

Diritto processuale amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

Giuffrè editore · Milano

3/1988

ANNO VI - FASCICOLO III - SETTEMBRE 1988 Sped. in abbonamento postale - Gruppo IV/70%

Estratto

LUCIO IANNOTTA

I MOTIVI DI RICORSO TRA GIURISDIZIONE E CONTROLLO
(DAI MOTIVI ALLA SITUAZIONE FATTA VALERE:
L'INTERESSE LEGITTIMO TRA INTERESSE DI FATTO,
SITUAZIONE GIURIDICA *UTI CIVIS*,
SITUAZIONE GIURIDICA PERSONALE) (*)

SOMMARIO: 1. Necessità di ritornare sul concetto di interesse legittimo quale situazione giuridica e personale, preesistente al giudizio nella sua giuridicità e personalità, in un contesto che vede affacciarsi nel processo situazioni e soggetti diversi da quelli tradizionali. Necessità di tener distinte le azioni, in relazione ai diversi tipi di interesse sottostante. Impossibilità di annullare o di appiattire in altri tipi di azione (collegati a diversi interessi e a diversi soggetti) l'azione posta a tutela di situazioni personali, in relazione all'impossibilità di annullare il rilievo giuridico dell'uomo come singolo. — 2. I motivi di ricorso quale strumento per ricostruire le situazioni personali e giuridiche fatte valere in giudizio. L'ordinamento repubblicano: validità del principio per il quale ciò a cui nel giudizio viene attribuito rilievo giuridico deve preesistere, come giuridico, al momento processuale. Possibilità di proporre un aggancio, immediatamente giuridico, interesse personale — motivi di ricorso. Concordanza apparente della dottrina sulla natura di situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo. Necessità di dar risposta alla domanda: in che cosa consiste sul piano giuridico (e non meramente fattuale) e intrinsecamente (e non già solo in relazione alle sue manifestazioni processuali e procedimentali, che in concreto possono anche mancare) questa situazione giuridica sostanziale e personale, per la cui tutela l'ordinamento appresta una serie di strumenti. — 3. Esame di alcune recenti sentenze del giudice

(*) Questo lavoro riproduce — con alcune integrazioni e con l'aggiunta delle note — il testo della comunicazione al Convegno « Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace », Messina 15-16 aprile 1988. Esso costituisce un primo tentativo di approfondimento e sviluppo delle tesi svolte nel volume *Atti non autoritativi ed interessi legittimi (Il sindacato sul comportamento della P.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego)*, Napoli, 1984, spec. pp. 217 e ss.

amministrativo. Tra queste: Cons. di Stato, Ad. Plen., nn. 1/86 e 6/86: l'elasticità degli atti che sacrificano interessi personali di rilievo giuridico, senza prenderli in considerazione; nuove figure di illegittimità. Indirizzo giurisprudenziale che ritiene sufficiente, ai fini dell'impugnazione, la sussistenza di una mera utilità strumentale: necessità di individuare, all'interno di questa categoria, le situazioni personali legittimanti. — 4. L'esame del campione giurisprudenziale ha consentito di evidenziare l'esistenza — accanto a un filone per c.d. oggettivo — di un indirizzo che presuppone vere situazioni giuridiche soggettive. L'evoluzione storica dei motivi di ricorso: dai motivi in fatto, alla loro enunciazione secondo rigide regole formali, alla loro aggregazione intorno all'emergente interesse materiale. Tentativo di risalire dalla formulazione dei motivi alla situazione fatta valere, al carattere del giudizio, alla posizione dell'Amministrazione, al tipo di ordinamento. Necessità di riattualizzare la teoria istituzionale, ponendo al centro di questa l'obbligo di presa in considerazione degli interessi personali che, nel nuovo ordinamento, si è estromesso, per la nuova e indisponibile autonomia giuridica dell'uomo come singolo. — 5. La tendenza giurisprudenziale di tipo oggettivo: scissione della questione di legittimità dall'interesse legittimo, quale spia della riduzione di questo a interesse di fatto, in correlazione con la nuova organizzazione Statuale-sociale. Esistenza di regole che vincolato lo Stato, non per sua autolimitazione, ma in quanto parte della immodificabile *Res Publica*. Impossibilità giuridica di ridurre l'uomo come singolo a mero fatto, a mera occasione di controllo sull'attuazione da parte delle Amministrazioni delle decisioni assunte in sede legislativa, pianificatoria, ecc. Configurabilità di un rapporto giuridico tra singolo e amministrazione. Ammissibilità dei soli motivi incidentali su tale rapporto. Deducibilità dei fatti inerenti allo stesso rapporto. Compatibilità di questa ricostruzione con l'attuale tendenza al superamento delle forme per ragioni di efficienza e sua estensibilità all'attività pubblica svolta in forme privatistiche. — 6. Trasformazioni del giudizio derivanti dall'interpretazione proposta; loro compatibilità con il sistema. Possibili sviluppi dell'indagine. Esigenza (giuridica) di nuove forme di autonomia delle funzioni amministrative. Necessità di riconsiderare i rapporti tra legge e funzione amministrativa, riattualizzando i tradizionali istituti della delega e dell'attribuzione di competenza.

1. L'esigenza, unanimemente avvertita, di rendere la giustizia amministrativa più rapida ed efficace e di adeguarla al mutato contesto istituzionale e sociale, non può ovviamente far perdere di vista la necessità — non meno pressante — di stabilire la portata e i limiti del momento « giustizia » e cioè di quella entità che si vuole rendere più sollecita e più completa, per evitare i rischi di una giustizia sommaria o della soddisfazione indiscriminata di qualsiasi pretesa.

E, per la definizione di giustizia in generale e di giustizia amministrativa in particolare, ritengo sia ancor'oggi indispensabile — così come del resto è avvenuto nella storia della giustizia amministrativa italiana, soprattutto nei periodi di transizione oltre che in quello di

fondazione (1) — riferirsi costantemente alla situazione fatta valere in giudizio.

Non v'è dubbio infatti che se non si definiscono con precisione, alla stregua della normativa sostanziale, i caratteri e la struttura delle situazioni giuridiche azionate, si resterà sempre nell'incertezza sul versante processuale, per l'assenza di parametri obiettivi di riferimento (2).

Di questa realtà sta facendo esperienza in tempi recenti anche il giudice ordinario, in conseguenza dell'emersione nel processo di situazioni giuridiche diverse da quelle tradizionali, alle quali è stata accordata tutela giudiziaria senza alcuna previa definizione dei loro tratti essenziali (3). Ma essa è certamente peculiare della giurisdizione amministrativa, che l'ha vissuta fin dalle sue più remote origini e che, in connessione immediata con la mancata completa qualificazione delle situazioni soggettive tutelate (anche se le cause ultime sono di ben più ampia portata ed involgono l'intero assetto istituzionale) è rimasta sospesa tra la giurisdizione (come tutela di situazioni

(1) Cfr. sul tema, di recente, SORDI, *Giustizia e amministrazione nello stato liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985.

(2) Cfr. di recente ZOLI, *La tutela della posizione strumentale del lavoratore (Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali)*, Milano, 1988, 99, che rinvia a IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit., 87, e a DI MAIO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 341 e ss.; v. ROMANO A., *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutelabilità degli interessi diffusi*, nel volume *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978, 53 per il quale « la nozione di interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale... ha un senso solo se la si pone come un *prius*, rispetto alla sua tutelabilità in sede giurisdizionale ». Questo *prius* però può, a mio avviso, sussistere effettivamente solo se si riesce ad individuare l'obbligo gravante sull'Amministrazione in correlazione con l'interesse protetto, non già all'interno dell'ordinamento amministrativo, bensì sul piano dell'ordinamento generale, con conseguente alterità del titolare dell'interesse rispetto al titolare del potere; e se si riconosce che tale obbligo sussiste anche indipendentemente dagli strumenti formali riconosciuti dalla legge al privato, che possono mancare senza far venire meno l'obbligo. Cfr. IANNOTTA, *op. cit.*, 21 e ss. e 233 e ss. Ed infatti — come si avrà modo, in più occasioni, di rilevare — il giudice amministrativo quando, annullando l'atto, individua ciò che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere presente in sede di emanazione dell'atto stesso, riconosce la preesistenza di una componente doverosamente giuridica che, sebbene individuata nel processo, non è creata dal giudice, ma da questo rilevata.

(3) Cfr. IANNOTTA L., *op. cit.*, spec. 63 e ss. e ZOLI, *op. cit.*, spec. 99 e ss.

giuridiche personali) e il controllo (4) (come garanzia dell'interesse pubblico, fisso nel *nomen* ma diverso nella sostanza, nel corso del tempo).

Questa storica situazione di incertezza comunque non potrà non accrescersi, se la mancata previa qualificazione sostanziale della situazione fatta valere in giudizio si inserisca in un contesto — come quello attuale — contraddistinto da una pluralità di amministrazioni che hanno (quantomeno sul piano formale) sostituito la monolitica amministrazione di stampo liberale, dall'emersione nel corso dell'azione amministrativa e, ancor più, nel processo di una pluralità di nuovi interessi pubblici e privati (5), dalla diversità formale e sostanziale delle norme attributive e disciplinatrici dei poteri pubblici (ancorché prevalentemente tendenti al superamento dei tradizionali moduli unilaterali) e dalla diversa caratterizzazione che questi conseguentemente vengono ad assumere (6).

In questo contesto, e in considerazione del fatto che nel giudizio amministrativo si affacciano interessi e posizioni della più svariata natura (7) è oggi più che mai indispensabile riproporsi la domanda

(4) Cfr. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 831. Per la netta differenza tra giurisdizione e controllo, con un'interpretazione della giustizia amministrativa come controllo in via giurisdizionale, in coerenza con la sua interpretazione dell'interesse legittimo è Capaccioli, come evidenzia CLARICH, *La giustizia amministrativa nell'opera di Enzo Capaccioli; un tentativo di ricostruzione sistematica*, in questa *Rivista*, 1987, 469 e ss.; CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Diritto e Processo*, Padova, 1978, 447 e ss., vede nella trasformazione del processo amministrativo un appiattimento dell'interesse legittimo nel diritto soggettivo, con la implicita negazione di qualsiasi posizione di autorità (p. 486). Come ho avuto modo di rilevare però (IANNOTTA, *op. cit.*, 178, nota 30) la giusta preoccupazione può essere superata correlando all'interesse legittimo un obbligo che sia compatibile con la presenza dell'autorità e ricostruendo il giudizio in funzione della tutela di siffatta situazione.

(5) Cfr. CRESTI, *La giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali in tema di interessi diffusi e collettivi*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza* a cura di ALLEGRETTI, ORSI BATTAGLINI e SORACE, Rimini, 1987, Tomo I, 41 e ss.

(6) Cfr. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986 spec. Parte III, 243 e ss., 271 e ss.; PASTORI, *La pubblica amministrazione e NIGRO, L'azione dei pubblici poteri, Lineamenti generali* entrambi in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di AMATO e BARBERA, Bologna, 1986 rispettivamente 521 e ss. e 726 e ss.; GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, spec. 119 e ss.

(7) Anche se, come rileva CASSESE, *Giudice Amministrativo e Ammi-*

(come ha fatto di recente Nigro) (8) « ma che cos'è questo interesse legittimo? »: che cos'è cioè questa situazione ritenuta giuridica soggettiva, che, vivendo in stretto collegamento con l'organizzazione amministrativa, non può non risentire delle trasformazioni a questa impresse e che, per la quasi perfetta coincidenza attuale tra società e organizzazione amministrativa (9) (persistente nonostante gravi segni di crisi) (10) risente oggi, in maniera ben più immediata che nel passato, delle trasformazioni sociali e che, sotto altro profilo, viene a porsi come nozione fondamentale per ricostruire l'ordinamento amministrativo (11) il quale — si ripete — non vive più in sé, ma tende a combaciare con la società.

Ed infatti se non si riesce a dare una risposta esauriente a questo interrogativo (vecchio e nuovo) verrà a mancare un essenziale parametro di riferimento per discernere, nella prassi giudiziaria, tra ciò che è compatibile e ciò che è incompatibile con il sistema. E, di fronte a realtà processuali tra loro non solo difformi ma addirittura contraddittorie, quali si rinvergono nell'esperienza di questi ultimi anni (12), si potrebbe correre il rischio di doverne pren-

nistrazione, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 116, lo spazio maggiore, nell'ambito della giustizia amministrativa, è occupato dal pubblico impiego. Ciò peraltro, come rileva l'Autore, non è sintomatico della marginalità della giustizia amministrativa (p. 117). Inoltre si può presumere che i criteri elaborati in sede giurisdizionale, pur in riferimento a settori specifici, valgano come parametro di riferimento anche nelle materie e nelle attività non giustiziate ovvero sindacate in maniera ridotta nel giudizio.

(8) NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, 469 e ss.

(9) NIGRO, *op. cit.*, 481. Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, 57 il quale sottolinea l'espansione dell'Amministrazione e non del diritto amministrativo.

(10) BERTI, *op. cit.*, 438 e ss il quale vede nell'interesse diffuso il segno della crisi della rappresentanza politica ed una manifestazione di contestazione della funzione statale.

(11) ROMANO A., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° Anniversario del Consiglio di Stato*, 1983, 195.

(12) Cfr. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazione del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa...*, cit., tomo I, 196 e ss., dove vengono evidenziati, tra l'altro, i contrasti presenti nella giurisprudenza dei TAR.

