

Nino Paolantonio

---

**CENTRALITÀ DEL CITTADINO ED  
INTERESSE LEGITTIMO (OLTRE LE  
CATEGORIE, PER UNA TUTELA  
EFFETTIVA: L'INSEGNAMENTO DI  
FRANCO GAETANO SCOCA)**

---

Estratto

# CENTRALITÀ DEL CITTADINO ED INTERESSE LEGITTIMO (OLTRE LE CATEGORIE, PER UNA TUTELA EFFETTIVA: L'INSEGNAMENTO DI FRANCO GAETANO SCOCA) (\*)

SOMMARIO: 1. L'occasione: il libro di Franco Gaetano Scoca. — 2. Irrecuperabilità ad ogni fine delle teorie processualiste. — 3. Dal 1889 ... — 4. ... alla Costituente. — 5. Il (pesante) lascito di Oreste Ranalletti. — 6. Partecipazione al procedimento e interesse legittimo. — 7. L'interesse legittimo come "capro espiatorio". — 8. Conclusione.

1. Il gradito invito ad una giornata di studi (1) ha rappresentato l'occasione per (ri)leggere un volume intitolato da Franco Gaetano Scoca all'interesse legittimo. Allo studio di questa situazione soggettiva il Maestro ha dedicato anni, nel corso dei quali ha prodotto una gran quantità di scritti di vario taglio ed approfondimento (2). Con quest'opera Egli propone alla comunità scientifica, attraverso un percorso di ricostruzio-

(\*) Queste pagine sono dedicate a Franco Gaetano Scoca.

(1) Si tratta del convegno svoltosi a Catania il 22 settembre 2017, dal titolo "Le situazioni soggettive in diritto amministrativo", nel cui seno relatori ed intervenitori hanno discusso del libro di Franco Gaetano Scoca di cui si tratta in queste pagine.

(2) Già nel *Silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 137 ss., il prof. Scoca elabora la teoria c.d. "strumentale", ancor oggi propugnata, secondo cui la protezione assicurata all'interesse non si ravvisa nella garanzia del conseguimento dell'utilità materiale, sibbene nel comportamento dell'amministrazione che quel vantaggio può unicamente assicurare, e quindi nell'esito favorevole della procedura. Nel *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 26, il Maestro arricchisce la tesi osservando che le facoltà partecipative del privato negli atti di iniziativa procedimentale condizionerebbero l'esercizio del potere, così come gli atti di collaborazione procedimentale: queste facoltà sarebbero idonee ad influire sull'esercizio e sui tempi di esercizio del potere. Sicché, "l'utilità specifica (il bene)

ne storico-dogmatica che non ha eguali nell'attuale panorama letterario, il modello di "una valida ed autonoma figura di teoria generale" (3): "l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva, è interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere" (4); aspirazione al risultato favorevole e confronto collaborativo incidente sul merito del potere sono quindi i connotati di questa situazione soggettiva sostanziale, alla quale rimane estranea la legittimità dell'esercizio della funzione, diversamente da quanto si ravvisa nelle opere di coloro che hanno, da tempo, sostenuto appunto il carattere sostanziale dell'interesse legittimo (5).

L'opera del prof. Scoca rappresenta l'ultimo approdo (cronologicamente) di un percorso iniziato dalla dottrina italiana da oltre un secolo, alle origini sviluppatosi principalmente per risolvere il problema del riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, e poi esteso alla sistematica delle tutele individuali del privato nei confronti del pubblico potere attraverso le forme processuali più varie, nuove e di volta in volta adatte alla bisogna, secondo l'evoluzione dei tempi e dei modelli processuali (azione costitutiva di annullamento, azione di accertamento, azione di condanna, azione di adempimento, azione di esecuzione). Un approdo che — condivisibile o meno diviene un punto di riferimento obbligato per i cultori non solo

verso il quale la situazione soggettiva interesse legittimo propriamente si indirizza è il comportamento dell'amministrazione", *ivi*, 29.

(3) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 487.

(4) F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 459 ss.

(5) Si veda la definizione di Giovanni Miele, considerato l'autorevole "fondatore" della tesi sostanzialista: "(...) una posizione giuridica di vantaggio in ordine ad un bene della vita, ma non autonoma, come il diritto soggettivo, bensì dipendente da un potere giuridico altrui o da un dovere imposto ad altri nel pubblico interesse; e la posizione giuridica di vantaggio è data dalla necessità che il potere sia esercitato legittimamente, o che il dovere sia regolarmente adempiuto": G. MIELE, *Introduzione al tema*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, 19.

italiani della dommatica sull'azione amministrativa autoritativa.

Dopo aver letto il libro di Franco Gaetano Scoca — ma una lettura è insufficiente, data la profondità dell'opera —, ritengo doveroso soffermarmi brevemente sull'analitico esame delle tesi negative della rilevanza dell'interesse sostanziale del privato, nel cui ambito il Maestro mi fa l'onore di annoverare due miei contributi. Le poche considerazioni che seguono si inseriscono in un circuito dialettico non sempre connotato da reciproca condivisione il che, come emergerà al termine, è effetto diretto ed immediato della statura intellettuale ed umana dello Studioso, oltre che della solidità degli insegnamenti che Egli ha trasmesso ad allievi diretti ed indiretti, oltre che alla comunità scientifica tutta.

2. Un primo punto concerne le riflessioni sulle formulazioni del moderno indirizzo processualistico: lì dove il prof. Scoca dissente — giustamente — dalle teorie secondo cui l'interesse del privato emergerebbe solo nel processo; e coerentemente critica un passaggio ove, nell'ormai lontano 2003, ho ipotizzato potersi recuperare la teoria guicciardiana dell'interesse di fatto, in una dimensione, peraltro, affatto peculiare (6).

In verità, il mio rilievo secondo cui l'interesse legittimo potrebbe essere qualificato come interesse di mero fatto, se contestualizzato alla trattazione dalla quale i riferimenti son stati tratti, si spiega così. Il tentativo di studiare la rinunciabilità dell'interesse legittimo mi aveva condotto ad interrogarmi su quale fosse la situazione di vantaggio alla base dell'interesse legittimo, posto che la rinuncia è per definizione dismissione di una situazione vantaggiosa e, aggiungo, di una situazione sostanziale vantaggiosa.

Ipotizzando che l'interesse legittimo si traducesse in un interesse di fatto qualificato dal diritto di azione, se ne sarebbe

(6) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 154, nt. 124. Il mio lavoro, oggetto di analisi e critica da parte del Maestro, è il *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, spec. a p. 244.

dovuto trarre che la rinuncia all'azione avrebbe implicato rinuncia all'interesse legittimo; ma io stesso ho ritenuto insoddisfacente questa chiave di lettura poiché il concetto di proiezione dell'interesse di fatto nell'azione è, in realtà, ondivago e sfuggente; la ricostruzione proposta, in realtà, qualifica l'interesse legittimo come interesse non più solo di mero fatto ma giuridicamente protetto; il che esclude, a mio sommo avviso, che possa recuperarsi integralmente la teoria di Guicciardi, e quindi anche quella parte di essa — oggi insostenibile — secondo cui l'azione è esercitata anche nell'interesse pubblico (7). Una tesi, quindi, dalla quale ritengo sia giusto e corretto prendere le distanze.

