

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO
FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "La Sapienza" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO
FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLII - Fascicolo 3 2020



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

| | |
|--|----------|
| Formato cartaceo Italia..... | € 114,00 |
| Formato cartaceo estero | 164,00 |
| Formato digitale (con login)..... | 98,00 |
| Formato digitale (con ip) | 107,00 |
| Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... | 136,00 |
| Formato cartaceo estero + digitale (con login) | 185,00 |
| Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) | 145,00 |
| Formato cartaceo estero + digitale (con ip)..... | 194,00 |
| Fascicolo singolo cartaceo' | 30,00 |
| Fascicolo singolo digitale | 25,00 |

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Geca (MI).
Finito di stampare nel mese di ottobre del 2020.

Vittorio Gasparini Casari

NOTE MINIME SU “L’INTERESSE LEGITTIMO. STORIA E TEORIA” DI F.G. SCOCA*

SOMMARIO: 1. L’interesse legittimo come autonoma figura di teoria generale. Rilevanza della disciplina positiva per le implicazioni operative. – 2. Interesse legittimo nel diritto amministrativo e nel diritto privato. – 3. Il dibattito sulle prospettive di evoluzione e di riforma dell’attuale sistema a giurisdizione duplice. – 4. Il progetto di revisione costituzionale approvato dalla commissione bicamerale. – 5. Le recenti tendenze verso un sistema a giurisdizione unica. Conclusioni.

1. *L’interesse legittimo come autonoma figura di teoria generale. Rilevanza della disciplina positiva per le implicazioni operative*

A conclusione della sua ultima opera monografica, F.G. Scoca richiama il dubbio, espresso a suo tempo da M.S. Gianini (suo Maestro), che l’interesse legittimo possa avere un futuro, stante la coesistenza del nostro ordinamento, che conosce tale situazione giuridica, con l’ordinamento comunitario che la ignora¹. Osserva, però, che tale dubbio non appare in alcun modo giustificato, nonostante la posizione dominante dell’ordinamento comunitario in continua crescita nei confronti degli ordinamenti nazionali.

Invero, «il diritto europeo, come interpretato dalla Corte di Giustizia [...], per quanto riguarda le situazioni giuridiche soggettive, pur designandole tutte con il nome (comune) di diritti soggettivi, si astiene scrupolosamente dall’influire sulla definizione o sulla categorizzazione di esse, rispettando le sistematiche presenti nei vari ordinamenti [...]. In secondo luogo, la giu-

* Il presente studio, accettato dalla Direzione per il comprovato prestigio scientifico dell’Autore, è destinato agli Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca.

¹ F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 483.

risprudenza europea, non solo non mostra alcuna propensione per trasformare le situazioni soggettive in una sola, denominata, appunto, diritto soggettivo, ma tratta quelli che secondo la nostra tradizione giuridica sono interessi legittimi, più o meno allo stesso modo in cui essi vengono trattati dai nostri giudici»².

Sono osservazioni senz'altro condivisibili, così come la conclusione che se ne trae, e cioè che la figura teorica dell'interesse legittimo, quale emerge dalla accurata ricerca svolta nel corso dell'opera, si conferma quale «valida ed autonoma figura di teoria generale» con suoi tratti peculiari che la distinguono da altri tipi di situazioni giuridiche (in specie i diritti soggettivi), a prescindere dalla disciplina giuridica ad essa assegnata dal legislatore (ed anche, mi sentirei di aggiungere, dalla sua gestione da parte della giurisprudenza)³.

E tuttavia è alla sua disciplina giuridica, al relativo approfondimento da parte della giurisprudenza, e al contesto istituzionale in cui si trova inserito, che occorre poi fare riferimento per ricavarne le implicazioni sul piano teorico ed operativo.

Così è, ad esempio, per quanto riguarda gli interessi legittimi nel diritto amministrativo, dove sono stati per primi individuati, precisati ed assoggettati ad una specifica disciplina e tutela, e gli interessi legittimi 'oltre il diritto amministrativo', ovvero gli interessi legittimi di diritto privato⁴.

² F.G. SCOCA, *op.cit.*, p. 484 ss.

³ F.G. SCOCA, *op.cit.*, p. 486 ss., non manca di sottolineare la differenza tra la nozione teorica dell'interesse legittimo e la sua disciplina positiva, che l'intera ricerca ha tentato di mettere in evidenza: «non solo la nozione teorica può supportare discipline positive differenziate, e lo si è visto nel progredire degli strumenti di tutela, sostanziali e processuali, nel corso dei decenni, ma la nozione teorica è salva anche se il diritto positivo, effettivamente o apparentemente, non vi fa affatto ricorso. Non solo: il diritto positivo può trattare come interessi legittimi situazioni che, sul piano teorico, sono diritti soggettivi, ovvero può trattare come diritti soggettivi situazioni che, sempre sul piano teorico, sono interessi legittimi» e ricorda come nel diritto italiano vi siano numerosi esempi, resi evidenti sulle conseguenze che hanno sulla giurisdizione, come il contenzioso tributario, le c.d. sanzioni amministrative, le controversie elettorali, gli atti amministrativi vincolati (nota 239).

⁴ F.G. SCOCA ne parla nel penultimo paragrafo (n.13) del capitolo VII, prima delle conclusioni (p. 475 ss.), peraltro senza rischiare di «avventurarsi in una indagine, che non vede unanimità di vedute tra i privatisti», tanto più che

Non è dubbio che entrambi presentino caratteristiche di fondo molto simili, se non per certi versi coincidenti⁵, così che, sul piano della teoria generale del diritto, ben possono entrambi essere accomunati nella stessa nozione⁶. E però, sul

«la giurisprudenza civile, in particolare della Corte di Cassazione, sembra, a tratti, avere remore ad utilizzare la nozione di interesse legittimo, anche per i suggerimenti contraddittori che provengono dalla dottrina» (p. 486 ss.).

⁵ Nell'opera oggetto di queste note (a p. 207) viene sottolineato il contributo 'di gran pregio' fornito al riguardo da L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una nuova teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967 (ma v. anche la voce *Interesse legittimo. Diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 527 ss.). In quest'ultimo lavoro, in particolare, si precisa che «le caratteristiche che valgono a fare dell'interesse legittimo una figura appartenente alla teoria generale e dunque anche al diritto privato sono soprattutto due: l'esistenza di una relazione di complementarità fra interessi e dunque tra situazioni soggettive; la discrezionalità del comportamento del soggetto [...] in posizione *lato sensu* dominante [...]» (p. 546). Pertanto: «in sintesi, l'interesse legittimo si rivela [...] quale situazione di vantaggio (sostanziale ed inattiva) che si colloca all'interno di un (vero) rapporto giuridico strutturato nel senso della complementarità e caratterizzato, al polo opposto, dalla presenza di situazioni attive [...] discrezionali» (p. 549). Il soddisfacimento dell'interesse non può avvenire se non attraverso il comportamento di un soggetto diverso. Comportamento che, a sua volta, «si caratterizza in base ad un'esigenza di congruità rispetto all'interesse suddetto o ad un fine obiettivo, cui si rapporta anche e specificamente quell'interesse» (*Contributo ad una nuova teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, cit., p. 28 ss.), nel che in sostanza si concreta la discrezionalità del comportamento del soggetto che nel suddetto rapporto si trova in posizione dominante.

