

LUCA R. PERFETTI

Ordinario presso l'Università degli Studi "A. Moro" di Bari

luca.perfetti@belex.com

**LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE COME PARTE
DELLA TEORIA DEL DIRITTO DI AZIONE.
IL PROBLEMA DELLA LIMITAZIONE DELLA TUTELA
DALLE CONDIZIONI DELL'AZIONE AL CONTENUTO
DELLA GIURISDIZIONE E RITORNO**

***LOCUS STANDIAS PART OF THE THEORY ON THE RIGHT TO
SUE. FROM LOCUS STANDITO LOCUS STANDI, VIA THE
CONTENT OF ADMINISTRATIVE COURT'S JURISDICTION***

SINTESI

Le condizioni dell'azione, in quanto filtro preliminare all'accesso alla tutela e, quindi, all'esercizio in giudizio a difesa delle proprie situazioni giuridiche soggettive al momento della sofferenza, rappresentano un tema centrale. Le diverse elaborazioni dottrinali circa il contenuto e la natura di tali condizioni – lungi dal concentrarsi sul fornirne una lettura alla luce di un'adeguata teoria dell'azione – devono essere superate in forza dell'art. 24 della Costituzione, giacché esse non sono se non parte del concetto di diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi, tutelato dalla carta costituzionale come diritto fondamentale. La stessa giurisprudenza vi ha dato applicazione adeguata, senza però rinunciare al richiamo alle condizioni dell'azione per come elaborate tradizionalmente. Tuttavia, a fronte di quest'evoluzione nell'uso delle condizioni dell'azione, il processo amministrativo ha subito una intensa pubblicizzazione negli ultimi anni e la creazione di nuovi imponenti spazi di valutazione discrezionale da parte del giudice, concentrati soprattutto sul versante della sussistenza della sua giurisdizione. Anche questi temi, come quelli relativi alle condizioni dell'azione, possono essere risolti solo alla luce di una adeguata teoria dell'azione giurisdizionale come diritto fondamentale della persona.

ABSTRACT

Administrative Courts has to recognize or not *locus standi* in the claimant; this is a crucial evaluation, because is able to condition the effectiveness of judicial review, by the means of a possible discretionary limitation of the access to the Courts. Italian Constitution provides to individual a full constitutional guarantee to the right to sue a public body to obtain an adequate judicial review.

Therefore, under a constitutional perspective, administrative procedure legislation shall be intended as able to procure a full protection of the right to challenge administrative decisions and sue a public body. Case law seems adequate, even if administrative Courts still repeat a traditional version of the *locus standi*. Nonetheless, in recent years, wide discretionary evaluations by the Court have been introduced in case law, by means of the concrete definition of jurisdiction on discretionary decisions of a public body, with new possible danger for full jurisdiction and individual rights protection.

The studies of the doctrine on the content and nature of such conditions – which do not focus on their understanding in the light of a proper theory of action – may be superseded from the content of article 24 of the Italian Constitution, as they are substantial part of the right to act for the protection of one own's rights and legitimate interests (*interessi legittimi*). The same administrative case law has granted full protection based on article 24 without, in any case, failing to resort to general clauses aimed at framing the protection in the specific case. This case law is the first of the three major threats to the administrative trial, that will be outlined in this paper.

PAROLE CHIAVE: Processo amministrativo – azione giurisdizionale – condizioni dell'azione – giurisdizione amministrativa – limiti al sindacato.

KEYWORDS: Administrative trial – judicial action – conditions of the action – administrative jurisdiction – limits to judicial powers.

INDICE: 1. Posizione delle questioni. – 2. Il diritto di agire in giudizio come diritto fondamentale in forza dell'art. 24 Costituzione ed il problema della pienezza della tutela giurisdizionale. – 3. La scarsa attenzione alla centralità della teoria dell'azione e l'impostazione del problema alla luce della conformazione (oggettiva o soggettiva) del processo. – 4. Dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione. Nuovi pericoli per il diritto fondamentale a ricevere protezione giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche soggettive.

1. Posizione delle questioni.

La notevole riflessione collettiva che trova posto in questa sezione monografica – e che trae origine dalla discussione organizzata dalla Rivista insieme al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Unipegaso presso il TAR di Napoli mesi fa – non richiede delle conclusioni ma, semmai, delle aperture di discorso.

La prospettiva è quella di ragionare complessivamente sui contributi che giungono da questo percorso di riflessione dal punto di vista del dibattito nella letteratura accademica; spetta al Presidente del Consiglio di Stato Patroni Griffi lo stesso esercizio dall'angolo visuale della giurisprudenza. Mi pare, quindi, che si debbano mettere in luce tre diversi aspetti.

Anzitutto, l'urgenza di affrontare da un punto di vista teorico il problema delle condizioni dell'azione era stata avvertita soprattutto per ragione del fatto che questi istituti (evitando, almeno per ora, una loro maggiore qualificazione) costituivano un filtro preliminare all'accesso alla tutela e, quindi, in definitiva, se non inquadrati in modo rigoroso consentivano al giudice di limitare discrezionalmente l'esercizio del di-

ritto fondamentale di agire in giudizio a tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive nel momento della loro sofferenza. Occorre capire come questo profilo del tema sia evoluto e se abbia raggiunto una sistemazione accettabile.

In *secondo* luogo, si pone il problema della relazione delle condizioni dell'azione con la natura e struttura del processo. E', questo, il profilo che ha maggiormente attratto la riflessione in anni recenti, nella permanente dialettica tra concezioni (o anche solo, più limitatamente, profili) oggettive e soggettive del processo (amministrativo), a fronte dell'emergere per via legislativa di ipotesi di legittimazione senza sottostante posizione soggettiva propria. Si tratta certo di un dibattito relevantissimo, che echeggia ampiamente nelle pagine che precedono e nel quale, tuttavia, la questione delle condizioni dell'azione (o, più semplicemente, dell'esercizio dell'azione giurisdizionale) è profilo essa stessa di una discussione circa la natura del processo e solo occasionalmente oggetto di indagine diretta.