Il prof. Scoca osserva inoltre che questa mia tesi “(...) si regge su due presupposti, entrambi fortemente discutibili: il primo è che un interesse di fatto può ricevere tutela giuridica nel momento in cui ad esso la legge garantisca l'azione; il secondo è che la titolarità dell'azione non presuppone necessariamente la titolarità, sul piano sostanziale, di una situazione soggettiva specifica” (8).

Il discorso che svolgevo nello studio sulla rinuncia si incentrava in realtà sul riesame critico delle teorie chiovendiane circa l'autonomia dell'azione — come diritto in sé e per sé — rispetto alla situazione soggettiva sostanziale sottostante: anche se in luogo di tale situazione soggettiva vi fosse un interesse di mero fatto, il diritto di azione permarrrebbe tale ed autonomo poiché non dipende dalla qualificazione giuridica di quell'interesse; nel senso cioè che, anche se quell'interesse è di fatto, ciò

(7) Non ritengo quindi di aver fatto “un balzo verso il passato” allo scopo di recuperare “la dimensione prettamente processuale” dell'interesse legittimo, come scrive S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 89 (e, prima, a p. 85), che giustamente nota come “interesse legittimo e interesse meramente processuale risultano essere concetti non sovrapponibili”. Piuttosto, diversamente da quanto nota la A. (p. 88), chi scrive non nega “l'utilità della figura”, ma la figura stessa, senza con ciò sottrarre alla teorizzazione che su di essa si è formata il pregio di rafforzare la tutela dell'amministrato nel procedimento e nel processo, come si dirà più avanti.

(8) F.G. SCOCA, *op. loc. cit.*

non impedirebbe che esso sia assistito dal diritto di azione poiché la qualificazione in termini di giuridica rilevanza dell'interesse di fatto discenderebbe dal riconoscimento della tutela giudiziaria che la legge accorda a quell'interesse, sempre ammesso che la legge attribuisca a quello stesso interesse (di fatto) l'azione.

Ho appena ricordato, però, di avere io stesso ritenuto insoddisfacente tale tesi poiché aderirvi implicherebbe anche accettare che il cittadino leso nell'interesse (legittimo) di fatto agirebbe anche a tutela dell'interesse pubblico, con la conseguenza aberrante che la rinuncia all'interesse, traducendosi in rinuncia al diritto di azione, costituirebbe un evento giuridico impeditivo dell'attuazione (di una forma di tutela) dell'interesse pubblico.

Mi sembra quindi che sul punto — l'interesse legittimo non è un interesse di fatto strumentalmente tutelato dall'azione giudiziaria — il Maestro ed io siamo d'accordo. Così come mi pare impossibile non concordare quando il prof. Scoca afferma che il limite delle tesi processualiste sta nell'ignorare tutta la disciplina sostanziale, che impone all'amministrazione di tener conto degli interessi privati coinvolti nella sua azione; ignorando cioè la tutela "(...) adeguata alla loro consistenza già sul piano sostanziale, nel procedimento amministrativo, ossia prima che, con l'adozione del provvedimento finale, ne sia eventualmente provocata la lesione" (9). Su questi importanti temi avremo modo di tornare.

3. Sotto un profilo eminentemente storico, l'analisi critica del Maestro si appunta sulla interpretazione dei lavori parlamentari della legge Crispi, da me letti e annotati tanti anni fa proprio su preziosa indicazione del prof. Scoca e rispolverati in uno scritto più recente, ove ho sostenuto che, essendo la IV Sezione concepita dal legislatore crispino come un organo dell'amministrazione, non v'era né v'è ragione di tentare di rintracciare in quei lavori la forma embrionale dell'interesse

(9) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 155.

legittimo (10). Un'impressione confermata dalla accurata ricostruzione storico-dogmatica del Maestro, laddove rammenta che la configurazione della IV Sezione come organo amministrativo inducesse i commentatori dell'epoca ad escludere che l'interesse di cui all'art. 3, l. 31 marzo 1889, n. 5992 potesse qualificarsi come una situazione soggettiva, in difetto di un'azione giudiziaria che glie ne assicurasse la consistenza; e, dopo il 1907, quell'interesse fu approcciato come presupposto processuale (11). Frattanto Ranelletti aveva avviato l'elaborazione della propria teoria, e questa è altra storia, magistralmente indagata nel volume di cui discutiamo.

Il prof. Scoca mi osserva che “se è vero che non si fecero questioni teoriche o sistematiche, che d'altronde non competevano al legislatore, è altrettanto vero che la tutela di annullamento venne limitata ad “interessi”, che furono esplicitamente dichiarati diversi dai diritti soggettivi, facendo espressamente salvo l'intero ambito giurisdizionale del giudice ordinario, che comprendeva (la tutela di) tutti i diritti soggettivi; per i quali, si può aggiungere, la tutela di annullamento non era accordata allora e non lo è, almeno in termini generali, (incomprendibilmente) neppure oggi” (12).

Io non vedo, tuttavia, dove il legislatore del 1889 abbia “esplicitato” che la tutela di annullamento sia stata riservata ad interessi diversi dai diritti (sempre che non si voglia assumere come fattore dirimente la *littera legis*, d'origine tanto travagliata e compromissoria), e non credo che tale conclusione sia desumibile dalla salvezza assicurata all'ambito di competenza del giudice ordinario: ciò perché dai lavori parlamentari emerge che la IV Sezione doveva essere un ufficio amministrativo dotato del potere di annullamento di atti amministrativi inva-

(10) N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 1 ss. Condivide questa lettura S. COGNETTI, *Legge, amministrazione, giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 63 ss.

(11) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 21-23.

(12) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 353, nt. 46.

lidi, mentre la legge non qualificava altrimenti gli interessi che erano “oggetto” dei ricorsi.

Non so dire quindi se giovi — sempre sotto un profilo eminentemente storico — insistere sulla notazione che la tutela di annullamento fu riservata ad interessi, della cui qualificazione la legge del 1889, sempre a mio sommessimo avviso, non si curò, tale sostantivo essendo stato scelto ed utilizzato solo per evitare di introdurre il sospetto che un organo diverso dai tribunali ordinari potesse annullare atti amministrativi a salvaguardia di diritti soggettivi.

L'approccio storico è nondimeno assai utile poiché consente di apprezzare — e valutare l'opportunità — del percorso seguito dal legislatore: che crea un organo amministrativo investito del potere di annullamento soprattutto perché, come ricorda il nostro Autore, di tale potere è privo il giudice ordinario; lo crea ambiguo, perché deve (politicamente) sfuggire alla critica di ridare vita all'abolito (ed aborrito) contenzioso amministrativo; lo crea — non so se consapevolmente o meno — adatto a dare corpo ad un interesse giuridicamente protetto alternativo al diritto soggettivo, d'incerta qualificazione, che il prof. Scoca ci mostra accrescersi di contenuti e connotazioni sostanziali nel corso dei decenni a seguire. Non è quindi incomprensibile che nel 1889 non si sia fatto ciò che il buon senso suggeriva, ossia dotare il giudice ordinario del potere di annullare gli atti amministrativi invalidi: secondo il pensiero dominante dell'epoca, ne sarebbe rimasta violata la riserva di amministrazione.

