

MARCO MAGRI

Professore ordinario di diritto amministrativo  
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara  
*mgr@unife.it*

**GENESI E PROTEZIONE DELLE POSIZIONI GIURIDICHE  
SOGGETTIVE AVVERSO IL POTERE PUBBLICO: PER UN  
RIPENSAMENTO DELLA TEORIA DELLA  
“DELEGITTIMAZIONE” AD AGIRE NEL PROCESSO  
AMMINISTRATIVO**

**ORIGIN AND PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS AGAINST  
PUBLIC POWER: RETHINKING THE “DELEGITIMATION”  
THEORY IN THE ITALIAN JUDICIAL REVIEW PROCEEDINGS**

SINTESI

Il saggio intende sollecitare il ripensamento di una prospettiva culturale largamente condivisa negli studi sulla giustizia amministrativa. La dottrina e la giurisprudenza richiamano oramai abitualmente il principio di soggettività della tutela giurisdizionale, identificandovi il moderno fondamento individualista del diritto di proporre ricorso e, soprattutto, ne deducono il tramonto dell'antica premessa che descriveva l'azione nel processo amministrativo come un'iniziativa giurisdizionale assunta per la difesa dell'interesse pubblico, in grado di dare tutela solo indirettamente, o per pura coincidenza, all'interesse della parte. Nonostante ciò, una vastissima corrente di pensiero ritiene che il compito del giudice amministrativo nel processo di annullamento non sia semplicemente quello, caratteristico del processo di parti, di pervenire a un convincimento attraverso un confronto imparziale tra le censure avanzate dal ricorrente e la tesi difensiva dell'amministrazione, ma sia essenzialmente quello di dare attuazione alla “volontà” della legge amministrativa di garantire “diritti pubblici soggettivi”, cioè all'intento del legislatore di conferire rilevanza giuridica all'interesse materiale del singolo, che entra così nel processo attraverso la qualificazione e la “protezione” accordatagli dalle stesse norme disciplinanti l'esercizio del po-

tere. Questa rifondazione soggettivistica della tutela, che imprime alla giurisdizione i caratteri di attività strumentale alla garanzia di una situazione soggettiva sostanziale, è stata foriera di notevoli progressi sul piano degli effetti della sentenza e della stessa funzionalità riparatrice del sistema italiano di giustizia amministrativa. Essa ha tuttavia operato anche in chiave limitativa dell'accesso alla tutela, riportando in auge nell'esperienza giurisprudenziale, paradossalmente, l'antica classificazione del giudizio amministrativo come tipico esempio di contenzioso a contenuto oggettivo, nel senso di destinato alla tutela di un interesse pubblico. È comune, infatti, l'opinione che il giudice, investito dell'azione di annullamento, debba attenersi scrupolosamente, prima di decidere sulla validità del provvedimento impugnato, alla massima per cui soltanto i titolari di interessi protetti e dunque "qualificati" dalle norme disciplinanti l'esercizio del potere hanno diritto di azione, poiché essi esclusivamente rivestono la qualità di soggetti "legittimati" alla proposizione del ricorso. Gli altri ricorrenti, ancorché titolari di diritti – ma di diritti non "presi in considerazione" dalla norma attributiva del potere – sono automaticamente "declassati" a *quivis de populo*, con rarissime eccezioni, che dimostrano solo la grande confusione e il rischio di continue discriminazioni che originano dal panorama appena descritto. La riflessione presentata nel saggio si sofferma criticamente soprattutto sul criterio pratico, avallato dalla dottrina e costantemente utilizzato dalla giurisprudenza, con il quale viene accertato, nei singoli casi, se il ricorrente abbia accesso alla tutela di merito in quanto effettivamente "titolare" dell'azione, oppure agisca per un interesse di mero fatto, non protetto dall'ordinamento, e sia perciò inevitabilmente destinato a vedersi opporre, in rito, una pronuncia di inammissibilità "ostativa" (art. 35 c.p.a.). Va precisato che il contributo non tratta della problematica dei cosiddetti interessi diffusi, considerata anch'essa cruciale, ma meritevole di essere tenuta distinta. Tipico è infatti il frangente processuale in cui il giudice amministrativo è chiamato a risolvere questioni attinenti alla "coagulazione" in capo al ricorrente di un interesse "adespota" o deve decidere sulla natura suffi-

cientemente “esponenziale” del soggetto collettivo che ha agito in giudizio. Il problema sul quale il saggio si focalizza nasce da una situazione completamente diversa: si tratta della circostanza in cui è stata chiesta, ma rifiutata, la tutela di interessi che, al contrario di quelli collettivi e diffusi, vengono allegati come fondati su norme squisitamente individuali, qualificanti, “protettive” di diritti, dunque in qualche modo esclusive (la proprietà e l’impresa, ad esempio) e spesso anche precisamente individuate nel ricorso, ma non sufficienti per arrivare alla sentenza di merito.

ABSTRACT

The article aims to call for a re-thinking of a cultural perspective that is widely shared in Italian administrative law studies. Despite the traditional statement of the “subjectivity” of the Italian system, a very wide current of thought considers that the judge’s task here is not simply that of reaching a conviction through an objective comparison (in the sense of impartial) between the claims made by the plaintiff and the administration’s defensive arguments, but above all to give effect to the “will” of the administrative law to secure “subjective public rights”, i.e. the legislator’s intention to give legal relevance to the material individual interest, who enters the judgement through the qualification and “protection” granted by the same rules governing the challenged decision-making process. This subjectivist re-founding, which restores to the judgement the characteristics of an activity instrumental to the guarantee of a substantial subjective situation (the legitimate interest), has been the harbinger of notable progress at the level of the effects of the judgement and of the same restorative functionality of the Italian system of administrative justice. However, it has also operated from the point of view of limiting access to protection, paradoxically bringing back into vogue in the jurisprudential experience the old classification of the administrative judgement as a typical example of litigation with objective content, in the sense of being intended for the protection of a public interest. It is common ground, in fact, that the

judge, before deciding on the validity of the contested measure, must be scrupulously aware, before deciding on the validity of the challenged decision, that only the holders of “protected” interests and therefore “qualified” by the rules governing the exercise of the power have standing to bring an action. The others are automatically “downgraded” to *quivis de populo*, with very rare exceptions, which only demonstrate the great confusion and the risk of continuous discrimination that originate from the panorama described above. The arguments presented in the article are linked to this element, in the context of the practical criterion, endorsed by a part of the doctrine and constantly used by jurisprudence, with which it is ascertained, in each individual case, whether the plaintiff has standing because of being the “owner” of the action, or whether he acts for a mere factual interest, not protected by the system, destined to be opposed, in court, by a ruling of “obstructive” inadmissibility (art. 35 c.p.a.). The contribution does not deal with the issue of so-called diffuse interests (i.e. “group litigation” or similar), which is also considered crucial, but is distinct: in fact, the procedural juncture in which the judge must resolve issues pertaining to the “coagulation” of an interest in the hands of the plaintiff, or topics related to the “representative” nature of the collective subject that has taken legal action for the annulment of the act, is different. The problem focused by this essay takes shape in a completely different situation, which takes place when the protection of interests is refused, despite the subjective right is “qualified”, because the rules protecting the appellant’s right are not the same as those that the appellant places as the basis of his application, i.e. the rules from the violation of which the appellant deduces the invalidity of the challenged decision.

PAROLE CHIAVE: giustizia amministrativa, legittimazione, titolarità, interesse legittimo

KEYWORDS: judicial review, standing rules, legitimate interest

INDICE: 1. Consolidamento e ambiguità del processo amministrativo “soggettivo”. – 2. La soggettività come attributo del dovere del giudice di pronunciare sul merito del ricorso. – 3. La soggettività come predicato del dovere del giudice di pronunciare sul rito. – 4. La sentenza di rito ostativa e la teoria della norma di protezione (o della “delegittimazione ad agire”). – 5. Considerazioni critiche sulla teoria della

norma di protezione. – 6. Sul principio di autodeterminazione dell'interesse protetto. – 7. Osservazioni conclusive.

## 1. Consolidamento e ambiguità del processo amministrativo “soggettivo”

Oggi concordemente si riconosce che il sistema italiano di giustizia amministrativa assicuri al cittadino una tutela di carattere soggettivo, accolga cioè il principio per cui l'esercizio del diritto di ricorso è strumentale alla garanzia di posizioni o situazioni protette da norme di diritto sostanziale. L'opposta angolazione che intravedeva nella tutela impartita dal Consiglio di Stato il tipico manifestarsi del principio di autonomia dell'azione dal diritto sostanziale<sup>1</sup>, al punto da ridurre l'interesse del ricorrente a semplice condizione legittimante – soprattutto tesi come quelle di Chiovenda<sup>2</sup> e Calamandrei<sup>3</sup>, che annettevano al ricorso la sola funzione di ripristino del «diritto oggettivo» – fa parte del passato ed è considerata incompatibile con l'impostazione accolta dalla Costituzione del 1948<sup>4</sup>, che riconosce al giudice amministrativo «piena dignità di giudice ordina-

---

1 Sull'emergere della riflessione attorno alla natura pubblicistica dell'azione, premessa storica e culturale del modello processuale “sociale”, A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile, fra XX e XXI secolo*, p. 87 ss., in F. MACARIO E M. N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma Tre Press, 2017, pp. 87 ss. (spec. 103 ss., 108), anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 579 ss.

2 G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 118.

3 P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 22 ss., anche in *Studi sul processo civile*, Padova, 1947 (dove le considerazioni sul processo amministrativo sono a p. 20).

4 A conclusione di un grande movimento culturale tendente alla «rimozione» delle «incrostazioni oggettivistiche» dalla disciplina del processo amministrativo, come scriveva A. PIRAS, *Interesse legittimo e processo amministrativo*, vol. I, *Struttura del giudizio e legittimazione al processo*, Milano, 1963, p. 130; nello stesso senso V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 27; dibattito che è rimasto però a lungo confinato all'ambito dottrinale e culturale, avendo la dottrina continuato a rilevare, dalle disposizioni della legislazione processuale crispina e dalle interpretazioni che ne dava il Consiglio di Stato, la persistenza di caratteri pubblicistici; si è potuto così parlare ad esempio, in pieno periodo repubblicano, di una «efficacia oggettiva della sentenza», secondo F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 893 ss., 906; o di una garanzia dell'interesse pubblico come scopo del processo amministrativo, rispetto quale l'interesse del cittadino è servente, secondo E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1954, p. 69 (su queste vicende, più ampiamente, F. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017; B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Annali II, Tomo II, Milano Giuffrè, 2008, 709 ss.).

rio» per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi<sup>5</sup>.

Nonostante questa prospettiva domini incontrastata nel moderno dibattito sulla giustizia amministrativa, alla prova dei fatti i suoi esiti sono soltanto in parte coerenti al fondamento individualista che, stando all'assunto, costituirebbe il substrato del sistema di giurisdizione soggettiva. La verità è che di questo principio – la “soggettività” della tutela – il nostro ordinamento restituisce due significati, l'uno agli antipodi dell'altro o meglio, *l'uno contro l'altro*.

## **2. La soggettività come attributo del dovere del giudice di pronunciare sul merito del ricorso**

Si può prendere anzitutto in considerazione il percorso interpretativo culminato nel ripensamento della funzione solo eliminativa del processo d'impugnazione, oggi formalizzato nelle norme del Codice che disciplinano l'azione in termini di diritto ad una pronuncia sul merito.

Non è senza significato che il Codice abbia abrogato disposizioni «evocative»<sup>6</sup> di una giurisdizione di mero diritto oggettivo, come quella contenuta nell'art. 6 del Reg. proc. n. 642 del 1907, ove s'imponessa al ricorrente «l'indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati» (art. 6) o come quella sancita dall'art. 45 R.D. n. 1054 del 1924, per cui la sentenza di annullamento doveva intendersi pronunciata «salvo gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa». Ora l'art. 40 c.p.a. conferisce al ricorso introduttivo i caratteri tipici dell'atto di esercizio dell'azione, imponendo a pena d'inammissibilità che i «motivi specifici su cui si fonda il ricorso» (lettera d) siano allegati dal ricorrente nella forma, critica ed argomentata, della domanda giudiziale. Coerentemente, l'art. 34 c.p.a. supera la concezione soltanto demolitoria dell'annullamento, connettendo all'accertamento dell'invalidità dell'atto conse-

---

<sup>5</sup> Corte cost., n. 204 del 2004.