In *terzo* luogo, allontanandosi dal problema delle condizioni dell'azione (o, che è lo stesso a mio modo di vedere, dell'esercizio dell'azione), credo sia utile indicare lungo quali versanti si ponga maggiormente – al momento presente – la questione della possibile limitazione all'accesso alla tutela o, più largamente, della potenziale compressione del diritto (fondamentale, ex art. 24 Cost.) di azione giurisdizionale.

2. Il diritto di agire in giudizio come diritto fondamentale in forza dell'art. 24 Costituzione ed il problema della pienezza della tutela giurisdizionale.

La migliore dottrina del processo amministrativo¹ ha stabilmente ritenuto, prevalentemente sulla base dell'art. 100 del codice di procedura civile, che il giudice debba compiere una valutazione preliminare circa la procedibilità del giudizio, verificando se chi propone la domanda vi abbia interesse e sia legittimato a farlo. In questi termini, quindi, è difficile negare che le condizioni dell'azione – laddove siano individuate, come comunemente avviene, con legittimazione ed interesse al ricorso – costituiscano un filtro all'accesso alla tutela.

Non appena si esca da questo sicuro e consolidato perimetro definitorio, i problemi si affollano. In sintesi, è discusso se l'interesse sia da riferire alla domanda, per come proposta in giudizio, oppure all'esercizio dell'azione giurisdizionale, ovvero alla decisione nel merito – suscettibile di acquistare efficacia di cosa giudicata – e via enumerando². Allo stesso modo, è discusso se l'azione possa dirsi esistente ma non procedibile in assenza delle sue condizioni ovvero propriamente inesistente. Ed ancora: se interesse e legittimazione siano condizioni o presupposti dell'azione (con risultati simi-

¹ Per tutti, R. VILLATA, *Legittimazione processuale. II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2.

² Per una più compiuta discussione di queste questioni sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004.

li alla controversia appena richiamata). Per conseguenza, ma con autonomia di problemi e soluzioni, se la pronuncia relativa ad interesse e legittimazione sia di contenuto processuale o richieda un esame nel merito. Ed ancora, quale sia la posizione soggettiva del giudice rispetto alla domanda in relazione alla ricorrenza o meno delle condizioni dell'azione – la cui assenza, in sostanza, lo libera dal dovere di decidere nel merito la controversia. Si tratta di questioni centrali, delle quali ho provato ad occuparmi dettagliatamente³ in passato e dalla cui soluzione dipende molta parte della effettività della tutela giurisdizionale, venendone profondamente influenzato il diritto di azione giurisdizionale – diritto fondamentale, quest'ultimo, la cui natura è anch'essa oggetto di discussione⁴.

Poiché, poi, legittimazione ed interesse si collocano sul confine tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, l'incertezza rispetto a natura, contenuto e poteri delle situazioni giuridiche sostanziali rispetto alla potestà pubblica complica la questione. E' ben noto, ad esempio, come per lungo tratto ed autorevolmente si sia pensato che interesse legittimo ed interesse a ricorrere fossero la medesima cosa⁵. E' proprio nella dinamica delle posizioni soggettive individuali che si evidenziano i problemi di mancata adeguata definizione del loro contenuto e struttura; per conseguenza, le insufficienze nella definizione dell'interesse legittimo hanno fatto sì che, fino almeno agli anni Settanta del secolo scorso, la teoria delle condizioni dell'azione nel processo amministrativo sia stata quasi del tutto pregiudicata dall'idea che l'interesse legittimo avesse – appunto – contenuto processuale.

Per la verità non si può dire che tutte le questioni che si agitano intorno all'interesse legittimo siano state risolte, giacché il problema si carica di una molteplicità di sollecitazioni che difficilmente consentono l'acquietarsi della dottrina intorno a soluzioni generalmente accettate. Tuttavia, il superamento della teoria processuale dell'interesse legittimo ha liberato lo spazio di riflessione sulle questioni processuali ed, insieme, consentito di individuare la natura profonda dei problemi da risolvere proprio grazie alla prospettiva storica che ne emergeva. In ogni caso, se è certamente vero che in vari casi il problema della legittimazione è proprio quello della controversia circa il contenuto e la natura della situazione soggettiva sostanziale assai più che non

³ L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit.; ma sia consentito anche il rinvio a L. R. PERFETTI, *Il cumulo di azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 1260 e ID., *Il sistema di giustizia amministrativa*, in Carloti e Clini (a cura di), *Diritto amministrativo. II. Parte processuale*, Rimini, Maggioli, 2017, 1.

⁴ Nella scienza del processo civile, almeno, di recente ed anche per i richiami alla dottrina del passato, L. P. COMOGGIO, A. STESURI, *Art. 75*, in L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, Utet, 2012; F. CORSINI, *Delle parti. art. 75-81*, in S. Chiarloni (a cura di) *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, Zanichelli, 2016; G. COSTANTINO, G., *Legittimazione ad agire*, in *Encicl. giur. Treccani*, 1990, 1; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, Giappichelli, 2006; A. BONAFINE, *La legittimazione e l'interesse ad agire nelle vicende di impugnazione delle deliberazioni assembleari delle s.p.a.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 1378; F. KELLER, *Profili evolutivi della legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 2018.

⁵ Ci si intende riferire a M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1946, 153.

quella propria del diritto processuale, non è meno vero che questa commistione tra rapporto sostanziale e processuale – rispetto ad altri aspetti della questione – complica il problema di diritto processuale, senza beneficio per la comprensione del contenuto del diritto fondamentale di cui all'art. 24 Cost.