Un contrasto di estremo rilievo è quello relativo al problema del c.d. interesse strumentale, che sarà ripreso più volte in questo lavoro e sul quale cfr. VIPIANA, *In margine ad un recente orientamento del Consiglio di Stato sul cosid-*

dere atto o, tutt'al più, di doversi affidare, per la loro critica, solo a principi di logica astratta e formale (valutandone la razionalità in sé, come se la prassi fosse il prodotto di un'entità avente vita propria e superiore alla realtà) e non già a criteri ispirati a quelle esigenze di realismo, che il pensiero moderno, non solo giuridico, va sempre più evidenziando (13).

Con ciò peraltro non si intende negare la possibilità (giuridica) che il processo amministrativo venga ad assumere forme e contenuti diversi: ché anzi la diversità non solo è possibile ma è addirittura imposta dalla multiforme realtà istituzionale e sociale (14).

Ma dovrà trattarsi di una diversità che sia appunto collegata a differenze reali, obiettive e non arbitrarie e che non scardini le categorie fondamentali (anch'esse reali) della situazione personale fat-

detto interesse strumentale a ricorrere (nota a Cons. St., IV, 23 gennaio 1986 n. 57), in questa *Rivista*, 1987, 107 e ss.

Le difformità di orientamenti e le contraddizioni giurisprudenziali sono in realtà il riflesso processuale della contraddittorietà dell'attuale momento storico-istituzionale. In proposito v. ROMANO A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 156-157 per il quale « l'evoluzione del rapporto tra cittadino e amministrazione... la quale per alcuni decenni si era sviluppata in modo abbastanza lineare, in questi ultimi anni sembra essere entrata in un periodo critico... si ha quantomeno l'impressione (ma il termine è volutamente piuttosto attenuato) che sotto vari aspetti il pendolo sia arrivato al punto più alto della sua oscillazione e che accenni a cominciare o abbia addirittura già cominciato la sua parabola di ritorno; ma non si può escludere che, al contrario, tale impressione si riveli nei prossimi anni fallace: come una falsa interpretazione di una pausa in una evoluzione storica dopo la quale questa possa riprendere, magari resa più sicura da correzioni di eccessi e di sfasature rilevanti ».

(13) Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 54 e ss. Su un piano generale v. LILANO, *Filosofia della conoscenza*, Firenze, 1987, 109 e ss. Il realismo al quale si ritiene di poter aderire è il realismo consapevole del fatto che la realtà esiste di per sé e che di essa fa parte l'uomo, la cui rilevanza è indipendente da momenti costitutivi provenienti soggettivamente e volontaristicamente dall'esterno, ancorché ad opera della stessa ragione umana. Questo realismo è presente nella nostra Costituzione e porta al rilievo immediatamente giuridico dell'uomo, non solo attraverso l'art. 3 quanto e soprattutto attraverso l'art. 2; sul quale *infra*.

(14) Mi sia consentito rinviare al mio tentativo (che peraltro sto approfondendo con riferimento agli interessi legittimi correlati con poteri organizzatori e con poteri pubblici disciplinati nelle forme del diritto privato) di differenziare le situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, in relazione alle diversità di fonte, di potere, di pretesa e alla diversa tendenza alla realizzazione dell'interesse (cfr. IANNOTTA, *op. cit.*, 239-263).

ta valere, come situazione soggettiva e giuridica e dell'azione, quale strumento di tutela di tale situazione.

Sotto altro profilo, ciò non vuol dire neanche che il legislatore, nella sua libertà (che però non è mai arbitrio e che, nell'ordinamento repubblicano — quale istituzione fondamentale di cui lo Stato costituisce solo una parte, anche se la più importante — trova, come si avrà modo di sottolineare, un limite invalicabile nella immodificabilità dell'ordinamento stesso)(15) non possa in assoluto introdurre

(15) Cfr. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, 211-212, 16-19, 42-43. Tra i limiti invalicabili mi sembra occupi il posto centrale il rilievo giuridico degli uomini come singoli. Detto rilievo non può essere annullato neanche nelle formazioni sociali in cui si svolge, ma non si esaurisce, la loro personalità, che è data per preesistente (cfr. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commento alla Costituzione* a cura di BRANCA, Bologna, 1975, 50 e ss. il quale rileva come la modifica in senso limitativo del nucleo essenziale delle libertà richiamate dall'art. 2 Cost. « si tradurrebbe in una rottura dell'attuale regime costituzionale, in un uso legale ma illegittimo del potere di revisione costituzionale » (p. 117). Rilievo giuridico autonomo che non si riferisce ovviamente solo all'uomo in sé, bensì alle sue manifestazioni, ai suoi interessi personali riconosciuti meritevoli di tutela dalla Costituzione formale nonché dall'istituzione repubblicana nel corso del suo sviluppo. E questa autonoma giuridicità (con i limiti di cui *infra*) è rilevante anche nei confronti dell'Amministrazione (cfr. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milano, 1964 il quale, dal preambolo costituzionale, desume che l'individuo non può essere dissolto senza residui nell'Amministrazione (p. 24)). Con la pubblica Amministrazione è quindi configurabile un rapporto giuridico, non solo perché l'uomo, come singolo, è soggetto di diritto (cosa del resto acquisita anche in passato: cfr. G. JELLINEK-ORLANDO, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, 23), ma perché sono di rilievo giuridico i suoi interessi personali, anche con riferimento all'esercizio dei pubblici poteri, beninteso nei limiti della presa in considerazione. Il rapporto oltre tutto viene a costituirsi nei confronti di un'Amministrazione facente parte di un organismo non più autolegittimantesi bensì espressione del diritto del popolo di autogovernarsi: come si ricava dall'art. 1 Cost.

La pretesa alla presa in considerazione degli interessi personali di rilievo giuridico, quale scaturente dal preambolo costituzionale, fa anche dello Stato-persona, quale disciplinato dalla normativa costituzionale sull'organizzazione, una entità « reale » e « limitata » e consente, sul piano giuridico, di colmare la « frattura » evidenziata da BERTI, *Diritto e Stato*, cit., 9: non Stato-ordinamento e Stato-persona ma ordinamento repubblicano e Stato persona quale soggetto « obbligato » al rispetto dell'ordinamento e alla immodificabilità della sua forma. Come la corona del cerchio che può essere ridotta dal cerchio interno (che rappresenta lo Stato persona) ma non può essere annullata, non potendo il cerchio interno superare i limiti di quello esterno (che rappresenta l'ordinamento repubblicano e gli uomini che lo compongono). E ciò anche se il cerchio « nazionale » si va aprendo verso il più ampio cerchio dell'ordinamento comunitario europeo,

nuove azioni a tutela di posizioni private che non siano giuridiche soggettive in senso tradizionale, ovvero azioni di mero controllo (si pensi, a quest'ultimo proposito, al ricorso del Governo per violazione di legge e incompetenza contro gli atti di Comuni e Province previsto dal disegno di legge sulla riforma dell'Amministrazione locale) (16), ovvero ancora azioni di controllo per così dire sociale.

Né si vuole assumere una posizione critica (salvo a verificarne i limiti) nei confronti di una realtà che molto spesso vede come ricorrenti non già i singoli ma organizzazioni (17) e che presumibilmente,

nell'ambito del quale dovrà comunque essere garantita l'autonoma giuridicità dell'uomo come singolo, propria dell'ordinamento repubblicano italiano. In campo privatistico v. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto Civile*, vol. I, tomo I, Torino, 1986, 30 e ss. dove si sottolinea l'influenza diretta dell'art. 2 Cost. sul diritto privato.

(16) Cfr. SANTORO, *L'impugnativa governativa al TAR degli atti degli enti locali nei disegni di legge di riforma delle autonomie locali: strumento di controllo o di giurisdizione?*, in questa *Rivista*, 1987, 211 e ss.

(17) Nell'ambito delle organizzazioni legittimate al ricorso vanno sicuramente ricomprese, ex art. 2 Cost., le formazioni sociali (anche di fatto) in cui si svolge la personalità dell'uomo, purché l'interesse fatto valere si presenti differenziato e qualificato e come proiezione dell'interesse personale dei componenti (v. in proposito in aggiunta al lavoro citato alla nota (5) la Rassegna di giurisprudenza curata da SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: I, Legittimazione e interesse al ricorso*, in questa *Rivista*, 1983, 123 e ss. Cfr. altresì Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 1985 n. 176, in *Cons. St.*, I, 550 e ss.; TAR Lazio, 7 febbraio 1987 n. 196, in *Trib. amm. reg.*, 1987, I, 912 e ss.).

Appaiono invece estranei alla logica del giudizio le azioni proposte da Associazioni o Enti che si facciano portatori di interessi insuscettibili di inerire ad un soggetto individualmente considerato. Interessi che si presentano di tipo obiettivo, dello stesso tipo di quelli affidati alle cure dell'Amministrazione, rispetto ai quali la subiettività è data soltanto dalla circostanza (casuale) che un'entità individuata se ne faccia portatrice. (Cfr. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazione della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, V, 7 e ss.). Siffatti interessi possono assumere rilievo, come tali, solo in sede di procedimento ovvero in sede di controllo, ma non anche in sede di giurisdizione attesa la loro natura obiettiva (v. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione dell'interesse diffuso da parte del giudice amministrativo, civile e contabile*, in *Studi Bachelet*, II, Milano, 1987, 459 e ss. dove si evidenzia come l'interesse diffuso, in quanto tale, finisca per assumere rilevanza, in quanto tale, solo in sede di giurisdizione contabile e cioè di una giurisdizione di tipo obiettivo posta a tutela dell'interesse pubblico, di volta in volta riportato alla comunità o allo Stato persona). Sul « controllo » nell'ordinamento repubblicano interessanti spunti

con il diffondersi di moduli convenzionali (organizzatori, di programma, ecc.) (18) tra Amministrazioni, potrebbe vedere, almeno in taluni giudizi, quali parti in causa solo soggetti pubblici, per i problemi relativi alla conclusione, esecuzione o scioglimento di accordi (19).

si rinviengono in DI GIACOMO, *Il problema della non certificazione di bilancio*, in *La certificazione dei bilanci nel settore pubblico*, Ercolano, Napoli, 1988, 218.

In quest'ottica, dà luogo a notevoli perplessità — per l'assenza di limiti, che si spera siano introdotti dalla giurisprudenza — la scelta compiuta dal legislatore — in contrasto con gli orientamenti giurisprudenziali — di attribuire legittimazione processuale alle associazioni di protezione ambientale (artt. 13 e 15 l. 8 luglio 1986 n. 349) che — sebbene controllate dall'Amministrazione — possono assumere una posizione di strapotere connessa ad una competenza in materia, scaturente dallo stesso riconoscimento (cfr. ROMEO, *L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 1986, 562 e ss. e NAGRO, *op. ult. cit.*, 14, per il quale « la totale estraneazione degli interessi diffusi dalla sfera del privato e della sua autonomia è il prezzo che si paga per superare la radicale oggettività dell'interesse stesso (e quindi, viene fatto di dire, sembra confermare tale oggettività »).

L'azione in materia ambientale, di cui alla l. 349, in conclusione, non sembra appartenere alla giurisdizione (in quanto tutela di interessi personali del singolo e delle formazioni sociali) ma al « controllo » con il pericolo che l'assenza di un « interesse » soggettivo si traduca in assenza di limiti.

(18) Un interessantissimo campo di applicazione dei moduli convenzionali è costituito dalla normativa contenuta nella legge 1° marzo 1986 n. 64 e negli atti regolamentari che l'hanno seguita (cfr. TARSIA DI BELMONTE, *Dalla Cassa per il Mezzogiorno all'Agenzia*, in *Riv. trim. degli appalti*, n. 1/87, 7 e ss.). Al piano, contrattato nella sostanza ma unilaterale nella forma (ancorché periodicamente rivedibile), fanno seguito accordi di programma tra enti e — in base alla direttiva 16 luglio 1986 del Comitato di coordinamento della politica industriale intervenuta nel silenzio del legislatore — contratti di programma con imprenditori privati.

(19) In base all'art. 12, 5° c. del disegno di legge sul procedimento presentato dal Presidente del Consiglio Gorla il 19 novembre 1987, le controversie in materia di accordi Amministrazioni-privati sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con riconoscimento della sopravvivenza dell'interesse legittimo anche in presenza di attività contrattata. (Sull'interesse legittimo quale presupposto della negoziazione; dal punto di vista del privato, attraverso lo strumento dell'acquiescenza preventiva v. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Napoli 1979, 160 e ss.). Ma nulla è detto (né del resto sarebbe stata quella la sede) a proposito delle vertenze tra amministrazioni relative alla formazione, conclusione ed esecuzione di accordi, delle quali non si occupa nemmeno il disegno di legge sulla riforma del processo amministrativo n. 1353/85 (cfr. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, spec. 265 e ss. il quale

Ciò che però appare sicuramente criticabile è la commistione spuria di forme di tutela complementare diverse tra loro, con la reciproca ed indiscriminata assunzione di comportamenti processuali compatibili invece solo con questo o quel tipo di azione e di processo.

Portando sul piano processuale i rilievi della dottrina relativi al piano procedimentale (20) si può dire che: altro è (deve essere) l'azione a tutela di situazioni giuridiche soggettive del singolo o delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità; altro l'azione del singolo in funzione di controllo c.d. sociale (con differenze ulteriori a seconda che l'interesse presupposto dell'azione — ancorché non collegato con un bene proprio o cui si aspira in proprio — sia *uti singulus* o *uti civis*); altro l'azione di controllo sociale delle formazioni diverse da quelle *ex art. 2 Cost.*; altro l'azione statutale con finalità di controllo; altro l'azione dell'ente pubblico per l'ipotesi in cui agisca a tutela di un interesse proprio, altro l'azione dell'ente pubblico a tutela di un interesse non « personale » dell'ente stesso (21).