Per le variegate posizioni assunte da altri Autori sulla figura dell'interesse legittimo «nelle relazioni contrassegnate dall'autorità e dal potere da un lato, dalla soggezione dall'altro» rinvenibili in diritto privato v. F.G. SCOCA, *op.cit.*, p. 477 ss.

Per un confronto con la (più precisa ed esauriente) definizione del 'proprium' dell'interesse legittimo (nell'ambito del diritto amministrativo) da parte di F.G. SCOCA v. il par. 10 dell'ultimo capitolo (p. 458 ss.).

⁶ Le nozioni di teoria generale del diritto sono elaborazioni dottrinali derivate per astrazione dal diritto positivo. Possono avere diversi livelli di astrazione. Naturalmente cambia l'utilità pratica della nozione e la possibilità di utilizzo operativo di ciascuna nozione, secondo il livello di astrazione utilizzato. Così è per la nozione di interesse legittimo (come per quella di diritto soggettivo o di situazione giuridica soggettiva, ecc.).

Ad un livello elevato (o massimo) di astrazione, «l'interesse legittimo altro non è se non una figura soggettiva correlata all'esercizio di un potere unilaterale, che può essere pubblico o privato» (C. MARZUOLI, *Tutela e unità della giurisdizione. Autonomia e indipendenza*, in *Tutela dei diritti e «sistema» or-*

piano della disciplina positiva e del contesto di riferimento, appartengono a due ambiti completamente diversi, quali sono tuttora il diritto privato, da un lato, ed il diritto pubblico ed amministrativo, dall'altro⁷, anche se va riconosciuto che nel corso degli anni le distanze tra questi due settori dell'ordina-

dinamentale, Atti del 6° Convegno nazionale della Società italiana Studiosi del diritto civile. Capri, 2011, Napoli, 2012, p. 365) o può essere considerata «una situazione universale avente per oggetto la pretesa all'esercizio del potere *secundum ius*, riscontrabile non solo con riferimento al potere amministrativo, ma con riferimento all'esercizio di qualsivoglia potere privato [...] o processuale (F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *AIPDA, Annuario 2002*, Milano, 2003, p. 180, citato da C. MARZUOLI, *op.cit.*, nota 19). A questo livello di astrazione la nozione può essere utile, ad esempio, per legittimarne la esistenza e distinguerla da altre situazioni giuridiche soggettive, come quella del diritto soggettivo (altra nozione di teoria generale del diritto di pari livello di astrazione).

Allo stesso livello di astrazione sembra collocare la nozione anche F.G. SCOCA, che però non a caso dedica la sua dettagliata analisi a precisare i caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo e solo alla fine di essa (salvo rari accenni nel corso dell'opera) prende in esame gli interessi legittimi 'oltre il diritto amministrativo'. Nel che implicitamente sembra riconoscere la esistenza, all'interno della nozione più generale, di un livello di astrazione minore, in cui distinguere gli interessi legittimi di diritto amministrativo e di diritto privato in virtù delle loro caratteristiche specifiche. V. anche oltre la nota successiva.

⁷ In termini sostanzialmente analoghi è Cass., Sez. lav., 23 aprile 2004, n.7733, in *Riv. dir. lav.*, 2005, II, p. 335.

Secondo questa decisione (nella parte riportata da C. MARZUOLI, *op.cit.*, pp. 355 ss., 365 s., nota 20) «l'interesse legittimo è situazione soggettiva di diritto positivo [...] configurabile, in senso stretto e tecnico, esclusivamente in presenza dell'attribuzione normativa di 'poteri' (secondo la nozione che ne fornisce la teoria generale) di amministrazione di interessi pubblici. Il conferimento di questi poteri produce una relazione con gli amministrati strutturata in termini di potestà-soggezione, il cui tratto caratteristico è la produzione di effetti senza il consenso del titolare della sfera giuridica sulla quale incidono. Ciò esclude qualsiasi comparazione con i c.d. 'interessi legittimi di diritto privato', connessi con l'esercizio di poteri privati, i quali sono sempre di derivazione consensuale».

Secondo C. MARZUOLI, «in questo modo, però, l'aspetto identitario dell'interesse legittimo si sposta: esso riguarda molto più semplicemente, la circostanza che la relazione fra l'interessato e l'amministrazione è disciplinata dal diritto amministrativo [...]. Come si vede, se questo interesse legittimo ha una sua fisionomia, essa consiste solo nel fatto che è formula rappresentativa di un dato che riguarda il diritto 'oggettivo', e cioè i contenuti di una certa disciplina, e non le situazioni soggettive».

mento si sono notevolmente attenuate, così come sono cresciute le reciproche influenze e contaminazioni⁸.

2. *Interesse legittimo nel diritto amministrativo e nel diritto privato*

Oltre che per il diverso regime giuridico⁹, è soprattutto sul piano della tutela giurisdizionale che si avverte il netto divario di disciplina giuridica di queste situazioni.

Ci sembra il caso di osservare, però, che se l’interesse legittimo si contraddistingue per l’esistenza di una relazione (o rapporto) di complementarietà (anzi direi, di stretta complementarietà) con altra situazione soggettiva, solo dal cui comportamento (discrezionale, come precisa la BIGLIAZZI GERI, e come si dovrebbe ritenere, almeno di norma) può derivare il soddisfacimento dell’interesse, la connotazione di tale altra situazione (non solo e non tanto in termini di diritto positivo, quanto per la sua collocazione e finalità istituzionale) finisce con l’essere necessariamente un dato identitario di quell’interesse.

Da ciò deriva il fondamento della distinzione e separazione tra interessi legittimi del diritto amministrativo e del diritto privato

Che poi la Cassazione ecceda nell’escludere ‘qualsiasi’ comparazione tra questi due modi di essere e di atteggiarsi degli interessi legittimi, si può consentire, ma che, prima di applicare ai primi principi ed istituti propri dei secondi, si debba procedere con assoluta cautela, per non incorrere nell’errore di assimilare tra loro situazioni, che presentano qualche affinità, ma sono per il resto ben diverse tra loro, mi pare che non ci possa essere alcun dubbio.

⁸ Nota C. MARZUOLI (*op.cit.*, p. 369 ss.) che nel secolo XXI «la ‘amministratività’, intesa come regime caratterizzato dalla ‘legittimità amministrativa’ (una legittimità costituita, oltre che da regole scritte e precise [...] da regole sostanziali concernenti il processo decisionale dell’amministrazione, tratte dal connotato funzionale del potere, e storicamente progredite attraverso la figura dell’eccesso di potere) [...] è molto diversa dalla ‘amministratività’ del secolo XIX e (con valutazione prudente) molto meno speciale».

Così, per l’art. 1, comma 1 *bis*, della legge n. 241 del 1990, «la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga altrimenti» (così che, «l’autoritatività non è più il tratto comune di ogni atto che pretende di essere amministrativo») e l’eccesso di potere, quando non è mutato in violazione di legge come in alcune ipotesi di vizio relativo alla motivazione, si è emancipato dalle figure sintomatiche, per riferirsi ai principi che regolano l’azione amministrativa, compresi «alcuni precetti costituenti clausole generali caratteristiche dei rapporti fra privati (buona fede, correttezza...)».