In questo quadro, si colloca il tentativo⁶ di superare l'intero problema delle condizioni dell'azione con la costruzione del contenuto del diritto di agire in giudizio contenendosi nel perimetro dell'art. 24 Costituzione. Infatti, se si esamina già solo il puro dato testuale dell'art. 24 della Costituzione, vi si trovano, interamente iscritti nel concetto di azione giurisdizionale, gli elementi cui tradizionalmente si assegna un ruolo autonomo come condizioni dell'azione. Il diritto di agire in giudizio è chiaramente statuito come diritto fondamentale della persona e come tale deve essere garantito sempre, almeno quanto al suo contenuto essenziale. In questi termini non è difficile cogliere la simmetria con l'art. 6 della CEDU.

Il diritto fondamentale ad agire in giudizio configura l'azione giurisdizionale in modo atipico, come strumento diretto ad assicurare la revisione giurisdizionale delle situazioni soggettive protette dall'ordinamento, in modo che la stessa sia piena ed effettiva, come si richiede strutturalmente per la garanzia di qualunque diritto fondamentale. In questi termini il diritto ad agire in giudizio si configura come una sorta di *actio utilis*, vale a dire come la costituzione di un dovere in capo agli organi della giurisdizione affinché questi stessi assicurano protezione giurisdizionale piena ed adeguata alle situazioni soggettive sostanziali, indipendentemente dal fatto che l'ordinamento preveda anche singoli rimedi tipici (quali l'annullamento, ovvero la condanna o, ancora l'accertamento).

Ciò che la Costituzione vigente assicura è che la situazione giuridica soggettiva sostanziale protetta dall'ordinamento, ove divenga sofferente, sicché l'interesse materiale al godimento del bene della vita in quanto protetto dalle norme giuridiche applicabili non possa conseguire adeguata soddisfazione, trovi sempre un effettivo rimedio in sede giurisdizionale, affinché la pretesa sostanziale raggiunge i fini suoi propri e la persona, per conseguenza, possa concretamente godere del bene della vita. In questi termini, quindi, la decisione del giudice dovrà potersi avvalere di strumenti adeguati per assicurare che quell'obiettivo venga effettivamente raggiunto, con la conseguenza che nell'art. 24 Cost. è sempre contenuto il dovere ed insieme il potere in capo al giudice di assicurare rimedi effettivi e, quindi, disporre di poteri di decisione tali da consentire una adeguata protezione della situazione sostanziale. Così come l'interesse materiale al godimento del bene della vita trova soddisfazione nella sua protezione giuridica da parte dell'ordinamento nel rapporto sostanziale, allo stesso modo il diritto di azione assicura nel processo la soddisfazione di quella pretesa che in quanto frustrata nella vicenda sostanziale si trasforma in potere di domandare al giudice una pronuncia effettivamente soddisfattiva.

⁶ Di nuovo, L. R. PERFETTI, *Azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit.

In questi termini, quindi l'interesse processuale e parte dello stesso diritto di agire in giudizio, così come la pretesa materiale lo è del diritto o dell'interesse legittimo nel rapporto sostanziale. Non sembra, quindi, casuale che la Costituzione repubblicana assicuri il diritto di agire in giudizio, pieno ed effettivo, alla persona *«per la tutela»* dei propri diritti e interessi legittimi; lo statuto giuridico dell'interesse processuale è tutto iscritto nella funzione del diritto di agire in giudizio: esso è assicurato non in astratto, né come generico potere della parte ovvero semplice pretesa nei confronti del giudice o ancora, dovere o onere di quest'ultimo; piuttosto, esso è coincidente con la funzione che il diritto fondamentale di agire in giudizio svolge nell'ordinamento e la ragione per la quale la costituzione gli assicura una protezione così piena ed effettiva.

È parte costitutiva del concetto di diritto fondamentale di agire in giudizio il fatto che esso abbia come unica funzione quella di essere strumentale alla tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

Per questa ragione il processo non può che essere un giudizio tra parti poste in posizione di parità di fronte ad un giudice terzo dotato di adeguati poteri di decisione.

Nessuna qualificazione in termini oggettivi del processo, vale a dire ultimativamente nell'interesse dell'ordinamento, della legalità o dello Stato, appare accettabile non solo perché verrebbe meno la natura stessa del processo, la terzietà del giudice e la parità delle parti ma, più ancora, perché il processo è interamente attivato dall'azione giurisdizionale portata dalla parte ed essa, per statuto costituzionale, è diretta solo alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive della persona tutto; non vi è giudizio senza proposizione di una domanda e quest'ultima spetta solo al titolare della situazione giuridica soggettiva materiale sofferente e solo allo scopo di assicurarvi piena ed adeguata tutela.

Si agisce in giudizio solo *«per la tutela»* dei propri diritti e interessi legittimi ed il processo, quindi, assolve solo la funzione di assicurare codesta tutela.

E' sempre l'art. 24 Cost. a dettare con evidenza il profilo della legittimazione ad agire. Così come per l'interesse processuale anche la legittimazione è parte sostanziale del concetto di diritto fondamentale ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi. Infatti, la Costituzione è chiarissima nell'individuazione dei diritti o interessi legittimi che la parte può agire in giudizio in quanto essi stessi si siano resi incerti o sofferenti nella vicenda sostanziale: si agisce in giudizio solo e soltanto per la tutela dei *«propri»* diritti o interessi.