2. La lettura della realtà, finalizzata alla ricostruzione delle situazioni giuridiche personali fatte valere in giudizio (sulle quali principalmente ci si soffermerà in questo lavoro) ben può essere compiuta dal fronte processuale, attraverso il filtro dei motivi di ricorso (quali formulati dal ricorrente e vagliati dal giudice), significativamente definiti come ponte di passaggio tra realtà extraprocessuale e realtà processuale (22).

rileva che, in assenza di norme speciali, la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice ordinario (p. 268); cfr. anche AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni*, Parte I, Padova, 1984).

(20) BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Giucciardi*, Padova, 1975, spec. 800 e ss.; cfr. anche SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959 (ristampa), 109-110, nota 34 dove si sottolinea la necessità di tener distinti i rapporti, giuridici solo perché disciplinati dal diritto, da quelli in cui siano coinvolte persone.

(21) Cfr. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo*, in questa *Rivista*, 1985, 422-23; ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1984, spec. 213 e ss. In giurisprudenza sull'interesse dell'ente alla tutela delle proprie attribuzioni, cfr. Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 1987 n. 241, in *Cons. St.*, 1987, I, 591 e ss.

(22) BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, 27, nota 15.

Per dirla in altri termini, i motivi di ricorso costituiscono (dovrebbero costituire) il mezzo attraverso il quale il privato manifesta nel processo il proprio interesse legittimo, venendo quindi a porsi come il momento di più evidente saldatura tra l'interesse soggettivo e la legittimità, non considerata in astratto e da un punto di vista generale (indifferenziato e illimitato) ma dal punto di vista della parte privata.

La circostanza che i vizi dell'atto in quanto collegati con i motivi di ricorso, costituiscono (debbono costituire) non tanto condizioni obiettive di invalidità, quanto i mezzi logici e giuridici attraverso i quali si costruisce il rapporto tra l'interesse personale e il provvedimento (23) induce a individuare questo rapporto sulla base di parametri oggettivi (ancorché il suo contenuto concreto — nell'ambito di questi limiti — dipenda in ultima analisi dalla decisione del ricorrente) per evitare scelte arbitrarie (delle parti e del giudice) e lesive della posizione di tutte le parti coinvolte nella vicenda amministrativa portata sul piano processuale (24). La storica scissione tra provvedimento amministrativo quale espressione di autorità, in funzione della cura dell'interesse pubblico, e garanzia degli interessi privati, affidata alla giurisdizione amministrativa (25) ha in passato impedito (ed in effetti impedisce anche oggi) di operare la piena

(23) BERTI, *op. ult. cit.*, 29; cfr. anche SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 333.

(24) Sulla posizione del controinteressato in senso non solo formale (controinteressato all'atto) ma anche in senso sostanziale (controinteressato alla funzione) e sui pregiudizi che possono derivargli dalla mancanza di limiti nel giudizio cautelare cfr. PUGLIESE, *Le ragioni del controinteressato nel processo cautelare* in questo stesso numero di questa stessa *Rivista*.

Ma v. anche MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 1985, 5 e ss.; BRIGNOLA, *Cointeressati e controinteressati nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, vol. III, 1683 e ss.; LA GUARDIA, *Poteri di autotutela in materia urbanistica e qualificazione degli interessi*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 1987, 73 e ss.; STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, spec. 115 e ss. Sul controinteressato come titolare di un interesse legittimo, pure caratterizzato da una pretesa alla presa in considerazione dell'interesse personale al bene cfr. IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit., 274.

(25) Retaggio dello Stato monoclasse: cfr. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 989 e ss.

saldatura tra giuridicità dell'azione amministrativa quale esistente (quale avrebbe dovuto esistere) nella realtà e quale rilevata dal giudice (26).

Peraltro, nel nostro ordinamento repubblicano, nel quale il singolo conserva (dovrebbe conservare, come si è accennato e come si preciserà) la propria giuridica rilevanza, anche nei confronti dell'autorità ed indipendentemente da uno specifico riconoscimento legislativo, e non può (non potrebbe) essere ridotto a mero limite di fatto (ancorché non possa pretendere la piena salvaguardia di tutti i suoi interessi, né di ogni aspetto di ciascun suo interesse) sembra possibile ricostruire il rapporto interesse-motivi (interesse-questione di legittimità) alla luce del principio (non più solo logico ma giuridico) per il quale ciò a cui, nel giudizio, viene attribuito rilievo giuridico deve preesistere, come giuridico, al momento processuale.

Per dirla in altri termini, sembra oggi possibile (e si tratta di un'ipotesi con la quale comunque è necessario confrontarsi), sostituire, alla luce della Costituzione, all'aggancio, meramente soggettivo interesse-motivi (collegato al mero rilievo di fatto dell'interesse per l'ordinamento generale) o comunque ad un aggancio che collochi l'interesse sul piano solo sostanziale e quindi non giuridico (ovvero non direttamente giuridico), un aggancio « relativo », *immediatamente giuridico* interesse-motivi (27) in collegamento con

(26) BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, cit., 27, nota 15 (ma cfr. anche p. 49, nota 9) afferma che, in mancanza di una disciplina extraprocessuale del rapporto tra interessi (pubblico e privato) « qualsiasi ricostruzione dell'interesse privato prima del processo non può essere che un fatto soggettivo e perciò arbitrario ». Ma, come si dirà, la « ricostruzione » potrà avvenire attribuendo (o meglio riconoscendo) all'interesse legittimo carattere di situazione giuridica in sé, di manifestazione giuridica dell'uomo quale soggetto, *prius* dell'ordinamento. Cfr. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, 15.

(27) Sulla relatività delle situazioni giuridiche, anche se in una diversa ottica, v. SANDULLI, *Il procedimento...*, cit., 46-47, nota 16 e 127-128.

Relatività è l'opposto di soggettivismo, in quanto non si tratta di condizionare la realtà all'opinione dell'osservatore, ma di ricostruire obiettivamente ciò che l'osservatore può arrivare a cogliere della realtà dalla sua prospettiva; e quindi di ricostruire quella parte di realtà sulla quale l'osservatore può incidere, individuando al contempo le altre parti che sfuggono alla sua visuale e al suo intervento.

la giuridicità dell'interesse personale nell'ordinamento generale (28) a fronte della funzione amministrativa (29).

(28) Come si è già rilevato — v. *retro* nota 15 — il riconoscimento della titolarità di diritti inviolabili dell'uomo come singolo da parte dell'istituzione repubblicana — che, pur essendo la realtà giuridica *superiorem non recognoscens*, si è posta il limite di non sopprimerli — al di là della individuazione ed elencazione dei diritti inviolabili, sta sicuramente a significare, si ripete, che all'uomo è riconosciuta — come preesistente — una soggettività sussistente *ex se*, indipendentemente da qualsiasi intervento sociale o statale. E si tratta di una soggettività opponibile a tutti i soggetti dell'ordinamento repubblicano.

A quest'uomo, giuridicamente rilevante in sé, viene chiesto l'adempimento dei doveri di solidarietà: circostanza questa che (differenziandolo dall'uomo di stampo liberale, che leggeva il diritto naturale all'insegna dell'individualismo) gli impedisce di pretendere la piena soddisfazione di tutti i suoi interessi, in assoluto e nei confronti di un'Amministrazione che continua ad occupare una posizione peculiare nell'ordinamento.

Ma momento solidaristico e autonoma giuridicità della persona non vanno confusi né possono annullarsi l'uno nell'altro: la persona individuale è il presupposto, non solo concettuale ma genetico ed inviolabile — *ex art. 2 Cost.* — dell'ordinamento generale. Sembra invece attribuire prevalenza al momento solidaristico, tale da porre in secondo piano quello dell'autonoma giuridicità, ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, facendo dell'amministrato una parte solidaristicamente orientata (p. 117), pur rilevando come definitivo il riconoscimento della qualità di soggetto, data all'amministrato di fronte all'autorità, la quale fa sì che venga conferita ai suoi particolari interessi, nei confronti dell'Amministrazione, dignità di posizioni soggettive (p. 101).

In effetti la dottrina contemporanea sebbene riconosca, in maniera assolutamente prevalente, all'interesse legittimo natura di situazione giuridica soggettiva sostanziale, e cioè di situazione esistente prima del processo ed attribuita all'uomo come singolo, non mi sembra che riesca a liberarlo da una caratterizzazione pubblicistica ed in particolare dalla sua diretta funzionalizzazione ad un interesse diverso (proprio di volta in volta, nel corso del tempo, dell'Amministrazione, dello Stato persona, dello Stato-ordinamento, dello Stato-sociale), restando, anche se in forme nuove, agganciata alle tradizionali premesse « oggettive » (S. SPAVENTA, *La Giustizia nell'Amministrazione*, ora in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, 222 e ss. nonché *Discorso inedito* per l'inagurazione della IV Sezione in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1909, 289 e ss. A mio avviso di situazione personale potrà parlarsi solo ove si riesca a dare risposta alla domanda: in che cosa consiste sul piano giuridico (e non meramente fattuale) e intrinsecamente (e non solo in relazione alle sue manifestazioni processuali e procedimentali, che possono anche mancare) questa situazione giuridica sostanziale e personale per la cui tutela l'ordinamento appresta una serie di strumenti (cfr. IANNOTTA, *op. cit.*, 234 e ss. e 23 e ss.).

In mancanza di tale risposta, si dovrebbe concordare con quelle ricostruzioni che vedono nell'interesse legittimo un interesse di fatto, cui si accompagna un potere di impugnazione (BERTI, *Connessione*, cit., 25 e ss.).

(29) Ritengo necessario, a questo proposito, richiamare l'ipotesi da me for-

3. Alla luce di queste premesse, si può passare all'esame di alcune, peraltro limitate fattispecie, proposte non come emblematiche, ma quali semplici spunti di riflessione, per verificare, attraverso i motivi dedotti ed accolti (o rigettati), a quale « situazione » si sia, di volta in volta, accordata tutela e se questo collegamento dia vita a schemi coerenti in se stessi e rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento.

A) *C.d.S., Sez. V, 27 aprile 1987 n. 249 (30)* in materia di recupero di somme indebitamente percepite. Nella sentenza vengono letti congiuntamente e accolti i motivi di eccesso di potere per ma-

mulata (IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit.) — in continuità con la tesi di MARRAMA, *Rinunzia*, cit., 93 e ss. — secondo la quale dell'interesse legittimo di tipo per così dire personale la costituzione conterrebbe una indiretta ancorché evidente definizione.

In virtù del collegamento tra gli artt. 1-5 del preambolo costituzionale (che assumono nel loro complesso rilevanza, anche se in questa sede viene posto l'accento principalmente sull'art. 2 Cost. che fornisce la chiave di lettura dell'ordinamento) e gli artt. 24, 97, 103 e 113 Cost., si potrebbe quindi definire l'interesse legittimo come situazione riconosciuta al soggetto all'ordinamento (costituzionale) riguardo ad un bene della vita oggetto di potere — cui corrisponde un obbligo specifico gravante sul titolare del potere in correlazione con l'interesse protetto come legittimo — ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in funzione della sua realizzazione. Con la conseguente individuazione di un vero e proprio rapporto giuridico tra il titolare del potere e il titolare dell'interesse legittimo.

L'individuazione di questo rapporto effettivamente giuridico, e non meramente fattuale, consente di dare uno specifico contenuto (intrinsecamente giuridico) alla cosiddetta concezione intersubiettiva della funzione (cfr. *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; PASTORI, *Introduzione generale*, 7 e ss.) che altrimenti resterebbe giuridica solo perché intercorrente tra l'autorità e la persona i quali, viceversa, non entrerebbero in rapporto tra loro se non sul piano meramente fattuale (con indebita assimilazione di un tale rapporto ad altre relazioni non coinvolgenti persone).

Questa ricostruzione dell'interesse legittimo dovrà essere costantemente confrontata con la realtà positiva, per stabilire, in riferimento ai vari settori, se, in che limiti e in che forme sia presente l'obbligo di presa in considerazione (fermo restando che esso può anche ridursi al minimo, per ragioni di urgenza accertata e dimostrata caso per caso, ovvero in settori peculiarissimi ovvero in presenza di peculiari interventi). E tale confronto, come già si comincia a delineare in questo articolo, dovrebbe consentire di cogliere il diverso atteggiarsi della pretesa di presa in considerazione, in relazione alle diverse manifestazioni della pur unica personalità.

(30) In *Cons. St.*, 1987, I, 543 e ss.

nifesta ingiustizia del recupero, per difetto di motivazione in relazione all'interesse pubblico all'annullamento dell'atto determinativo della retribuzione e per mancata considerazione della buona fede del percipiente.

In particolare si afferma che l'Amministrazione « non può non prendere in considerazione, nell'esercizio del potere di annullamento..., l'interesse del privato dipendente, sicuramente apprezzabile dal punto di vista pubblico, a ché il disagio, che questi dovrà sopportare a seguito della ripetizione, non sia così grave da incidere sulle esigenze primarie dell'esistenza ».

All'accertamento della violazione dell'obbligo di presa in considerazione il giudice perviene indirettamente, in relazione all'eccessiva incidenza del recupero mensile, sintomatica di una mancata considerazione di tutti gli elementi rilevanti ai fini di una corretta valutazione, tra i quali inserisce la buona fede, data per sussistente anche in relazione alla mancata contestazione da parte dell'Amministrazione. Nella stessa logica, anche se con esiti processuali diversi, in ragione dell'avvenuta adeguata presa in considerazione dell'interesse privato: C.d.S. VI, 2 luglio 1987 n. 459 (31); IV, 4 agosto 1986 n. 549 (32) e 9 novembre 1985 n. 505 (33), TAR Puglia Lecce 15 febbraio 1986 n. 32 (34); TAR Puglia Bari 28 dicembre 1985 n. 970 (35), tutte in tema di ripetizione di indebito.