⁹ Si veda diffusamente, ad es., il capitolo V dedicato a “L’impatto della legge sul procedimento” (p. 229 ss.).

Come è noto, a differenza delle situazioni di diritto privato, tradizionalmente affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, per gli interessi legittimi di diritto amministrativo sono stati predisposti organi giurisdizionali (da ultimo, TAR e Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale appunto) appositamente istituiti e disciplinati, come si legge in Costituzione, allo scopo di assicurare «la giustizia nell'amministrazione» (art. 100, primo comma) «per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» (art. 103, primo comma).

Dunque, questi interessi legittimi hanno una caratteristica ulteriore che li distingue da quelli di diritto privato, vale a dire, il fatto di contrapporsi non al potere di un soggetto di diritto privato, ma a quello di una pubblica amministrazione che agisce come autorità per il perseguimento di un fine o interesse pubblico indicato dalla legge.

Da questo deriva la forza particolare di quel potere (e dell'atto che ne costituisce l'esercizio in concreto) ed il peculiare rapporto con i soggetti che ad esso sono correlati, e quindi la necessità di organi giurisdizionali appositi, diversi dal giudice ordinario, non solo attrezzati, per competenze e strumenti idonei, a fornire una piena ed effettiva tutela all'interesse pubblico e insieme agli interessi legittimi di tali soggetti, ma anche pur sempre connessi, attraverso il Consiglio di Stato, che ne costituisce l'organo di vertice, con il Governo quale organo di vertice, a sua volta, della pubblica amministrazione.

Come noto, tale connessione (certo molto attenuata rispetto alle origini del sistema¹⁰) ha avuto un preciso fondamento nell'idea che, per il principio della separazione dei poteri

¹⁰ Per le vicende storiche della giustizia amministrativa in Italia e del contenzioso amministrativo negli Stati preunitari si rinvia alla articolata esposizione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983³, p. 67 ss. Lo stesso Autore dedica pagine di permanente straordinario interesse anche alle vicende più antiche, risalenti ai tempi delle monarchie assolute, quando si afferma la netta «distinzione fra le liti dei sudditi fra di loro, rispetto alle quali render giustizia spetta al Parlamento e alle Corti, e gli affari di governo e di amministrazione, sottratti a questi giudici. Ciò non significa che per questi affari non vi sia alcun 'giudice'; vi sono 'giudici speciali', i quali sono lo stesso monarca, il suo consiglio, le corti e camere dei conti, e soprattutto gli intendenti, che costituiscono il primo nucleo di quello che poi si è convenuto di chiamare il contenzioso amministrativo» (*ivi*, p. 29).

(principio cardine del moderno Stato di diritto) il giudice ordinario, in quanto appartenente ad un potere autonomo, distinto e contrapposto agli altri poteri ed in particolare a quello esecutivo, non possa sindacare l'operato della pubblica amministrazione se non quando essa agisce *iure privatorum*, o *sine titulo*, cioè nell'ambito di un rapporto paritario, in cui l'amministrazione si presenti al di fuori della sua veste e funzione di autorità che agisce in attuazione della legge per la tutela dell'interesse pubblico. Mentre, a fronte dell'amministrazione che agisce invece in questa sua veste e funzione, se per una adeguata tutela degli interessi legittimi contrapposti all'amministrazione come autorità, vi ha da essere anche una tutela giurisdizionale, essa non può che essere affidata, secondo questa concezione del principio della separazione dei poteri, ad organi diversi e separati dal giudice ordinario, non solo appositamente istituiti e disciplinati per svolgere tale specifica funzione, ma anche in stretta connessione con l'esecutivo seppure con garanzie di indipendenza rispetto ad esso, così come si è ritenuto necessario sino dalla legge del 1889 istitutiva della quarta Sezione del Consiglio di Stato¹¹.

In effetti, se pure inseriti all'interno dell'ordinamento giurisdizionale, come sottolinea oggi la stessa Costituzione (alla sezione prima del titolo quarto, intestato alla Magistratura), i giudici amministrativi non fanno tuttora parte della magistratura (ordinaria) e nemmeno del relativo ordine (giudiziario) «autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104, primo comma), così come non sono assoggettati al relativo ordinamento giudiziario (art. 102, primo comma), ma ad un ordinamento diverso stabilito per legge che ne assicura la indipendenza (artt. 100, ultimo comma e 108, secondo comma). Qualora poi, in determinate materie, tali interessi legittimi si presentino strettamente intrecciati con i diritti soggettivi, anche questi ultimi saranno sottratti al giudice ordinario e ricompresi nella giurisdizione esclusiva degli organi di giustizia

¹¹ Come nota M. NIGRO, *op.cit.*, p. 31, «la formula del passaggio 'dal contenzioso amministrativo alla giustizia amministrativa' [...] significa anche la creazione di organi di giustizia amministrativa almeno tendenzialmente indipendenti dall'organizzazione di governo e amministrativa».

amministrativa (ovvero dei giudici amministrativi), come prevede l'ultima parte dell'art. 103, primo comma.

In questo modo la Costituzione ha inteso recepire e consolidare nelle sue linee portanti il previgente sistema di giurisdizione duplice, peraltro inserendolo in un contesto di regole e principi¹² che poi, con il contributo della dottrina, della giurisprudenza e del legislatore, hanno consentito di adeguare progressivamente tale sistema non solo alle nuove esigenze di tutela, piena ed effettiva, degli interessi legittimi (in misura pari, se non anche superiore, a quella offerta ai diritti soggettivi dal giudice ordinario)¹³, ma anche al diverso modo di essere e di operare 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»¹⁴, nonché alla «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»¹⁵.

¹² Tra le norme della Costituzione che rimettono al legislatore ordinario il compito (ed il potere) di definire alcuni punti 'strategici' del sistema, sono da ricordare soprattutto: l'art. 100, ultimo comma, per quanto riguarda la indipendenza dei componenti dei due 'Organi ausiliari' con funzioni miste, amministrative e giurisdizionali, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, su cui v. *amplius* più oltre; l'art. 103, primo comma, che ha consentito la grande espansione delle materie di giurisdizione esclusiva, al punto da fare considerare la legislazione di legittimità, non più 'generale', ma in certo modo come residuale rispetto a quella; l'art. 113, ultimo comma, per la determinazione degli organi di giurisdizione (ordinaria ed amministrativa) che possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e per gli effetti indicati dalla legge.

¹³ «Risulta indubitabile che la tutela (propria) dell'interesse del cittadino si è vieppiù addensata nel corso del tempo, fino a gareggiare con (e probabilmente superare) quella del diritto soggettivo, nei rapporti con l'amministrazione». Così F.G. SCOCA, *op.cit.*, p. XXI.

¹⁴ «La storia dell'interesse legittimo, il progressivo aumento del volume della sua protezione giuridica [...] rispecchia la vicenda del potere pubblico che dall'essere considerato *ex parte principis* è trascorso all'essere considerato *ex parte populis*»: F.G. SCOCA, *op.cit.*, p. XX.