Una simile configurazione dell'interesse processuale e della legittimazione ad agire sembra assorbire interamente nel concetto di diritto di azione queste due comunemente ritenute condizioni dell'azione. Per questa ragione non è mancato chi abbia ritenuto che, in fondo, non si tratti che di una diversa modulazione della ben nota teoria della prospettazione. In realtà, si tratta di un vero e proprio fraintendimento: legittimazione ed interesse non sono assorbiti nella prospettazione che la parte ne faccia al giudice; piuttosto è il diritto di agire in giudizio come diritto fondamentale ad essere caratterizzato da una completa strumentalità agli interessi e diritti della persona e che

alla persona spettano, sicché – salvi eccezionali ipotesi di sostituzione processuale previste espressamente dalla legge – non potranno mesi ipotesi nelle quali il diritto fondamentale di azione giurisdizionale sia esercitando da altri che il titolare del diritto o interesse legittimo leso nel rapporto sostanziale. Ne deriva una raffigurazione interamente in termini soggettivi del processo e, più ancora, una radicale strumentalità dell'azione dei pubblici poteri – compresa la giurisdizione – al godimento dei diritti della persona.

In questa direzione la possibile limitazione del diritto fondamentale a vedersi assicurata protezione giurisdizionale, che deriverebbe dall'esistenza di un area discrezionale e grigia, nella quale spetta al giudice verificare se chi agisce in giudizio disponga della necessaria legittimazione e vi abbia interesse, viene interamente superata. In questi termini, l'effetto pratico non si discosta eccessivamente da quello assicurato dalla teoria della prospettazione e, tuttavia, la raffigurazione del diritto di azione giurisdizionale, del suo regime costituzionale, della sua funzione, dei poteri che vi corrispondono sono significativamente differenti.

Ciò che appariva convincente nel proporre questa spiegazione del diritto di azione – e, con esso, della legittimazione e dell'interesse processuali – era anche che la giurisprudenza del giudice amministrativo, una volta letta in questa prospettiva, appariva non solo più coerente con il dettato costituzionale ma, trascurando l'uso di espressioni ricorrenti e la riconduzione degli argomenti agli approcci più tradizionali, facilmente riconducibile a questa spiegazione. In altri termini, sottoponendo ad esame gli insegnamenti della giurisprudenza, posti in relazione ai casi concreti ch'essa si trovava a decidere, non sembrava difficile rendersi conto del fatto che le sentenze del giudice amministrativo, per la più parte, utilizzavano i concetti tradizionali di interesse e legittimazione e, tuttavia, finivano per ritenerli assenti proprio in quelle ipotesi nelle quali la situazione soggettiva sostanziale non era protetta dall'ordinamento, ovvero il soggetto che agiva in giudizio non ne era titolare, oppure l'interesse materiale al godimento del bene della vita non era stato effettivamente compresso o, più spesso, la domanda proposta non curava adeguatamente la sofferenza della pretesa sostanziale. Così indagando la giurisprudenza, si traeva facilmente la sensazione che la stessa forse spiegabile adeguatamente sia alla luce di quest'approccio che delle teorie tradizionali di interesse e legittimazione – che pure normalmente venivano richiamate espressamente dal giudice. Tuttavia, le impostazioni tradizionali mostravano due difetti che questa spiegazione si proponeva di superare: anzitutto, nelle impostazioni tradizionali legittimazione ed interesse costruivano concetti elastici, suscettibili di interpretazioni largamente discrezionali, sicché ne derivava una possibile limitazione del diritto fondamentale di richiedere ed ottenere protezione giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche soggettive Incompatibile con la protezione costituzionale di questo stesso diritto fondamentale; in secondo luogo, non consentivano di escludere radicalmente spiegazioni oggettivistiche che apparivano, invece, del tutto inconciliabili con questa possibile teoria del diritto di azione.

3. La scarsa attenzione alla centralità della teoria dell'azione e l'impostazione del problema alla luce della conformazione (oggettiva o soggettiva) del processo.

3.1. Non si può dare dettagliatamente conto, in questa sede, dell'evoluzione della dottrina⁷ e della giurisprudenza degli ultimi quindici anni.

Tuttavia, non sembra difficile convincersi del fatto che la giurisprudenza abbia proseguito nel cammino di assicurare tutela piena ed effettiva alle situazioni giuridiche soggettive sofferenti nel diritto sostanziale, sia senza smettere di ricorrere ai concetti di carenza di interesse o legittimazione. Si tratta di due movimenti della giurisprudenza – per i quali sarebbe impossibile in questa sede dare conto dei precedenti rilevanti senza mutare il contenuto e lo scopo di questo lavoro – piuttosto riconoscibili.

Per un verso, infatti, la giurisprudenza ha costantemente proseguito il suo cammino per rendere piena ed effettiva la tutela, accompagnata da riforme legislative (sfociate prevalentemente nel C.P.A.) che la stessa giurisprudenza ha orientato. Per l'altro, non ha smesso di evocare interesse e legittimazione, il cui contenuto è, con tutta evidenza, quello di limitare l'accesso alla tutela giurisdizionale.

La contraddizione è solo apparente e, insieme, pericolosissima per ragioni che si esporranno in conclusione. E' apparente, perché se si esaminano le fattispecie concrete nelle quali la giurisprudenza ha ritenuto assenti interesse o legittimazione, non si faticerà a convincersi che si trattasse di casi nei quali difettavano la posizione soggettiva sostanziale, oppure il bisogno di tutela intorno ad essa; ciò al netto della perdurante confusione che impera nella nostra giurisprudenza circa la distinzione tra interesse processuale e legittimazione, trattati spesso come endiadi, come un tutt'uno o, peggio, come contenuto l'uno dell'altro (sicché, non di rado, il giudice amministrativo afferma l'esservi della legittimazione per ragione della sussistenza dell'interesse) ed al netto anche della diatriba circa il ricorso incidentale escludente, risolta dalla giurisprudenza europea in termini nettamente oggettivi e con trascuratezza rispetto al tema delle condizioni dell'azione⁸.