Sul confronto tra l'interesse pubblico all'annullamento e l'interesse privato sacrificato, quale componente necessariamente presente in sede di esercizio dei poteri di autotutela in genere, con implicita affermazione dell'obbligo di presa in considerazione dell'interesse privato si è espresso il TAR Lazio, II, con sentenza 30 settembre 1986 n. 195 (36) che ha annullato il provvedimento sotto il profilo del difetto di motivazione.

Tutte le decisioni in esame e soprattutto la prima affermano quindi la sussistenza in capo all'Amministrazione di un obbligo di presa in considerazione dell'interesse privato nell'esercizio dei poteri di autotutela, ancorché all'interno del procedimento non sia pre-

(31) *Ivi*, 1987, I, 1099 e ss.

(32) *Ivi*, 1986, I, 1077.

(33) *Ivi*, 1985, I, 1320-21.

(34) In *Trib. amm. reg.*, 1986, I, 1926.

(35) *Ivi*, 1985, I, 759.

(36) *Ivi*, 1986, I, 3221 e ss.

visto il contraddittorio: la situazione sostanziale che si dà per presupposta è quindi contraddistinta non già da strumenti formali ma da una pretesa sostanziale, che è appunto quella alla presa in considerazione adeguata e completa dell'interesse alla conservazione del bene.

La sentenza n. 249/87 in effetti parla di apprezzamento dell'interesse dal punto di vista pubblico e quindi non correla l'obbligo, pur affermato, con una pretesa.

Ma in virtù del principio di « relatività », quello stesso interesse, da apprezzare dal punto di vista pubblico (ancorché unitamente ad altri profili di rilievo esclusivamente pubblico), è la base della situazione soggettiva dal punto di vista del privato: e pertanto, senza scardinare la logica della sentenza, ben si può affermare che essa, attraverso l'impugnativa dell'atto, ha conosciuto del rapporto giuridico privato-pubblica amministrazione nelle « forme » della pretesa-obbligo di presa in considerazione. Rapporto che si è visto configurabile in assoluto nell'ordinamento repubblicano e che lo è in particolare nel settore del pubblico impiego e, ancor più in particolare, quanto agli aspetti retributivi. La circostanza che la P.A. operi in veste pubblicistica o meglio come titolare di un potere (ancorché non autoritativo) fa sì che l'interesse alla conservazione delle somme percepite non possa qualificarsi come pretesa di conservazione assoluta; mentre l'esigenza che si tenga conto della situazione personale del dipendente fa assumere rilievo alla sua situazione patrimoniale e alla buona fede, che si traduce in « affidamento » e che rende ragione dell'applicazione dei principi generali di correttezza nell'adempimento dell'obbligo gravante sulla p.A. e quindi giustifica anche l'apprezzamento in ordine all'eccessiva incidenza del recupero, quale valutazione di legittimità (37).

In sintesi, alla base della sentenza in esame vi è una ricostruzione dell'interesse legittimo come pretesa alla presa in considerazione adeguata e completa dell'interesse al bene preesistente al processo, ancorché non estrinsecantesi in strumenti procedimentali, in virtù della quale il ricorrente chiede l'accertamento (negli schemi dell'eccesso di potere) dell'adempimento dell'obbligo correlativo; intorno alla quale si aggregano i motivi di ricorso, non come azioni distinte, ma come manifestazioni processuali della preesistente pre-

(37) MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

tesa giuridica; e in forza della quale il ricorrente non può pretendere la (integrale) conservazione del bene, essendo l'Amministrazione tenuta in sede di esecuzione ad adempiere quell'obbligo accertato e non già ad omettere qualsiasi iniziativa di recupero.

Presumibilmente questo schema è applicabile ad altre varie fattispecie di annullamento d'ufficio sempre che vi sia una posizione non effimera (la cui consistenza si desume anche dal decorso del tempo) e tenendo presente che non tutte le circostanze di fatto appaiono aggregabili all'interesse (38).

B) *C.d.S., Sez. IV, 16 febbraio 1987 n. 104* (39) che ha dichiarato inammissibili le censure (o meglio la parte del ricorso) rivolte dal ricorrente escluso per difetto di una condizione o requisito richiesto dal bando (dopo aver rigettato il relativo motivo) avverso le determinazioni successive all'esclusione ed in particolare avverso l'aggiudicazione a un terzo (40).

Al di là della validità delle ragioni del rigetto del motivo concernente l'esclusione, vi è in questa sentenza un diretto collegamento tra mezzi di impugnazione deducibili ed interesse, non già in tutta la sua estensione materiale ma come interesse qualificato e differenziato (anche se nella decisione si parla solo di difetto di interesse processuale).

Alla base della sentenza vi è quindi una ricostruzione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica personale, con la connessa esigenza che i requisiti della personalità e della giuridica rilevanza sussistano in riferimento a tutte le parti dell'azione amministrativa che si intende contestare.

In altri termini, la circostanza che il ricorrente possa trarre un'utilità dall'annullamento dell'aggiudicazione non è di per sé ritenuta idonea a legittimarlo all'impugnazione, essendo a tal fine necessario che egli, all'interno del procedimento, conservi una posizione differenziata, sulla quale venga direttamente ad incidere l'atto che si assume illegittimo.

I contenuti dell'interesse legittimo vengono quindi ricostruiti nel procedimento in relazione alla specifica fattispecie: e ciò con-

(38) Cfr. *Cons. St., Sez. V, 26 ottobre 1984 n. 768*, in *Cons. St., 1984, I, 1225 ss.*

(39) In *Cons. St., 1987, I, 119 e ss.*

(40) Cfr. *Cons. St., Sez. IV, n. 57/86* con nota di VIPIANA, cit. alla nota (12).

segue all'implicito riconoscimento dell'impossibilità di fissare *a priori* tutti i motivi astrattamente deducibili (e tutte le parti della funzione astrattamente contestabili) essendo a tal fine necessario ricostruire previamente la consistenza dell'interesse personale.

Esplicitando la logica seguita dalla sentenza, si può dire che chiunque partecipi a una gara vanta in astratto una pretesa alla presa in considerazione adeguata e completa della sua offerta in funzione della possibile aggiudicazione dell'appalto.

Ma la pretesa alla presa in considerazione della propria posizione da parte della p.A. (tenuta all'imparzialità oltre che al raggiungimento del miglior risultato), ai fini dell'aggiudicazione, passa innanzitutto attraverso l'esame della pretesa alla presa in considerazione ai fini dell'ammissione. Se la p.A. ha correttamente operato in questa fase del procedimento, adempiendo quindi al suo obbligo nei confronti del ricorrente, questi non ha null'altro a pretendere sul piano giuridico quale interessato (direttamente e giuridicamente) alle successive fasi del procedimento: venendo quindi a trovarsi — sul piano giuridico — nella stessa posizione di chi non ha presentato domanda di partecipazione ovvero ha prestato acquiescenza all'esclusione.

Se nella sentenza in esame si fosse dato ingresso alle ulteriori censure del ricorrente, si sarebbe in effetti sganciata la questione di legittimità dall'interesse personale e si sarebbe dato rilievo ad un interesse di mero fatto (indifferenziato non in sé ma rispetto alla funzione in concreto esercitata) ammettendo un'azione di mero controllo.

Ben diversa è la portata dell'interesse c.d. strumentale di cui all'Ad. plen. n. 8 del 10 luglio 1986 (41) inerendo in quella ipotesi, l'azione in concreto proposta all'interesse personale alla rinnovazione di una concessione, sul quale veniva ad incidere, ancorché indirettamente, l'arresto procedimentale sanzionato che, solo se rimosso, avrebbe consentito di pervenire alla presa in considerazione dell'interesse.

Ma da tale decisione non può essere dedotta l'affermazione che qualsiasi utilità strumentale legittimi all'azione giurisdizionale: al contrario l'utilità strumentale, non agganciata alla legittimità dalla

(41) In *Cons. St.*, 1986, I, 759 e ss.

personalità e giuridicità dell'interesse fatto valere, trasforma il giudice in controllore e il ricorrente in un attore popolare (42).

(42) Sul tema mi sia consentito rinviare a quanto esposto nel mio lavoro (IANNOTTA, *op. cit.*, 276 e ss.), in riferimento alla sentenza Cons. St., Sez. V, n. 49/84, in ordine alla necessità di partire dall'astratta riconducibilità dell'interesse personale in concreto fatto valere alla previsione normativa — per accertare i limiti della presa in considerazione da parte dell'ordinamento — e quindi alla sua qualificazione come interesse personale legittimo, accertando solo successivamente l'interesse a ricorrere, come concreto vantaggio derivante dall'annullamento, con la precisazione che questo interesse processuale non si distingue dall'interesse sostanziale del quale è estrinsecazione: con la conseguente possibilità che il giudice ne accerti l'insussistenza in concreto non prima ma durante l'esame del ricorso nel merito. Ed infatti, una volta stabilito che l'interesse prospettato rientra tra quelli presi in considerazione dall'ordinamento e che dall'accoglimento del ricorso può (in via ipotetica) derivare la soddisfazione dell'interesse personale e qualificato, il giudice ben può, nell'esame dell'impugnativa, rilevare che quell'interesse sostanziale, differenziato e qualificato, non può ricevere soddisfazione processuale perché, sul piano sostanziale, non presenta il carattere della personalità in relazione alle parti dell'atto (o della funzione) che sono state contestate e dal cui annullamento deriverebbe il risultato personale voluto e giuridicamente ammissibile (come personale) cfr. SATTA S., *Diritto processuale civile*, Padova, Ed. 1987, 138 e ss.

Nell'articolo di VIPIANA, cit. da un lato si afferma l'impossibilità di negare rilievo all'interesse strumentale, a meno di voler negare l'ammissibilità del ricorso ad ogni titolare di interesse legittimo pretensivo (pp. 123-124); dall'altro si esclude che l'utilità ritraibile dall'accoglimento del ricorso debba assurgere al rango di interesse legittimo (pag. 151). Mentre la prima affermazione è sicuramente condivisibile, la seconda non appare sorretta da valide giustificazioni. Proprio dal carattere di situazione giuridica personale dell'interesse legittimo deriva la necessità che i requisiti della differenziazione e della qualificazione sussistano, non solo in astratto (e con riferimento indifferenziato a tutto l'esercizio del potere), ma in concerto ed in riferimento agli aspetti della funzione che si pretende di contestare. La c.d. utilità strumentale non è quindi in grado di sorreggere tutti i motivi dell'impugnativa ma solo quelli fatti valere in relazione ad una posizione che sopravvive (che possa sopravvivere) nel procedimento come differenziata e qualificata. Cfr. GUICCIARDI, *Interesse personale, diretto e attuale*, in *Giur. it.*, 1961, III, 1, le cui fondamentali osservazioni ben possono essere riattualizzate, considerando che l'interesse « personale e diretto » è emerso dall'ambito fattuale ricevendo « forma » non già in sede processuale bensì attraverso la legge fondamentale repubblicana.

La soddisfazione, in sede di giudizio di annullamento, dell'interesse c.d. strumentale, inteso come interesse materiale, in tutte la sua estensione fattuale (e non come interesse differenziato e qualificato rispetto a tutti i momenti della funzione) sembra corrisponda alla soddisfazione accordata all'interesse materiale, in sede cautelare, nei termini evidenziati, in riferimento alla prassi giudiziaria, da FOL-

C) *TAR Lazio, Sez. I, 9 febbraio 1987 n. 268 (43)* che ha annullato un concorso di idoneità a professore associato sul presupposto dell'illegittimità del decreto di nomina della Commissione esaminatrice, perché tra i sorteggiabili erano stati inseriti professori ineleggibili, che però in concreto non erano stati eletti, con conseguente ininfluenza del fatto contestato — sotto questo profilo — sulla corretta composizione della Commissione.

La sentenza in sostanza perviene all'annullamento in virtù di una prescrizione che si assume violata e che però non incide neanche indirettamente sulla presa in considerazione adeguata e completa dell'interesse personale del ricorrente (e senza farsi carico delle conseguenze dell'annullamento sulla posizione degli idonei, travolta sebbene questi non fossero in conflitto con il ricorrente).

Ed in effetti, nell'ambito della descrizione normativa risultante dalla combinazione delle disposizioni sulla incompatibilità dei professori universitari e sul procedimento di nomina della Commissione, la posizione dei concorrenti al giudizio non è presa in considerazione dalla norma, se non in riferimento tutt'al più agli esiti e cioè alla effettiva composizione della Commissione (della quale non possono far parte soggetti in posizione di ineleggibilità o incompatibilità).

Le prescrizioni concernenti il procedimento, nella parte in cui non incidono sulla legittima composizione della Commissione, oltre all'interesse pubblico, sembrano prendere in considerazione — ancorché indirettamente — solo gli aspiranti alla nomina a membro della Commissione e solo da questi sembrerebbe che ne possa essere denunciata la violazione.

Più specificamente, rispetto alla norma che prescrive al Ministero di non inserire i professori universitari, eletti al Parlamento, negli elenchi dei sorteggiabili, gli unici possibili titolari di interessi personali di rilievo giuridico, appaiono i professori universitari non sorteggiati (o anche sorteggiati e non eletti) i quali soltanto potreb-

LIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 33 e ss., e cioè in termini più ampi dell'interesse alla legittimità.

Questa prassi però — come meglio si dirà — al di là delle apparenze, non tutela situazioni giuridiche personali ma mere pretese. Essa peraltro non può essere assunta come giuridica solo perché esiste, ma va sottoposta ad un esame di compatibilità con i principi fondamentali della Costituzione.

(43) Inedita. È riportata solo in massima in *Trim. amm. reg.*, 1987, I, 843-84.

bero far valere il sacrificio della loro posizione *sub specie* di violazione di una tale prescrizione.