<sup>6</sup> I. PAGNI, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di una processualcivilista*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del processo amministrativo visto dal basso*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 107.

guenze più soddisfattive della semplice eliminazione giuridica. Anche senza ricordare la ben nota vicenda che ha portato alla proponibilità dell'azione risarcitoria, si può citare ad esempio la disposizione del Codice sul potere decisorio che il Consiglio di Stato ha ribattezzato «cognizione ad esecuzione integrata»<sup>7</sup>, là dove si riconosce che il giudice possa disporre direttamente nella sentenza di annullamento le misure idonee all'attuazione del giudicato (lettera e); oppure la norma di richiamo alle azioni a contenuto condannatorio (lettera c), che in taluni casi può arrivare all'accertamento della fondatezza della pretesa e all'esaurimento del potere, anche discrezionale, dell'amministrazione.

Di molti altri istituti si potrebbe far cenno, arrivando alle stesse conclusioni. Nel complesso, insomma, sembra fuor di dubbio che il Codice ponga le premesse per l'avveramento della condizione ordinamentale, un tempo soltanto auspicata dalla dottrina, di un giudizio il cui oggetto non è più soltanto la questione di validità dell'atto impugnato<sup>8</sup>, ma si allarga al sottostante “rapporto” – con tutte le incognite che questo termine solleva<sup>9</sup> – tra il ricorrente e l'amministrazione<sup>10</sup>.

### **3. La soggettività come predicato del dovere del giudice di pronunciare sul rito**

Non appena tuttavia ci si collochi dal punto di vista dell'individuo che attende di sapere a quali condizioni potrà ricevere la tutela di merito, ci si accorge immediatamente dell'enorme sviluppo che nell'esperienza giuridica italiana ha avuto la sentenza di rito ostativa: la cui diffusione scava un solco profondo nell'affermazione della soggettività della giurisdizione amministrativa<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Cons. Stato, II, 12 maggio 2023, n. 4800.

<sup>8</sup> F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit.

<sup>9</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 297.

<sup>10</sup> L.R. PERFETTI, *Processo e potere nel prisma del giudicato amministrativo: l'asimmetria ribaltata: Rileggendo la voce «Giudicato Amministrativo» di Feliciano Benvenuti*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, pp. 181 ss.

<sup>11</sup> B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2020.

Il Codice non definisce le condizioni dell'azione nel processo amministrativo (il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. è ben poco perspicuo), senza però rinunciare a presupporle, con il risultato di trasformare l'art. 35 in un'implicita autorizzazione per un uso selettivo della pronuncia d'inammissibilità. Sul piano dei requisiti dell'affermazione, non è discutibile che l'art. 39 c.p.a. richiami al processo amministrativo i principi di cui agli articoli 81 (divieto di sostituzione processuale) e 100 c.p.c. (interesse ad agire). Ma discende dalla stessa ragion d'essere del processo amministrativo, come di tutti i giudizi sulla legittimità di atti dei pubblici poteri, che la mera affermazione del ricorrente non sia sufficiente a creare in capo al giudice il dovere di pronunciare sul merito, non essendo ammessa l'azione popolare, che sarebbe altrimenti neppure troppo nascostamente riconosciuta. Appare quindi ovvio e coerente al sistema un criterio di comunicazione diretta con il diritto sostanziale che permetta al giudice, in presenza di determinate condizioni, di rifiutare la pronuncia sul merito, senza che ciò trasmodi in un illegittimo diniego di giustizia.

In tale prospettiva, le definizioni che compaiono all'art. 35 lettera b) non offrono all'interprete una base testuale particolarmente fruttuosa, tranne rimettere al giudice stesso l'operazione di cui stiamo parlando. Ci si potrebbe chiedere, come (vedremo) fa la giurisprudenza, se la «carenza di interesse» possa essere intesa come carenza d'interesse sostanziale, cioè difetto di titolarità d'interesse legittimo (non d'interesse ad agire). Ma in effetti ragionare in quest'ordine di idee non ha molta utilità, visto il carattere *bonne à tout faire* dell'inammissibilità per «altre cause ostative a una pronuncia sul del ricorso», descritta in seconda battuta dall'art. 35 c.p.a.

È quindi innegabile che l'estrema lacunosità del Codice investa il giudice amministrativo di un potere discrezionale amplissimo: includere o escludere interessi dalla pronuncia di merito, discriminare interessi meritevoli di tutela da interessi non meritevoli di tutela.



Proprio per ciò è importante, affinché quel potere non si tramuti in arbitrio, un vaglio critico particolarmente rigoroso delle prassi giurisprudenziali.

Qui non si vuole perorare la causa dell'ampliamento dell'accesso alla giustizia amministrativa, che è un tema separato da quello delle condizioni di ammissibilità del ricorso, in quanto dipende da tanti fattori, anche politico-legislativi, diversi dalla posizione del giudice rispetto alle condizioni dell'azione. Basterebbe richiamare, al riguardo, la divisione in fasi riportata in un oramai lontanissimo lavoro di Cappelletti e Garth: l'assicurazione di mezzi di difesa per i non abbienti (cfr. art. 24 Cost.)<sup>12</sup>, la rappresentanza in giudizio degli interessi diffusi, l'esistenza di meccanismi di controllo e di risoluzione alternativa delle controversie rispetto al processo giurisdizionale<sup>13</sup>.

Neppure s'intende seguire la prospettiva della trascendenza individuale nel sopraindividuale<sup>14</sup>, condizionato dal tema degli interessi collettivi o diffusi<sup>15</sup>. Le leggi amministrative di uno Stato di diritto pienamente realizzato, scriveva A.M. Sandulli, sono impegnate nel compito di rappresentare interessi privi di protezione<sup>16</sup>, per cui sono fonti di norme legittimanti, che conferiscono il potere di proporre l'azione di annullamento a soggetti che in base alle regole gene-

---

12 M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24 ottobre 2012.

13 Sono queste le «tre tappe fondamentali in cui si è articolato il grande movimento di riforma» dell'accesso alla giustizia nei vari Paesi, secondo il contributo di cui si sta parlando, presentato M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 54 ss., 56-57.

14 P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, p. 152.

15 Uno dei profili che nel presente saggio si vorrebbe mettere in risalto è la non sempre chiara distinzione tra due questioni, tra loro non sovrapponibili: la problematica attorno alla tutela dell'interesse civico (*uti cives*), plurisoggettivo, diffuso, adespota, ecc. e la questione, che qui soltanto si ha intenzione di considerare, attorno all'interesse individuale (*uti singulus*) precisamente qualificato dall'ordinamento, ma "squalificato" dalla norma organizzativa che disciplina l'esercizio del potere. Questa imperfetta separazione, che beninteso non ha nulla di criticabile, ma non è quella da cui procederemo, è comune alla dottrina, anche più recente, in tema di legittimazione al ricorso (B. GILIBERTI, *Contributo*, cit.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, Franco Angerli, 2018; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016; in parte anche M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016).

16 A.M. SANDULLI, *Per una più piena realizzazione dello stato di diritto*, in *Stato sociale*, 1960, I, 3 ss.; anche in *Scritti giuridici*, V, Napoli, Jovene, 1990, p. 277.

rali ne risulterebbero privi. Si vuole sottolineare, da una simile angolazione, il fondamento democratico delle eccezioni apportate con legge – ma dev'essere legge – al divieto generale di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.), che, vorrei aggiungere, nel caso delle associazioni deve essere applicato con attenzione e, dove occorre, con rigore, poiché l'interesse dell'associazione, per quanto possa legittimarla al ricorso, non sarà mai l'interesse dei singoli. Resta il problema della legittimazione per “coagulazione” degli interessi diffusi – che è invece, questo sì, un delicato problema di dottrina – ma che pure mi sembra molto diverso da quello che viene qui affrontato<sup>17</sup>.

A questo proposito corre anzi l'obbligo di un'ulteriore precisazione. Non è vero che l'accesso alla giustizia amministrativa, più largo è, meglio è. Il suggestivo progetto di rinnovare la figura dell'interesse legittimo corredandola di imperativi morali o altruistici può forse essere adeguato ad altri contesti giudiziari, non, di certo, ai sistemi giuridici democratici, dove i rischi di deformazione del ruolo del giudice sono superiori ai benefici apportati dai concetti e dalle formule impiegate per dimostrare la soggettivazione di istanze pseudo-popolari. Non è un caso se la discussione è aperta anche nei paesi di *common law*, nei quali molto si è studiata la figura di un *ideological plaintiff*<sup>18</sup>, ma dove pure si sono levate voci discordanti da questa idea, talvolta polemiche verso l'atteggiamento di tattica giudiziaria assunto da gruppi d'interesse o «lobby dei diritti umani»<sup>19</sup>.

Il problema cui sono dedicate queste considerazioni è di tutt'altro ordine. Non si tratta di trovare il modo di rappresentare interessi adespoti, bensì di non togliere al ricorrente individuale la tutela di merito, soltanto perché il vaglio di ammissibilità del ricorso incorre in un «abuso di logica astratta», in un «eccessivo dommatismo giuridico», nella macchinosa accettazione d'insegnamenti

---

17 Per interessanti aperture di prospettiva sulla legittimazione di gruppo, Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2023, n. 7956.

18 L.L. JAFFE, *Standing to secure judicial review: private actions*, in *Harv. L. Rev.*, 1961, 255 ss.; Id., *The Citizen as litigant in public actions: the non-bohfeldian or ideological plaintiff*, in *Univ. Penns. L. Rev.*, 1968, p. 1033 ss.

19 C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, in *Modern Law Review*, 2002, pp. 1 ss.

teorico-generalisti «senza beneficio d'inventario»<sup>20</sup>. Nell'impostazione accolta dal giudice amministrativo, per i profili qui trattati, non emerge «qualcosa che manca; ma al contrario, qualcosa che è di troppo»<sup>21</sup>. Si allude al modo di derivare la cosiddetta “legittimazione” del ricorrente e, in stretto collegamento, il divieto di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.), dall'applicazione della versione più “pura” e storicamente datata – tolta di peso e senza alcun setaccio culturale dalla scienza tedesca del primo novecento – della teoria dei diritti pubblici soggettivi; forse, anzi, di una dottrina dalla quale già la scienza tedesca del primo novecento cominciava a prendere le distanze: i diritti soggettivi come semplice “riflesso” del diritto oggettivo (*Reflexrechte*)<sup>22</sup>.

#### **4. La sentenza di rito ostativa e la teoria della norma di protezione (o della “delegittimazione ad agire”)**

La giurisprudenza amministrativa identifica il “filtro” di ammissibilità del ricorso individuando un requisito a sé stante che frazioni il processo in due momenti separati. Prima di qualsiasi valutazione sull'oggetto del giudizio, viene la *necessaria pregiudizialità di un accertamento autonomo della titolarità effettiva dell'interesse*. Lasciamo stare i casi, pure piuttosto frequenti, in cui il giudice, pur dopo aver dichiarato l'inammissibilità, decide egualmente il merito del ricorso per ragioni di semplice opportunità (fenomeno che meriterebbe una distinta trattazione).

Formula chiave della sentenza di rito ostativa è la carenza di “titolarità”, o “legittimazione attiva” o, ancora, “personalità” dell'interesse al ricorso.

Differenti sono le parole con le quali viene descritta questa terza condizione dell'azione, che si aggiunge alle altre due, costituite dall'interesse al ricorso.

---

20 A. LEVI, *Dell'abuso di logica astratta negli studi giuridici*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1957, 415.

21 ID., *op. cit.*, p. 405.

22 U. RAMSAUER, *Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte*, in *Arch. Öffent. Rec.*, 1986, p. 501 ss., 505; evoluzione intensificatasi dopo l'entrata in vigore della Legge Fondamentale, O. BACHOF, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, p. 387 ss.

so e dalla legittimazione intesa come *affermazione* del ricorrente di agire per un interesse proprio<sup>23</sup>.

Chiarissimo è tuttavia il significato della terza condizione: il giudice avverte l'esigenza di un criterio deflativo che gli permetta di escludere chi si *affermi* titolare dell'interesse, senza esserne titolare; chi sia cioè soltanto un *quivis de populo* o meglio – si noti il passaggio, perché è davvero di massima importanza – un soggetto che non lo è, ma è ad esso *assimilabile*.

Vediamone alcune applicazioni pratiche.