¹⁵ Osserva il nostro Autore, che la storia dell'interesse legittimo (ma lo stesso potrebbe valere in parte anche per la storia del sistema giurisdizionale

3. *Il dibattito sulle prospettive di evoluzione e di riforma dell'attuale sistema a giurisdizione duplice*

Il nostro Autore si sofferma a lungo (ovviamente per quanto di interesse nella prospettiva accolta e per la finalità perseguita nella sua ricerca) su questo sistema dualistico della giurisdizione, sulla sua genesi e sulla sua evoluzione nel tempo¹⁶, nonché sulle implicazioni che ne sono derivate sul modo di intendere l'interesse legittimo. Ma si esime dal prendere una posizione netta sull'ampio dibattito che da tempo è in corso sulla necessità di un intervento più incisivo del legislatore per risolvere le varie criticità, ambiguità e incoerenze che tuttora permangono all'interno del sistema o addirittura per riconsi-

posto a sua tutela) «è anche, o forse soprattutto, una storia delle ideologie *latu sensu* politiche susseguitesi nel tempo. Esso 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 giovato della ricostruzione in senso democratico dei pubblici poteri; ha profitato delle idee più aperte provenienti dalla comunità europea; giunge al suo (provvisorio) termine con l'affermazione dell'idea che i pubblici poteri sono soltanto l'apparato operativo posto al servizio delle persone che compongono la collettività organizzata» (*op.cit.*, p. XXIII s.).

¹⁶ Così come sulla evoluzione della disciplina sostanziale dell'azione amministrativa.

Come viene evidenziato dal titolo stesso della monografia (*Interesse legittimo. Storia e teoria*) giustamente l'Autore ne considera l'oggetto (l'interesse legittimo, nonché i modi e contenuti della sua tutela, in specie giurisdizionale) in una prospettiva diacronica.

La necessità di considerare gli istituti giuridici in tale prospettiva, in particolare (ma non solo) nel campo del diritto pubblico ed amministrativo, viene evidenziata di frequente in dottrina, «perché il diritto, in quanto creazione umana è di per sé intriso di storicità. Invero, gli istituti giuridici nascono in un momento storico preciso, si evolvono al passo delle evoluzioni del contesto sociale, economico e culturale in cui sono immersi...e perciò singole figure o singole categorie giuridiche possono presentare oggi contenuti e funzioni diverse, anche molto diverse da quelle in ragione delle quali erano state originariamente pensate»: F. BILE, *Introduzione*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., p. 7. Negli stessi termini, con riferimento in particolare al tema della giustizia amministrativa, v. M. NIGRO, *op.cit.*, p. 14.

derarlo alla radice al fine di un riassetto complessivo, più aderente non solo alle mutate esigenze e situazioni, ma anche e soprattutto al diverso modo di percepire, sia il ruolo del giudice, sia la condizione della pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue attribuzioni e dei suoi poteri¹⁷. In effetti, considerate le finalità perseguite e le conclusioni raggiunte, questo dibattito appare tutto sommato irrilevante per una ricerca sull'interesse legittimo come quella oggetto del volume. Come si è detto, infatti, l'interesse legittimo conserva la sua validità come nozione di teoria generale del diritto, indipendentemente dal sistema di tutela adottato dal diritto positivo, che può essere il più vario.

Così, per quanto riguarda il sistema vigente nel nostro ordinamento dopo le modifiche introdotte da ultimo, il nostro Autore si limita ad osservare (con Carlo Marzuoli ed altri esponenti della scuola fiorentina) che, risultano «alcuni 'scostamenti' di tipo organizzativo del giudice amministrativo, in particolare del Consiglio di Stato, rispetto ai principi costituzionali relativi ai giudici: 'autonomia, indipendenza, imparzialità, terzietà'»¹⁸, e concorda sul fatto che questi 'scostamenti' dovrebbero essere almeno ridotti.

¹⁷ C. MARZUOLI sottolinea ripetutamente, a ragione, la importanza della 'coscienza civile' per una valutazione della adeguatezza della normativa vigente, ed in particolare di quella costituzionale. E «la giurisdizione, nell'*attuale coscienza civile*, significa indipendenza, imparzialità, terzietà della funzione e dunque anche del soggetto esercente la funzione, soggetto che è sia l'individuo (il magistrato), sia l'organizzazione (l'istituzione)» (*op.cit.*, p. 355).

Ma poi, aggiunge, secondo tale coscienza le funzioni pubbliche, in particolare la giurisdizione (così come anche l'amministrazione) sono oggi percepite, non più solo come funzioni, ma anche come servizio. E «la giurisdizione come servizio coinvolge ulteriori principi [...]. In sintesi si tratta del buon andamento, che vale per qualsiasi attività pubblica [...] e quindi anche per la giustizia. Pertanto, il problema della attività giurisdizionale (in generale) è come realizzare il miglior equilibrio possibile fra i due aspetti, funzione e servizio. Ed è il compito dell'oggi, perché *la legittimazione sostanziale (quella di opinione pubblica)* dipende, anche o in primo luogo, dal profilo del servizio, dalla 'resa' dell'istituzione e dei suoi agenti» (p. 356).

¹⁸ Per C. MARZUOLI tali scostamenti sarebbero, in particolare, la commistione tra funzione consultiva e giurisdizionale in capo al Consiglio di Stato (e solo al Consiglio di Stato e non anche per i TAR, come pure era stato prospettato dal Presidente del Consiglio di Stato nella relazione di inaugurazio-

Obiettivo questo che non sembra affatto impossibile da realizzare, almeno in parte anche a Costituzione invariata, dato che la stessa Costituzione demanda al legislatore ordinario il compito di assicurare l’indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti (art. 100, ultimo comma). Ed in effetti sono già stati conseguiti rilevanti risultati in questa direzione con la legge n. 190 del 2012 (modificata poi con il d.l. n. 90 del 2014, convertito con legge n. 84 del 2014), anche se permangono tuttora diverse ‘zone d’ombra’, che andrebbero riconsiderate e, per quanto possibile eliminate¹⁹.

ne dell’anno giudiziario 2011), le nomine politiche e gli incarichi extragiudiziari, il rinvio al legislatore ordinario per la disciplina della indipendenza dei componenti del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti (p. 357 ss.).

L’Autore ammette, però, che taluni di questi ‘scostamenti’ sono stati considerati non inammissibili a livello comunitario (naturalmente nel rispetto di alcuni limiti e principi). Così, per quanto riguarda il cumulo tra funzione consultiva e giurisdizionale si è pronunciata la Corte europea dei diritti dell’uomo e, per gli incarichi extragiudiziari, la Raccomandazione del Consiglio d’Europa del 17 novembre 2010 (v. in nota 4 ed 1, pp. 358 e 356).

Nel concludere la rassegna di cui sopra, osserva poi che, se tali scostamenti «presi ciascuno per suo conto, possono forse essere giustificati, presi nell’insieme, una simile conclusione appare molto più difficile» (p. 362).