Al contrario, la posizione dei candidati al giudizio di idoneità non sembra assuma alcuna rilevanza, neanche indiretta: per questa parte della normativa la situazione soggettiva che essi fanno valere sarebbe infatti non già personale bensì o indifferenziata o appartenente ad altri soggetti.

In altri termini, l'interesse del candidato escluso alla rinnovazione della procedura concorsuale non può costituire in maniera indifferenziata interesse giuridicamente rilevante, potendo rivestire nelle varie fattispecie caratteri profondamente diversi e tali da collocarlo di volta in volta nell'area dell'interesse giuridico, ovvero dell'interesse indifferente per il diritto, ovvero ancora dell'interesse *contra ius* (44).

D) *C.d.S. Ad. plen. 19 giugno 1986 n. 6* (45). La sentenza — com'è noto — ha negato che il giusto procedimento costituisca principio costituzionale e che le formalità garantistiche della pubblicazione e del contraddittorio debbano realizzarsi prima dell'approvazione del progetto e dell'occupazione. Tuttavia essa ha annullato l'occupazione d'urgenza — *sub specie* di eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà — per mancata presa in considerazione dell'interesse del proprietario, non però in sé ma in quanto apprezzato, in altro atto, dall'Amministrazione. La decisione quindi — rifiutando l'interpretazione che vede nell'occupazione un atto meramente esecutivo — lascia uno spazio alla presa in considerazione di circostanze idonee a conferire rilevanza obiettiva all'interesse del proprietario.

Presumibilmente, se si accedesse alla tesi della qualificazione costituzionale dell'interesse legittimo in termini di pretesa alla presa in considerazione, pur escludendo il giusto procedimento (46), non

(44) CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, 15 e ss.

(45) In *Cons. St.*, 1986, I, 747 e ss. Cfr. anche *Cons. St., Ad. Plen.*, n. 10 del 9 ottobre 1986, *ivi*, 9 e ss.

(46) Cfr. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in questa *Rivista*, 1987, 47 e ss. Il compianto autore individua la necessità del giusto procedimento anche nell'art. 2 Cost. affermando che « il rispetto della persona umana, nella sua globalità ed integrità, postula che il soggetto debba avere sempre e in ogni sede la possibilità di far valere le proprie ragioni soprattutto quando egli si trovi a contatto con altro soggetto il quale, dovendo provvedere

si potrebbe escludere la obbligatorietà della presa in considerazione degli interessi personali di rilievo costituzionale anche se non dichiarati formalmente meritevoli di considerazione in atti ufficiali), da attuarsi in forme e con modalità non rigide (47).

al soddisfacimento di interessi superiori, è necessariamente dotato di poteri adeguati». A mio avviso, il giusto procedimento si pone tra gli strumenti della obbligatoria presa in considerazione degli interessi personali di rilievo giuridico: con la conseguenza che, senza la previa affermazione della sussistenza di un obbligo di tal fatta, il « principio » appare molto meno difendibile, scaturendo da esigenze di giustizia sostanziale e non anche giuridica (in questa logica sembra muoversi l'articolo di Roehrsen laddove richiama l'art. 21 Cost.: p. 95). Peraltro un'affermazione indifferenziata del giusto procedimento non pare compatibile con le esigenze di efficienza dell'azione amministrativa, mentre con questa appare pienamente conciliabile la obbligatoria presa in considerazione degli interessi personali di rilievo giuridico, da realizzare nel corso della funzione, prima del sacrificio degli interessi stessi, con modalità formali non predeterminabili.

(47) Con ordinanza n. 335 del 18 marzo 1987 il TAR Campania ha rigettato la domanda di sospensione di un decreto di occupazione proposta da una Società titolare di uno stabilimento industriale. La Società ricorrente aveva sostenuto e documentato che i lavori da realizzare avrebbero bloccato per mesi l'attività dello stabilimento e aveva segnalato possibili soluzioni alternative che avrebbero salvaguardato anche l'interesse pubblico sotteso all'opera pubblica. Il TAR, sul presupposto inespresso ma inequivoco della insindacabilità delle scelte tecniche e attenendosi ad una dichiarazione dell'impresa concessionaria dei lavori, che asseriva l'insussistenza del danno per la ricorrente, ha ritenuto di non poter accogliere la domanda. L'ordinanza è stata confermata in Consiglio di Stato. Al di là della giustizia sostanziale della decisione, ritengo che la corretta impostazione del problema avrebbe potuto portare a soluzioni diverse. Si sarebbe potuto ad es. disporre una sospensione temporanea ai fini del solo esame delle ragioni addotte dalla Società ricorrente negli schemi della presa in considerazione del suo interesse di rilievo costituzionale (ex artt. 2, 41 e 42 Cost.), ai fini di una possibile rettifica di quel minimo tratto del progetto ricadente sul suolo occupato. La valutazione finale sarebbe stata rimessa, in tale ipotesi, alla stessa Amministrazione in causa o anche ad altra, facendo conseguire al ricorrente in sede cautelare, ciò che egli avrebbe potuto ottenere anche a seguito del giudizio di annullamento (il riesame del progetto) secondo la logica dell'Ad. plen. n. 6/86 citata nel testo e con garanzia dei possibili controinteressati sostanziali, per il carattere amministrativo dell'intervento finale (la modifica del progetto), tenendo il processo nei limiti dell'accertamento di una violazione di legge, *sub specie* di mancata presa in considerazione di un interesse giuridicamente rilevante. Nella fattispecie in esame non vi è dubbio che il ricorrente, pur vincendo il ricorso, non potrà ottenere la soddisfazione della sua specifica pretesa (alla presa in considerazione in funzione della realizzazione dell'interesse) attesa l'irreversibilità del pregiudizio connesso alla realizzazione dell'opera. Con danni anche per l'interesse pubblico in ragione sia della realizzazione dell'opera — con sacrificio di

La sentenza peraltro, attraverso l'annullamento dell'occupazione incide sulla dichiarazione di pubblica utilità e comporta indirettamente la sua necessaria revoca, sebbene questa non venga annullata ed anzi venga riconosciuta legittima alla luce delle norme vigenti e della situazione di fatto esistente giuridicamente (e cioè della situazione di fatto conosciuta e da conoscere da parte dell'Amministrazione-soggetto) al momento della sua emanazione, con una sua sostanziale disapplicazione.

Ciò che è stato quindi annullato non è l'atto quale manifestazione formale di volontà, (punto di approdo dell'esercizio di un potere sostanziale che emerge sul piano formale appunto attraverso il solo atto (48)), quanto e soprattutto la funzione, il comportamento complessivo dell'Amministrazione.

Ed infatti l'Adunanza Plenaria ha ritenuto viziato il provvedimento d'occupazione allorché l'Autorità competente ad adottarlo non tenga conto dell'esistenza o della sopravvenienza di fatti, circostanze o altri atti rilevanti: in presenza dei quali essa è stata ritenuta obbligata a rimettere la questione all'autorità competente quanto all'adozione della dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza, ai fini di un riesame e dell'assunzione da parte di queste di una nuova determinazione di revoca o anche di eventuale conferma.

L'illegittimità dell'atto consequenziale (il decreto di occupazione), per una figura riportata all'eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità, finisce per rimbalzare sull'atto presupposto (al quale soltanto, nella logica dell'atto, sarebbe stata riferibile la con-

posizioni rilevanti anche sul piano pubblicistico — sia dell'esborso di una maggior somma di denaro a titolo di risarcimento danni, per l'annullamento indiscriminato della procedura ablatoria (cfr. PUGLIESE, *L'occupazione preliminare nel procedimento espropriativo*, Napoli, 1984, 77 e ss.). Peraltro la soluzione innanzi prospettata si radica su una ricostruzione dell'interesse legittimo come posizione giuridica sostanziale di rilievo costituzionale ed implica una serie di trasformazioni del processo di non poco momento, come si cercherà di evidenziare.

(48) Sulla problematica, anche se in contesti ben diversi, cfr. S. ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Scritti minori*, Milano, 1950, 335 e ss. nonché LESSONA, *Interesse privato e dovere di abrogazione di provvedimenti successivamente inefficaci*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 289. Cfr. ANGIOLINI, *Controllo di legittimità e giurisdizione amministrativa in margine alla giurisprudenza dei TAR sul controllo degli enti locali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa*, cit., 9, il quale peraltro rileva, a proposito dei giudizi sugli atti di controllo, come la giurisprudenza dei TAR sia ancora lontana dalla giurisdizione sulla funzione (p. 22).

traddittorietà con un provvedimento successivo), con un ribaltamento del tradizionale principio che vuole gli atti consequenziali travolti dall'annullamento dell'atto presupposto e non viceversa.

In altri termini, ricorrevano nelle fattispecie esaminate dall'Adunanza Plenaria, tutte le condizioni per non rimettere in discussione la dichiarazione di pubblica utilità indifferibilità ed urgenza, soprattutto una volta che si era esclusa la necessità di prendere in considerazione, in quella sede, la situazione effettiva del bene colpito dalla procedura ablatoria.

Se il Consiglio di Stato è pervenuto a conclusioni diverse, è perché ha rifiutato una logica formalistica e ha preso atto dell'impossibilità di non tener conto, nel corso della funzione, della realtà effettiva, con la conseguente implicita affermazione del carattere necessariamente « elastico » degli atti che (legittimamente, in base alle norme di legge vigenti) non abbiano preso in considerazione gli interessi personali sacrificati.

In questa logica sostanziale, ma di rilievo giuridico, l'Adunanza Plenaria ha ricostruito una figura di eccesso di potere per contraddittorietà (non già dell'atto impugnato con atti successivi bensì) della funzione con atti (ma nella sentenza si parla anche di fatti e circostanze) intermedi tra la decisione formale e la sua esecuzione, deducibile attraverso l'impugnazione del solo atto di esecuzione.

Sotto altro profilo va rilevato che l'Adunanza Plenaria non ha affermato la diretta conoscibilità dei fatti idonei ad incidere sulla eventuale revoca della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, avendo ricevuto nel caso di specie un diretto avallo dell'Amministrazione in ordine alla rilevanza del bene ai fini della sua conservazione.

Peraltro, in fattispecie del tipo di quella esaminata nella sentenza n. 6/86 va tenuto presente, da un lato, che il fatto non risulta coperto da interventi autoritativi, per l'assenza di qualsiasi attività conoscitiva previa in sede di adozione della decisione; dall'altro, che la conoscenza diretta appare ammissibile ove la si limiti ai soli profili attinenti alla presa in considerazione dell'interesse personale e ove si consideri che l'annullamento, consequenziale all'accertamento e all'apprezzamento dell'interesse come rilevante, non travolgerebbe la dichiarazione di pubblica utilità *in toto*, ma solo ai fini di un ricsame da parte dell'Amministrazione, come del resto ha ritenuto la stessa Adunanza Plenaria, sempre sul presupposto (ine-

spresso ma inequivoco) della elasticità degli atti non preceduti, per legge, da una diretta conoscenza della realtà e, nell'ambito di questa, della realtà facente capo all'uomo come singolo.

Il principio dell'elasticità degli atti posti in essere senza valutazione diretta dell'interesse personale pur leso (ed in particolare degli atti di durata) era già stato riconosciuto dall'Adunanza Plenaria 8 gennaio 1986 n. 1 (49), nella parte in cui ha previsto l'obbligo dell'Amministrazione di valutare la compatibilità dell'iniziativa edilizia, illegittimamente non autorizzata, come accertato con sentenza passata in giudicato, con la normativa pianificatoria entrata in vigore nelle more del giudizio sul diniego.

In tale decisione (pur con tutti i limiti che la caratterizzano, per non aver qualificato compiutamente l'obbligo di riesame) vi è infatti l'inequivoco riconoscimento della necessità (forse ovvia, ma non per questo meno importante) che l'istanza venga innanzitutto riesaminata alla luce della normativa vigente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato e poi annullato (e quindi ora per allora) potendo solo tale accertamento, o meglio il suo esito favorevole, radicare in capo all'Amministrazione l'obbligo di valutare la compatibilità dell'iniziativa (conforme alla normativa vigente all'epoca del provvedimento negativo) con lo strumento urbanistico sopravvenuto.

E ciò tanto nell'ipotesi in cui la sentenza di annullamento abbia accertato (ancorché indirettamente, attraverso l'accoglimento di tutti i motivi sostanziali) l'obbligatorietà del rilascio della concessione all'epoca della domanda, quanto nella diversa ipotesi in cui abbia annullato il diniego per motivi formali ovvero abbia annullato un semplice comportamento omissivo.

In altri termini l'Adunanza Plenaria ha affermato la necessità che, nel giudizio o a seguito di questo, venga accertata la vicenda segnata temporalmente dall'esercizio o dal mancato, doveroso, esercizio del potere e, in relazione a tale ipotesi, ha ammesso la possibilità che l'Amministrazione prenda in considerazione interessi esistenti prima dell'adozione di atti che non ne abbiano tenuto conto e nonostante la loro mancata impugnazione.

(49) In questa *Rivista*, 1986, 43 e ss., con nota di FALCON, *Obbligo di esecuzione e potere urbanistico comunale dopo la sentenza di annullamento del diniego di concessione edilizia*; v. ancora in questa *Rivista*, 1986, 579 e ss. ABBAMONTE, *Interesse alla pianificazione e tutela giurisdizionale*.

Il riconoscimento che lo *ius aedificandi* — pur « accordato », in ipotesi, da un precedente strumento urbanistico — non possa essere vanificato dal nuovo piano, senza che sia presa in considerazione la posizione del richiedente, equivale ad attribuire a questi un ambito giuridico proprio, una situazione giuridica personale, in coerenza, del resto, con gli insegnamenti della Corte Costituzionale (50).