A) Un'interdittiva antimafia comminata ad una società viene impugnata da alcuni soci che rivestivano anche la carica di amministratori. I ricorrenti non coincidono col soggetto formalmente destinatario del provvedimento, che è la società, ma affermano che a causa dell'interdittiva antimafia la loro quota sociale perderà valore e soggiungono, in veste di ex amministratori, che la società è stata commissariata ed essi sono stati dunque esautorati dalle cariche che occupavano, oltre al fatto che alcuni di loro sono stati indicati tra i sospettati d'essere contigui alla criminalità organizzata. Per effetto dell'annullamento i ricorrenti conseguirebbero quindi certamente un vantaggio<sup>24</sup>.

B) Un diniego di visto d'ingresso adottato dall'Ambasciata italiana di Islamabad nei confronti di un lavoratore di cittadinanza pakistana viene impugnato dal datore di lavoro avente sede in Italia, già in possesso del nullaosta all'assunzione stagionale rilasciatogli dallo sportello unico per l'immigrazione a norma dell'art. 24 del D.l.gs. n. 286/1998. Neanche in questo caso il ricorrente coincide col soggetto formalmente destinatario dell'atto impugnato, perché il diniego adottato dall'Ambasciata esplica i propri effetti nei confronti del lavoratore, non del datore di lavoro. È da presumere però che quest'ultimo si sia rivolto al TAR non per puro spirito altruistico, bensì perché ritiene che il diniego

---

23 F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del processo visto dal basso*, cit., 45 ss.

24 Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2022, n. 3; R. ROLLI, M. MAGGIOLINI, *Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti*, in *Giustizia Insieme*, 6 aprile 2022.

di visto d'ingresso arrechi pregiudizio anche ai suoi interessi, stante la sopravvenuta indisponibilità di una risorsa lavorativa alla cui assunzione era già stato autorizzato e che tornerebbe disponibile per l'impresa in caso di annullamento del diniego<sup>25</sup>.

C) Un permesso di costruire in sanatoria rilasciato ai sensi della normativa sul condono edilizio viene impugnato dal promissario acquirente dell'immobile condonato. Di nuovo il ricorrente è un soggetto diverso dal destinatario degli effetti dell'atto, che è unicamente il promissario venditore. Il promissario acquirente afferma però di aver rifiutato la stipula del definitivo dopo essere venuto a conoscenza di abusi edilizi non dichiarati dal promittente venditore e di avere in corso contro di lui un giudizio civile, nel quale chiede l'accertamento della risoluzione del contratto preliminare per inadempimento, oltre alla condanna della controparte al rimborso del doppio della caparra confirmatoria. È chiaro quindi il vantaggio che costui ritrarrebbe da una sentenza di accoglimento del ricorso<sup>26</sup>, che farebbe venir meno lo stato legittimo dell'immobile.

D) Un permesso di costruire viene impugnato da un confinante, il quale sostiene che l'atto sia stato adottato in violazione delle norme sulle distanze minime tra le costruzioni (art. 9 D.M. n. 1444 del 1968). Egli tuttavia si riferisce alla distanza che corre tra l'edificio assentito e la costruzione che sorge sull'altro lato del confine, non alla distanza dalla propria abitazione, che non risulta inferiore a quella minima. Qui non c'è dubbio sulla *vicinitas*, ma sul pregiudizio subito in conseguenza del provvedimento, perché il ricorrente è sì proprietario di un lotto confinante, ma non risulta essere il confinante che potrebbe chiedere la riduzione in pristino a norma dell'art. 872 c.c. Chiede però che il permesso di costruire sia egualmente annullato, sostenendo che la *vicinitas* sia condizione sufficiente al giudizio di merito sulla validità dell'atto impugnato<sup>27</sup>.

---

25 TAR Lazio, IV, 25 marzo 2022, n. 3381; TAR Lazio, III-ter, 13 settembre 2016, n. 9697.

26 Cons. St., VI, 14 marzo 2022, n. 1768.

27 Cons. Stato, Ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

E) L'affidamento diretto senza gara della costruzione di un parcheggio in area sottoposta a vincolo paesaggistico e monumentale viene impugnato da alcuni cittadini (residenti nelle immediate vicinanze o proprietari di immobili siti nelle adiacenze), i quali si dolgono del futuro deterioramento delle condizioni di vivibilità del quartiere derivante dalla notevole estensione del progetto. Essi fanno valere disposizioni di rilievo urbanistico, paesaggistico ed ambientale, ma aggiungono che il Comune ha affidato a un'impresa la costruzione del parcheggio senza gara, in violazione delle regole sull'aggiudicazione dei contratti pubblici. Le censure relative alle disposizioni del primo tipo vengono respinte; ma i ricorrenti insistono, ritengono di subire pregiudizio dall'atto impugnato anche per effetto della violazione di norme sugli appalti. Chiedono pertanto che sia acclarata questa violazione e annullato il provvedimento impugnato: se questo fosse l'esito del ricorso, difatti, l'impresa non avrebbe più titolo per la costruzione del parcheggio ed il loro interesse ambientale (urbanistico o paesaggistico) ne risulterebbe interamente soddisfatto.

F) Infine, un caso assai discusso (Randstad): un'impresa in possesso dei requisiti di partecipazione, dopo aver presentato l'offerta, non supera un punteggio minimo (soglia di sbarramento) fissato dal bando. Impugna perciò cumulativamente, oltre alla propria valutazione insufficiente, l'aggiudicazione ad altra impresa. Il giudice amministrativo respinge le censure relative al punteggio minimo, ma la ricorrente insiste affinché il giudice si pronunci anche sull'aggiudicazione. La direttiva n. 89/665/CEE (art. 2-bis) prevede che «gli offerenti sono considerati interessati [ad ottenere l'aggiudicazione] se non sono già stati definitivamente esclusi». Il giudice amministrativo ritiene che si debbano considerare escludenti tutte le ragioni comunque ostative alla competizione finale per l'affidamento, incluse quelle derivanti dal rigetto di censure considerate logicamente pregiudiziali. Definitivamente esclusa sarebbe quindi non solo l'impresa che lo era già all'epoca del ricorso, ma anche l'impresa che lo è diventata nel momento in cui parte del suo ricorso è stato respinto. In primo grado il

ricorso viene dichiarato ammissibile ma infondato, in secondo grado radicalmente inammissibile, in base all'interpretazione ora riassunta. La sentenza di rito del Consiglio di Stato<sup>28</sup> viene impugnata in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione ai sensi dell'art. 111 comma 8 Cost.

La Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale sollevato ex art. 267 TFUE della Cassazione<sup>29</sup>, dichiara non contraria al diritto dell'Unione la circostanza che l'ordinamento nazionale non offra alla ricorrente uno strumento d'impugnazione della decisione del Consiglio di Stato, ma conferma che il Consiglio di Stato, ritenendo inammissibile il ricorso di primo grado, ha violato la direttiva n. 89/665/CEE<sup>30</sup>. L'impresa insiste quindi affinché la declaratoria difetto di legittimazione sia considerata dalla Corte di Cassazione come un diniego di giustizia, riconducibile alla fattispecie di eccesso di potere giurisdizionale, non come semplice *error in procedendo*.

Perché questi ricorrenti propongono ricorso? La domanda è talmente banale che c'è quasi da sentirsi in colpa per averla posta: secondo ciò che essi affermano, l'annullamento dell'atto impugnato eliminerebbe un pregiudizio arrecato a loro diritti; forse anche ai diritti dei destinatari dell'atto, ma certo, senza dubbio, anche a *loro* diritti. Sono, questi diritti, protetti dall'ordinamento, fondati su norme? La domanda è solo un poco meno banale, ma dalla risposta egualmente scontata: ciascuna di queste situazioni ha una sua norma protettiva; solo che non figura tra quelle che l'amministrazione doveva applicare con il provvedimento impugnato.

La norma su cui si fonda l'interesse del ricorrente, diciamo pure che lo "crea", è anch'essa, per gli effetti che produce, *protettiva*, se così dobbiamo chiamare l'intenzione della legge di tutelare un interesse. Non si vede come si possa negare, ad esempio, che l'art. 24 del T.U. sull'immigrazione, nel caso di cui si è dato conto, "protegge" l'interesse del datore di lavoro ad assumere il lavoratore

---

28 Cons. Stato, III, 7 agosto 2019, n. 5606.

29 Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

30 Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2021, C-427/20.

straniero che si trova in Pakistan, né che il datore di lavoro tragga una concreta utilità in caso di accoglimento del ricorso, tale da rendere incontestabile – e di fatti non contestata, come anche negli altri casi riassunti – la sussistenza del requisito dell'interesse ad agire.

Quella norma invece *non* qualifica, perché *non lo regola*, l'esercizio del potere. Le norme di cui il ricorrente afferma la violazione hanno “preso in considerazione” interessi diversi dal suo, nel momento in cui hanno assolto la loro funzione tipizzante. Quando però l'amministrazione le ha violate adottando il provvedimento illegittimo, ha leso interessi suoi, benché qualificati da altre norme.

Ecco il punto: l'interesse del ricorrente risulta estraneo alla cerchia di interessi qualificati dalla legge, la cui difesa verte dell'interesse individuale, ma è al tempo stesso anche, almeno indirettamente, una difesa della legge, dell'interesse “oggettivo” alla legalità.

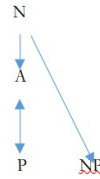
Concettualmente, però, una cosa sono le norme da applicare nel giudizio di merito, altra cosa le norme da applicare nel giudizio sulla titolarità dell'interesse. L'orientamento di cui si tratta si regge proprio su questa fondamentale distinzione, nel momento in cui percepisce la questione di legittimazione come questione preliminare di rito. Se il processo ha natura “soggettiva”, per non negare sé stesso e cadere in un macroscopico paradosso, deve distaccarsi dal modello “oggettivo”, vale a dire che deve *rendere giustizia in condizione di eguaglianza a tutti gli interessi – protetti – di cui si affermi la lesione*, escludendo solo gli interessi *non protetti* nel senso di *non giuridici*.

Si vuol notare, in altri termini, che lo schema del percorso logico-giuridico di individuazione della titolarità di un interesse legittimo, ai fini della “legittimazione” (volendo così chiamarla) nel giudizio amministrativo “soggettivo” non è necessariamente il seguente<sup>31</sup>:

---

31 Dove “N” indica norma invocata dal ricorrente; “A” l'amministrazione resistente; P l'interesse protetto; NP l'interesse non protetto. Nello spazio tra A e P si può riconoscere la correlazione “hohfeldiana” tra dovere dell'amministrazione e pretesa del singolo, che – benché il pensiero di W.N. HOHFELD (*Concetti giuridici fondamentali*, Torino, Einaudi, 1969, trad. it.) non





bensì quest'altro<sup>32</sup>:



sia stato mai apertamente dibattuto – ha indubbiamente esercitato una certa influenza su una parte della dottrina del diritto amministrativo italiano, che ne ha tratto spunto per una ricostruzione della struttura dell'interesse legittimo in chiave (non solo, ma) anche “statica” (L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; dello stesso A., *Statica e dinamica dell'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 465 ss.; *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 11 ss., spec. pp. 19, 46, 73; *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 723 ss.) o ha comunque dimostrato di trovarvi riferimenti meritevoli di qualche considerazione, come in F. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., 458; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo: profili di teoria generale*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, p. 236 n. 109; citazioni anche in G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela*, in *Giustizia Amministrativa* (sito istituzionale), 14 gennaio 2020, nota n. 3; P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2017, pp. 63 ss., 82; S. PELLIZZARI, *La responsabilità da provvedimento illegittimo dell'amministrazione*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 315 ss., 333, 336). Sul modello hohfeldiano, G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, p. 487 ss.; sui limiti della teoria di Hohfeld v. però L. BACCELLI, «*Ex parte populi*». *Per una teoria impura dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2008, 337.

È bene soggiungere brevemente che, seguendo il criterio qui accolto, non paiono discostarsi dalla medesima impostazione gli studi sugli interessi cd. “plurisoggettivi” o sugli interessi dei “terzi”, dove sempre si fa perno sulla metodologia della correlazione tra il “perimetro protettivo” della norma e gli interessi dei singoli (C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo: dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; E.N. FRAGALE, *Le posizioni legittimanti nel processo amministrativo e il ruolo dei diritti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2023, p. 395 ss.).