4. Piuttosto, andrebbe compreso perché questa distinzione sia stata mantenuta in sede di Assemblea costituente. Il prof. Scoca scrive al riguardo pagine densissime, dichiarandosi “(...) convinto che si debba (...) riconoscere alle disposizioni inserite nella Costituzione anche un ulteriore merito, quello di avere considerato (e disegnato) l'interesse legittimo come un mezzo di tutela del privato, del tutto sganciato dalla (concomitante) tutela dell'interesse pubblico: diritto soggettivo e interesse legittimo sono posti l'uno accanto all'altro, a rappresen-

tare due diverse forme di tutela giurisdizionale esclusivamente di interessi propri dei privati” (13).

Leggendo gli atti preparatori, nondimeno, emerge che un peso decisivo sull’assetto costituzionale — della prima e della seconda parte della Carta — lo ebbe più che l’interesse legittimo il Consiglio di Stato come giudice dell’amministrazione, ossia dell’interesse pubblico, e solo indirettamente dell’interesse privato. Si pensi ad alcuni passaggi del discorso di Bozzi nella seduta della Seconda Sottocommissione del 9 gennaio 1947: “La giurisdizione del Consiglio di Stato è dominata (...) dal criterio del pubblico interesse (...) Per mezzo di essa il cittadino diventa uno strumento per l’attuazione di quella che con frase felicissima è stata detta la ’giustizia nell’amministrazione’. È quindi lo Stato stesso che sente la necessità di organizzare questa forma di controllo giurisdizionale per attuare nel suo seno la giustizia nell’amministrazione, che è un problema essenziale di ogni Stato veramente democratico”. E se ancora non bastasse: “Si potrebbe (...) pensare che quella che è stata una conquista liberale-democratica di controllo della discrezionalità dell’Amministrazione, a garanzia degli interessi dei cittadini, venga oggi soppressa e portata nel gran mare della giurisdizione ordinaria; con la necessaria prevalenza dei giudici togati, portati per la loro conformazione mentale ad applicare rigidamente la legge anche in materia dove è necessario invece contemperarne l’applicazione con la valutazione del pubblico interesse, unendo cioè alla rigidità del giudice, quella che chiamerebbe la ’duttività dell’amministratore” (14).

Purtroppo, almeno a mio modo di vedere, fu questa la ragione decisiva della costituzionalizzazione dell’assetto fondato sul dualismo di situazioni soggettive. Il Consiglio di Stato doveva essere mantenuto quale giudice esclusivo del c.d. interesse pubblico non solo nell’assetto delle competenze, ma

(13) *L’interesse legittimo*, cit., 182.

(14) A. Bozzi, in *Commissione per la Costituzione*, Resoconto sommario della seduta pomeridiana di giovedì 9 gennaio 1947, reperibile su [www.legislature.camera.it/\\_dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sed013/sed013nc.pdf](http://www.legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed013/sed013nc.pdf).

anche in quello dei poteri; Ruini disse in Assemblea che “se nel nostro ordinamento giuridico si ammette che gli atti amministrativi possano essere annullati, ciò avviene soltanto in quanto il compito è affidato ad una Magistratura speciale, che per la sua composizione offre alte e particolari garanzie di competenza amministrativa” (15); è noto che poi non andrà così, e che l’art. 113 demanderà alla legge di determinare quali “organi di giurisdizione” — e quindi anche il giudice ordinario — possono annullare gli atti amministrativi, ma il Consiglio di Stato non è divenuto mai, neppure dopo il codice processuale del 2010, quel “... giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l’art. 2 della legge n. 2248 del 1865” (16), bensì è stato consacrato quale giudice speciale e specializzato per quella sua qualità di essere particolarmente versato nella cognizione di materie controverse ov’è coinvolto il pubblico interesse (17).

Un giudice, quindi, speciale e specializzato per la cognizione di situazioni giuridiche soggettive denominate “interessi”,

(15) C. RUINI, in *Assemblea costituente*, seduta pomeridiana di giovedì 27 novembre 1947, reperibile su [www.legislature.camera.it](http://www.legislature.camera.it).

(16) Così C. cost., 6 luglio 2004, n. 204, par. 2.2.

(17) A. BARTOLINI, in A. BARTOLINI - S. FANTINI, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Rimini, 2017, 33: “(...) il fondamento della giustizia amministrativa è ravvisato proprio nel fatto che nella decisione giurisdizionale si tenga conto dell’interesse pubblico: sicché nel caso dubbio il criterio della soluzione della controversia si basa sull’esigenza che la decisione non risulti dannosa per la collettività. L’interesse pubblico è, infatti, il caposaldo dell’‘ideologia’ del giudice amministrativo”; e, a p. 35: “(...) il Consiglio di Stato è considerato un giudice-amministratore. Non bisogna infatti dimenticarsi che il Consiglio di Stato oltre che essere giudice dell’amministrazione è per l’appunto un consigliere del principe. (...) La funzione consultiva, peraltro, nel diritto materiale non si esplica solo attraverso l’emissione di pareri, ma anche nella partecipazione diretta dei magistrati alla vita legislativa amministrativa tramite gli incarichi di membri degli uffici di gabinetto e legislativi dei ministeri. In questo modo partecipano attivamente alla vita amministrativa e legislativa dell’amministrazione statale”. Tuttavia, come rammenta l’A., è proprio questa commistione di ruoli a suscitare in dottrina — tra cui il prof. Scoca, come emerso nel dibattito articolatosi nel convegno catanese sub nt. 1 — dubbi sulla garanzia di terzietà ed indipendenza della Magistratura amministrativa.

cui la dottrina e la giurisprudenza formatesi dal 1889 al 1947 aveva aggiunto l'attributo di legittimi, e che a quella data si presentava nei termini magistralmente esposti dal prof. Scoca, il quale ci ha mostrato come "(...) a partire dal quarto decennio del secolo scorso, si siano andate moltiplicando le affermazioni, da parte dei seguaci del "sistema ranellettiano", del carattere sostanziale dell'interesse legittimo" (18).

Un Consiglio di Stato, per parte sua, che ha conosciuto un'evoluzione forse inattesa, e che talora ci viene presentato come vero e proprio giudice — amministratore, ad esempio nelle interlocuzioni delle sezioni consultive con l'Esecutivo su atti normativi del Governo di amplissimo respiro e di essenziale rilievo economico-sociale (19).

Ecco l'enorme importanza dell'opera del prof. Scoca: solo ponendo al centro dell'interpretazione costituzionale la figura del cittadino e delle sue pretese nei confronti del pubblico potere si può ancora sperare di ottenere la retrocessione di un pensiero ormai sempre più diffuso, che fa del giudice amministrativo più un regolatore di interessi pubblici che un decisore di controversie, e che per tali ragioni è al centro di critiche più o meno avvedute e tutte senz'altro malsane, che ne vorrebbero limitare le funzioni di vera e propria *iuris dictio*: solo per esemplificare, il pensiero corre alle incredibili limitazioni alla tutela individuale introdotte nel contenzioso dei contratti pubblici e, purtroppo, all'avallo che proprio il Consiglio di Stato ha fornito nel parere sul nuovo codice dei contratti pubblici del

(18) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 109.