Il limite della sentenza, come si è accennato, sta presumibilmente nel non aver qualificato la portata (in positivo e in negativo) dell'obbligo gravante sull'Amministrazione (ricostruito in termini di mera pretesa alla presa in considerazione senza vincoli di adeguatezza e completezza) lasciando le sorti dell'interesse in balia dell'Amministrazione, legittimata a sacrificarlo o a soddisfarlo più con una motivazione formale che con una vera giustificazione sostanziale.

L'aspetto garantista della decisione è stato peraltro colto ed esaltato dalla sentenza della V Sezione del Consiglio di Stato, n. 373 del 12 giugno 1987 (51) che ha riaffermato l'operatività indifferenziata del principio dell'ora per allora, prescindendo completamente dallo *ius superveniens*.

Ai fini del presente studio ciò che rileva di questa decisione è il riconoscimento dell'esistenza in capo al privato di una vera e propria situazione giuridica personale la cui realizzazione imporrebbe la disapplicazione (52) dello strumento urbanistico sopravvenuto e che prevarrebbe sugli interessi pubblici e privati da questo regolati.

Peraltro, non si può fare a meno di rilevare che la sentenza della V Sezione sembra essere andata troppo avanti nella tutela,

(50) Corte Cost. 30 gennaio 1980 n. 5, in *Riv. giur. ed.*, 1980, I, 17 e ss.

(51) In *Cons. St.*, 1987, I, 788-789.

(52) Per una apertura nel senso della non necessaria impugnazione di atti autoritativi (fermo restando che la regola non potrà essere generalizzata e dovrà comunque essere limitata, ammettendo l'inoppugnabilità solo rispetto ai profili non coperti dai precedenti atti non impugnati) cfr. *Cons. St.*, Sez. V, 19 marzo 1984 n. 254, in *Cons. St.*, 1984, I, 279 (nella motivazione) che ha sancito implicitamente l'obbligo della p.a. di prendere in considerazione l'interesse privato tutelato dalla l. 230/62 in sede di inquadramento, disapplicando gli originari atti di nomina a termine (ancorché ai soli effetti dell'inquadramento e fermi restando gli altri effetti prodotti dagli atti di nomina quali ad es. quelli economici).

anche se per compensare le carenze dell'interpretazione offerta dall'Adunanza Plenaria.

Ma per evitare soluzioni così radicali, l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto meglio garantire l'interesse personale sancendo ad esempio (in conformità alle sue stesse premesse, ancorché inespresses) la necessità che l'Amministrazione (o anche il giudice, in caso di sentenza di annullamento che abbia esaurito tutti i possibili profili della vicenda) (53) formalizzi previamente la fondatezza della pretesa al rilascio della concessione in base alla vecchia normativa, passando successivamente all'esame di compatibilità dell'iniziativa edilizia, autorizzata sulla carta, con il piano nel frattempo approvato, trattando l'interesse del privato, non già come interesse alla acquisizione di un bene (sebbene così appaia sul piano formale), bensì come interesse alla conservazione dello stesso, con obbligo stringente di adeguata e completa presa in considerazione dell'interesse in funzione della sua possibile realizzazione: con la conseguente necessità, per pervenire al rifiuto, non già di offrire una semplice motivazione, ma di addurre valide ed oggettive giustificazioni.

La soluzione innanzi prospettata, potrebbe portare al contemperamento dell'interesse del richiedente, illegittimamente sacrificato e degli interessi sottostanti al nuovo piano regolatore.

Resterebbe peraltro insoluto il problema relativo alla mancata soddisfazione dell'interesse in caso di esito negativo legittimo della valutazione di compatibilità. Un rimedio potrebbe collegarsi al riconoscimento dell'evidenziato carattere non già pretensivo ma difensivo dell'interesse stesso a seguito del previo accertamento della fondatezza della domanda: con spazi se non per la risarcibilità del pregiudizio (54), almeno per la sua indennizzabilità (55).

E) TAR Campania, Sez. I, n. 567 del 26 ottobre 1987 (inedita). La sentenza supera l'eccezione di inammissibilità di un motivo del ricorso rivolto contro una licenza edilizia e concernente in particolare la indisponibilità dell'area oggetto della costruzione. L'eccezione era stata sollevata dalla difesa dell'interventore (divenuto

(53) Cfr. Ad. plen. 11 marzo 1984, n. 6, in *Cons. St.*, 1984, I, 238 e ss.

(54) In questo senso RALLO, *Profili costituzionali e nuove prospettive in tema di esecuzione del giudicato a seguito dell'annullamento del diniego di concessione edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 1984, I, 721 e ss.

(55) Cfr. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 136 e ss.

nelle more del giudizio titolare della licenza) sul presupposto che il terzo non avrebbe un interesse personale e diretto ad invocare una circostanza mai messa in discussione dal proprietario dell'area (che, nel caso di specie, era lo stesso Comune che aveva rilasciato la licenza) e coperta da una specifica previsione del piano di ricostruzione di Napoli, riportata nel piano regolatore generale.

In proposito va innanzitutto rilevato che, in questo caso, chi agisce (un ente pubblico, ma in veste privatistica) non lo fa in virtù di un interesse proprio del quale l'atto dispone direttamente (come avviene ad es. nel caso di impugnativa del diniego di concessione da parte del richiedente o del provvedimento ablatorio da parte del proprietario del bene) ovvero in funzione dell'acquisizione di un bene al quale egli possa aspirare in concorrenza con altri soggetti (come avviene ad es. nelle gare o nei concorsi). Qui invero il ricorrente si duole del fatto che sia stato soddisfatto un interesse altrui e lo fa non come « chiunque » ma come portatore di un interesse personale (che riceve un pregiudizio indiretto dall'atto) dopo il ridimensionamento della previsione legislativa ad opera del giudice amministrativo con la nota sentenza della V Sezione n. 523 del 9 giugno 1970 (56).

Si potrebbe, in questo caso, giustificare il mancato collegamento interesse personale-motivi come il prodotto dell'originario carattere popolare dell'azione, che sarebbe stato ridotto ma non annullato.

Ma si potrebbe anche ipotizzare che l'interesse fatto valere trovi egualmente il suo fondamento nell'art. 2 Cost., ma nella sua componente solidaristica: in questa ipotesi la configurazione di un interesse personale di rilievo giuridico, in capo al terzo colpito dal provvedimento, potrebbe fondarsi sulla circostanza che anche la soddisfazione degli interessi legittimi di tipo per così dire tradizionale non potrebbe pregiudicare i terzi che si trovino in un rapporto peculiare, ancorché esterno, con il bene; e che quindi, se colpiti dall'atto e nei limiti della lesione, avrebbero il potere di impugnare l'atto stesso.

Si potrebbe, per queste figure, parlare di interesse non relazionale (come lo sono invece tutti gli interessi legittimi di tipo tradizionale in rapporto alla p.A., tanto se l'interesse materiale sia

(56) In *Cons. St.*, 1970, I, 977 e ss.

statico quanto se sia dinamico) (57) ma « reale », costituente cioè limite statico all'esercizio del potere (58) anche con possibilità per il suo titolare (ma non con pretesa indifferenziata) di entrare nel « procedimento » *uti singulus*, per far valere la sua presa in considerazione, qualora questa possa incidere (anche se solo per taluni aspetti) sulla definitiva conformazione dell'atto e dell'opera da realizzare (atteggiandosi in questo caso anche in termini relazionali).

Se anche questa situazione fosse giuridica soggettiva (e non costituisse mero potere d'azione collegato a un interesse di fatto, solo differenziato e non qualificato, se non a fini solo processuali, e comportante un controllo di tipo per così dire sociale: ma si tratta di un tema da approfondire) allora si potrebbero porre anche in questo caso problemi di collegamento tra interesse e motivi, accentuando gli aspetti personalistici della posizione e della relativa tutela, dai quali potrebbero derivare limitazioni alla estensione di quest'ultima.

Ma probabilmente un approfondimento in tal senso si impone comunque (in relazione al carattere personale e differenziato dell'interesse materiale) anche a voler considerare questi interessi come qualificati solo a fini processuali e come legittimanti al controllo del rapporto pretesa obbligo di presa in considerazione, intercorrente tra il terzo titolare di un interesse personale differenziato e qualificato e la p.A. titolare del potere di rilascio (59).

Nella problematica relativa agli interessi non relazionali si inseriscono le sentenze che riconoscono il potere di impugnare gli esiti della gara di appalto al gestore in via provvisoria della fornitura e tra queste la recente decisione della IV Sezione 23 marzo 1987 n. 173 (60).

Non v'è dubbio che queste pronunce differiscano da quelle (in precedenza esaminate) che negano l'interesse a ricorrere, avver-

(57) Cfr. IANNOTTA L., *op. cit.*, 240 e ss.

(58) Mutuando la terminologia da SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo, Principi generali*, Milano, 1932, 159.

(59) Cfr. ROMANO A., *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, cit., 33 e ss., il quale rileva che l'estensione della tutela giudiziaria agli interessi legittimi diversi da quelli personali — pur ritenuta non obbligatoria dall'Autore in base alla Costituzione — « pare acquistare il sapore di una attuazione di valori e principi costituzionali » (p. 55).

(60) In *Foro amm.*, 1987, 2917 e ss., con nota di VIPIANA, *Usi e abusi giurisprudenziali in materia di interesse strumentale a ricorrere*.

so l'aggiudicazione, a chi sia stato legittimamente escluso dalla gara: in quelle ipotesi infatti il concorrente, una volta escluso dal procedimento, non ha più nessuna relazione differenziata con questo, mentre il gestore provvisorio conserva una posizione differenziata, ancorché estranea al procedimento.

Presumibilmente la posizione in sé, pur in assenza di un esplicito aggancio legislativo (che è invece ampiamente presente in materia di concessioni edilizie) potrebbe trovare una qualificazione normativa *sub specie* di interesse reale in una lettura ampia dell'art. 2 Cost.

C'è da chiedersi in quest'ottica, se l'interesse presenti i requisiti della personalità e differenziazione solo rispetto all'avvio della procedura (discrezionale almeno nel *quando* in presenza di una fornitura in corso) ovvero se li conservi anche rispetto agli atti successivi nonostante la mancata impugnazione (alla quale andrebbe equiparata l'impugnazione infondata) del provvedimento che ha bandito la gara. Abbozzando un'ipotesi, si può forse sostenere che il gestore provvisorio abbia un autonomo interesse ad impugnare l'aggiudicazione, ma solo per denunciare la totale inidoneità del vincitore o per carenza di requisiti o per l'assoluta ed evidente illegittimità sostanziale del procedimento in concreto seguito (come sembra aver ritenuto, al di là delle carenti motivazioni, la sentenza n. 173/87 della IV Sezione).

F) Un'ultima sentenza da segnalare è della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 200 del 31 marzo 1987 (61) nella quale si afferma il principio della prevalenza dei motivi sostanziali su quelli formali, con inversione della prassi tradizionale dell'assorbimento dei motivi.

4. L'esame di questo pur ridotto campione giurisprudenziale ha consentito di porre in evidenza le divergenti interpretazioni esistenti all'interno del giudizio amministrativo in ordine alla situazione fatta valere e ai limiti dell'azione e del processo previsti a sua tutela. E però ha al tempo stesso consentito di evidenziare un significativo filone giurisprudenziale che — seppur con limiti e contraddizioni — presuppone l'esistenza di vere situazioni giuridiche personali.

(61) In *Cons. St.*, 1987, I, 435-436.

È evidente che, alla luce di quanto si è venuto fin qui esponendo, la posizione che si ritiene compatibile con l'attuale ordinamento sembra essere proprio quella che ricostruisce in termini di situazione giuridica personale l'interesse legittimo, riconosciuto al soggetto in funzione dell'acquisizione (62) o della conservazione (alla propria sfera personale) di un bene della vita e vede nel ricorso un'azione a tutela di situazioni giuridiche soggettive e non uno strumento di controllo solo occasionalmente agganciato all'interesse (63).

Peraltro per valutare la validità di tale impostazione appare utile esaminare il problema con prospettiva storica, cercando di risalire dal giudizio alla situazione fatta valere nei vari ordinamenti che si sono succeduti nel tempo in Italia, prendendo le mosse ancora una volta dai motivi di ricorso, quali mezzi di emersione, nel processo, della realtà sostanziale, contraddistinta — a seconda degli ordinamenti — da diversi gradi di giuridicità. Avvalendosi delle acquisizioni già raggiunte dalla dottrina è possibile ricostruire la trasformazione che i motivi di ricorso, nella loro formulazione e nel trattamento ad essi riservato dal giudice, hanno subito nel corso del tempo, passando attraverso varie fasi, inquadrabili storicamente (anche se senza alcuna pretesa di offrire, in questa sede, precisi agganci cronologici) e che si possono, per grandi linee, così individuare:

a) enunciazione dei motivi come rappresentazione dei fatti, dalla quale il giudice-controllore, ancora padrone del *thema deci-*

(62) Come rileva ROMANO A., *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, cit., 190 e ss. molti degli interessi formalmente pretensivi conseguono ad un momento « espropriativo » dello Stato (che viene a caratterizzarsi come un soggetto autoritario, anche se in forme nuove) attuato attraverso il prelievo fiscale. Tra il singolo e le attività rientranti tradizionalmente nella sfera dell'autonomia viene a frapporsi lo Stato non solo sul piano formale ma anche su quello sostanziale, detenendo i mezzi finanziari e condizionando, di fatto, l'accesso alle predette attività.

