giudizio critico sulla tesi di Meucci.



6 L'approccio alternativo: il diritto "compresso"

Come è accaduto per la determinazione della natura (amministrativa o giurisdizionale) della funzione della IV sezione, così anche per l'individuazione della esistenza e della consistenza giuridica dell'"interesse" tutelato presso (o da) tale nuova istituzione, il terreno di coltura è stato il contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di cassazione, e il dibattito che ne è seguito; questa volta non più in ordine alla impugnabilità delle "decisioni" della IV sezione, ma con riguardo al criterio di distinzione degli ambiti giurisdizionali; e, più specificamente, in relazione alla possibilità (sostenuta da alcuni teorici e dal Consiglio di Stato e negata da altri teorici e dalla Corte di cassazione) di far valere giudizialmente i diritti soggettivi (oltre che, come tali, dinanzi al giudice ordinario) anche come (meri) interessi, dinanzi al giudice amministrativo⁶⁹.

Nel dibattito dottrinale, nel quale le schiere contrapposte dei commentatori erano capeggiate, l'una, da Vittorio Scialoja e, l'altra, da Vittorio Emanuele Orlando, si inserisce, con il suo primo contributo scientifico, il giovanissimo Oreste Ranalletti.

Partendo anch'egli, come Meucci, dal carattere giurisdizionale del nuovo istituto⁷⁰, e ritenendo, secondo il comune sentire, che gli organi giudiziari debbano assicurare tutela ai soli diritti soggettivi, e che, quindi, non si possa "concepire una materia, sottoposta alla loro azione che non sia diritto"⁷¹, indaga circa l'individuazione della entità giuridica, la cui tutela è affidata alla "autorità giudiziaria amministrativa"⁷².

Ranalletti inizia con il criticare in modo deciso la tesi di Meucci, secondo cui "oggetto della tutela normale della giurisdizione amministrativa" sarebbero gli interessi occasionalmente protetti, ossia, ripetendo le parole di Meucci, "interessi privati *accidentalmente* congiunti a quell'interesse pubblico che solo ed esclusivamente volle la legge proteggere"; e ritiene conseguentemente che il ricorso alla IV sezione non si riduca affatto, come Meucci aveva sostenuto, ad una azione popolare moderata⁷³. La tesi

⁶⁹ In questa sede non interessa ricostruire l'intero dibattito; è sufficiente soffermarsi sui contributi che dal dibattito sono scaturiti sul tema della situazione soggettiva tutelata nel processo amministrativo.

⁷⁰ Con riferimento, oltre che alla IV sezione, alle Giunte provinciali amministrative.

⁷¹ O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, 64. Le prossime citazioni fanno riferimento alla stessa opera.

⁷² L'espressione è usata a p. 70. Altre volte R. parla di "tribunali amministrativi".

⁷³ *Op. cit.*, 55.