(19) "Si modificano i rapporti tra giudice amministrativo e legislatore: si dequotano le fonti; la legge tende a farsi provvedimento amministrativo, perdendo i suoi connotati di generalità e astrattezza; in un sistema "a legislazione confusa" il giudice lavora sempre di più per categorie generali e contribuisce a "creare diritto" anche nei sistemi a tradizione di *civil law*. Si modificano i rapporti tra giudice amministrativo e amministrazione: l'amministrazione ha paura di decidere; tende a difendersi più che a fare; quando non si "amministra per legge", al giudice si impone talvolta, suo malgrado, di "amministrare per sentenza": così A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017*, in [www-giustizia-amministrativa.it](http://www-giustizia-amministrativa.it), 8-9.

2016 (20) (mi riferisco in particolare ai commi *2-bis*, *6-bis* e *8-ter* dell'art. 120 c.p.a. (21)).

5. Ebbene, la breve analisi della formazione storica della legge del 1889 che ho immaginato di presentare, secondo il prof. Scoca ricalca “(...) la iniziale presa di posizione di Ranelletti, secondo cui la tutela di annullamento dinanzi alla IV sezione non riguardava “interessi” diversi dai diritti soggettivi, ma riguardava questi ultimi, ove “compressi” dall’interesse pubblico; posizione che fu presto, anzi quasi immediatamente, superata dall’allora giovane e valoroso studioso abruzzese” (22).

(20) Cons. Stato, Comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(21) Il solo fatto che il comma *8-ter* dispone che “nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all’esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione”, implica l’obbligo del giudice di dare per scontato che all’esecuzione di una commessa pubblica sia correlato un “interesse generale”, sintagma che pare trascendere gli interessi dedotti nella singola vicenda contenziosa, e che facilmente produce un condizionamento psicologico del giudice, inclinandolo ad attribuire maggiore rilevanza all’interesse pubblico rispetto a quello — patrimoniale — dell’impresa ricorrente. La norma introduce senza alcuna apparente ragione un condizionamento alquanto pesante nei confronti del libero convincimento del giudice, imponendo all’interprete di interrogarsi sulla legittimità di essa, peraltro non correlata a commesse particolari (quali quelle di rilevanza strategica di cui all’art. 125, c.p.a.), ma applicabile in generale. Ancora una volta bisogna richiamare il monito inascoltato di F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, in *Atti Convegno Messina*, 15-16 aprile 1988, Milano, 1993, ed ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 312 ss.: “all’interesse pubblico inteso in questo senso” — come oggetto di una indicazione tipica, “e quindi come risultato di una *astratta* determinazione normativa di valore” — “non si può riconoscere alcuna rilevanza o quasi naturale preminenza senza con ciò stesso porre in dubbio la specifica rilevanza dell’affermazione giudiziale, che in quanto atto determinativo di un oggetto di giudizio vincola il giudice a considerare in principio come problematica, tra l’altro, la stessa possibilità di realizzare il medesimo interesse nell’ambito del ‘caso’ sottoposto alla sua indagine”. È evidente che una speciale posizione attribuita all’interesse generale in una norma processuale che vede due parti (assunte uguali) in contesa, nega la premessa necessaria dell’uguaglianza in giudizio delle parti, e quindi viola l’art. 111 Cost. Il rito c.d. “super-speciale” di cui al comma *2-bis* dell’art. 120 del Codice è, al momento di scrivere, oggetto di rimessione alla Corte costituzionale (giusta ordinanza del Tar Puglia, Bari, III, 20 giugno 2018, n. 903) ed alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (ordinanza del Tar. Piemonte, I, 17 gennaio 2018, n. 88).

(22) F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 353, nt. 47.

Anche su questa notazione avrei delle riserve che possono forse essere utili al dibattito. In particolare, mi pare che l'opera giovanile di Ranelletti non si discosti particolarmente dalle tesi sostenute *in thema* dallo Studioso nel corso della intera sua produzione scientifica. L'idea di fondo del giurista abruzzese è che gli interessi presi in considerazione dalla legge del 1889 sono quelli "(...) così compenetrati coll'interesse generale, che in tanto se ne concepisce l'esistenza in quanto non urtano contro questo interesse (...)" (23). Nella voce *Contenzioso amministrativo*, di molti anni successiva al primo contributo *in thema* del giovane Ranelletti, la *liaison* è data dalla discrezionalità dell'azione amministrativa: quando l'azione è discrezionale l'interesse privato non può che essere riguardato come "strettamente connesso" col pubblico (24); in quella voce, Ranelletti sostiene che "interesse è ogni altra pretesa individuale, che o la legge non ha protetto direttamente o di fronte alla quale, in ogni modo, l'amministrazione è nella sua attività libera, cioè discrezionale, e quindi ha facoltà di agire secondo il proprio apprezzamento delle esigenze dell'interesse pubblico" (25).

La discrezionalità quale "collante" delle posizioni di Ranelletti sull'interesse legittimo è presente anche nello studio su concessioni ed autorizzazioni, segnatamente nella parte di esso dedicata alle facoltà create da questi provvedimenti: quando una facoltà è compenetrata con l'interesse pubblico, la cui cura è rimessa al potere discrezionale, quella "facoltà" è un interesse legittimo (26).

E lo stesso pensiero ritroviamo in una nota a sentenza del

(23) O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, Angelini, 1892, anche in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1992, 68 ss.

(24) O. RANELLETTI, *op. cit.*, 69.

(25) O. RANELLETTI, *Contenzioso amministrativo*, in *Nuovo dig. it.*, III, Torino, 1938, anche in *Scritti giuridici scelti*, cit., 289.

(26) O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1896, 259 ss., e in *Scritti giuridici scelti*, cit., III, 635 ss.

1893: “Per me i fattori di un interesse legittimo sono *a*) la compenetrazione dell’interesse del singolo coll’interesse generale di quella data società, *b*) la facoltà di apprezzamento, cioè il potere discrezionale di apprezzamento che l’autorità pubblica ha di fronte all’esigenze di questo interesse generale” (27).

La discrezionalità amministrativa, nel pensiero di Ranelletti, fa dei diritti soggettivi nei confronti dell’Amministrazione altrettanti diritti affievoliti, che sono una delle due categorie che costituiscono il *genus* interesse legittimo (28), secondo una linea di pensiero costante, dalle opere giovanili sino a quelle più mature. Piuttosto, il Ranelletti maturo avverte — in ciò condividendo le intuizioni di alcuni anni prima di Federico Cammeo — che dinanzi alla c.d. discrezionalità tecnica *tout court*, ossia al mero processo applicativo di regole del sapere specialistico, la situazione soggettiva del privato è e rimane quella di diritto soggettivo (29).