Così, l’idea della commistione tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, nella logica secondo la quale «giudicare l’amministrazione significa amministrare» (che M. NIGRO fa risalire al periodo di poco precedente la rivoluzione francese: *op.cit.*, p. 30) può essere stata «una scelta fortunata nello Stato di diritto dell’epoca (1889)» (C. MARZUOLI, *op.cit.*, p. 357) e (si potrebbe aggiungere) forse anche giustificata al tempo della approvazione della Costituzione. Ma certo i tempi sono cambiati: è cambiata l’amministrazione, anche per le novità introdotte dalla legislazione («tra le novità di maggior rilievo vi è il nuovo tipo di intervento pubblico, in particolare, nell’economia, di cui sono segno evidente e corposo...la maggior parte delle amministrazioni indipendenti», p. 362), come sono cambiate le regole della sua azione ed i criteri per la sua valutazione da parte del giudice amministrativo (i principi dell’agire in luogo delle c.d. figure sintomatiche p. 371 s.) e soprattutto è cambiata la percezione collettiva del ruolo e della funzione del giudice e dell’amministrazione.

Da qui, nella impossibilità di procedere ad un riassetto più radicale, nasce l’esigenza di un giudice amministrativo ‘più ordinario’ aderente al ‘nuovo’ diritto amministrativo (p. 373).

¹⁹ Una dettagliata rassegna delle innovazioni introdotte da questa legge, con ampi riferimenti alle osservazioni, adesive o critiche, formulate in dottrina, si trova in P. TANDA, *Contributo allo studio sul dualismo giurisdizionale*, Napoli, 2017, p. 156 ss.

Per una più profonda riconsiderazione e sistemazione del vigente assetto a giurisdizione duplice, o addirittura per il suo abbandono, come pure è stato ipotizzato, e la sua sostituzione con un diverso sistema a giurisdizione unica, occorrerebbe attivare quanto meno un vero e proprio procedimento di revisione costituzionale di ampia e incisiva portata²⁰.

4. *Il progetto di revisione costituzionale approvato dalla commissione bilaterale*

La prima opzione, come è noto, ha già avuto una prima formulazione nel progetto di riforma della seconda parte della Costituzione, elaborato dalla commissione bilaterale istituita con legge cost. 24 gennaio 1997, n. 1²¹. In particolare, per

A conclusione di tale rassegna, secondo l'Autore, non può non prendersi atto della persistenza di alcune 'zone d'ombra' riconducibili: «alla nuova modalità di nomina del Presidente del C.d.S.; all'attuale sistema di nomina governativa di una quota dei Consiglieri di Stato; alla disciplina degli incarichi extragiudiziari ed all'attribuzione alla stessa persona delle cariche di Presidente del C.d.S. e Presidente del Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa» (p. 170).

«In ogni caso, nonostante alcuni aspetti [...] ancora migliorabili, si può arrivare a sostenere, ad avviso di chi scrive, che i summenzionati interventi del legislatore ordinario [...] delineano, in relazione allo specifico ambito in esame, un adeguato sistema di tutela dei requisiti di indipendenza del g.a.» (p. 171).

²⁰ Se non «la previsione di un'Assemblea costituente, eletta con il proporzionale, composta da un'ottantina di persone», come sembra auspicare P. PERLINGIERI in sede di *Chiusura dei lavori* del 6° convegno nazionale degli studiosi del diritto civile, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., p. 426.

²¹ Si trova, tra l'altro, in *Quale riforma della costituzione?*, Atti del seminario sul progetto di revisione della Costituzione, a cura di G. AZZARITI, Torino, 1999, p. 377 ss.

Una raccolta delle proposte di revisione costituzionale da Bozzi a D'Alema, a cura di A. CARIOLA, si trova nel volume *I percorsi delle riforme*, Catania, 1997.

F. BILE, *op.cit.*, p. 11 s., ricorda anche una successiva «proposta di modifica costituzionale presentata nella XIII Legislatura (Atto Camera, n.7465), dopo la brusca archiviazione del progetto di riforma costituzionale elaborata dall'apposita Commissione bicamerale e la successiva l. n.205 del 2000». La relazione giustificava la proposta di modifica dell'art.103 cost. per i seri problemi di costituzionalità che poteva comportare la abnorme estensione della giurisdizione esclusiva, operata per superare il riparto basato sulle situazioni

quanto concerne il tema della giustizia, cui si riferisce il titolo VII del progetto, sono diverse le novità introdotte dal progetto di riforma che meritano di essere ricordate.

Anzitutto, il taglio netto tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e della Corte dei conti: le prime erano confermate (così come la natura dei due organi quali ausiliari del Governo e dell'amministrazione), mentre per le seconde si stabiliva che «la funzione giurisdizionale è *unitaria* ed è esercitata [esclusivamente] dai giudici ordinari ed amministrativi istituiti e regolati dalle norme dei rispettivi ordinamenti giudiziari» (art. 118, primo comma). Entrambi questi giudici (oltre ai magistrati del pubblico ministero) «costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni [altro] potere» (art. 120, primo comma).

Da un lato, quindi, sul piano organizzativo si realizzava completamente il principio della divisione dei poteri, senza più alcuna connessione o interferenza del potere esecutivo con la funzione giurisdizionale, mentre per l'esercizio di tale funzione si confermava il sistema duplice imperniato su due ordini di giudici, ordinari ed amministrativi, distinti tra loro per il diverso ordinamento, ma anche per la diversa funzione. Non a caso, infatti, per i secondi si parla per il primo grado di Tri-

soggettive (in quanto unica eccezione ammessa in costituzione rispetto a quel criterio di riparto). Il testo che veniva proposto fissava l'ambito della giurisdizione amministrativa in relazione alle materie indicate dalla legge, riservando comunque alla stessa tutte le «controversie riguardanti l'esercizio di poteri amministrativi». Ma poi l'iniziativa non ha avuto alcun seguito.

Naturalmente sulla proposta di riforma elaborata dalla Commissione bicamerale nel 1997 è stato intenso il dibattito, sia tra costituzionalisti (v., ad esempio, *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, a cura di S.P. PANUNZIO, Milano, 1998; A. BALDASSARRE, *Una Costituzione da rifare. Il progetto della Bicamerale sotto la lente di un costituzionalista*, Torino, 1998), sia tra amministrativisti (una selezione si trova in A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 della Costituzione come principi unitari di garanzia*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., p. 17, nota 7). Tra i convegni con relazioni e contributi degli uni e degli altri è il caso di menzionare, per la sua inerenza al tema oggetto di queste note, quello organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale*, Milano, 1999.

bunali regionali di *giustizia amministrativa* e, per il secondo grado, di Consiglio di *giustizia amministrativa*.

Il ripetuto riferimento alla espressione 'giustizia amministrativa', pur nella complessità e ambiguità propria di tale espressione, implicitamente conferma che ancora, per i redattori del progetto di riforma, il nucleo più caratteristico della tutela giurisdizionale offerta da questi giudici era da vedere pur sempre nell'accertamento e nella valutazione del corretto esercizio del potere amministrativo «per il fine di indirizzare o vincolare la futura azione amministrativa»²² in termini sostanzialmente analoghi a quanto già avviene oggi. Così come la permanenza di una tutela giurisdizionale differenziata nei confronti della pubblica amministrazione agente come autorità per l'interesse pubblico, trovava la sua giustificazione non solo «in un'esigenza di opportunità tecnica, nell'esigenza che le liti contro la p.a. siano decise da un giudice tecnicamente più idoneo, per specializzata preparazione a comprenderle e risolverle»²³, ma anche con una ragione (in senso lato) politica²⁴.