(63) Cfr. ROMANO A., *Il giudice amministrativo*, cit., 41, per il quale « la tendenza a configurare la funzione esercitata dal Consiglio di Stato in termini di una giurisdizione a tutela di interessi individuali... non poteva non portare ovviamente ad un collegamento o addirittura ad una identificazione tra l'interesse che legittima il ricorrente al ricorso e l'oggetto della tutela... e dunque a un collegamento e addirittura ad una identificazione di tale interesse, almeno in linea di principio, con quello in qualche modo protetto dalla norma che si assume che il provvedimento abbia violato ».

dendum (costituito dalla sola questione di legittimità) (64) estraeva il vizio e annullava l'atto, ripristinando la legalità;

b) formulazione dei motivi secondo rigide regole formali (65) con la precisa enunciazione delle doglianze, della norma violata e della figura di eccesso di potere individuato, unitamente al fatto violatore, con conseguente rimessione al ricorrente del potere di individuare il *thema decidendum*.

La caratterizzazione soggettivistica dell'impugnativa, peraltro, ha dovuto confrontarsi con la prassi dell'assorbimento e con l'invalidabilità della barriera del fatto: barriera che il giudice varcava difficilmente, pur portando nella logica del controllo, il proprio sindacato sulla c.d. attività conoscitiva esplicata dalla p.A. per giungere alle conclusioni formalizzate nell'atto, al fine di valutarne la ragionevolezza e la logicità (66).

c) progressiva perdita del carattere rigidamente formale dei motivi di ricorso (con contemporanea attenuazione della visione che faceva di ciascuno di essi un compartimento stagno ed un'autonoma *causa petendi*) e loro tendenziale unificazione in un unico ordito volto a delineare il modo (diverso da quello realizzato dalla p.A.)

(64) Non nel senso però della rilevabilità di ufficio del vizio, indipendentemente da qualsiasi aggancio con il ricorso (cfr. LA VALLE, *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 20 e ss., dove si ricorda come l'interpretazione « estremista » della Corte di Cassazione di Roma del 1901 rimase lettera morta) ma nel senso indicato da NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, VI, 19 « I ricorsi erano in buona sostanza dei racconti di un episodio della vita che aveva visto coinvolti l'Amministrazione e l'amministrato » il quale, in pratica, attraverso i fatti, suggeriva l'illegittimità, che però veniva, per così dire, consacrata da un giudice, che si atteggiava più come garante della legge che come vero giudice, del resto alla stessa stregua delle Corti di Cassazione dell'epoca (cfr. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, Milano, 1962, 174 e ss.).

(65) Cfr. ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 326 e ss.

(66) Cfr. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967 la cui basilare indagine (volta a dar valore alla realtà, pur nell'ambito di una concezione ancora formale del diritto — v. spec. n. 396-97 e 340-41 nota 177 — e attraverso gli occhi dell'Amministrazione — v. spec. 469 e ss. — e cioè attraverso l'attività conoscitiva di questa, non tenuta alla verità per scelta di diritto positivo) si può dire che costituisca il culmine e al tempo stesso segni la conclusione di questa fase e l'avvio di un nuovo modello peraltro già prefigurato nella fondamentale opera di PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, voll. I e II, sul quale *infra*.

in cui si sarebbe dovuto atteggiare il potere; con la finalità (mediata e indiretta) di soddisfare l'interesse privato (67);

d) più stretto collegamento dei motivi di ricorso, in connessione con l'emergere dell'interesse materiale, che però si atteggia in termini ancora diversi dalla c.d. pretesa sostanziale.

Schematizzare la realtà è sempre cosa ardua e lo è ancor di più quando la realtà — come va accadendo soprattutto negli ultimi tempi — si presenta in continuo e rapido movimento.

Le fasi su individuate non sono sicuramente cristallizzabili in un preciso lasso di tempo: la loro successione presenta momenti di transizione ed esse forse non sono mai apparse nei termini schematici innanzi esposti; inoltre i tempi di passaggio dall'una all'altra sono stati talvolta estremamente lunghi (è il caso del passaggio dalla prima alla seconda) talvolta molto più rapidi (è il caso del passaggio dalla terza alla quarta). Né può dirsi che le fasi più antiche siano totalmente cancellate dalle successive ovvero che non se ne possa avere un ritorno.

In tempi recenti ad esempio è stata segnalata l'opportunità di un ritorno alla vecchia esposizione dei fatti (68) che, nei termini che si specificheranno, può venire a costituire una quinta fase dell'evoluzione dei motivi e un ulteriore modo di atteggiarsi degli stessi in riferimento alla situazione fatta valere.

Tuttavia il loro esame — come si è accennato — può presentarsi di estrema utilità non solo in sé (sotto il profilo tecnico) ma anche ai fini della ricostruzione della posizione del privato nei confronti dell'Amministrazione, se è vero (come sembra sia vero anche in ossequio al principio che le manifestazioni giuridiche presuppongono l'esistenza di una realtà giuridica) che di tale posizione — al di là della sua qualificazione — costituiscono manifestazione processuale i motivi, come momento centrale del giudizio che, nel suo complesso e in riferimento a tutte le sue fasi (cautelare, cognitoria e di esecuzione) va visto appunto come manifestazione di una realtà giuridica preesistente e quindi come mezzo per risalire — tra l'altro — all'intrinseca consistenza dell'interesse legittimo (69).

(67) NIGRO, *Processo*, cit.

(68) NIGRO, *Processo*, cit.; ANDREANI, *Forma del ricorso ed esercizio dell'azione nel giudizio amministrativo*, in questa *Rivista*, 1983, 254 c. ss.

(69) Sul rapporto interesse legittimo-processo cautelare cfr. IANNOTTA L., *Sull'annullamento con rinvio dell'ordinanza cautelare per vizi di procedura*,

Pur nella convinzione che le varie teorie sull'interesse legittimo hanno comunque colto aspetti (ancorché talvolta parziali) della realtà, che esse, nel loro insieme, risultano oscillanti tra l'*essere* (l'effettiva consistenza dell'interesse legittimo sul piano del diritto e dell'organizzazione positivi) e il *dover essere* (ricollegato di volta in volta a principi di logica, di giustizia, a valori naturali, a ragioni politiche); che la dottrina, molto spesso, ha colto in anticipo le trasformazioni del sistema (e cioè prima che queste si realizzassero in tutta la loro estensione); e che infine la realtà giuridica presenta gradi di complessità tali da impedirne una lettura totalizzante, si può tuttavia tentare un approccio ricostruttivo — sul piano dell'essere — delle teorie più rispondenti agli effettivi caratteri della giurisdizione amministrativa e delle situazioni azionate, in riferimento alle varie ipotesi innanzi delineate.

E così i motivi in fatto potrebbero dar ragione — in questa logica (70) — di quelle ricostruzioni che vedevano nell'interesse le-

in questa *Rivista*, 1985, 602, spec. nota 37; sul rapporto interesse legittimo-ottemperanza cfr. IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit., 42 e ss.

(70) Sul piano del *dover essere* in questa interpretazione si collocherebbero invece quelle teorie che — partendo dal presupposto logico-reale che la giustizia segua il diritto e che non sia possibile tutela giudiziaria (e, com'è noto, tale venne riconosciuta dopo le incertezze iniziali, la tutela accordata dalla IV Sezione) se non preesista una realtà giuridicamente rilevante da tutelare — ricostruivano la situazione sostanziale in termini di diritto, facendola però sfumare in una situazione indifferenziata e cioè nel diritto pubblico subiettivo alla legalità dell'azione amministrativa (cfr. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 127 per il quale se il contenzioso amministrativo è un giudizio vero « non può aver per materia il puro interesse senza snaturare o usurpare la funzione giudiziaria che non può vivere se non nell'elemento giuridico » e l'interesse è un interesse legittimo cioè corrispondente a un diritto obiettivo per essere offeso dall'atto dell'amministrazione... »; cfr. altresì CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (ristampa) con note di aggiornamento di MIELE, Padova, 1960, 308 e ss. e 359. Peraltro anche le ricostruzioni in termini di diritto alla legalità hanno avuto una loro giustificazione, alle origini della giustizia amministrativa, quando lo Stato operava ancora essenzialmente attraverso atti ablatori, la cui caducazione finiva per tutelare pienamente il singolo (cfr. da ultimo, ROMEO, *La persona, l'amministrazione e il giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 1986, 96). Peraltro, essendosi lo Stato italiano evoluto ben presto in chiave liberaldemocratica con conseguente assunzione di rilevanti compiti di prestazione (cfr. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di AMATO e BARBERA, Bologna, 1986, 525 e ss.; CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 31 e ss.) le teorie del diritto alla legalità persero rapidamente la loro giustificazione originaria, non potendo più valere l'equazione

gittimo non una situazione giuridica soggettiva ma un mero interesse — che rilevava solo all'interno dell'ordinamento amministrativo ancora autonomo — e che legittimava alla proposizione di un ricorso di fronte a un giudice-controllore, operante in funzione dell'interesse pubblico ed interno ad uno Stato che si veniva costruendo come autorità autolegittimantesi (71) e che quando agiva appunto come autorità non trovava di fronte a sé situazioni giuridiche soggettive ma solo interessi di fatto (72), che non potevano esplicitarsi neanche all'interno dell'ancora inesistente procedimento (73) e la cui presa in considerazione (soprattutto in riferimento a interessi non agganciati al diritto di proprietà) era rimessa alla libertà, o tutt'al più a un generico dovere dell'Amministrazione (74).

In effetti, a cavallo tra la prima e la seconda fase, l'Amministrazione finisce per essere progressivamente obbligata a prendere in considerazione e a valutare gli interessi privati (in ossequio a un principio di legalità che, abbandonando la mera attribuzione di po-

caduzione dell'atto — garanzia dell'interesse pubblico e della situazione soggettiva (diritto soggettivo).

(71) MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e Organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, 1986, 127 e ss.

(72) Cfr. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1907, 665 e 770 e ss.

Sulle oscillazioni del pensiero di Orlando, cfr. SORDI, *op. cit.*, 252 e ss., 285 e ss.

Sotto altro profilo la circostanza che i motivi fossero dedotti in fatto è sintomatica di un atteggiamento ancora realistico del giudice, che solo progressivamente si venne concentrando sul momento formale in concomitanza con la presa di coscienza del suo carattere giurisdizionale. Dall'esterno (come giudice) la conoscenza diretta della realtà (interna) gli venne preclusa, a differenza di quanto praticava in precedenza come parte dell'Amministrazione (cfr. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 171 e ss.).

(73) La « legge » non entrava ancora nei meccanismi « interni » dell'Amministrazione, che si esternava solo attraverso l'atto puntuale, senza alcuna rilevanza per l'ordinamento generale del processo formativo (essendo rimasto lettera morta l'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso) che quando comincia a rilevare, si incorpora nell'atto (cfr. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi dir. pubbl.*, Roma, 1937, vol. I, 463). Cfr. ROMANO A., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258 e ss., spec. 264; v. anche S. SPAVENTA, *Discorso inedito...*, cit., spec. p. 298.

(74) SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, 43.

tere viene ad acquistare contenuti più concreti): ma l'obbligo assume carattere meramente interno, con l'esclusione della possibilità di correlarlo ad un diritto altrui (75) e di sottoporre al giudice un conflitto di interessi.

(75) Cfr. in termini SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 156-157 il quale, peraltro qualifica come interno il solo obbligo di soddisfazione (rilievo questo degno di estrema attenzione) non pronunciandosi sul carattere di quello di presa in considerazione, che comunque non viene correlato con una situazione giuridica soggettiva. Ed in effetti all'epoca, a meno di voler trovare il fondamento di una situazione soggettiva diversa dal diritto nei confronti della P.A., operante come autorità, in principi metagiuridici risultava impossibile la relazione diretta pretesa-obbligo di presa in considerazione, perché o l'interesse privato era confuso con l'interesse pubblico nella sfera dell'autorità (Stato liberale) ovvero perché lo Stato aveva assunto in sé la società e con essa i suoi membri, facendone dei mezzi all'interno di un ordinamento chiuso e quindi considerandoli rilevanti solo all'interno di esso (Stato corporativo).

Pertanto, ben potendo, in astratto sussistere obblighi sganciati da situazioni soggettive altrui (cfr. lo stesso SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (rist.) 91 e ss.) e non potendo il singolo, sul piano del diritto positivo, assumere posizione di alterità nei confronti dell'autorità, l'obbligo di presa in considerazione dell'interesse personale è rimasto senza termine correlativo, alla stessa stregua degli interessi non personali, qualificandosi, come interesse secondario e di fatto.

Ciò peraltro non comporta, nell'impostazione del Maestro, un'attenuazione della giustizia ma anzi una sua esaltazione, confermata dall'opera svolta in qualità di Presidente del Consiglio di Stato.

La teoria istituzionale e il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici (SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, rist.) individuati come insostituibile strumento per una ricostruzione dell'interesse legittimo (A. ROMANO, *Interesse legittimo*, cit., 127) possono e debbono essere riattualizzati, tenendo peraltro presente che: a) l'ordinamento segue esistenzialmente il gruppo (« e non lo segue solo in sede cronicistica o logica: lo segue soprattutto in ordine all'esistere: GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 228); b) che « normazione e organizzazione sorgono perché servono agli individui » che compongono il gruppo (GIANNINI, *op. ult. cit.*, 227); c) che nell'ordinamento repubblicano la persona esiste giuridicamente in sé (cfr. GIANNINI, *op. e loc. cit.* in senso apparentemente contrario) e che come *singulus* è fuori dell'ordinamento amministrativo (cfr. OTTAVIANO, *Sulla nozione*, cit., 829-30) anche se come *civis* ne fa parte (cfr. GUARINO, *Audizione del 9 ottobre 1984 dinanzi alla Commissione Affari Costituzionali della Camera*, riportato in STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie*, cit., 81-82, nota 62); d) che la rilevanza giuridica della persona come singolo — sancita dall'art. 2 Cost. — non resta nei confronti dell'Amministrazione a livello di dover essere operante solo indirettamente e quindi sul piano sostanziale (in tal senso mi sembra invece orientato: BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 6 e ss., ma v. anche GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977 per il quale l'uomo, pur essendo la base dell'ordinamento —

Gli interessi infatti assumono rilievo tutt'al più nella fase dell'ottemperanza, la cui estensione al giudizio di annullamento, peraltro, dà un forte impulso alla nascita di una vera situazione giuridica soggettiva ancorché interna allo Stato-Persona (76).

pp. 131-132 — non ha in realtà una posizione effettivamente giuridico-soggettiva quando si scontra con l'autorità: p. 172 e ss.), ma si collega immediatamente e direttamente con le norme sull'organizzazione (per la necessità di tale collegamento cfr.: SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 85 e ss.).