Lo stesso è a dirsi per i *Principii* del 1912, ove i diritti affievoliti concorrono, sempre, a descrivere la doppia fisionomia dell’interesse legittimo, subordinati alla discrezionalità amministrativa e “tecnico-amministrativa” (30). Un sintagma, questo, dal significante pernicioso, legato ad un’eredità assai pesante — purtroppo raccolta dalla giurisprudenza italiana — in punto di sindacato giurisdizionale, poiché per Ranelletti

(27) O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell’autorità giudiziaria e amministrativa*, in *Foro it.*, 1893, I, 481, e in *Scritti giuridici scelti*, cit., II, 99.

(28) O. RANELLETTI, *Il problema della giustizia nella pubblica amministrazione e i diritti soggettivi*, in *Riv. Amm.*, 1948, 204 e in *Scritti giuridici scelti*, cit., II, 362: “Essi” — i diritti affievoliti, n.d.r. — “si pongono come *interessi legittimi* quando vengono in considerazione nella loro condizionalità, cioè di fronte all’interesse pubblico a cui sono subordinati, e all’amministrazione nell’esercizio del suo potere discrezionale nella cura di quell’interesse .... E noi collochiamo questi diritti nella categoria degl’« interessi legittimi » accanto agli “interessi occasionalmente protetti” (...).”

(29) O. RANELLETTI, *Il problema della giustizia*, cit., 271: “di fronte all’attività tecnica *pura*, anche discrezionale, la distinzione fra diritti soggettivi *perfetti* e diritti soggettivi *affievoliti* non può esser fatta. Se in tale rapporto un potere giuridico è riconosciuto al soggetto, quel potere può essere solo un diritto soggettivo *perfetto*”.

(30) O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 442.

l'apprezzamento tecnico-amministrativo, ossia l'apprezzamento tecnico opinabile, fatto mercé utilizzo di criteri tecnici "ma in relazione all'interesse collettivo" (31) (come se ve ne fossero di correlati ad interessi personali o d'altro genere) è sempre apprezzamento discrezionale puro, e quindi insindacabile.

Mi pare quindi che le idee di Ranelletti siano rimaste fondamentalmente le stesse, ed abbiano contribuito più di altre a condizionare i contenuti della nostra giurisprudenza in senso restrittivo per la tutela giudiziaria di cittadini ed imprese, come ancor oggi è dato vedere. Probabilmente ho ignorato il pensiero di Maestri del passato — ivi compreso quello di Vittorio Emanuele Orlando — nell'affermare che l'interesse legittimo non è mai esistito, come il prof. Scoca mi rimprovera (32), richiamando indirettamente i *Principii di diritto amministrativo* di Orlando, in uno dei molti passi critici nei confronti di Malgarini.

Faccio ammenda per questa lacuna, non dovuta a mio disinteresse, ma piuttosto alla scelta di seguire una linea di pensiero centrata sulla rilettura delle opere di Franco Ledda che, io credo, alla distinzione tra diritti ed interessi non è mai stato particolarmente interessato, soprattutto al crepuscolo della sua attività scientifica, ove maggiormente si è occupato di giustizia amministrativa e degli appiccicumi teorici del passato che ancor oggi incrostano parte della giurisprudenza nostra.

(31) O. RANELLETTI, *Principii*, cit., 369.

(32) Scrive F.G. SCOCA ne *L'interesse legittimo*, cit., 353, nt. 47: "Ha rammentato recentemente M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, cit., 47, che "nei Principi di diritto amministrativo del 1892, Vittorio Emanuele Orlando, a proposito di diritti e interessi, ricorda che 'questa distinzione fondamentale' è 'accettata dalla generalità degli scrittori, anche di scuole affatto diverse'". Si dovrebbe tener conto del pensiero degli scrittori dell'epoca prima di affermare che l'interesse legittimo non è mai esistito". Su questa critica mi permetto rinviare alla bibliografia citata nel mio scritto *Esistenza dell'interesse legittimo?*, cit., 5-7, per il pensiero dei meno recenti scrittori sul tema dell'interesse, e 39-40 per alcune riflessioni sul pensiero di Federico Cammeo. Scusandomi con i lettori per le omissioni che di certo si ravviseranno numerose nelle pagine appena citate, ritengo peraltro che per dimostrare l'esistenza in natura di qualcosa non sia sufficiente che la letteratura ne parli, così com'è accaduto nei secoli scorsi per la pietra filosofale in alchimia o per la teoria del flogisto in chimica.

Peraltro, quel che Orlando scriveva mi sembra coincidere con la mia personale lettura dei lavori preparatori della IV Sezione (ossia che si stesse creando un sistema non giurisdizionale di tutela per interessi semplici); aggiungendo che l'unica differenza tra diritto ed interesse è che il primo ha l'azione ed il secondo no, e sottolineando che "(...) un mutamento eventuale di legislazione, conferendo loro" — agli interessi, n.d.r. — "un'azione, può senz'altro tramutarli in veri diritti" (33).

6. Il prof. Scoca mi addebita poi di avere (34):

— mortificato, sino alla eliminazione, "il significato e il valore della partecipazione dei privati";

— negato che il privato possa proficuamente collaborare con l'amministrazione "nella formazione della decisione di merito";

— esibito una rappresentazione distonica, da un lato affermando che nel procedimento sono presenti diritti o aspettative di diritto, dall'altro, di nuovo, svalutando "totalmente le facoltà partecipative", che andrebbero viceversa "rinvigorite" se le si voglia riferire all'interesse materiale o finale;

— suggerito una figura di diritto soggettivo "muto o inerte" che si materializzerebbe solo con l'azione illecita dell'amministrazione, privando il privato, nel corso del procedimento, di qualsiasi tutela giuridica che non sia quella di legittimità, attivabile solo dopo l'adozione del provvedimento, impedendo al privato stesso di influire sul contenuto di merito di quest'ultimo.

In definitiva questa tesi, oltre a dar luogo ad una "ingiustificata ed illogica svalutazione delle facoltà procedimentali", è per il Maestro inaccoglibile anche alla stregua del diritto positivo, che viceversa le facoltà procedimentali disciplina espressamente (35).

In verità, quel che ho tentato di sostenere non ha a che fare con l'utilità o convenienza delle prerogative partecipative, che

(33) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, 351.

(34) *L'interesse legittimo*, cit., 353 ss.

(35) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 356.

mi spiace aver dato addirittura l'impressione di aver mortificato, ritenendole invece da sempre una conquista di libertà e democrazia di rilievo eminente nel nostro ancor giovane diritto amministrativo: giustamente mi si obietterebbe di voler negare un sistema di tutele procedurali scolpito nella legge 241 e che la giurisprudenza maggioritaria ha a più riprese “dequotato” col paravento di quei cc.dd. vizi formali che non di rado mi è capitato di criticare proprio a salvaguardia delle prerogative partecipative dei privati (36).

Viceversa, ho tentato — evidentemente senza successo — di prospettare l'idea che alla base della situazione soggettiva strumentale dovrebbe potersi ravvisare non solo un'utilità astratta — concordando anche il prof. Scoca sul fatto, del resto notorio ed assai diffuso nella prassi, che un contributo partecipativo possa essere totalmente ignorato o disatteso (37) — ma un vantaggio concreto, che l'idea di una situazione soggettiva strumentale, ossia circoscritta all'auspicio di influenzare

(36) Mi permetto rinviare a N. PAOLANTONIO, *Art. 29 - Azione di annullamento*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 407 ss. Sul tema si segnala, da ultimo, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015, spec. cap. IV.