²² M. NIGRO (*op.cit.*, p. 23), che prosegue con la nota formula per cui «il processo amministrativo si pone come una parentesi fra l'azione amministrativa precedente e quella successiva; esso si inquadra così nella stessa dinamica del l'esercizio del potere amministrativo. La differenza con il processo civile, almeno nelle formule classiche [...] che interviene a conoscere di situazioni definite e per così dire *raffreddate* è notevolissima». Naturalmente questa formula fortunata deve oggi essere aggiornata con le novità intervenute nel corso degli ultimi decenni, che peraltro non hanno inciso più di tanto sulla sua persistente validità.

²³ M. NIGRO, *op.cit.*, p. 25.

²⁴ M. NIGRO, *op.cit.*, p. 26: «il fatto è che la giustizia amministrativa è così intimamente collegata con la posizione e la funzione dell'amministrazione nello stato moderno [e contemporaneo] che l'identificazione della sua ragione giustificatrice implica di necessità il superamento del dato tecnico e il riferimento al dato politico». Certo quest'ultimo non può essere visto propriamente nella ideologia e nelle strutture di quello che Nigro considera proprie del c.d. Stato amministrativo (o a regime amministrativo o ad atto amministrativo), dato che è cambiato (in parte, ma in maniera significativa) il contesto in cui opera la pubblica amministrazione, come si rileva in altra parte di queste note, ma rimane ribadita ed anzi consolidata la permanenza di un regime speciale, certo più articolato con il ricorso a principi e strumenti del diritto privato, in funzione del migliore e più efficace perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione.

Questa duplice ragione del permanere di una 'giustizia amministrativa', anche all'interno di una funzione giurisdizionale unitaria, era confermata, in sostanza, dalla definizione del criterio di riparto tra i due ordini giurisdizionali all'interno di quella stessa funzione, non più in base alla situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo o interesse legittimo) fatta valere in giudizio, ma «sulla base di materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l'esercizio di pubblici poteri» (art. 119).

Può essere che la formulazione di questo criterio sia stata piuttosto infelice²⁵ e vada rivista (così come altre scelte operate dal progetto in esame) per una sua eventuale riconsiderazione in futuro, così da essere meglio precisata e adeguata alle novità intervenute negli anni successivi. Tuttavia, ci sembra che questo progetto potrebbe essere una buona base di partenza per una riforma finalizzata alla semplificazione e razionalizzazione del sistema giurisdizionale vigente in linea con il percorso sin qui seguito e già realizzato, nei limiti delle possibilità consentite 'a Costituzione invariata', come si è visto.

Certo, sarebbe da disciplinare in maniera soddisfacente anche il rapporto, e soprattutto i potenziali conflitti, tra giudici ordinari ed amministrativi attraverso una diversa organizzazione della Corte di cassazione (o di un apposito Tribu-

²⁵ V. CALANIELLO (*Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale*, cit., p. 59 ss., p. 67) rileva che «la formula elaborata dalla bicamerale, con estrema probabilità, finirebbe con il riprodurre le incertezze legate oggi al criterio di riparto. Si deve infatti considerare che l'amministrazione, nel perseguimento dei fini che sono affidati alla sua cura si avvale sia di strumenti pubblicistici che di strumenti pubblicistici. Ed allora se con 'esercizio di pubblici poteri' ci sia voluti riferire ai 'poteri autoritativi' in contrapposizione ai 'poteri di diritto comune', cioè privatistici, verrebbe a riprodurre in buona sostanza la vecchia distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi [...] di conseguenza con la formula proposta sarebbero state attribuite al giudice amministrativo non *tutte* le controversie relative alle varie 'materie omogenee' individuate dal legislatore, bensì solo quelle in cui si sia in presenza di una situazione soggettiva contrapposta al potere pubblico, cioè le situazioni che oggi si chiamano interessi legittimi». In sostanza, si avrebbe un notevole «passo indietro rispetto alla linea di tendenza di concentrare presso il giudice amministrativo *tutte* le controversie tra il privato e le pubbliche amministrazioni facenti capo a materie individuate nel loro complesso [...] per una esigenza di specializzazione e di concentrazione».

nale dei conflitti), secondo una composizione mista per la definizione dei reciproci confini (se non anche di tutte le questioni di interesse comune)²⁶. È questo un punto assai delicato e tormentato, soprattutto a seguito dell'ingresso di questioni e competenze nuove che hanno comportato forti tensioni tra le due giurisdizioni, che deve essere quanto prima risolto in maniera adeguata, per assicurare non solo pari dignità alle stesse, ma soprattutto serenità e certezza nelle decisioni²⁷.

²⁶ In sede di riforma del sistema, la composizione paritaria, con eguale numero di giudici ordinari e giudici amministrativi (comprensivi anche degli attuali giudici amministrativi 'speciali' Corte dei Conti, Tribunale superiore delle acque, commissioni tributarie) dell'organo di vertice chiamato a dirimere i conflitti di giurisdizione, sembrerebbe la soluzione più semplice ed equilibrata per un corretto rapporto tra i due ordini di giudici. E ciò anche per svolgere al meglio una funzione di nomofilachia nella risoluzione delle questioni di confine o di interesse comune ad entrambi, per mettere ordine nel disordine attuale degli orientamenti giurisprudenziali degli uni e degli altri.

Non sembra invece accettabile, a Costituzione invariata, una soluzione come quella ipotizzata, ad esempio, da P. TANDA, per contrastare il ripetuto tentativo delle Sezioni Unite di superare i limiti posti in costituzione al sindacato delle sentenze del Consiglio di Stato (v. oltre, nota 30), di invocare un intervento del legislatore per integrare il collegio giudicante sulla giurisdizione con componenti della magistratura amministrativa. Ciò sulla considerazione che «ormai è venuto meno il presupposto dell'attribuzione alle SS.UU. del potere di decidere sulla giurisdizione» (*op.cit.*, p. 204 ss.). Infatti, «la funzione giurisdizionale è frammentata tra giudici forniti di pari legittimazione, così che neppure ha più senso parlare di una magistratura 'ordinaria' in contrapposizione alle magistrature 'speciali'» (G. VERDE, *ivi* citato a p. 205 s., nota 262).

Se ciò può essere vero, almeno per il giudice amministrativo c.d. 'ordinario', sul piano dell'esercizio della funzione giurisdizionale, a seguito dei mutamenti intervenuti nella normazione degli ultimi tempi, rimane la specialità sul piano organizzativo e funzionale dovuta alla permanente 'contiguità' con l'esecutivo di cui si è accennato sopra, e in particolare con la funzione consultiva del Governo, fissata dalla Costituzione. Una operazione come quella ipotizzata dall'Autore (e da altri dallo stesso richiamati) sarebbe verosimilmente censurata dalle Sezioni Unite e dalla stessa Corte costituzionale.

²⁷ Nota F. BLE (*op.cit.*, p. 10): «pur con tutti gli accorgimenti inventati dalla giurisprudenza e talvolta accolti dal legislatore (*translatio iudicii*: art.11 c.p.a.), l'individuazione del giudice munito di giurisdizione resta pur sempre così difficile e farraginoso da rendere il nostro ordinamento poco chiaro ed invitante agli occhi interessati di osservatori, competitori e potenziali investitori esteri».