⁷ Senza pretesa di esaustività, di recente e con considerazioni di grande interesse sul resto del dibattito, F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 511; in precedenza, in sede monografica, S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2018; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa*, cit.; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, Maggioli, 2016; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012, 144. In ogni caso, tra i saggi, F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 774; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 364; F. FERRARI, *L'interesse c.d. legittimante ad agire*, in *Giur. it.*, 2014, 2745.

⁸ Sul tema, per tutti, R. VILLATA, *L'Adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1186; ID., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel processo amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, *ivi*, 2009, 285; ID., *Annotando gli annotatori*, *ivi*, 2011, 1183; ID., *Ancora «spigolature» sul nuovo processo*

Nella sostanza, la giurisprudenza del giudice amministrativo può essere spiegata sia alla luce degli insegnamenti tradizionali – che assegnano ad interesse processuale e legittimazione una funzione di filtro all’accesso alla tutela⁹ – che della spiegazione che si è appena (ri)proposta alla luce dell’art. 24 Cost. E ciò perché nella forma l’evocazione di interesse processuale e legittimazione avviene secondo formule tradizionali e l’applicazione in modo – quasi sempre – coerente con la più appagante teoria dell’azione giurisdizionale cui si è di nuovo fatto riferimento.

Come s’è anticipato, tuttavia, si tratta di un’utilizzazione che contiene un pericolo mortale per il nostro processo. Infatti, il giudice amministrativo se per un lato ha concorso in modo decisivo all’affermazione della pienezza della tutela, per l’altro ha conservato, costantemente esteso l’utilizzazione o ancora introdotto *ex novo*¹⁰ clausole generali ad interpretazione largamente discrezionale, che gli consentono di modellare la tutela in concreto quasi a suo piacimento.

E’ chiaro che interesse processuale e legittimazione appartengono alla prima categoria di istituti, vale a dire quelli che si sono conservati come riserva, valvola, polmone utilizzabile per modellare la tutela in concreto, quasi sempre in direzione sostanzialmente equitativa.

Un ordinamento ormai al collasso, caratterizzato da norme di legge puntuali tra loro contraddittorie, principi più evocati che disciplinanti, leggi provvedimento introdotte ogni qual volta si sia innanzi ad una vicenda di significativo rilievo sociale o eco-

amministrativo, *ibidem*, 1522; ID., *Finale di partita?*, *ivi*, 2015, 826 e, per la lettura delle decisioni fondamentali ed i loro commenti si può rinviare a *Dir. proc. amm.*, 2009, 146, ove i commenti di A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d’appalto ove anche il ricorrente principale contesta la mancata esclusione del vincitore*, e G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, *Dir. proc. amm.*, 2010, 617, ove il commento di A. SQUAZZONI, *L’Adunanza plenaria si pronuncia sul termine per notificare i motivi aggiunti nel rito ex art. 23-bis l. Tar (aggiungendo l’ennesima considerazione sull’ordine di esame delle censure escludenti incrociate)*; *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035, ove i commenti di A. SQUAZZONI, *Ancora sull’asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria sulla nozione di interesse strumentale*, F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale* e M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale “escludente” e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell’Adunanza Plenaria)*; *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, ove il commento di L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*; *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 541, ove l’opinione di E.M. BARBIERI, *La Corte di giustizia interviene sul processo giurisdizionale amministrativo in tema di ricorsi reciprocamente escludenti e di potere nomofilattico dell’Adunanza Plenaria*; sulla vicenda anche M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 986.

⁹ Di recente, l’idea che la legittimazione ad agire abbia la funzione espressa di consentire al giudice di filtrare l’accesso alla tutela è riproposta da M. MAGRI, *L’interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, Maggioli, 2017. Resta da osservare che assegnare al giudice il compito di filtrare la tutela significa consentirgli di esprimere un giudizio di meritevolezza circa la protezione della posizione sostanziale che, invece, risiede già nel fatto che essa sia protetta dall’ordinamento.

¹⁰ R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai “Cavalieri dell’apocalisse”?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 106.

nomico¹¹, ricorso ad una *soft law* fatta spesso più di slogan che di regole, e, per altro verso, confusione amministrativa e decrescente professionalità della dirigenza pubblica, spingono il giudice amministrativo ad utilizzare istituti caratterizzati da vasta ampiezza interpretativa come strumento per modellare il processo caso per caso, raggiungendo conclusioni spesso corrette per percorsi – altrettanto spesso – del tutto non condivisibili. In questo vasto repertorio di strumenti per rendere il giudice sostanzialmente libero di modellare il processo, interesse processuale e legittimazione non vengono rinunziati, per quanto l'uso che in concreto se ne fa è sostanzialmente compatibile con una lettura costituzionalmente adeguata del diritto di azione, sicché né l'uno né l'altra hanno autonomo rilievo.

3.2. In disparte questo, l'evoluzione dell'ordinamento, gli argomenti che hanno attratto l'interesse della dottrina¹² ed, infine, il permanere di orientamenti praticati dalla giurisprudenza¹³ tipicamente oggettivistici in relazione a singoli istituti processuali, hanno allontanato l'attenzione sul tema delle condizioni dell'azione dalla sua necessaria impostazione alla luce della teoria dell'azione giurisdizionale.

Ciò che sembra essenziale per ricostruire il problema dell'interesse processuale e della legittimazione, infatti, è concentrarsi nel fornire una adeguata teoria dell'azione giurisdizionale.

Invece, attratta da riforme legislative¹⁴ ovvero rilevanti problemi processuali, la dottrina sembra essersi orientata verso una sua rilettura nella prospettiva della configu-

¹¹ Per i problemi, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza, giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1021.