(37) *L'interesse legittimo*, cit., 246 ss.: “Dato il carattere formale (delle prestazioni che sono oggetto) dei diritti partecipativi, è ben possibile che l'amministrazione si renda puntualmente adempiente nei loro confronti, senza che il loro adempimento, preso per sé, ritorni di alcun utile effettivo per il privato partecipante”. Il prof. Scoca aggiunge che l'utilità dei diritti procedurali si apprezza se si assume il carattere strumentale dell'interesse (*ivi*). Ho ricordato nel testo che il Maestro mi rimprovera di avere mortificato la partecipazione dei privati al procedimento; tuttavia, anche la qualificazione “formale” dei cc.dd. diritti partecipativi — di spessore, viceversa, grandemente e problematicamente sostanziale — non pare addurre lustro all'istituto partecipativo. Si torna al problema della legittimità costituzionale e comunitaria di quell'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990, che ha consentito alla giurisprudenza — essa sì — di sterilizzare in gran parte non solo l'efficacia della partecipazione, ma anche la rilevanza dei doveri di lealtà e tutela della buona fede incombenti sull'amministrazione. Al riguardo, è utile consultare, tra i vari lavori dedicati al tema dalla A., D.U. GALETTA, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); sul contrasto col diritto europeo dell'art. 21 *octies* v. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, cit., spec. 280 ss.

una decisione di merito favorevole (al privato), a me pare non rappresentare (38). Una decisione, aggiungerei, che sia anche (dal lato del privato) auspicabilmente legittima, poiché diversamente essa rimarrebbe esposta ad azioni di terzi o all'esercizio dell'autotutela amministrativa (39).

Per questo ho circoscritto il rilievo al territorio dell'assio-logia: mi pare difficile non condividere l'idea che, sul piano dei valori, i privati intendono avvantaggiarsi del diritto a mantenere o l'aspettativa a conseguire la soddisfazione dell'interesse finale proprio nel e sin dal procedimento, a tale scopo avvalendosi delle prerogative procedimentali, che certamente sono dalla legge preordinate alla tutela di situazioni giuridiche del cittadino (40).

(38) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, 205: "l'interesse privato da interesse tutelato solo di riflesso, e quindi, non tutelato affatto in quanto interesse privato, diventa oggetto non solo di valutazione da parte dell'amministrazione, ma anche *obiettivo di soddisfazione, ove non contrasti con l'interesse pubblico*": l'interesse privato è protagonista; esso è però appagato solo se non contrasta con l'interesse pubblico. Non sembra che si versi in una situazione molto diversa dalla tutela solo occasionale; il privato, dal 1990, può vantare facoltà di partecipazione — che si traducono, secondo la lettura del Maestro, in strumenti di convincimento — che non riescono tuttavia (com'è fisiologico) ad affrancare l'interesse privato dalla naturale sua subordinazione alla unilaterale valutazione di compatibilità tra detto interesse e quello pubblico primario.

(39) Per questa ragione non sono del tutto convinto dell'affermazione che "(...) il privato non è *affatto* interessato alla legittimità dell'azione dell'amministrazione"; e ammonirei severamente quel privato che fosse (consapevolmente o per sua colpa) "(...) sicuramente disposto a soddisfare il suo interesse sostanziale o finale, anche mediante atti illegittimi": queste annotazioni ne *L'interesse legittimo*, cit., 173, nt. 193. Ciò tralasciando i dubbi sulla meritevolezza di protezione di una situazione soggettiva che l'ordinamento tutelerebbe in sede sostanziale anche mediante l'adozione, da parte del potere esecutivo, di atti invalidi. In tal senso, tuttavia, v. ancora *L'interesse legittimo*, cit., 408: "l'esercizio delle facoltà procedimentali è diretto ad influire sul merito delle decisioni amministrative; non sulla loro legittimità. Nel procedimento amministrativo la legittimità è nozione del tutto estranea all'interesse legittimo".

(40) Il prof. Scoca nota che l'interesse legittimo si distingue dall'aspettativa perché la seconda non ha ad oggetto il comportamento dell'amministrazione ma il bene da acquisire attraverso il provvedimento "ed ha (se la ha) una tutela di carattere inattivo": *L'interesse legittimo*, 304. Se l'aspettativa guarda al bene, che scaturisce dal provvedimento, e l'interesse legittimo guarda all'azione dell'amministrazione che si aspira essere favorevole, sì da conseguire il bene, non mi pare di

Se, sempre sul piano dei valori, non sorgono difficoltà a vedere l'interesse di alcuno a collaborare con l'amministrazione al fine concorrente (o anche esclusivo) di dirigerne l'azione in senso a sé favorevole, sul piano giuridico si può notare che la partecipazione procedimentale non risponde a — nel senso che non è pensata per — un'esigenza di collaborazione (a fare la funzione, alla quale bada solo l'amministrazione pur tenendo conto dei contributi di fatto coinvolti nella procedura), ma quale istituto volto ad attuare in generale il principio democratico, e nel concreto a dare voce al privato nel procedimento a

intravedere soverchie differenze. Inoltre, la circostanza che l'aspettativa può essere tutelata mediante l'esercizio di atti di natura conservativa o cautelare sembrerebbe escludere che essa possa essere qualificata come situazione totalmente inattiva. Né vedrei ostacoli ad associare i diritti partecipativi come strumentali all'aspettativa al bene; ma si tratta di miei bizantinismi. Serrate critiche mi giungono da R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tena di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 355 ss.; critiche così riassumibili: a) poco argomentato e poco convincente sarebbe il concetto che "(...) l'idea di «pretesa» collocata nel seno del diritto soggettivo contrasta con le moderne teorie civilistiche dell'obbligazione senza prestazione", teorie, queste ultime, minoritarie (p. 356); b) non sarebbe possibile affermare il superamento della figura dell'interesse legittimo invocando a sostegno della tesi la sentenza n. 204/2004 della Consulta (pp. 356-357); c) l'aspirazione ad una completa terzietà del giudice non avrebbe a che fare con l'interesse legittimo (p. 357). Si tratta di argomenti vastissimi, che non possono esser qui trattati. Qui, sinteticamente, osservo: 1) non direi che le teorie civilistiche sull'obbligazione senza prestazione siano minoritarie; per contributi recenti in *thema v. C. SALVI, Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2018, I, 2504 ss. e — anche per spunti comparatistici — A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 910 ss. In ogni caso, l'aspettativa di diritto è una situazione giuridica soggettiva da tempo ricondotta al diritto soggettivo, né ho mai sostenuto che essa sorgerebbe in capo al privato (solo) "in caso di determinazione illegittima" (R. Villata, *op. cit.*, 357; 2) la sentenza 204/2004 afferma che "(...) quelle materie devono essere «particolari» rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo" (punto 3.2, corsivo mio); 3) l'interesse legittimo — come oggi lo si vuole — nasce *dopo* il suo giudice: lo ha dimostrato il prof. Scoca nel volume in commento. La terzietà del giudice è tutto — almeno a mio avviso — se si vuole assicurare tutela effettiva a questa situazione soggettiva (alla cui esistenza non credo, il che è irrilevante).

tutela delle sue istanze nei confronti del potere in atto oltre che, se possibile, a ridurre la conflittualità (41).