5. *Le recenti tendenze verso un sistema a giurisdizione unica. Conclusioni*

Il nostro Autore non accenna a questa possibilità, alla possibilità cioè di una modificazione del sistema vigente di tutela giurisdizionale con una revisione della Costituzione solo per quanto necessario a renderlo, oltre che pienamente autonomo e indipendente dal potere esecutivo, anche ordinato secondo criteri di razionalità, equilibrio ed efficienza. Egli, infatti, rileva piuttosto che «l’obiettivo ultimo che viene profilato all’orizzonte [...] è la costruzione di un “sistema all’insegna di ‘un soggetto, un diritto, un giudice’”», secondo la nota formula dovuta ad A. Orsi Battaglini²⁸.

Anche altre voci si sono levate per segnalare questa linea di tendenza, che non solo ha avuto riscontro da una certa parte della dottrina²⁹, ma anche concreta espressione in talune sentenze recenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che sembrerebbero far pensare, come è stato rilevato da

Va detto peraltro che il problema della certezza del diritto, del giudice che lo deve applicare e del modo in cui lo deve applicare, è problema assai più esteso che investe il nostro ordinamento nella sua interezza.

²⁸ F.G. SCOCA, *op.cit.*, p. 485. In nota si richiama anche la posizione adesiva di L. FERRARA.

²⁹ Aderiscono a questo orientamento favorevole al ritorno alla giurisdizione unica diversi relatori al 6° convegno nazionale della Società italiana Studiosi del diritto civile. Tra gli altri, v. A. TRAVI, *op.cit.*, pp. 15 ss., 26.

P. PERLINGIERI, *op.cit.*, p. 421 ss., sembra piuttosto favorevole ad una prospettiva unitaria della giurisdizione (che considera «l’unica da perseguire»: p. 427), destinata a ricomprendervi anche i giudici amministrativi, sottratti ad ogni impegno non giurisdizionale e a qualsiasi rapporto con le parti (in particolare quella pubblica) e rivisitati nel loro stato giuridico. Anche F. BLE, *op.cit.*, p. 13, è favorevole a disciplinare la giurisdizione in chiave unitaria, considerando gli organi di giustizia amministrativa come sezioni specializzate dell’unica giurisdizione, in termini sostanzialmente simili al progetto di riforma costituzionale elaborato dalla commissione bicamerale citata.

Sulle diverse tesi che mettono in discussione l’utilità del giudice amministrativo o addirittura l’opportunità di mantenere o eliminare l’attuale sistema dualistico, e sui diversi argomenti addotti per l’abolizione del giudice amministrativo, si sofferma diffusamente P. TANDA, *op.cit.*, p. 137 ss. Per una critica all’orientamento favorevole al ritorno alla giurisdizione unica v. *ivi*, p. 172 ss.

più parti in dottrina, ad un vero e proprio tentativo di arrivare, addirittura a Costituzione invariata, ad un sistema di giurisdizione unica³⁰.

Trovo del tutto condivisibili le obiezioni a questo orientamento ed alla tendenza manifestata da ultimo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

A parte la evidente forzatura operata da queste ultime circa i limiti del proprio ruolo e del proprio potere quali sono stati fissati dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost., un sistema di giurisdizione unica introdotto con revisione costituzionale, così come viene prospettato dalle proposte più radicali, oltre che 'eversivo' rispetto ad una tradizione ultracentenaria, che pure ha dato i suoi frutti³¹, che andrebbero in gran parte perduti, sarebbero disconosciute entrambe le ragioni che sono alla base dei sistemi a giurisdizione duplice dell'Europa occiden-

³⁰ Si tratta in particolare delle due sentenze del 2008, n. 2483 (tra l'altro, in *Giur. it.*, 2009, p. 406 ss.) e n. 3024 (in *Dir. proc. amm.*) e di altre successive, richiamate, con ampi riferimenti a numerosi commenti della dottrina, da P. TANDA, *op.cit.*, p. 196 ss. In sostanza con queste sentenze, forse anche per reazione alla recente estensione degli spazi a disposizione del giudice amministrativo, si è «di fatto determinato un mutamento del ricorso in cassazione ex art. 111, ultimo comma, cost., da rimedio per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione a strumento di controllo dell'effettività della tutela giurisdizionale in concreto disposta dal giudice amministrativo» e cioè «su come venga in concreto esercitato il potere giurisdizionale da parte del g.a.» (così P. TANDA, *op.cit.*, pp. 196 ss., 203).

³¹ Penso, ad es., al giudizio di ottemperanza: un istituto di creazione giurisprudenziale, poi recepito dal legislatore e adattato alle innovazioni introdotte nel processo amministrativo: uno strumento, molto più duttile ed efficace del processo esecutivo del giudice ordinario, capace di adattarsi alle situazioni più diverse e difficili, per rimediare all'inerzia dell'amministrazione od ai suoi tentativi di elusione o violazione del giudicato. E ciò anche avvalendosi, se necessario, del commissario *ad acta*, organo amministrativo scelto per la sua elevata qualificazione, provata esperienza e capacità operativa, che opera come ausiliario del giudice, sotto la sua vigilanza e direttiva, per arrivare a dare compiuta soddisfazione alla parte privata risultata vittoriosa nel giudizio. Un istituto sconosciuto ad altri ordinamenti, che ammettono la rigidità, le manchevolezze e i limiti degli strumenti a loro disposizione.

Francamente riesce difficile capire come potrebbe essere gestito e con quali effetti dal giudice ordinario.

Sul tema v., da ultimo, con ampi riferimenti bibliografici, S. PIGNATARO, *Il commissario ad acta nel quadro del processo amministrativo*, Bari, 2019.

tale³² (ed anche delle più recenti tendenze nei sistemi di *common law*)³³, che consentono al giudice amministrativo, per sua stessa formazione e cultura, di provvedere insieme alla tutela dell’interesse pubblico e dell’interesse privato, mentre «il giudice ordinario ha invece la tendenza a sacrificare l’interesse pubblico all’interesse privato o ad immolare senza freno né compensazione l’interesse privato all’interesse pubblico»³⁴.

³² Tra questi i sistemi tedesco e francese. Su quest’ultimo, sulla sua evoluzione e sulla sua crisi anche dopo la riforma del 1953, v. per una efficace sintesi F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995, p. 460 ss. Sulla esigenza di un riordino nel pluralismo giurisdizionale vigente in Francia, v. C. CASTAING, *La dispersion des competences juridictionnelles dans le règlement des litiges administratifs*, in *Rev. droit public*, 2019, p. 1152 ss.

Sul sistema tedesco v. per un approfondito dibattito e confronto con il sistema italiano, *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Milano, 2017, con lo studio preparatorio di E. SCHMIDT-ARMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, pubblicata in appendice, p. 237 ss., ed i contributi introduttivi di E. SCHMIDT-ARMANN, *Mutamento della funzione della giustizia amministrativa tedesca. Spunti per alcune riflessioni sistemiche*, p. 1 ss., e di V. CERULLI IRELLI, *Su alcune tematiche rilevanti per un confronto*, p. 21 ss.; nonché, in particolare, i contributi di M. D’ALBERTI, *Di alcuni limiti della giustizia amministrativa*, p. 89 ss., B. MARCHETTI, *Qualche nota di riflessione sulle prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, p. 117 ss., A. MASUCCI, *Effettività della tutela giurisdizionale ed autonomia del potere esecutivo. Per un nuovo bilanciamento nel processo amministrativo tedesco tra tutela giurisdizionale ed autonomia del potere esecutivo*, p. 129 ss. (dello stesso Autore, v. anche *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991); nonché, per la diretta attinenza con il tema qui trattato, A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, p. 31 ss.