¹² Per la ricostruzione delle questioni aperte, in questo stesso fascicolo della *Rivista*, B. GILIBERTI, *La legittimazione ad agire nel processo amministrativo di legittimità tra potere qualificatorio pubblico e forza legittimante della sovranità dell'individuo*, *passim*.

¹³ Per alcuni, ma decisivi, profili, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, G. TROPEA, *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 218-294.

¹⁴ Si pensi solo a quelle che assegnano legittimazione straordinaria alla Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM o all'Autorità nazionale anticorruzione – ANAC, sulle quali, A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 e ID., *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, 43. Naturalmente il tema è stato ampiamente frequentato e per alcuni riferimenti sulla questione della legittimazione predicata in capo ad ANAC, L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 605; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *ivi*, 499; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, *ivi*, 515; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm*, 2016; F. GOISIS, *La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria*, in questa *Rivista*, 2017, 421; M. D'Arienzo, *I poteri di intervento dell'ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. Proc. e Amm.*, 2018, 539.

Quanto ad AGCM, almeno, B.G. MATTARELLA, *I ricorsi dell'Autorità antitrust al giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 291 ss.; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garan-*

razione del processo in termini oggettivi o soggettivi – per lo più scambiandosi, così, la causa con l'effetto¹⁵.

La questione è piuttosto nota, ed è quella della introduzione da parte del legislatore di ipotesi di legittimazione ad agire in assenza di situazioni soggettive sostanziali e, quindi, nella prospettiva della domanda portata in giudizio non nell'interesse della parte ma di quello pubblico. Si tratta di una questione che deve essere risolta alla luce della eventuale incostituzionalità di codeste norme – *ex art. 24 Cost.* – ma che, come tale, non è destinata a fornire nessun dato rilevante circa la teoria dell'azione e, quindi, della legittimazione processuale. Si tratta, appunto, di eccezioni introdotte puntualmente dal legislatore e che come tali debbono essere considerate.

Collocare il problema della legittimazione nella teoria del processo non sembra utile a chiarire né l'uno né l'altra. Piuttosto, il coté della legittimazione processuale continua ad apparire quello della relazione tra la titolarità della situazione soggettiva sostanziale (e, quindi, del suo contenuto e poteri) e l'esercizio del diritto (fondamentale) di agire in giudizio a sua tutela.

Le ipotesi di sostituzione processuale (come quella che si verifica nel caso di azione da parte di enti o associazioni cosiddette “esponenziali” dei diritti individuali diffusi) o di affermazione della legittimazione per via legislativa¹⁶ ed in assenza di una situazione soggettiva sostanziale¹⁷, restano eccezioni che ogni processo può conoscere e che non ne mutano il volto.

te della concorrenza e del mercato, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in *Federalismi.it*, 2012; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35 d.l. n. 201/2011)*, in *Federalismi.it*, 2011. Sul problema della legittimazione della AGCM si legga, comunque, Corte Cost., n. 20 del 14 febbraio 2013, in *Giur. Cost.*, 2013, 1, 329, commentata da M. MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2013, 342. e R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, *ivi*, 337, nonché da F. GOISIS, *op. ul. cit.*

Per una recente complessiva ricognizione del tema, N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 807.

¹⁵ Né sembra casuale che la dottrina straniera che questo stesso fascicolo della *Rivista* ospita, in assenza di distrazioni (in senso etimologico) che vengano da congiunture dell'ordinamento, correttamente imposta il tema della legittimazione in quello della teoria dell'azione e non del processo; cfr. C. FERRARI – BREEUR, *Le droit d'action dans le procès administratif français : les récentes évolutions*.

¹⁶ Per quanto se ne possa sottolineare il grande rilievo teorico e pratico (così, M. CLARICH, *Il public enforcement del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Concorrenza e mercato*, 99-106; sul tema, comunque, in questo fascicolo della *Rivista*, A. CARBONE, *Pienezza della tutela e modelli processuali differenziati*) esse si debbono considerare ipotesi eccezionali di legittimazione *ex lege*, tema sul quale occorre rinviare a P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 40 e V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione soggettiva e legittimazione oggettiva ad agire nel processo amministrativo*, *cit.*

¹⁷ Per quanto si tratti di posizione largamente minoritaria in dottrina, vi è chi ritiene che una situazione soggettiva in capo ad AGCM sussisterebbe e ciò fonderebbe la sua legittimazione

4. Dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione. Nuovi pericoli per il diritto fondamentale a ricevere protezione giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche soggettive.

La permanenza del rilievo assegnato ad interesse processuale e legittimazione ad agire, l'introduzione di nuove ipotesi di legittimazione in assenza di situazioni soggettive sostanziali e la concentrazione dell'attenzione della dottrina che si sia occupata della legittimazione sulla struttura del processo anziché su quella dell'azione, tuttavia, non sono che movenze di un problema più radicale e profondo, che muove dal diritto sostanziale e si proietta su quello processuale.

Ciò che è evidentemente accaduto nel diritto sostanziale è un'intensissima pubblicizzazione dei rapporti e dei soggetti. Sul versante di questi secondi, una vasta area di soggetti privati o privatizzati è stata ricondotta all'ambito pubblicistico sia da singole norme legislative, sia dalle interpretazioni dottrinali che, soprattutto, della giurisprudenza. Dopo una lunga movenza dell'ordinamento nel suo complesso, nel solco tracciato dalla Costituzione, che si conduceva verso una raffigurazione dell'organizzazione per fini pubblici come caratterizzata da questi secondi e non dal suo profilo soggettivo, collocata sul versante dell'organizzazione della società più che dell'articolazione dello Stato¹⁸, si è assistito – negli ultimi quindici anni almeno – ad una sua intensa pubblicizzazione; società a partecipazione pubblica, fondazioni, privati concessionari, sono stati attratti da regimi pubblicistici che solo a fatica trovano spiegazione e che non di rado rispondono a logiche diverse se non contraddittorie. Considerazioni non troppo diverse possono farsi per il concetto di pubblico servizio, in ordine al quale non è difficile assistere (ad esempio nei provvedimenti dell'ANAC) ad esercizi di assonanza che poco hanno a che fare perfino con l'analogia più spinta, sicché brandelli di regime dettati per esigenze puntuali vengono tessuti in una trama sempre pubblicistica.