<sup>32</sup> Lo schema è testualmente riportato da D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 1 ss., 35, per il quale «A e B, sotto il profilo del rapporto giuridico, *si ignorano*», perché tra loro, «supposti soggetti dell'ordine giuridico», «non c'è comunicazione diretta (...) ma ciascuno di essi è in relazione singolarmente ed individualmente con la norma». Da tanto dovrebbe conseguire un ragionamento che qui non vi è tempo e modo di sviluppare, ma che sembrerebbe poter dimostrare almeno questo: che il ricorrente “non-hohfeldiano” non è necessariamente un ricorrente “ideologico” (come scriveva L.L. JAFFE, *Standing to secure judicial review*, cit.), né un *quivis de populo*.

Su un punto, nei casi menzionati, non vi può essere il minimo dubbio: l'atto impugnato ha leso un interesse *giuridicamente protetto*. Nulla a che vedere con le figure che si chiamano, classicamente, “adespote” (l'interesse semplice, di fatto, diffuso).

Perché allora tutti questi ricorsi sono stati dichiarati inammissibili? Se si guarda a ciascuna sentenza di rito, non si faticerà a scorgere il filo conduttore del ragionamento: una teoria d'ispirazione dogmatica che, per così dire, li “delegittima”, risalendo alla dottrina dei diritti pubblici soggettivi, tra l'altro in un'inedita accezione, rigorosamente, “anticamente” germanista, estranea alla nostra tradizione (e, in verità, anche alla tradizione *costituzionale* tedesca).

Il *leitmotiv* di questo costrutto è la «teoria della norma di protezione» (*Schutznormtheorie*), rivisitata in chiave di adattamento agli schemi del processo amministrativo, tramite il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., del divieto di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c).

In sintesi, le coordinate del teorema sono le seguenti<sup>33</sup>: 1) *qualificato* è l'interesse *giuridicamente rilevante*, ossia *protetto dall'ordinamento*; 2) un interesse è *protetto dall'ordinamento* non quando si fonda su *qualsiasi norma* di diritto sostanziale che attribuisca situazioni soggettive, bensì «quando (e solo quando) l'ordinamento giuridico conferisce una *qualche particolare rilevanza giuridica* ad un interesse materiale, quando l'ordinamento giuridico *lo prende in considerazione*»; 3) prendere in considerazione un interesse, da parte dell'ordinamento, non significa *riconoscerlo e basta*, ma includerlo «*nella norma organizzativa insieme con l'interesse pubblico alla cui soddisfazione è rivolto il potere*».

Questa concatenazione di massime descrive l'interesse legittimo in termini di situazione o posizione soggettiva che può nascere soltanto all'interno di ordinamenti particolari; non nella sfera delle norme dell'ordinamento generale, giacché in tale ambito, in linea di principio, il suo riconoscimento non rileva o, meglio, rileva solo in via di fatto. «A ciascuno il suo», sembra il nucleo del teo-

---

33 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 141.

rema: solo la società interdetta può censurare la violazione delle norme sull'interdittiva, perché sono state scritte “pensando” alla società, non ai soci, i quali potranno semmai proporre un atto d'intervento adesivo. Per la stessa ragione, solo il lavoratore può far valere le norme sul visto d'ingresso; solo il proprietario le norme sul condono; solo il confinante – quello, dei due, che sta a un numero di metri inferiore al minimo previsto – le norme sulle distanze; solo gli appaltatori le norme sui contratti; solo i concorrenti in gara le norme sull'aggiudicazione<sup>34</sup>.

In modo particolarmente didascalico, l'adesione del Consiglio di Stato alla teoria “tripartita” delle condizioni dell'azione è stata espressa dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014; dove il giudice amministrativo, «sulla falsariga del processo civile», ha affermato che «*il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione*» indica «*la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo*»<sup>35</sup>.

---

34 Si tratta del resto della medesima dottrina che la Corte di giustizia ha utilizzato, dopo la sentenza *Van Gend & Loos*, per distinguere le norme dell'Unione che, grazie all'effetto diretto, “conferiscono” diritti ai singoli (M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. CHITI E G. GRECO (diretto da), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, Tomo I, pp. 589 ss., 596; V. COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, Università di Perugia, 2011, dove anche la notazione che la stessa Corte ha abbandonato l'iniziale impostazione per la difficoltà di combinare la *Schutznormtheorie* con il sistema dei diritti, di fronte alle nuove situazioni giuridiche soggettive create dalle tendenze espansive dell'ordinamento comunitario, pp. 17). Non è unanime peraltro il convincimento che la *Schutznormtheorie* corrisponda a una tradizione comune degli Stati europei (V. COLCELLI, *op. cit.*, 206 e nota 350; più esplicitamente W. HENKE, *Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts*, in *Juristen Zeitung*, 1992, pp. 541 ss., ravvisando la via di congiunzione le tradizioni europee nella “deideologizzazione” della teoria dei diritti pubblici soggettivi e nella rivalutazione del diritto privato come diritto comune dei rapporti giuridici).

35 Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, che richiama un'altra sentenza della plenaria (n. 4 del 2011). Per maggior chiarezza, ecco il passaggio integrale: «l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta – sulla falsariga del processo civile – a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla *causa petendi* della domanda e non *secundum eventum litis*, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del pro-

È bene precisare che sul tema la giurisprudenza è solita tenere un atteggiamento pragmatico<sup>36</sup>, di regola disattento alla coerenza definitoria delle formule utilizzate. La riprova la si ha notando la variabilità dei modi con i quali viene descritta dai giudici la mancanza di qualificazione dell'interesse materiale dedotto in giudizio: inquadrata talvolta in una fattispecie di mancanza assoluta di titolarità, talaltra in una violazione del divieto di sostituzione processuale, talaltra ancora, in un difetto dei requisiti di "personalità" o di "concretezza" dell'interesse ad agire.

Ciò che si richiede al giudice è comunque una preliminare deliberazione sulla norma invocata dal ricorrente, allo scopo di verificare innanzitutto *nell'interesse di chi* essa abbia voluto limitare l'esercizio del potere amministrativo: in altre parole, chi, in astratto, possa affermare che la utilità – tolta o negata dal provvedimento impugnato – gli appartiene.

L'interesse astrattamente "legittimato" risulterà essere soltanto quello che la norma ha voluto collocare nel proprio "raggio di azione e di considerazione"<sup>37</sup>, chiamandolo intenzionalmente a confronto con l'esercizio del potere amministrativo.

Se ad esito di questo *test* il ricorrente *non* rientra nel novero dei soggetti che la norma su cui si fondano le censure ha considerato meritevoli di protezione, indipendentemente dalla protezione accordata dalla diversa norma legittimante, la pronuncia sarà di inammissibilità. Spesso, anzi, il *test* inizia proprio da qui: viene effettuato, per così dire, "in negativo", escludendo *qualsiasi* interesse, non importa da quale norma dedotto, che *non coincida* con quelli astrattamente tutelati dalla norma-parametro. *Nulla quaestio* se un Tizio, che ha impu-

---

cesso amministrativo); III) la *legitimatio ad causam* (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo)» (punto 8.1. della motivazione). Di qui la dottrina ha tratto spunto per notare che la legittimazione a ricorrere viene interpretata dalla giurisprudenza amministrativa non come *affermazione della titolarità* della posizione qualificata, ma come *effettiva titolarità* (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 200).

36 F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Firenze, Le Monnier, 2021, p. 99.

37 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 143.

gnato una variante urbanistica, si dichiara proprietario di un immobile ubicato entro l'area interessata dalla variante e soggetto alle previsioni urbanistiche contestate. Dal momento che il potere di governo del territorio incide naturalmente sui diritti di proprietà, il proprietario danneggiato è naturalmente abilitato a ricorrere. Ma se il ricorrente è un'associazione di protezione ambientale – a parità di vizi denunciati – il giudice non potrà far altro che dichiarare il suo difetto di legittimazione attiva. L'associazione infatti, agendo per la tutela di interessi ambientali, non può immischiarsi negli affari di coloro che ricevono protezione dalle norme urbanistiche, anche se dalla violazione di queste ultime deriva una concreta lesione dell'interesse alla tutela dell'ambiente, che corrisponde a un interesse “proprio” dell'associazione e non ad una semplice alterazione “oggettiva” della legalità. Queste ultime non la riguardano; non la riguardano, per meglio dire, in misura diversa da quella che potrebbe toccare l'interesse di “chiunque”<sup>38</sup>. Soltanto ove fosse denunciata la violazione di norme poste direttamente a tutela dell'ambiente, ad esempio perché il piano è stato approvato senza la prescritta valutazione di impatto, gli interessi di tale associazione potrebbero entrare in gioco, neutralizzando la circostanza, altrimenti decisiva, che l'atto di cui si controverte ha una pertinenza soltanto urbanistica.

La considerazione del *non legittimato* è dunque il vero punto chiave nell'accertamento della legittimazione ad agire. E poiché il punto chiave sta nel capire se l'interesse del ricorrente è o non distinguibile da quello di chiunque, l'esito negativo del giudizio sulla titolarità dell'interesse legittimo assume una ben nota locuzione: in base ad una formula più stringata e persuasiva, pure abitualmente utilizzata in giurisprudenza, il divieto generale di azione popolare, ossia il divieto di far valere in giudizio un diritto altrui, viene ad identificarsi con il divieto di sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.). Può risultare chiaro allora perché può definirsi, questa teoria, come una teoria della “delegittimazione ad agire”. Il soggetto, che sarebbe perfettamente *legittimato dall'ordinamento gene-*

---

38 TAR Emilia Romagna, I, 30 luglio 2015, n. 714.

rale a proteggere i suoi diritti se fossero lesi da un qualunque altro soggetto (al limite la stessa amministrazione, se agisse secondo norme di diritto privato), è *delegittimato dall'ordinamento particolare* alla tutela degli interessi legittimi, di cui quegli stessi diritti sono presupposto: il rapporto associativo, la proprietà, il contratto preliminare, la *chance* di vincere la gara, sono fonti di altrettanti interessi protetti ma, nell'ottica dell'interesse legittimo, *squalificati*. Non trovano dunque riscontro nella giurisprudenza amministrativa sintesi come quella di Andrioli: in fondo, ogni norma dell'ordinamento, astrattamente considerata, può essere la «fattispecie» dell'interesse legittimo.<sup>39</sup>

## 5. Considerazioni critiche sull'adozione della “teoria della norma di protezione”

Nessuna sentenza e, a quanto consta, nessuno studio ha finora approfondito a quale fattispecie dell'art. 35 c.p.a. si possa ricondurre la sentenza d'immobilità “ostativa” pronunciata per mancanza di “legittimazione”, “possibilità giuridica”, “titolarità”, “personalità” dell'interesse o altre formule di questo tipo. D'altronde abbiamo visto che l'art. 35 c.p.a. si accorda con un ampio ventaglio di interpretazioni della formula «altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito».

Si dovrebbe tuttavia evincere, dalle cose dette sin qui, che l'impostazione seguita dal giudice amministrativo non è congruente, per più di una ragione.

Anzitutto, per il modo affrettato e impreciso col quale essa trasporta la dottrina tedesca entro le categorie interpretative dell'ordinamento italiano.

Che la sensibilità del giudice amministrativo all'influenza della teoria generale o della “dogmatica” primo-novecentesca si risolva un'operazione gravemente approssimativa, è quello che con ogni probabilità rileverebbe uno studioso della *Schutznormtheorie* nel Paese di origine: la ricostruzione effettuata da

---

39 V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè 2007, p. 7; con riferimento alla posizione di Andrioli (l'art. 24 come «norma in bianco») A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V. cc. 1 ss., 3.

Bauer<sup>40</sup> riguardo all'ordinamento tedesco, ad esempio, documenta che, se la teoria dei diritti pubblici soggettivi è fondamentalmente ancora il criterio con il quale si interpreta il § 42 VWGO, la teoria stessa ha dovuto subire rilevanti trasformazioni, specialmente dopo l'entrata in vigore della Costituzione federale<sup>41</sup>. Ma già nel 1914 il Bühler<sup>42</sup>, al quale si è soliti imputare la diffusione della *Schutznormtheorie* nel diritto amministrativo tedesco, si dava carico di precisare – come farà poi in Italia Nigro (v. *infra*) – i limiti del teorema (teniamo sempre presente che la prospettiva è di utilizzarlo concretamente nel giudizio di ammissibilità)<sup>43</sup>.