La partecipazione come espressione del principio democratico, troppe volte dimenticato, ci dice che lo stesso utilizzo del sostantivo “collaborazione” dev’essere riguardato con cautela, nella misura in cui esso non voglia tradursi in una abnorme forma di corresponsabilizzazione del privato nel fenomeno della produzione (oggetto, essa sì, di riserva di amministrazione), o ad equivoci d’altro genere (42).

Quanto all’astrattezza della situazione di diritto o di aspettativa, la lesione non deve proprio manifestarsi necessariamente col provvedimento conclusivo della procedura: qualunque

(41) In quest’ordine di pensiero si inscrivono le mie perplessità sulla cooperazione tra privato ed amministrazione, che il prof. Scoca critica, “(...) dato che la cooperazione tende proprio a rendere possibile il soddisfacimento dell’interesse del privato cooperante”: *L’interesse legittimo*, cit., 378, nt. 126. Sulla natura “garantistica” o “collaborativa” delle norme sul contraddittorio procedimentale si veda la ricostruzione di A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, secondo cui (p. 244) “(...) la possibilità di far valere l’apporto partecipativo direttamente in sede giudiziaria, sia persino preferibile ai fini CEDU, in quanto permetterebbe di far conoscere direttamente al giudice amministrativo, cioè ad un organo indipendente ed imparziale, i motivi che rendono legittima l’adozione di quell’atto ovvero si oppongono all’accoglimento di un’istanza”, aggiungendosi (nt. 145) che in tal guisa l’amministrazione non ne risulterebbe deresponsabilizzata, essendo più oneroso per essa “... dover giustificare in giudizio la propria scelta”. A mio avviso, non è nel processo che può stabilirsi efficacemente il rapporto comunicativo alla base della partecipazione, nel mentre nel processo l’amministrazione non esplica funzione alcuna ed è (doverosamente) assistita da una difesa tecnica; due elementi — tra i molti che potrebbero enumerarsi — che evidenziano il primo una carenza assoluta di responsabilità istituzionale, il secondo una morfologia del procedimento di acquisizione dei fatti selezionati estranea al dovere d’ufficio e per ciò solo (a dir poco) abnorme. L’onerosità di una difesa tecnica non può confondersi con la responsabilità ex art. 28 Cost., che sorge e si applica su terreno tutt’affatto sostanziale, nel mentre altro deresponsabilizzato dalla funzione amministrativa è e deve essere il giudice, che non può assistere ad una inammissibile “compensazione” della vicenda sostanziale con quella processuale (per questo ordine di argomentazioni è sempre utile F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., spec. 355 ss.).

(42) Ovvio il richiamo a F. LEDDA, *Problema amministrativo*, cit., 363: “il cittadino non può essere reso corresponsabile dell’atto decisionale né della stessa attività occorrente al suo prodursi, ma deve invece essere posto in grado di manifestare liberamente ed efficacemente la propria autonomia”.

atto di interlocuzione endoprocedimentale è di per sé potenzialmente idoneo a provocare una lesione nella sfera del partecipante, che si tratti di violazione di regole formali o, com'è più facile che accada, del dovere di correttezza e buona fede che, secondo opinione ormai comune, governa la dinamica del rapporto amministrativo.

7. Tra le critiche rivoltemi dal Maestro manca quella principale: a cosa serve rincorrere la supposta inesistenza dell'interesse legittimo? Con il che si capovolge (ed a buon titolo) la domanda che spesso viene rivolta dai detrattori della figura ai molti che invece, come il prof. Scoca, ne professano l'esistenza dommatica, oltre e prima che positiva.

E la risposta, pienamente condivisibile e condivisa, l'ho trovata proprio nel libro del Maestro, lì dove Egli addebita alle "teoriche negatrici della figura dell'interesse legittimo" l'errore di tenere conto "(...) esclusivamente della tutela giurisdizionale della situazione soggettiva, anzi, meglio, del modo in cui tale situazione rileva nel processo, dimenticando o sottovalutando l'aspetto (che, viceversa, è essenziale) di diritto sostanziale" (43).

È vero, ed è nostro compito cercare di fornire una spiegazione a questo modo di condurre la riflessione scientifica. Probabilmente le dispute sono sorte quasi tutte sull'onda emotiva della ricerca di un giudice delle controversie di diritto pubblico pienamente ed effettivamente imparziale; e, come ha scritto Orsi Battaglini, non si può pensare un giudice imparziale senza una effettiva paritarietà del rapporto controverso (44).

(43) *L'interesse legittimo*, cit., 361.

(44) A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, 101. Non si tratta quindi di assecondare "un'eccessiva tendenza alla uniformazione verso il diritto soggettivo di ciò che è, invece, altro da esso", giungendosi in tal modo "a livellare ed impoverire la teoria delle situazioni giuridiche soggettive con una visione monocentrica, perdendo la precisione che l'introduzione di adeguati distinguo tra figure non interamente assimilabili quanto a qualificazione astratta, contenuti ed effetti, invece permetterebbe": così S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo*, cit., 90. Se l'interesse legittimo

Mi permetterei di aggiungere a questa notazione che un rapporto sostanziale non necessariamente paritario — com'è proprio anche di certe relazioni giuridiche di diritto comune — a maggior ragione necessita di un giudice la cui imparzialità non possa, almeno *de jure condito*, neppure soltanto esser messa in ombra. Credo che più che di tendenza al “monocentrismo”, da parte dei cc.dd. detrattori della figura, debbasi parlare di disagio dovuto alla constatazione di quanto diversamente ampie siano le tutele giudiziarie, rispettivamente, del giudice ordinario e di quello amministrativo; è un tema che si può trattare con mordace amarezza o con intelligente ironia (45). Quel che a mio avviso è importante è non sottovalutare questo disagio, non solo per amore di dottrina, ma anche per evitare che un legislatore inavveduto e malizioso metta mano a riforme illiberali e di dubbia legittimità costituzionale, evitando viceversa di eliminare gli ostacoli al conseguimento

dev'essere la situazione soggettiva altrà e principe nel diritto sostanziale, esso dev'essere tutelato da un giudice pienamente terzo ed imparziale, come Costituzione impone. La terzietà ed imparzialità di questo Giudice sono tutt'oggi a rischio per le ragioni note e sintetizzate nel testo, e sono queste ragioni — non l'interesse legittimo, che spesso ne diviene la causa efficiente inconsapevole ed incolpevole — a spingere verso il rifiuto di una giustizia amministrativa troppo spesso sbilanciata in favore dell'amministrazione. Ho quindi difficoltà a condividere totalmente la tesi della A. allorché sostiene che “sono solo le norme sostanziali, e non quelle processuali (strumentali alla protezione delle prime), a generare situazioni del soggetto definibili come diritti soggettivi o interessi legittimi, pena un sovvertimento non corretto tra diritto materiale e processo” (p. 91). È noto che l'interesse legittimo nasce in una legge processuale del Regno, ed è probabilmente questa anomalia — che non sono riuscito ad illustrare in modo adeguato — ad avere ingenerato equivoci e fraintendimenti, tutto sommato oggi superati, e certamente inattuali sul piano eminentemente pratico.