Sul versante dell'attività, poi, l'intera amministrazione per contratti ha visto una drammatica inversione di tendenza, sicché istituti che indiscutibilmente sono da ascrivere al diritto privato – e che anche l'anti-contrattualismo radicale

processuale; cfr. M. ANTONIOLI, *La legittimazione a ricorrere degli enti pubblici tra situazioni sostanziali, soggettività della tutela e funzionalizzazione dell'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 579.

¹⁸ Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. Econ.*, LXV (2019), n. 98 (1/2019), 43; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa *Rivista*, IV (1/2019), 7.

della nostra tradizione¹⁹ aveva conservato in quell'ambito – sono stati riscritti in termini pubblicistici (non di rado compiendo articolati labirinti concettuali per giungere alle medesime conclusioni pratiche²⁰); inoltre, nel perimetro dell'esercizio di poteri certamente pubblicistici, si assiste ad un'affermazione della natura discrezionale di decisioni pubbliche che ben difficilmente tali sono qualificabili²¹, ovvero – a fronte di poteri certamente discrezionali – all'applicazione di un regime della discrezionalità improntato ad un'insindacabilità inconcepibile solo qualche anno fa e certamente incompatibile con il disegno costituzionale e del diritto europeo.

Ad unificare questo largo diffondersi della parabola pubblicistica è l'evocazione dell'interesse pubblico. Ordinariamente non si avverte il minimo sforzo definitorio, né di definizione del suo contenuto: l'interesse pubblico è, appunto, sostanzialmente evocato, divenendo una sorta di norma aggiunta, interposta laddove mancante nella legge a giustificare il potere ovvero utilizzata in via interpretativa a forzarne il dato. Alla capacità espansiva della clausola dell'interesse pubblico si aggiungono poi – sempre più frequentemente – altre previsioni – potenzialmente eversive – come l'urgenza o la natura straordinaria della previsione (frequente nel caso delle leggi provvedimento).

Il diritto sostanziale, in sostanza, è interessato da una vasta trasfigurazione in senso pubblicistico. Né si fatica ad individuarne le radici, stante il rapidissimo declino dello Stato nell'era della globalizzazione, del dominio dei mercati, del superamento delle autorità nazionali a favore di quelle sovranazionali; il risultato è che le autorità nazionali – legislatore e giudice – trovano nell'interesse pubblico, nella valutazione discrezionale, nella pubblicizzazione dei soggetti o delle decisioni strumenti per rispondere a bisogni sociali per i quali non sono più attrezzati.

Ovvio che tutto ciò si “scarica” sul processo amministrativo.

Se, quindi, la mancata adeguata definizione della teoria dell'azione – e, quindi, di quelle che sono ritenute essere le sue condizioni – in senso costituzionale appariva come creazione di un pericoloso spazio di filtro all'accesso alla tutela – sicché al giudice, attraverso il giudizio su interesse processuale e legiti-

¹⁹ Per più ampie considerazioni sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *La cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2002, 491

²⁰ Un esempio è dato dall'art. 176 del codice dei contratti pubblici, per come interpretato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, tema sul quale sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Commento all'art. 176 Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*, in Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, 1426).

²¹ Solo per fare un esempio, si veda la giurisprudenza discussa in L. R. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, II. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, 237.

timazione sarebbe stata riservata un'area di apprezzamento discrezionale in grado di impedire l'accesso alla tutela a singole azioni o categorie di azioni – rispetto al quale era urgente intervenire, oggi i pericoli sono assai più profondi e vasti.

Autorevolissima dottrina indicava, solo due anni fa, tre grandi pericoli mortali per il processo – l'idea della giurisdizione come «servizio» e risorsa scarsa, la ragionevole durata del processo e l'abuso del medesimo – poiché assegnavano al giudice notevolissimi spazi di arbitrio circa il processo, con la facoltà di negare giustizia, ad esempio perché troppo onerosa rispetto al rilievo della questione o alla sua meritevolezza. Si tratta, certamente, di rischi mortali per il processo – e per di più inoculati da principi o regole che vengono maneggiati talora secondo “mode” interpretative, senza adeguata consapevolezza.

Ma altri pericoli appaiono non meno urgenti né meno gravi. Basterà qui indicarli senza ulteriori sviluppi o dimostrazioni – giacché si tratta di elencare dati e collegare giurisprudenza formatasi in materie molto diverse, occupando uno spazio al lettore incompatibile con la sede prescelta.

Nella sostanza, si tratta di pericoli che si radicano nelle esigenze che la giurisprudenza si trova a fronteggiare sovraccaricando il suo ruolo – e, nella sostanza, consegnando il principio di legalità ad un uso del processo sostanzialmente equitativo. Nel nostro momento storico, oltre alla perdita di ruolo dello Stato e dei pubblici poteri che porta con sé il contrappeso di una larghissima pubblicizzazione, la giurisprudenza si trova a confrontarsi sia con la pessima qualità della legislazione che con la inedita debolezza degli apparati amministrativi e la loro perdita di professionalità.

Il compito di supplenza di cui è onorata la giurisprudenza influenza tutti gli istituti processuali, naturalmente. E, tuttavia, si esprime principalmente sul fronte del *déni de justice* che consegue al contrarsi della giurisdizione.