In secondo luogo, la *Schutznormtheorie* si sviluppa secondo i principi dell'ordinamento tedesco, la cui legge processuale non conosce la figura l'interesse legittimo, attribuisce alla giurisdizione amministrativa la competenza su tutte le «controversie di diritto pubblico» (art. 40 VwGO) e prevede che il ricorso possa essere proposto soltanto da una «*persona i cui diritti siano stati violati*» («*in seinen Rechten verletzt*») da un'autorità pubblica (art. 42 VwGO, coerentemente a quanto prevede l'art. 19 comma 4 GG)<sup>44</sup>. Almeno in linea di prima approssimazione, quindi, non solo può ritenersi coerente che in Germania l'accesso alla giustizia sia regolato da un principio unitario, ma appare altresì normale che l'elasticità dell'accesso alla giustizia sia ravvisato, per tradizione, nelle metamorfosi della figura del diritto pubblico soggettivo. A ciò si aggiunga che nell'ordinamento tedesco si è posto, sì, un problema di possibile incertezza sulla legittimazione ad agire di soggetti privi di un diritto pubblico soggettivo, ma da ciò

---

40 O. BAUER, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, *Arch. Öffent. Rec.*, 1988, pp. 582 ss., dove si descrive il percorso evolutivo delle teorie di O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Verwaltungsrechtsprechung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1914 e di G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1905.

41 O. BAUER, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, cit.; O. BACHOF, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, in , in *Forschungen und Berichte Aus Dem Öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift Für Walter Jellinek*, München, Isar Verlag, 1955, 287; W. HENKE, *Das Subjektive Öffentliche Recht*, Tübingen, Mohr, 1968.

42 *Die subjektiven öffentlichen Verwaltungsrechtsprechung*, cit. nella nota precedente.

43 Osserva O. BAUER, *op. cit.*, p. 589, che la *Schutznormtheorie* «*schon um die Jahrhundertwende mit erheblichen Anwendungsproblemen behaftet war*» («era già afflitta da notevoli problemi applicativi all'inizio del secolo»).

44 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 60.

non si è fatto derivare – non con l'automaticità che riscontriamo nella giurisprudenza italiana – che il giudice amministrativo sia sempre abilitato a esercitare un sindacato officioso sulla “titolarità” dell'interesse, preliminarmente rispetto alla sentenza di merito<sup>45</sup>.

Invece nella storia dell'ordinamento italiano, contraddistinto dalla dualità delle giurisdizioni, il meccanismo dell'interesse individuale “protetto”, “riguardato”, “incluso”, “preso in considerazione” da norme che hanno come scopo principale l'organizzazione del potere amministrativo, vale soprattutto a ricordarci l'arbitraria creazione della figura degli «affari non compresi», di una sfera di amministrazione “pura” di fronte alla quale gli interessi-non diritti restavano privi di tutela giurisdizionale, secondo l'art. 3 della legge n. 2248/1865 all. E. Il cittadino invitato a “rassegnarsi”, nel famoso discorso di Stanislao Mancini, non è un *quisque de populo*, ma, come Mancini scopertamente riconosce, un cittadino che può essere stato «ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi», a testimoniare che le norme sull'amministrazione “pura” non sono affatto prive di attitudine alla qualificazione di diritti. Ciò di cui Mancini fa sfoggio, non è l'idea che gli interessi “semplici” siano, come diremmo noi oggi, “diffusi”: è che il giudice, nel loro sacrificio, non deve «immischiarsi», perché la sentenza del tribunale e l'atto amministrativo (sottoposto a ricorso gerarchico) sono rimedi aventi ciascuno la propria sfera di imperatività. In un certo senso, allora, nel nostro ordinamento la figura dell'interesse legittimo e il sistema di giustizia amministrativa nascono dall'esigenza di mettere a disposizione del cittadino un rimedio adeguato a portar fuori i diritti soggettivi dall'oscurità della “norma di protezione”<sup>46</sup>, un meccanismo idoneo a recuperare, attraverso il di-

---

45 Verrebbe da osservare che legittimazione (*Klagebefugnis*) dell'ordinamento processuale tedesco assomiglia più alla nostra “prima” condizione, ossia all'*affermazione*, non *titolarità effettiva*; ciò che si discute è piuttosto il limite del potere del giudice di fronte all'esposizione dei fatti e all'interpretazione delle norme operata dal ricorrente (H. ENGELHARDT, *Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß*, *JuristenZeitung*, 1961, pp. 588 ss.). Il che è completamente diverso da ciò che accade in Italia, dove la problematica della legittimazione presuppone direttamente il potere giudice in prima persona, al di là e “al di sopra” di tutto quello che può emergere dal contraddittorio processuale.

46 Valgano al riguardo le considerazioni di M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2010, pp. 143 ss., special-



ritto di agire in giudizio, quella unità funzionale della giurisdizione che in Germania è prevista in termini organizzativi dall'art. 40 VwGO. Fallito il tentativo della distinzione "ontologica" tra diritto soggettivo e interesse legittimo, dimostrata l'impossibilità di separazione tra le due situazioni soggettive sul piano sostanziale, specie dopo il Codice del 2010, dovrebbe essere chiaro che il cittadino dispone della tutela accordata dalla giurisdizione amministrativa non perché titolare di un patrimonio giuridico dimezzato – l'interesse legittimo non è *qualcosa* di diverso dal diritto soggettivo – ma per l'utilità del "risultato processuale" che solo la giurisdizione amministrativa gli può garantire. Solo così, l'interesse legittimo non appare come un inutile «ingombro concettuale»<sup>47</sup>.

Ora ciò che più sorprende, nel leggere la giurisprudenza amministrativa italiana sulla legittimazione, è che questa fondamentale peculiarità del rapporto tra sostanza e processo sia così sbrigativamente elusa. È come se di fronte a un cittadino che chiede tutela non fosse più vero tutto ciò che si è sempre detto del processo amministrativo: l'essere un giudizio che, a differenza di quello civile, non si limita a «registrare» l'esistenza del diritto soggettivo, ma coopera all'emersione o addirittura «crea» l'interesse legittimo<sup>48</sup>; un giudizio in cui la situazione del ricorrente non si fa conoscere e classificare attraverso il confronto immediato con i beni della vita, né secondo specifici contenuti di pretesa e di tutela, come accade per i diritti soggettivi, bensì «secondo le molteplici e poco tipiche direzioni in cui si muove l'organizzazione amministrativa»<sup>49</sup>.

---

mente 157 ss.

47 Come lo definisce B. SORDI, *Interesse legittimo*, cit., p. 729.

48 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 23; su questo passaggio, recentemente, P. CHIRULLI, *Processo e sostanza nel pensiero di Mario Nigro*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2023, p. 1 ss.

49 G. BERTI, Art. 113, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Tomo IV, *La magistratura*, Bologna, Zanichelli, 1987, pp. 110, per cui «l'interesse legittimo continua a rappresentare una tutela innominata e atipica, rispetto agli atti che sono invece tipizzati quanto al modo di manifestarsi nel giudizio e nel processo. In realtà, l'interesse legittimo non ha mezzi normali di manifestarsi nell'azione amministrativa sostanziale ed esso è condannato a prendere corpo solo mediante l'uso processuale con l'onere per il privato di dare alla figura sembianze concrete, in coerenza con il contenuto dell'atto impugnato» (*ivi*, p. 111; il punto ora sintetizzato sembra trovare sviluppi ulteriori nel volume dello stesso A., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, Cedam 1970).

Nel momento in cui sottopone l'interesse del ricorrente al vaglio della *Schutznotmtheorie*, il giudice amministrativo si ritira dunque nella "roccaforte" civilistica, ricorrendo a una sorta di *fictio* per cui il diritto del ricorrente esiste già sul piano sostanziale; quello che il processo deve "scoprire", è se sia stato preso in considerazione dalla norma organizzativa. In questo modo la ricerca di una volontà normativa di protezione dell'interesse diviene l'accertamento di un fatto storico, al pari dell'esistenza stessa delle norme fatte valere dal ricorrente. Già è evidente che una tale impostazione colga in pieno il profilo più equivoco della cd. strumentalità del processo, affidando la ricognizione della titolarità e quindi della "possibilità giuridica dell'azione" a un ragionamento di teoria generale, anziché «dalle diverse opzioni di diritto positivo che caratterizzano un dato collettività in un preciso momento storico»<sup>50</sup>. Ora però preme un'altra cosa: la "irrealtà" della premessa: non del tutto infondatamente, nella letteratura statunitense, si è parlato di una «metafora» della legittimazione, la quale sarebbe solo «la lente attraverso la quale vediamo la questione di chi ha dei diritti e di chi può farli valere»<sup>51</sup>. Il giudice amministrativo, quando si pronuncia sul difetto di titolarità dell'interesse, immagina la volontà protettiva della norma come se avesse una corrispondenza nella realtà<sup>52</sup>, mentre l'unica "realtà" è il comportamento del giudice, il suo argomentare che, con Perelman e Olbrechts-Tyteca, si direbbe «quasi-logico», perché postula una «relazione transitiva» tra norma organizzativa, amministrazione e titolari di interessi qualificati dalla norma, per arrivare allo scopo pratico di costruire «alleanze o antagonismi» fondati su «meccanismi sociali (...) ben conosciuti e ammessi da tutti»<sup>53</sup>. Giocando la carta della solidarietà tra norma e ricorrente per chiudere la porta agli interessi

---

50 A. CHIZZINI, *L'attualità dell'inattuale. Diritto e processo nel pensiero di Emilio Betti*, in A. CARRATTA, L. LOSCHIAVO, M.U. SPERANDIO (a cura di), *Emilio Betti e il processo civile*, Roma, RomaTre-Press, 2022, pp. 85 ss., 98, 101.

51 S. WINTER, *The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance*, in *Stanford Law Review*, 1988, pp. 1371 ss., 1387.

52 R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 785 ss., 810.

53 C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Torino, Einaudi, 1966, p. 241-243.

non protetti, la sentenza di rito “ostativa” lancia un messaggio comprensibile a un ampio uditorio: il processo amministrativo non è per tutti, ha uno *scopo* preciso. Si dà il caso però che il processo amministrativo, nel momento in cui lo si declassa a tecnica eliminativa dei soli provvedimenti che ledono interessi tenui in “considerazione” dalla norma regolatrice del potere, resti un docile “correttivo” del sistema burocratico, in grado di assicurare al cittadino solo quel tanto di giustizia che anche l'amministrazione è tenuta a garantire nel momento in cui, prima del processo, agisce per l'interesse pubblico, nel cono d'ombra della norma “di protezione”. In questa svalutazione del carattere giurisdizionale della tutela, *quivis de populo* non è chi agisce senza averne diritto, ma chi attenta all'equilibrio tra interessi voluto dalla norma organizzativa, azzardandosi a chiedere tutela nonostante il fatto che, per questa norma, egli sia nient'altro che un “terzo”.

Che le persone possano accontentarsi di comprendere in questa sfera le loro garanzie, è forse plausibile in ordinamenti che offrono agli amministrati esclusivamente rimedi gerarchici su reclamo o, al più, organismi di contenzioso non separati al potere esecutivo; come in Italia accadeva sul finire dell'ottocento, anche dopo l'istituzione della IV<sup>^</sup> Sezione del Consiglio di Stato, la cui natura “giurisdizionale” fu, com'è noto, vivacemente dibattuta<sup>54</sup>.

In un panorama legislativo come quello attuale, è difficile, per un cittadino di comune buon senso, accondiscendere all'idea che un proprio diritto, al quale l'esercizio del potere amministrativo ha arrecato pregiudizio, non possa essere fatto valere solo perché le norme disciplinanti l'esercizio del potere, anche se violate, non sono state “pensate per lui”.

---

54 Si rilegga però l'opinione di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1914, 722-723, il quale, già all'epoca, negava che dal divieto di azione popolare, derivasse la conseguenza che il potere di promuovere il ricorso alla IV<sup>^</sup> Sezione spettasse «solo a colui, in difesa del cui interesse era scritta la disposizione di legge che sia assume essere stata violata». Una così «intima correlazione», precisava Orlando, è tipica del processo su diritti, non del sistema del contenzioso amministrativo.