(45) F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza). A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, 233 ss., tra cui: “Ma che cosa erano — e che cosa sono — questi interessi legittimi? Vieni da dire dei diritti dimenticati nel 1865 (...)” (*ivi*, p. 241 ove, poco più avanti: “(...) si tratta semplicemente di un diritto soggettivo ad oggetto diverso”); e: “l'interesse legittimo altro non è che il diritto al legittimo esercizio del potere” (*ivi*, p. 242).

della piena indipendenza del giudice amministrativo, troppo spesso data per scontata (46).

Probabilmente, allora, l'avversione di alcuni per la figura dell'interesse legittimo nasce dal fatto che è attorno a questa figura, e purtroppo alla sua antica ma solida raffigurazione ranellettiana, dominante per decenni, che si è formato il sistema di giustizia amministrativa italiano. Costatare che oggi le tesi di Ranelletti non sono più accolte dalla comunità scientifica — il che non può dirsi per certa giurisprudenza pratica (47) — non basta a risolvere i molti problemi nati ed accresciutisi attorno al sistema delle giurisdizioni ordinaria ed amministrativa così come da progetto pervenuto sui tavoli dell'Assemblea costituente che, come accennavo prima, più che recepire nella Carta l'esistenza di due situazioni soggettive sostanziali ha costituzionalizzato un certo modello di organizzazione giudiziaria.

I problemi cui alludo, se anche se ne volesse rinnovare l'elencazione, sono da tempo sul tappeto: le nomine governative dei consiglieri di Stato; il cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali; gli incarichi extragiudiziari; il rifiuto ancora

(46) R. PRODI, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, su *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *Il Gazzettino* del 11 agosto 2013, reperibile su [www.romanoprodi.it/articoli/abolire-tar-e-consiglio-di-stato-per-non-legare-le-gambe-allitalia\\_7074.html](http://www.romanoprodi.it/articoli/abolire-tar-e-consiglio-di-stato-per-non-legare-le-gambe-allitalia_7074.html). Varie dichiarazioni circa l'opportunità di abolire il giudice amministrativo espresse dall'ex Presidente del Consiglio M. Renzi sono reperibili sul web in relazione a fattispecie diverse (dalla contrattualistica pubblica, al regime organizzativo dei musei); per alcune considerazioni v. E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016, 63 ss.

(47) Così in tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica: ancor oggi si afferma che “in materia di pubblici concorsi (nella specie notarili) le commissioni esaminatrici, chiamate a fissare i parametri di valutazione e poi a giudicare su prove di esame o di concorso, esercitano non una ponderazione di interessi, ma un'ampissima discrezionalità tecnica (...)”. Costituiscono, pertanto, *espressione di ampia discrezionalità*, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica, culturale ovvero attitudinale dei candidati, *tanto il momento (a monte) dell'individuazione dei criteri di massima per la valutazione delle prove, quanto quello (a valle) delle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice*: così Cons. Stato, sez. IV, 30 agosto 2017, n. 4107, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). L'errata assimilazione tra la discrezionalità amministrativa e le valutazioni tecniche è ancor oggi una negativa eredità della dottrina di Ranelletti.

generalizzato del sindacato pieno e diretto (*i.e.* sostitutivo) sulla c.d. discrezionalità tecnica. Sarebbe ingeneroso ed errato dire che di tali anomalie sia responsabile l'interesse legittimo; infatti non lo è. Responsabile ne è solo la mano dell'uomo (assieme alle sue brame di potere). Nondimeno, alla formazione di tali istituti ha concorso un certo modo di concepire la giurisdizione amministrativa.

Ecco perché davvero non serve dimostrare l'inesistenza dell'interesse legittimo: non è sacrificando questa curiosa figura — oggi inoffensiva anche per i suoi più feroci detrattori o negatori — che possono risolversi i problemi dell'amministrazione e del suo processo, che sono tanti e si vanno via via aggravando: i costi per l'accesso alla giustizia; la compressione del diritto di difesa *sub specie* di nuove forme di abuso processuale, pesantemente sanzionate; la dichiarata volontà politica di ostacolare il contenzioso nel settore delle commesse pubbliche (ma non solo) asservendo ad un innominato interesse generale la tutela cautelare e sovvertendo principi fondanti la teoria generale del processo di parte (art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., lì dove vieta l'impugnazione dell'aggiudicazione se prima non si impugnano atti sui quali non v'è ancora interesse ad agire; norma probabilmente in contrasto con l'art. 113 Cost.); addirittura, la devoluzione ad Autorità (ora sì, ora meno) indipendenti della legittimazione al ricorso nell'interesse pubblico (ad esempio, l'art. 21 *bis*, l. n. 287/1990 e l'art. 211, commi 1 *bis* e 1 *ter*, d. lg. n. 50/2016), con isolati ma non contraddetti avalli giurisprudenziali che proprio alla figura dell'interesse legittimo si richiamano (48).

8. Concludo. Questo libro immenso, denso di dogmatica e ad un tempo caratterizzato dall'attenzione del suo Autore per la realtà delle cose — come ogni Suo scritto —, si chiude con un garbato dissenso tra Allievo e Maestro (49). Il convincimento

(48) Tar Lazio, sez. III *ter*, 15 marzo 2013, n. 2720.

(49) F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 483 ss.

del prof. Scoca che l'interesse legittimo resiste all'impatto del diritto europeo — il che il Suo Maestro Massimo Severo Giannini si era mostrato incline a negare in uno scritto del 1993 — è coerente e convincente. E spiega perché il dialogo tra allievo e maestro, forse proprio, talora, nel dissenso, è fonte di crescita culturale ed ancor prima spirituale.

Questo libro non è solo testimonianza di sconfinata cultura giuridica e finissima curiosità scientifica, ma esempio, per quanti non hanno avuto la fortunata ventura di incontrare scientificamente ed umanamente Franco Scoca, della componente a mio avviso più importante del Suo magistero: *coltivare la forza e la dignità* di sentirsi indipendenti, nel dialogo e nel dissenso (purché sempre adeguatamente motivato); si tratta, in definitiva, dell'invito e del costante incoraggiamento a *coltivare la forza e la dignità* di essere e sentirsi uomini liberi.

NINO PAOLANTONIO

**ABSTRACT:** Il lavoro costituisce l'occasione per evidenziare l'importanza del recente studio di Franco Gaetano Scoca sull'interesse legittimo: garantire al cittadino la tensione ad orientare il potere pubblico in senso a sé favorevole e tutelare in un processo giusto ed imparziale la propria situazione sostanziale.

Parole chiave: interesse legittimo - potere discrezionale - terzietà del giudice amministrativo

The central role of the citizen and the legitimate interest (beyond the categories, for an effective legal protection. The lesson of Franco Gaetano Scoca).

**ABSTRACT:** This paper stresses the importance of the recent study by Franco Gaetano Scoca on legitimate interest: the citizen's guarantee to orient public power in a favorable direction and to protect his own substantial situation in a fair and impartial judgement.

Key words: legitimate interest - discretionary power - impartiality of the administrative judge