In questi termini il tema urgente che si pone a chi abbia a cuore la protezione giurisdizionale dei diritti delle persone non sembra più essere solo quello della teoria dell'azione – né, tantomeno, quello della natura soggettiva o oggettiva del processo, sul quale la dottrina non cessa d'essere impegnata per ragione dei costanti attentati che la giurisprudenza ed, ancor più, il legislatore portano all'idea del processo di parti nell'interesse delle stesse – quanto, piuttosto, quello del contenuto e confine della giurisdizione.

E' facile individuare – ad imitazione della declinazione che ha proposto dottrina autorevolissima già richiamata – tre profili – o tre cavalieri, se si intende proseguire nella parabola apocalittica – lungo i quali questo pericolo si esprime.

Anzitutto, quello della contrazione del principio di legalità. In applicazione della *Rule of Law* il potere è assegnato all'autorità pubblica solo nei casi e per gli scopi previsti dalla legge. L'intensa pubblicizzazione che ci si para d'innanzi, invece, lo ricava non solo per analogia (ed espressamente, si badi, il che è ancora più sorprendente) ma anche attraverso la composizione di istituti e regole distinti, dettati per ragioni di interesse pubblico apertamente diverse; basterebbe richiamare alla mente come si siano estratti poteri a favore delle autorità indipendenti ove questi non sono previsti, non solo con la teoria dei poteri impliciti²² ma, più spesso – ed a vantaggio di qualsivoglia ente pubblico – componendo fattispecie attributive di potere ricavando segmenti della disposizione da una congerie di norme che ha in comune solo allusioni o richiami – basterebbe pensare all'uso giurisprudenziale di pezzetti di disposizioni diverse, dettate per ragioni d'interesse pubblico tra loro lontane, che si trova facilmente negli insegnamenti in materia di società a partecipazione pubblica ovvero di pubblici servizi.

La ragione di contrazione della tutela che agisce sul versante dell'esistenza e del contenuto della giurisdizione è data dal fatto che il giudice non applica norme preesistenti sulle quali le parti si possono misurare in un giudizio di legittimità, ma la compone in giudizio attraverso l'uso sincretico di significati formati in contesti del tutto diversi ed accomunati solo dalla strumentalità a sottrarre al diritto privato soggetti, atti, procedure.

La seconda prospettiva lungo la quale la giurisdizione esce contratta quando non negata è data dall'interposizione della clausola dell'interesse pubblico, evocata a comporre la fattispecie quando per raggiungere il risultato interpretativo mancano gli elementi nel testo della norma. Come nel caso precedente – con il quale, peraltro, di frequente si compone – ad essere stravolto è il contenuto della norma, sulla base di un pregiudizio pubblicistico: l'evocazione dell'interesse pubblico – sempre aggettivato come «*superiore*» - è funzionale a piegare il contenuto della norma ad esigenze interposte, non previste dalla norma ma utili a ricondurre in un generico ambito pubblicistico la vicenda specifica. Il risultato è che il potere non solo sarebbe definito ed integrato da un generale (e «*superiore*») interesse pubblico, ma che quest'estensione – quando non creazione – di ambiti di potere è sempre accompagnata dall'affermazione della sua insindacabilità.

A rendere estremamente pericolosi i due elementi che si sono indicati, infatti, la terza movenza della giurisprudenza amministrativa, che immancabil-

²² Sul punto, certamente, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001

mente si accompagna alle due appena indicata (o, almeno, ad una delle due): quella dell'affermazione della natura discrezionale di questi poteri e dell'insindacabilità della decisione di pubblico interesse. E' chiarissima in giurisprudenza l'affermazione della presenza di un generico (e «*superiore*») pubblico interesse come premessa per predicare la natura discrezionale della decisione e la sua insindacabilità. Si tratta di schemi utilizzati per decisioni discrezionali perfettamente sindacabili – e che divengono opache e radicalmente opinabili non appena si confondano gli elementi della fattispecie attributiva del potere ovvero vi si interponga la clausola di pubblico interesse inteso non come quello specifico indicato dalla norma ma come una sorta di *bonne à tout fait* in grado di mutare forma e sostanza della decisione amministrativa a piacimento o alla bisogna. Sono meccanismi che, tuttavia, vengono applicati anche in caso di valutazioni tecniche perfettamente sindacabili ed, anzi, in passato costantemente valutate dal giudice (si pensi anche solo a valutazioni tecniche come quelle relative all'anomalia dell'offerta).

L'interesse pubblico come evocazione di un limite implicito alla giurisdizione sempre presente, l'affermazione della natura discrezionale del potere volta a volta applicato unita a quella della sua insindacabilità, la composizione della fattispecie in funzione di pubblicizzazione della relazione con la conseguente riconduzione della lite nel perimetro dei primi due elementi, sono tutte movenze concrete del processo amministrativo che si traducono in contrazione o diniego della giurisdizione. Non si tratta di una nuova forma di *deference* nei confronti del potere pubblico o di una aperta contraddizione del percorso di affermazione della pienezza della tutela.

Si tratta, sembra, della prudente amministrazione del ruolo di supplenza cui il giudice è costretto, sicché lo stesso fatto della vita cui si accompagna l'applicazione di una norma attributiva del potere viene in taluni casi fatto oggetto di sindacato pieno ed, in altri, qualificato come decisione discrezionale circa l'interesse pubblico del tutto insindacabile. Il risultato è che l'estensione e la struttura della giurisdizione diviene un filtro caso per caso all'effettiva tutela che – invece – è costituzionalmente garantita.

In questo alveo le condizioni dell'azione possono tornare ad assolvere un ruolo di filtro discrezionale all'accesso alla tutela. Più ancora, però, questo limite si colloca sul versante del contenuto della giurisdizione, sul quale, quindi, non è meno urgente esercitare la vigilanza del pensiero critico.