Fino a che quella persona non lede diritti altrui, è pienamente giustificato, oltre che comprensibile, che voglia egoisticamente “servirsi” del processo *per sé*; non per riportare l'azione amministrativa sui binari della legalità. Perché allora rifiutarle la tutela di merito, proprio quando massimamente – e, verrebbe da soggiungere, finalmente! – questo si verifica?<sup>55</sup>

Ulteriore profilo del problema – anche qui la giurisprudenza condivide con la dottrina una certa disattenzione – è la mancanza di idee chiare sul significato dell'azione come *diritto*, nel processo amministrativo. Quando si afferma che l'azione è strumentale alla tutela di interessi protetti sul piano sostanziale, si dice una cosa esatta, ma *relativamente* esatta, la quale non può essere assolutizzata e portata alle conseguenze che vi ricollega la giurisprudenza.

Quest'ultima, si è visto, àncora il teorema della norma di protezione al carattere “soggettivo” della tutela, ma il dibattito sulla natura oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa non entra mai direttamente nel cuore del vero problema di fondo, che, dalla «famosa polemica Windscheid-Muther»<sup>56</sup>, riguarda la natura, “astratta” o “concreta”, dell'azione: se quest'ultima costituisca o meno un potere processuale *autonomo* dal diritto sostanziale.

Senza introdurre qui un argomento sproporzionato al presente saggio, una cosa, anche senza i molti passaggi che occorrerebbero per una compiuta trattazione, può essere sottolineata, giacché sembra di assoluta evidenza: il dire che hanno diritto di azione sono soltanto coloro i cui interessi sono protetti perché “presi in considerazione” dalla norma organizzativa, val quanto dire che l'azione nel processo amministrativo ha natura di pretesa (*Anspruch*) verso il

---

55 Trova conferma anche da questo punto di vista l'opinione secondo la quale il (giusto) processo amministrativo dovrebbe portare il giudice a una distanza dalle parti maggiore di quella che attualmente si riscontra; poiché uno degli «aspetti di maggiore resistenza del modello arcaico del processo amministrativo, ancora legato alla sua radice di contenzioso amministrativo precedente alla legge del 1865», sta nel fatto che «l'episodio della vita — cioè il concreto esercizio o non esercizio del potere amministrativo — continua a entrare, proprio a causa della mancanza delle garanzie del giusto processo, come un fatto troppo ‘caldo’, cioè troppo carico di interesse pubblico» (M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2013, pp. 100 ss., 145).

56 A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile*, cit., p. 107.

soggetto obbligato (l'amministrazione) e non assurge mai a diritto verso il giudice.

In realtà, come si è precisato anche e proprio nella dottrina tedesca, la strumentalità del processo non significa che «in ogni caso specifico» il diritto processuale debba considerarsi posto sotto la «costante riserva di una realizzazione» del «rispettivo diritto sostanziale»<sup>57</sup>. Nessun dubbio che il processo, anche il processo amministrativo, non possa «inventare» figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale<sup>58</sup>, poiché gli articoli art. 24, comma 1 e 113 comma 1 Cost. finalizzano pur sempre il diritto di azione alla tutela giurisdizionale di diritti e interessi legittimi. Ma da tanto non consegue che il giudice, nel valutare se il ricorrente abbia azione nel caso concreto, possa utilizzare soltanto argomenti ricavati da *come* le norme sostanziali, che il ricorrente assume violate, abbiano *voluto* disciplinare il rapporto intersoggettivo tra il ricorrente e l'amministrazione. Dal principio di strumentalità dell'azione non deriva, in altri termini, che il risultato processuale a cui il ricorrente aspira debba essere «conseguenza del modello sostanziale introdotto dal legislatore»<sup>59</sup>. Per stare all'esempio appena fatto in nota: che la legge conceda al terzo il diritto di proporre ricorso al giudice amministrativo contro la segnalazione certificata di inizio attività non è «conseguenza» di un rapporto tra l'amministrazione e il terzo, né di un certo modo di considerare la correlazione tra la posizione del terzo e quella del titolare dell'attività, oggetto di segnalazione. Qui la norma che concede l'azione non ha, proprio, voluto regolare alcun rapporto, prendere in considerazione interessi correlati dall'esercizio del potere. Siamo semplicemente di fronte a uno dei frangenti in cui, come ha riconosciuto anche la Corte costituzionale, il legislatore introduce un rimedio per finalità di giustizia, non per ragioni di diritto sostanziale, ma direttamente per via della «discrezionalità» di cui

---

57 D. LORENZ, *Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz*, in *Arch. Öffent. Rec.*, 1980, pp. 623 ss., 645.

58 A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, III, 2011, c. 517 ss., 518.

59 Come invece l'Autore citato alla nota precedente sembra sostenere (A. TRAVI, *op. cit.*, c. 519).

gode nella configurazione degli istituti processuali, «censurabile soltanto nei limiti della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte operate»<sup>60</sup>.

Mi rendo conto che il discorso ora imbastito dovrebbe risolversi in una più ampia dissertazione. Né l'aver accusato la giurisprudenza amministrativa di partigianeria nei riguardi della teoria della “concretezza” significa necessariamente perorare la causa dell'astrattezza dell'azione dal diritto sostanziale controverso. Semmai, occorrerebbe considerare o, almeno, non lasciare fuori quadro le dimostrazioni della “storicità” del problema dell'azione: l'idea, cioè – e il processo amministrativo può testimoniarlo – che il problema dell'azione si risolve nella sua storia, onde «il trattare l'azione non può aver luogo altro che nel quadro del processo, o per meglio dire delle varie e mutevoli strutture che esso presenta nella storia dei singoli ordinamenti»<sup>61</sup>.

Posta al centro del ragionamento la *storicità* dell'azione, una critica distinta può dirigersi al modo in cui l'applicazione della “teoria della norma di protezione” si rapporta al diritto positivo italiano. Anche questo profilo non è, di regola, largamente trattato. Si è visto che la giurisprudenza amministrativa, mentre decide di muoversi «sulla falsariga del processo civile» (sono parole dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014), concepisce come una sorta d'invalidità “di protezione” l'annullabilità del provvedimento generalmente intesa (art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990 n. 241) o, perlomeno, ritiene che uno spirito “protettivo” si possa dedurre da qualsiasi disposizione di legge disciplinante l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione.

Nel diritto amministrativo sostanziale, l'unica disposizione di legge riconducibile al paradigma dell'invalidità di protezione è l'art. 8 comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a norma del quale l'omessa comunicazione di avvio del procedimento «può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista». La comunicazione è un obbligo che la legge impone alla pubblica amministrazione (art. 7 comma 1 legge n. 241/1990) a favore di

---

<sup>60</sup> Giurisprudenza pacifica; la si veda, riepilogata, in Corte cost., sentenza n. 74 del 2022.

<sup>61</sup> R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, cit., pp. 816, 821.

soggetti specificamente individuati: quelli nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti, quelli che per legge debbono intervenire e i terzi, individuati o facilmente individuabili, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento medesimo. L'ottica del rapporto giuridico, che qui viene assunta dal legislatore, si ritrova soltanto e tassativamente nel secondo comma dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, nel quale viene infatti esclusa qualsiasi reazione invalidante dell'ordinamento all'atto viziato, al punto da non consentire neppure l'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*, comma 1) – «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Al di là di questa ipotesi, la legge non contempla fattispecie d'invalidità selettive o “dequotazioni” di vizi del provvedimento amministrativo attraverso la limitazione del potere di agire in giudizio<sup>62</sup>.

Fuori, dunque, dal caso in cui il ricorrente impugni il provvedimento per vizi formali o per mancata comunicazione di avvio del procedimento, la valutazione del giudice amministrativo sulla titolarità dell'interesse si deve confrontare con l'esplicita ammissione, da parte della dottrina italiana, dei profili, già accennati, che la dottrina tedesca ha da tempo messo in luce. Si è cioè preso atto della «grave difficoltà di riconoscere i casi in cui esiste una qualificazione normativa», poiché «soltanto raramente dalla sola lettura di una legge amministrativa è possibile desumere se la disciplina in essa instaurata abbia per scopo anche la protezione di interessi individuali e a quali in concreto siano tali interessi. (...) Solo di rado (...) la legge amministrativa regola i conflitti di interesse fra gli amministrati in modo tale che dalla stessa norma o gruppo di norme attributive del potere si possa immediatamente desumere l'esistenza di interessi di specifica rilevanza»<sup>63</sup>.

62 Ci si permette di rimandare, per un tentativo di approfondimento, a M. MAGRI, *Annullabilità di protezione ed «abuso di logica astratta» nel processo amministrativo*, in *Lo Stato*, 2022, pp. 297 ss.

63 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 142. Ma forse, in ultima analisi, il fatto che raramente nella vita pratica del diritto si possa capire quali interessi la norma abbia voluto proteggere è solo l'ovvia conseguenza che il carattere intrinseco a ogni attività (autenticamente) giurisdizionale è la *discontinuità* al diritto sostanziale, l'emergere di un'*antinomia* tra la volontà del-

Il che non è strano, soprattutto nel presente momento storico, quando la disciplina dell'attività dei pubblici poteri contenuta nelle leggi amministrative non si giova più delle tecniche di disciplina che caratterizzavano le prime esperienze dello Stato liberale. Oggi non è raro che la legge, per far fronte a nuove richieste sociali, disciplini il potere amministrativo astenendosi dal proteggere interessi. Inoltre, a prescindere da ciò, l'area del procedimento, ove si confrontano l'amministrazione e gli interessi protetti, non è più in grado di determinare le sorti del successivo confronto processuale tra ricorrente e resistente, che può nascere da un repertorio indefinito e casuale di situazioni. Con questo s'intende dire che nel momento di origine della lite non si fa più sentire quel principio di "supremazia speciale" dell'amministrazione, di cui, nel procedimento, si avverte ancora qualche influsso. Di fronte a questo fenomeno, che pare sotto gli occhi di tutti, concedere l'azione ai soli titolari degli interessi protetti dalla norma organizzativa produce una pesante disarmonia: dovendo «l'individuazione dell'interesse legittimo (...) essere compiuta *esclusivamente alla luce della norma regolatrice del potere e delle altre norme che ad essa si collegano*», la qualificazione di "legittimi" finisce per competere soltanto agli interessi materiali che «*che il potere amministrativo doveva tenere presenti nel momento del suo esercizio*». Mentre quindi si dà generalmente e giustamente per superata l'idea che l'amministrazione si qualifichi per essere un'attività di mero adempimento delle leggi, se ne ricostruisce il controllo giurisdizionale attorno al modello di funzione «a cui nessuno pensa

---

la legge, «il *iussum*» e l'esperienza: «mentre l'esperienza, colta nel concreto delle attività dei soggetti in cui essa si risolve, non è mai totale ma frammentata nei singoli casi e nelle singole azioni, la volontà della legge, in quanto deve essere attuata, è sempre totale, non la si isola mai in singole norme o in singole disposizioni, diventa *ordo* solo *ex integra causa*, cioè solo in quanto si attua in modo che tutte le sue esigenze siano soddisfatte (...). Di qui la singolare antinomia che nasce: da un lato l'ordinamento giuridico che deve realizzarsi intero *ex integra causa* (...) dall'altro, il caso singolo, l'esperienza divisa in casi singoli, che sembrano permettere l'attuazione dell'ordinamento ma solo frazionatamente, *pro parte* (G. CAPOGRASSI *Intorno al processo* (ricordando Giuseppe Chiovenda), in *Riv. it. fil. dir.*, 1938, III, pp. 252 ss.; anche in ID., *Opere*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 130 ss., 137-138.



più, quella che può essere «*valutata e controllata come se conservasse i caratteri della esecutività*»<sup>64</sup>.

Non abbiamo finito qui. Il successo che ha avuto nella giurisprudenza amministrativa la teoria della “norma di protezione” maschera forse anche una (discutibile) visione dei caratteri differenziali delle norme giuridiche dalle altre regole di condotta. L'insistenza sulla correlazione dovere-pretesa, ad esempio, sembra richiamare l'idea che profili distintivi delle norme giuridiche sia la “bilateralità”, come «simmetrica corrispondenza tra l'obbligo di un soggetto e il diritto (in senso soggettivo, come situazione derivante dal diritto oggettivo) di un altro, sempre e necessariamente risultante dalla norma giuridica». Non si tratta però di una visione priva di equivoci, come spiega Crisafulli: «facile, pertanto, e fondato il rilievo, tante volte avanzato a critica di questa tesi, che essa non fa se non ipostatizzare in termini che pretenderebbero avere assoluto valore logico un particolare fenomeno di un particolare e limitato settore dell'esperienza giuridica, qual è appunto il «rapporto giuridico» nel diritto privato, se non addirittura lo schema del rapporto obbligatorio civilistico (esempio paradigmatico: quello tra creditore e debitore)»<sup>65</sup>. Va da sé, poi, che «*le autorità normative (...) non hanno una “intenzione” nello stesso senso in cui può averla un individuo*»; e l'intenzione delle autorità normative, «*se mai esiste una cosa del genere – non è suscettibile di conoscenza empirica: può solo essere oggetto di congetture. Pertanto, l'ascrizione di una intenzione ad una autorità normativa può facilmente essere contestata, e persino squalificata in quanto tale (quale che sia, cioè, l'intenzione ascritta)*»<sup>66</sup>.