³³ Sulle più recenti tendenze in materia nell’ambito dell’ordinamento inglese v. R. CARANTA, *Administrative Tribunals and Courts in Inghilterra (e Galles)* e M.P. CHITI, *La giustizia nell’amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, in *Verso nuovi rimedi amministrativi. Modelli giustiziali a confronto*, a cura di G.D. FALCON, B. MARCHETTI, Napoli, 2015, rispettivamente a p. 37 ss. e p. 49 ss.; P. CHIRULLI, *Standing e funzione della giustizia amministrativa. Una riflessione comparata*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, cit., p. 77 ss.

³⁴ M. NIGRO, *op.cit.*, p. 36, che riporta l’opinione espressa da CAMMEO a proposito della esperienza belga dell’unità di giurisdizione (opinione che forse potrebbe estendersi oggi anche a fronte del nostro giudice ordinario).

In ogni caso, in mancanza di una soluzione concordata³⁵, sembrerebbe piuttosto urgente un intervento del legislatore per risolvere la questione in maniera soddisfacente, magari nel quadro di un riassetto complessivo del sistema giustizia³⁶, se non anche del sistema istituzionale e normativo, per dare risposta alla crescente domanda di certezza che viene dalla società e dal mondo dell'economia. Ma, considerate le difficoltà riscontrate dalla politica, anche di recente, nella risoluzione dei problemi della giustizia, non solo amministrativa, e ancor più di quelli di sistema, ci sembra più che giustificato un certo scetticismo al riguardo.

Per quanto riguarda la monografia da cui abbiamo preso le mosse, ci sembra che, comunque si risolvano le opposte tendenze di riforma sopra accennate, il tema centrale di quella monografia, cioè la situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo, pur conservando la sua validità come nozione di teoria generale del diritto³⁷, perderebbe certamente quan-

³⁵ Come quella del 1930 tra Santi Romano e Mariano D'Amelio sul temperamento tra criterio del *petitum* e della *causa petendi* per la distinzione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa. Cfr. V. CAIANIELLO, *op.cit.*, p. 61.

³⁶ Comprensivo anche dei rimedi alternativi al processo, destinati ad alleggerire il carico di lavoro degli organi giurisdizionali, ormai congestionati. Vale a dire, «non solo le tecniche di *alternative dispute resolution* in senso stretto, ma più in generale ogni via stragiudiziale di risoluzione della lite, sia che essa passi attraverso la costruzione di un'amministrazione giustiziale, sia che si concretizzi in strumenti di mediazione, conciliazione e transazione del rapporto controverso», che sono oggetto dei contributi alla ricerca del gruppo guidato da G.D. FALCON, B. MARCHETTI, pubblicati nel volume *Verso nuovi rimedi amministrativi. Modelli giustiziali a confronto*, cit.

Un'attenzione particolare dovrebbe essere dedicata al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, dopo che il Consiglio di Stato, Ad. Pl. 6 maggio 2013 n. 9 (tra l'altro, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 1169 ss.), ha riconosciuto la natura sostanzialmente giurisdizionale dei relativi decreti decisori, nonché la competenza del Consiglio di Stato a pronunciarsi nel relativo giudizio di ottemperanza. Ed il codice del processo amministrativo lo ha confermato come rimedio alternativo al giudice amministrativo per le controversie di sua competenza (art. 7, comma 8).

³⁷ La monografia di F.G. SCOCA è certo destinata a rimanere «un punto di riferimento obbligato per i cultori, non solo italiani, della dommatica sull'azione amministrativa autoritativa», come nota giustamente N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino ed interessi legittimi (oltre le categorie, per una tu-*

to meno di visibilità. Nella prima delle due prospettive considerate sarebbe, infatti, il potere dell'amministrazione o la sua condizione di autorità ad essere oggetto (primario) dell'attenzione; nella seconda prospettiva sarebbe il diritto soggettivo, di cui l'interesse legittimo verrebbe ad essere solo una delle tante articolazioni e sottospecie. Con la possibilità di addivenire anche, sia in un caso sia nell'altro, a diverse prospettazioni e conclusioni, in particolare per quanto attiene alle zone di confine.

tela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca), in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1528.

VITTORIO GASPARINI CASARI, Note minime su “L’interesse legittimo. Storia e teoria” di F.G. Scoca

Lo studio condivide la conclusione, al massimo livello di astrazione, sull’interesse legittimo quale valida ed autonoma figura di teoria generale con tratti peculiari rispetto ad altre situazioni giuridiche soggettive.

Ad un livello inferiore di astrazione, che tenga conto del contesto giuridico ed istituzionale, emerge, però, chiaramente la distanza tra gli interessi legittimi nel diritto amministrativo e nel diritto privato.

Nel diritto amministrativo è proprio tale contesto che spiega l’origine, l’evoluzione, la disciplina e posizione attuale dell’interesse legittimo e del sistema di giustizia amministrativa posto a sua tutela, recepito nelle sue linee portanti dalla costituzione repubblicana.

Gli spazi consentiti al legislatore ordinario hanno permesso, a costituzione invariata, di adeguare, almeno in parte, tale sistema alle mutate esigenze e normative degli ultimi anni e, soprattutto, alla diversa percezione del corretto modo di essere e di operare della amministrazione e della giurisdizione.

Per un adeguamento più incisivo sarebbe necessaria una riforma costituzionale. E negli ultimi tempi si è acceso un forte dibattito sui contenuti che dovrebbe avere una riforma costituzionale del vigente sistema di tutela giurisdizionale. Lo studio esamina le posizioni che si sono contrapposte, esprimendosi a favore della tesi più vicina all’attuale disciplina costituzionale.

Parole chiave: interesse legittimo, natura, prospettive.

VITTORIO GASPARINI CASARI, Minimum notes on “*The legitimate interest. History and theory*” by F.G. Scoca

The present study shares the view, at the highest level of abstraction, of legitimate interest as a valid and autonomous figure of general theory with traits peculiar to other subjective legal situations. However, at a lower level of abstraction, which takes into account the legal and institutional context, the difference between legitimate interests in administrative law and in private law is clear.

In administrative law it is precisely this context that explains the origin, evolution, discipline and current position of the legitimate interest and of the administrative justice system placed in its protection, which is enshrined in its main lines by the republican constitution. The spaces to the ordinary legislator have allowed, with an unchanged constitution, to adapt, at least in part, this system to the changing needs and regulations of recent years and, above all, to the different perception of the correct way of being and operating of the administration and jurisdiction.

However, a more effective adjustment would require constitutional reform. And there has been a strong debate about its possible content in recent times. The present study examines the opposing positions, expressing its support for the thesis which is closest to the current constitutional discipline.

Key words: legitimate interest, nature, perspectives.

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@mucchieditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.