Ma dove più la teoria della norma di protezione devia dalla «falsariga del processo civile», è nel modo d'intendere il concetto di protezione dell'interesse da parte dell'ordinamento. Quest'ultimo è infatti concepito dal giudice amministrativo in modo antitetico agli schemi, a dir poco collaudati, dell'atipicità

---

64 G. BERTI, *L'interesse diffuso nel diritto amministrativo*, in *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività*, Atti del Convegno nazionale di Bologna, 5 dicembre 1981, Rimini, Maggioli, 1982, p. 18.

65 V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, I, pp. 27-29.

66 R. GUASTINI, *Interpretare, costruire argomentare*, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2015, pp. 11 ss.

dell'illecito civile, per cui «quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori»<sup>67</sup>. Il Consiglio di Stato, stabilendo a priori che gli interessi legittimi meritevoli di tutela siano solo quelli presi in considerazione dalla norma, mostra invece di accogliere la vecchia teoria della “tipicità” dell'illecito civile, il cui carattere precipuo era non distinguere tra la *culpa* e l'*iniuria*, risolvendo l'iniuria «nell'elemento soggettivo e cioè nel fatto colposo»<sup>68</sup>.

Affermare che gli interessi legittimi tutelabili dalla giurisdizione amministrativa sono solo quelli «che il potere amministrativo doveva tenere presenti nel momento del suo esercizio», perché qualificati dalla «norma regolatrice del potere», mentre gli altri sono interessi di fatto, assimilabili alle generiche aspettative del *quavis de populo*, equivale a imporre al ricorrente l'allegazione di un *annullamento colposo*, che restringe l'illegittimità entro una precisa sfera d'imputazione, laddove la lesione dell'interesse legittimo deve recuperare un autonomo elemento d'*ingiustizia* o di *antigiuridicità* obbiettiva, riferibile alla lesione in quanto tale. Il datore di lavoro, tornando ad uno degli esempi fatti, dispone della tutela aquiliana del credito, se un terzo danneggia il lavoratore. Non è forse logico che costui possa impugnare un provvedimento che gli arreca un pregiudizio non troppo dissimile, a prescindere dalla circostanza che non sia lui stesso, ma il lavoratore, destinatario dell'atto?

Ultima questione. La giurisprudenza, auto-obbligandosi ad una indagine preliminare sulla qualificazione normativa dell'interesse protetto dalla norma, per accertare se il ricorrente è legittimato, opera – così almeno sembrerebbe – sul piano della interpretazione intesa come ricerca di significati della norma che il ricorrente assume violata. Nasce da qui probabilmente l'adesione, al teorema qui criticato, di quella parte della dottrina che fa osservare come esso abbia, se non altro, il pregio della “non creatività”, contro l'improvvisazione che si annida nelle opinioni (neanche da me condivise, peraltro) sulla legittimazione come

67 Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 591.

68 G. VISINTINI, *Atipicità dei fatti illeciti e danno ingiusto*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa, un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, pp. 589 ss.

mera affermazione<sup>69</sup> ed in quelle che demandano la soluzione alla discrezionalità del giudice (che invece tenderei a condividere, ma qui il discorso si fa inevitabilmente più complesso). Ciò che si vorrebbe far notare in questa sede, è solo il seguente aspetto: l'assunto per cui la teoria della norma di protezione (e della "terza condizione" dell'azione) si caratterizza per la sua "non creatività, è a ben vedere fortemente controvertibile. Inizierei da un aspetto sul quale siamo tutti d'accordo: proprio perché l'interpretazione è interpretazione, non puro arbitrio, non ogni proposizione giuridica, attraverso tale attività, è estrapolabile dal testo scritto. Il criterio dell'intenzione del legislatore compare nell'art. 12 delle preleggi e non vi è davvero nulla di strano nell'immaginare che il preteso "titolare" dell'interesse, al quale la norma ha conferito protezione, ne ricavi che *corrisponde* ad un *suo* interesse far valere l'invalidità dell'atto amministrativo emesso in applicazione di *quella* norma. Il giudice potrà anche desumere che, sempre *dal punto di vista della norma*, altri e diversi interessi sono, per quest'ultima, *irrilevanti*. Ma che tali interessi, quelli *irrilevanti* dall'angolatura della volontà della norma, non abbiano accesso alla giustizia amministrativa; e che chi se ne afferma portatore non stia tutelando un proprio interesse legittimo, bensì un mero interesse di fatto, difficilmente può desumersi per interpretazione. A meno che – come si è visto – non ci si trovi dinanzi ad enunciati come l'art. 8, comma 2 della legge n. 241/1990, dove è stabilito che l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo «può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista». Troviamo qui sì, veramente, un esempio di norma che provvede alla risoluzione del conflitto di interessi tra gli amministrati. Ma, come pure si è detto, non tante disposizioni del nostro ordinamento giuridico prevedono in termini così espliciti; ed anzi, a quanto si sa, non ve ne sono altre.

Valga ancora l'esempio: dalla interpretazione delle disposizioni di legge che disciplinano il potere di governo del territorio si potrà ricavare una speciale

---

69 L. FERRARA, *Conclusioni*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio visto dal basso*, cit., p. 237.

considerazione per gli interessi dei proprietari di immobili situati in una determinata zona; non certo un giudizio di legittimità o illegittimità di interessi diversi, tesi alla fruizione del territorio, ma non riconducibili al possesso di diritti personali o dominicali. La valutazione negativa ed “ostativa” in ordine alla possibilità di questi interessi di accedere alla giustizia risiederà forse altrove: certamente, *non* nell’enunciato legislativo che il ricorrente, formulando la censura, chiede al giudice di applicare. Nella norma evocata a propria difesa dal ricorrente, non si troverà quasi mai racchiuso, se non accidentalmente, tutto l’ordinamento, né di conseguenza vi si potrà vedere identificato l’interesse legittimo. Vi si rintraccerà un intento protettivo degli interessi *astrattamente* compartecipi della funzione amministrativa secondo la norma che il ricorrente assume violata e che, semplificando all’estremo (se è permesso), chiameremo “norma A”; così come se ne potrà inferire che la norma A non “vuole” tutelare gli interessi che il ricorrente dichiara o dimostra di avere in quanto *astrattamente* protetti da “norme B, C, D, ecc.”, affermando ciononostante che il bisogno di tutela di questi ultimi nasce, in concreto, dalla violazione della norma A. Ora il giudice amministrativo, quando dice di non poter applicare la “norma A”, in quanto questa non ha “preso in considerazione” l’interesse del ricorrente (che però la assume violata), sta ragionando soprattutto sulla “norma B” (quella che invece qualifica l’interesse dello stesso), per decidere se questa si possa collocare o meno nel medesimo “sistema” di cui fa parte la prima. Sta compiendo un’operazione di latitudine concettualmente pari a quella necessaria per la soluzione di una “antinomia”, o alla negazione di una “lacuna”. Di certo, non sta affatto *interpretando*, in senso proprio, la “norma A”. Né si sta addentrando in quel particolare aspetto dell’interpretazione o – per chi lo ha ritenuto – in quella diversa operazione, che è il cd. “bilanciamento degli interessi”, giacché teorema vuole che, per il giudice, le condizioni della prevalenza dell’interesse del legittimato rispetto a quello del non legittimato si trovino già inderogabilmente fissate dalla *volontà della norma*, a prescindere dalla contesa effettiva, concreta, degli interessi

in gioco. La tecnica del “bilanciamento” non lo potrebbe mai escludere, al contrario della teoria della legittimazione ad agire, qui esaminata, che invece lo nega. Nella prospettiva del bilanciamento, potrebbe bastare all’ammissibilità del ricorso il fatto che, estromessa ipoteticamente la categoria di cui fa parte il ricorrente, nessun altro soggetto potrebbe far giustizia dell’atto illegittimo. Ma dove la strategia del bilanciamento potrebbe portare a risultati di grande impatto è, soprattutto, nel far emergere la giuridicità di un possibile *conflitto* tra gli interessi del non legittimato e quelli di chi, essendo legittimato ed avendo il potere di agire, ha anche il *potere di non agire* in giudizio. Ci si potrebbe cioè chiedere se l’accesso alla giustizia del non legittimato (in astratto) non possa essere giustificato dal vantaggio che altrimenti la sua estromissione creerebbe in capo al soggetto astrattamente legittimato, il cosiddetto titolare dell’interesse legittimo (come nei casi, analizzati sopra, del ricorso del promissario acquirente, dell’impresa non ammessa alla competizione finale, ecc.). Si avrebbero allora strumenti per comprendere come il titolare apparente dell’interesse legittimo ben possa (beninteso, come mera probabilità) trarre, nel caso concreto, proprio *dalla mancanza di legittimazione dei terzi alla impugnazione del provvedimento annullabile*, la tutela di un proprio “interesse illegittimo”<sup>70</sup>. Ed ancora, la tecnica del bilan-

---

<sup>70</sup> Per un caso, Cons. Stato, Ad. plen. 11 gennaio 1966, n. n. 1. Se ne potrebbe trarre – non è ovviamente questa la sede – una riflessione più ampia sulla portata del principio di tassatività dei casi di sostituzione processuale (E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, . Ci si limita qui a osservare che manca, nella dottrina del diritto amministrativo, una precisa dimostrazione che l’articolo 81 c.p.c., con l’inciso «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge», sancisca un principio non operante solo all’interno del Codice di rito civile e riporti invece – come unanimemente ritengono dottrina e giurisprudenza – un principio generale del processo *tout court* (sicché sarebbe pacifica l’operatività del rinvio esterno stabilito dall’art. 39 c.p.a.). Va solo precisato che prima del 1942, sotto il vigore del Codice di procedura civile del 1865, non era affatto sicuro, né in dottrina, né in giurisprudenza, che la sostituzione processuale fosse *in linea di principio* vietata, dovendosi piuttosto riportare i problemi da essa originati al tema della scissione tra diritto di azione e diritto sostanziale (G. NENCIONI, *Sostituzione processuale e legittimazione*, *Foro it.*, 1939, c. 379 ss., per cui è «illogico, una volta ammessa questa categoria, volerla enormemente limitare nelle sue applicazioni, quasi per timore che essa sovverta i cardini del nostro diritto processuale», c. 380; si veda sul «profondo contrasto tra gli interpreti» M. MARINELLI, *Rileggendo Edoardo Garbagnati “La sostituzione processuale nel nuovo c.p.c.”*, in *Jus*, 2014, pp. 81 ss., 84) e cioè in definitiva all’interesse dello Stato a che il diritto di azione possa o non possa diventare oggetto di atti di disposizione privati (E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1942). Il che potrebbe spingere nella direzione opposta a quella indicata da chi attribuisce, al divieto di sostituzione, un valore di principio processuale generale

ciamento potrebbe portare ad un esito di ammissibilità del ricorso laddove, semplicemente, il giudice dovesse appurare che ammettere la legittimazione del ricorrente non ha, concretamente, alcun contraccolpo per la sfera giuridica del soggetto “protetto”<sup>71</sup>.

Tornando al discorso sulla teoria della norma di protezione, pare si possa terminare affermando che, nel domandarsi quali interessi la norma invocata dal ricorrente abbia voluto tutelare, e quali abbia voluto escludere, il giudice amministrativo sta compiendo una attività di interpretazione, ma non di quella norma. La norma che nel ricorso si afferma violata è l'oggetto, piuttosto che il parametro, della decisione. Proprio come si conviene alla risoluzione delle antinomie o alla negazione delle lacune, egli sta facendo applicazione di *una regola superiore o comunque diversa da tutte quelle che “qualificano” gli interessi in gioco*. Ci si dovrebbe ora chiedere quale sia questa regola; ma la domanda sarebbe retorica, perché la regola, sul piano normativo positivo, in senso stretto non esiste, è un semplice principio logico, cioè di *pura e semplice irrilevanza dell'interesse non protetto*. Il giudice amministrativo, quando ritiene, ad esempio, che il proprietario di un immobile posto in prossimità di un'opera pubblica non sia legittimato ad impugnare gli atti con i quali l'amministrazione ha affidato i lavori in assenza del procedimento concorsuale di scelta del contraente<sup>72</sup>, motivando la propria decisione in base al fatto che costui non riceve (il che è palese) alcuna “protezione” dalle norme sulla concorrenza nell'affidamento dei contratti pubblici, sta applicando direttamente una sua personale visione dell'ordinamento giuridico. In

---

(per questo fondamentale chiarimento, V. ANDRIOLI, *La legittimazione ad agire*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1935, p. 273 ss., altri richiami dell'A. a questa posizione in *Peculiarità processuali delle polizze di assicurazione*, in *Foro it.*, 1935, c. 337 ss. e in nota a Cass. civ., sez. I, ud. 27 giugno 1935, *Foro it.*, 1935, c. 1600 ss., ove l'A. ritiene che «dai casi legislativamente considerati sia permesso risalire alla formulazione di un principio generale, secondo il quale, nella negligenza dell'originario legittimato, possono gli interessati all'esito dell'azione a quest'ultimo spettante, esercitarla in nome proprio», *ivi*, 1600). Altro è poi – rispetto alla riflessione sul “principio generale” – il tenere nella dovuta considerazione che nei diversi tipi di processo può apparire necessario subordinare la sostituzione all'assolvimento di determinati oneri, ad esempio l'evocazione del sostituto da parte del sostituto (V. ANDRIOLI, *op. e loco ult. cit.*).

<sup>71</sup> Ho cercato di sviluppare questi concetti nel mio *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, cit., p. 64 e *passim*.

<sup>72</sup> Cons. Stato, IV, 9 luglio 2010, n. 4450, al punto 7.3 della motivazione.

particolare, di un certo modo d'intendere la «completezza» dell'ordinamento, ossia appunto l'assenza di lacune. Senza voler qui entrare in un dibattito così autorevolmente rappresentato, come è quello sulla ammissibilità del concetto di «lacuna» nel diritto, vorremmo notare che, più si vede applicato il teorema della legittimazione ad agire, più si ha l'impressione di assistere ad una sostanziale celebrazione del potere dell'ordinamento normativo: ad una negazione, da parte dei giudici amministrativi, della possibilità che gli interessi umani si organizzino secondo un criterio di libertà-responsabilità. Ciò avvicina ad un punto di forte tensione, che è quello del disconoscimento della regola secondo la quale non è permesso al giudice di «denegare giustizia, ossia rinunciare al giudizio per mancanza della regola da applicare (il cd. *non liquet*)»<sup>73</sup>

Resta, a questo punto, l'osservazione conclusiva.

Proprio ed anche in virtù di quanto argomentato, l'indagine preliminare sulla qualificazione normativa dell'interesse azionato si risolve in un giudizio *di diritto oggettivo*: quando parliamo dell'interesse qualificato e, di conseguenza, protetto, non alludiamo a quello che il ricorrente ritiene tale, ma a quello che risulta distinguibile dall'interesse non tutelato, o adespota, ad esito di una valutazione *ex ante* sulla volontà manifestata dal legislatore. Da quest'angolatura può apparire persino stupefacente l'insistenza con cui ovunque si afferma – senza contestare tali premesse – che il processo amministrativo corrisponde ad una giurisdizione «soggettiva».

In realtà, fin che si supporta l'idea della legittimazione come requisito consistente nella affermazione di un interesse qualificato dalla norma, non è affatto superato l'ideale del processo amministrativo come giudizio volto primariamente alla soddisfazione di un interesse pubblico. Soggettività – si potrebbe concludere – c'è soltanto laddove l'ordinamento non ponga la giustizia amministrativa al servizio dei soli interessi da lui volontariamente protetti.

---

73 R. BIN. G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 2.

Là dove invece solamente i titolari di interessi normativamente qualificati possono trascinare in giudizio l'amministrazione per far questione di validità del provvedimento amministrativo, il giudizio che ne consegue sarà sempre impostato sulla omogeneità tra interesse del ricorrente ed interesse pubblico: avremo pur sempre, cioè, un contenzioso il cui scopo è la garanzia dell'ordinamento e dunque, in un certo qual senso, sempre del diritto oggettivo.

## **6. Sul principio di autodeterminazione dell'interesse protetto**

Che l'individuo stabilisca liberamente le sue relazioni con i pubblici uffici e possa decidere da sé, assumendosene la responsabilità, se i suoi diritti sono o non sono protetti da una norma di legge, regolativa delle funzioni amministrative, dovrebbe essere tanto ovvio da non richiedere soverchianti dimostrazioni. In ogni caso, mi sembra argomentabile questo: che lo studio della dimensione giuridica degli interessi, protetti dalle norme disciplinanti l'amministrazione, possa essere intrapreso, oggi, postulando i limiti (e non necessariamente la massima espansione logica) del principio rappresentativo. Il vincolo dell'amministrazione alla legge – la legalità dell'agire amministrativo come concetto e come valore democratico – può essere predicato anche senza ricondurlo ad una «soggezione» dell'amministrazione ad un «potere» della legge; anzi, è proprio traslocando il potere al di fuori della norma che il confronto tra legge e amministrazione può produrre i risultati più visibili. A questo punto deve però essere trovato il coraggio di compiere quel balzo che rende comprensibile tutto il discorso: riconoscere che il potere dell'individuo di agire in giudizio, *basato su norme*, non è necessariamente un potere *conferito dalle norme*. Sono le persone che sentono il bisogno, laddove il godimento delle libertà è eguale, ma non puramente passivo, di ricercare nella legge gli spazi giuridici dai quali desumere, a loro rischio e pericolo, la propria protezione.

Sostenere questo principio di autodeterminazione dell'interesse protetto non significa negare che i pubblici uffici siano luoghi in cui si esercita potere, ma ammettere che si tratta di un potere relativo e circoscritto, proprio perché



promana da una entità (legge, norma, sistema, ordinamento) sollevata rispetto alla società e agli individui. Che, quindi, la norma organizzativa «prenda in considerazione» i diritti dei destinatari del provvedimento nella loro interconnessione con l'attività dell'ufficio, è evidente; ma tale circostanza non ha, di per sé, alcuna capacità indicativa del perimetro degli interessi sostanziali che possono obbligare il giudice a pronunciare sul merito del ricorso in caso di provvedimento emesso in violazione della “norma di protezione”.

Qualche utile spunto è del resto anche nella legge n. 241/1990. Nella quale, non casualmente, le norme sulla partecipazione al procedimento hanno suggerito perlomeno un duplice ordine di elementi giuridici soggettivi, in parte desumibile dagli articoli 7 e 9 della legge 7 agosto 1990, n. 241: 1) diritti e libertà dei destinatari degli effetti dell'atto di esercizio del potere. Costoro, tutti, poco importa se titolari di interessi «oppositivi» o «pretensivi», in qualche misura si sollevano rispetto alla collettività, in quanto presi in considerazione dalla norma (che manifesta nei loro riguardi una volontà di protezione); 2) diritti e libertà di coloro che possono subire un pregiudizio dal provvedimento (ma anche dal rifiuto dalla mera omissione di provvedimento). Sembra chiaro che questi ultimi individui, non predeterminabili in astratto, possono emergere solo nel momento del concreto dell'esercizio del potere, essendo il pregiudizio circostanza del tutto eventuale.

Di conseguenza, *costitutiva della loro tutela è l'intersezione di una seconda norma, protettiva degli interessi lesi dal provvedimento, ma ulteriore rispetto a quella che disciplina l'esercizio del potere*, con la quale la seconda norma si lega secondo una «legge», per così dire, di *mera non-incompatibilità*, ai fini della instaurazione della relazione con gli uffici. Volendo, insomma, si potrebbe persino soggiungere che nelle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo, sopra menzionate, c'è già *in nuce* quel principio di «autodeterminazione» che si è cercato fin qui di evidenziare.

## **7. Osservazioni conclusive**

Nel giudizio amministrativo di annullamento, il ricorrente non è legittimato dalla propria affermazione. È legittimato in virtù del fondamento giuridico della propria affermazione, vale a dire che il suo interesse dev'essere radicato nell'ordinamento e, in questo senso, dev'essere "protetto". Non necessariamente, però, la «norma dell'ordinamento» deve essere scelta solo tra quelle che hanno voluto prendere in considerazione il suo interesse insieme all'esercizio del potere. Non deve necessariamente, in altre parole, identificarsi in una norma disciplinante la funzione di amministrazione dalla quale è scaturito l'atto del quale si controverte.

Continuare a sostenerlo vale quanto dire che nel processo amministrativo gli interessi individuali si selezionano allo stesso modo dei ricorsi amministrativi, che quivi non si concretizza l'ordinamento, ma una parte dell'ordinamento, che anche la giurisdizione amministrativa non è, in fondo, se non funzione d'amministrazione: che il processo amministrativo *non è processo*.

Resta un'altra importantissima questione, ove si condivida la prospettiva qui accolta: quella dei rimedi previsti dall'ordinamento contro le decisioni di rito ostative, motivate in base alla carenza di "titolarità". L'opinione corrente è che non si tratti di un diniego di giustizia e che la sentenza di rito non sia impugnabile in Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il caso Randstad ha ravvivato notevolmente il dibattito proprio su questo elemento, portando in luce questioni la cui rilevanza non è legata al settore particolarmente "europeizzato" o all'intraprendenza della società ricorrente. Ciò che l'ha caratterizzato è stata semplicemente l'intuizione di un rimedio: il ricorso per Cassazione per diniego di giurisdizione contro una sentenza che aveva escluso la ricorrente dalla tutela di merito. È stato esattamente notato che non vi era alcun bisogno, di fronte ad un arretramento del Consiglio di Stato dal proprio dovere di decidere il merito del ricorso, di investire la Corte costituzione della questione relativa ad una nuova concezione "evolutiva" o "dinamica" del concetto di giurisdizione,

bastava allegare il puro e semplice rifiuto<sup>74</sup>. E nei casi qui commentati, più che nel caso Randstad, si presentavano vicende che avrebbero forse potuto ipoteticamente prestarsi ad un ricorso alle Sezioni Unite. Possiamo anche continuare ad ammettere che la risoluzione di questioni sulle condizioni dell'azione per sua natura si contenga entro il perimetro degli *errores in iudicando* e non possano dar luogo a questioni di giurisdizione. Ciò non toglie che il sistema di giustizia amministrativa possa tenere in piedi la prospettiva di utilizzo di questo rimedio, se non altro, nei casi in cui la sentenza di rito si presenti con caratteri di ingiustizia tali da esigere una contromisura, in grado di ripristinare gli equilibri del rapporto giuridico processuale, che potrebbe essere proprio l'impugnabilità in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 comma 8 Cost.). Indicazioni di un certo rilievo vengono dalla recente sentenza della Corte di Cassazione sulla nota vicenda delle concessioni demaniali marittime: non si può escludere – ha affermato la Corte – che il diniego di legittimazione, impartito così e semplicemente, in “astratto”, per difetto di titolarità, possa essere interpretato come diniego di giurisdizione; e tanto basta per aprire nuovi orizzonti alla tutela dell'interesse legittimo<sup>75</sup>, più e prima che nei confronti della pubblica amministrazione, verso un giudice amministrativo che – non in solitudine, peraltro<sup>76</sup> – ha oramai imboccato la via della tutela di sé stesso, o della “non illimitata risorsa giustizia”.

---

74 F. FRANCIOSI, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i “seguiti” a Corte Giust., G. S., 21 dicembre 2021 - causa C-497/20, Randstad Italia?* (intervista di R. CONTI), in *Giustizia Insieme*, 18 gennaio 2022. Sul tema, per tutti, R. BIN, *È scoppiata la terza guerra tra le Corti? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in Id. (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021, 47 ss.; F. FRANCIOSI, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia spa*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia Insieme*, 16 marzo 2022; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020.

75 *Contra*, recentissima, Cons. Stato, VII, 19 febbraio 2024, n. 1653, punto 12 della motivazione.

76 P. NAPPI, *Il «rispetto della non illimitata risorsa giustizia» come principio processuale: osservando la «deriva della Cassazione»*, in R. TISCINI e F.P. LUISO (a cura di), *Scritti in onore di Bruno Sassani*, Tomo I, Pisa, Pacini, 2022, pp. 151 ss.