Ponendo l'obbligo di presa in considerazione e valutazione degli interessi personali al centro della teoria istituzionale, con le necessarie riattualizzazioni innanzi evidenziate (in virtù delle quali peraltro si perviene ad una ricostruzione diversa, che vede nell'art. 2 Cost. l'essenza giuridica dell'istituzione repubblicana e le sue norme base — KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, 111 e ss. — e nell'uomo una precisa istanza normativa, né solo materiale — MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, 139 e ss. — né meramente fattuale — JELLINEK, *Allegemeine Staatslehre*, Berlin, 1922, 337 e ss.), si può dire che nell'ordinamento repubblicano, quest'obbligo, già imminente nel precedente ordinamento ma riassorbito totalmente nello Stato-Persona (cfr. OTTAVIANO, *Poteri dell'Amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 915), si è estroflesso per la nuova e indisponibile autonomia dell'uomo come singolo, consentendo non solo la configurabilità di un vero rapporto giuridico con l'autorità, ma facendo dell'istituzione sociale e giuridica una istituzione che ha nella persona individuale il suo fondamentale presupposto giuridico (cfr. IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit., spec. 226-28, 236, 237, nota 33).

È evidente peraltro che questa « estroflessione », per le naturali resistenze del vecchio apparato, si è realizzata progressivamente fino a consentire di affermare la scomparsa dell'interesse semplice (cfr. Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 1984 n. 49, in questa *Rivista* con nota di MONTEFUSCO, cit.) che può essere visto come sanzione del passaggio dell'obbligo di presa in considerazione dal merito dalla legittimità (cfr. SANTI ROMANO, *Corso*, cit., 157). Se ciò si rivelasse esatto, ne dovrebbe derivare la riconduzione del processo cautelare e dell'esecuzione sul piano della legittimità in riferimento agli interessi personali di rilievo giuridico da prendere obbligatoriamente in considerazione. Il processo di « estroflessione » sembra peraltro sia andato oltre i limiti della giuridicità dando ingresso, nel giudizio (e soprattutto nella fase cautelare) a interessi non giuridici, travalicando i limiti dell'ordinamento, con il rischio di far nuovamente sfumare in interessi di fatto quelle che sembravano avviate a diventare situazioni giuridiche soggettive (e l'art. 24 Cost. tutela in sé e in collegamento — necessario — con l'art. 2 Cost. interessi legittimi, non già interessi di fatto, cioè mere pretese).

(76) Cfr. IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit., 272; SCOCA, nel volume *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, a cura di V. SPAGNUOLO VIGORITA, Napoli, 1983, 113 e ss. Un segno della contraddittoria nascita di questa situazione giuridica può essere visto nella differenziazione tra acquiescenza e rinuncia all'impugnazione, e cioè tra piano sostanziale e piano processuale, apparsa per la prima

Ancora i motivi di ricorso rimessi all'individuazione del ricorrente, secondo rigide regole formali (in conseguenza dell'appropriazione da parte del ricorrente, a mezzo dei difensori, delle regole obiettive poste dal Giudice-controllore) potrebbero costituire la riprova della validità storica di quelle teorie che attribuivano all'interesse legittimo natura di situazione giuridica di ordine processuale (77) ai fini della rilevazione della violazione di regole formali (in corrispondenza con la ricostruzione del procedimento in senso formale) (78), ferma restando la persistenza di un obbligo di presa in considerazione degli interessi solo indirettamente percepibile, gravante su un'Amministrazione caratterizzantesi come parte di un tutto omogeneo — lo Stato, che assume in sé la società — al cui interno non debbono verificarsi contrasti.

I motivi, originariamente disuniti, perché legati non già sul piano sostanziale ma su quello esclusivamente processuale, vengono ad agganciarsi intorno all'emergente situazione soggettiva, ponendosi come momenti di un unico ordito (79) tendendo ad orientare l'esercizio del potere, all'interno di un procedimento che si caratterizza adesso in termini più sostanziali (80): ed implicando una

volta in giurisprudenza con la sentenza Cons. St., Sez. V, 14 maggio 1943, in *Foro amm.*, 1943, I, 2, 150 sulla quale MARRAMA, *Rinuncia*, cit., 14.

(77) Cfr. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 42 e ss., ma già *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 1 e ss., spec. 13.

Di potere di annullamento parlerà anche PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., 248 ma in tutt'altra ottica. Alle spalle del potere di annullamento vi è infatti il rapporto amministrativo nel quale si confrontano interesse pubblico ed interesse privato e nel quale quindi assume rilievo l'interesse protetto (pp. 235 e ss.) come situazione giuridica, ancorché interna alla funzione e suscettibile di estinzione ad opera dell'atto imperativo (p. 642). In tal modo il conflitto di interessi ed il rapporto che intorno a questo si costruisce — esistenti obiettivamente — vengono ad emergere nell'ordinamento generale, ancorché indirettamente. Nella ricostruzione di Piras l'influenza dei valori costituzionali, in relazione al momento storico-istituzionale, non conduce ancora a un rapporto direttamente e immediatamente rilevante per l'ordinamento generale e fa dell'interesse una posizione che, per essere interna all'autorità, manca ancora di giuridica alterità: anche se tutti questi elementi si intravedono.

(78) SANDULLI, *Procedimento*, cit.

(79) NIGRO, *Processo*, cit.

(80) Cfr. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa*, cit., 805 e ss., il quale rileva come dal procedimento, quale metodo di composizione logico-

ricostruzione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva non più solo processuale ma anche procedimentale, consistente negli strumenti messi a disposizione del legislatore — con emersione — in relazione agli strumenti positivamente previsti — dell'obbligo di presa in considerazione degli interessi (81) che, pur non continuando a correlarsi direttamente con una pretesa, emerge dall'interno dell'ordinamento amministrativo e si affaccia nell'ordinamento generale. La stessa norma, quella sui motivi di ricorso, viene a perdere, in tal modo, l'originario significato (82).

formale delle manifestazioni dell'agire amministrativo (p. 807), si sia progressivamente passati ad un riscontro del processo logico-sostanziale che dà luogo al provvedimento (p. 810). La frammentazione giurisprudenziale del procedimento potrebbe essere infine la conseguenza di una sua acquisita connotazione di natura sostanziale, in termini di composizione dialettica e paritaria delle posizioni dei soggetti interessati (p. 816). Cfr. Cons. di St., Ad. Plen., n. 8/86, cit. V. anche BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, Milano, 1984, la cui ipotesi di attrazione nel procedimento dell'attività preparatoria potrebbe essere sintomatica dell'invasione, da parte della legge e degli atti generali di origine sociale, della sfera tradizionalmente propria dell'Amministrazione (cfr. ROMANO A., *Interesse*, cit., 97 e ss.).

(81) MARRAMA, *Rinuncia*, cit., 93 e ss., che ha collocato l'obbligo di adeguata presa in considerazione dell'interesse personale sul piano della legittimità, individuandolo come il *proprium* dell'interesse legittimo quale situazione soggettiva ed in particolare come il fine degli strumenti riconosciuti al soggetto dall'ordinamento sul piano non solo processuale ma anche procedimentale, sintetizzando *dover essere* costituzionale e realtà positiva in un momento storico-istituzionale nel quale la logica formale non era stata ancora messa in crisi dalla tendenza efficientistica (cfr. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Milano, 1986, 2 e ss.). In effetti, è solo negli ultimissimi anni — con l'attuazione ancorché parziale di un ordinamento pluralistico (e con il conseguente avvicinamento dell'Autorità alla Società) con il pieno funzionamento di un giudice amministrativo più giudice e meno controllore, con il venir meno delle finalità garantistiche in tema di atti puntuali sempre più assorbiti in atti generali (ad es.: espropriazione, dove si assiste ad una anticipazione degli effetti sostanziali originariamente collegati all'atto terminale. Cfr. PUGLIESE, *L'occupazione*, cit.) e, sotto altro profilo, con l'emersione di obblighi non di immediata soddisfazione, all'interno del diritto delle obbligazioni — che si è avuta la possibilità di correlare l'obbligo di presa in considerazione all'interesse personale con una pretesa, espressione di una situazione giuridica soggettiva sussistente prima e indipendentemente dagli strumenti formali di estrinsecazione.

(82) La decadenza delle tradizionali formule sacramentali si collega anche alla circostanza che la distinzione tra i vizi di legittimità, a fronte della formulazione dell'art. 113 Cost. ha perso importanza (GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, cit., 622 e ss.).

Il controllo stimolato da una rappresentazione dei fatti, dalla quale il giudice-controllore estraeva i vizi, sembra in tal modo avviato ad essere superato dalla giurisdizione, anche se questa è ancora sospesa tra soggettivo ed oggettivo: il singolo, o meglio il cittadino (83) collabora per il corretto esercizio del potere, ancorché per la realizzazione del suo interesse. In sintesi, può dirsi che le ultime due fasi portano all'aggancio interesse-questione di legittimità, essendo questa finalizzata alla presa in considerazione del primo e quindi indirettamente alla sua realizzazione.

5. L'evoluzione dei motivi fin qui esaminata sembra caratterizzare il giudizio amministrativo in termini sempre più giurisdizionali e cioè in termini di tutela di situazioni giuridiche soggettive, in modo tale che la questione di legittimità — il problema di validità, impensabile astraendolo dagli interessi (84) — viene a collegarsi nel giudizio con l'interesse personale fatto valere. In questa evoluzione si potrebbe quindi leggere — pur nella convinzione già evidenziata che la realtà è troppo complessa per poter essere interpretata in maniera totalizzante — la progressiva emersione di una situazione soggettiva sempre esistita nei fatti e che è andata superando nel tempo le barriere ed i vincoli formali, ovvero ancora la progressiva emersione sul piano giuridico della insopprimibile realtà di fatto imbrigliata in passato in una logica idealistica e formalistica.

Questa evoluzione dei motivi viene inoltre ad inserirsi in un contesto generale in cui la prevalenza della giurisdizione sul controllo sembra ricevere conferme definitive nel potenziamento della tutela cautelare o, per meglio dire, dell'esercizio cautelare dei poteri di cognizione e di ottemperanza unitariamente considerati (85); nell'ingresso nel giudizio amministrativo, ancorché nell'ambito del-

(83) IANNOTTA L., *op. cit.*, 230 dove si evidenzia come le teorie per così dire « strumentali » dell'interesse legittimo finiscano per trattare la persona titolare della situazione giuridica soggettiva più come *civis* che come *singulus* o comunque per non distinguere tra queste due diverse facce di una pur unica realtà qual'è quella della persona.

(84) BERTI, *Connessione*, cit., 24, nota 13.

(85) ROMANO A., *Il giudizio cautelare: linea di sviluppo*, in *Il giudizio cautelare amministrativo (Aspetti e prospettive)*, Roma, 1987, 49 e ss.; SPAGNUOLO VIGORITA V., *Evoluzione della giustizia amministrativa*, nel volume *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, cit., 51-52.

la giurisdizione esclusiva, dei tradizionali strumenti di tutela delle tradizionali situazioni giuridiche soggettive, i diritti, e cioè il ricorso *ex art.* 700 (86) e l'istruttoria (87): introduzione quest'ultima occasionata sì dalla giurisdizione esclusiva ma che potrebbe rivelarsi produttiva di conseguenze indirette sulla giurisdizione di legittimità (88); nel potenziamento del sindacato sui comportamenti omissivi, anche in sede cautelare (89).

Inoltre, come si è accennato, i poteri (locali) sono più vicini alla realtà sociale e soprattutto non sono più lo Stato; e le Amministrazioni operano sempre più con l'acquisizione del consenso (sociale) oppure con il vincolo di una normativa primaria che si fa sempre più secondaria (90).

In questo mutato contesto il singolo pretende sempre di più; e nel giudizio irrompe la pretesa sostanziale, l'interesse di fatto in tutta la sua estensione: nella fase cautelare come interesse materiale più ampio dell'interesse alla legittimità (con soddisfazione in taluni casi maggiore di quella conseguibile a seguito della sentenza favorevole e della stessa ottemperanza) come viene segnalato dalla dottrina che si è occupata diffusamente della tutela cautelare (91), e nella fase cognitoria come interesse strumentale.

I motivi di ricorso in tal modo, oltre a perdere la loro specificità, con definitivo abbandono delle vecchie forme, si sganciano dall'interesse personale il quale si manifesta nel processo non più come interesse giuridico ma come mero fatto, con una, almeno apparente, riproposizione dell'antico schema che aveva caratterizzato la fase ancora iniziale della giustizia amministrativa e, con in più, la scis-

(86) Corte Cost. 26 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 2491 e ss. con nota di ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*.

(87) Corte Cost. 23 aprile 1987 n. 146, in *Foro amm.*, 1987, 2493 e ss.; nonché in questa *Rivista*, 1987, 558 e ss., con note di TRAVI, GALLO e SAIITA.

(88) Come accadde per il giudizio di ottemperanza che, introdotto nel 1928 nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ancorché con una sentenza da un lato immotivata, dall'altro senza limitazioni di settori, fece sentire i suoi effetti sul giudizio di annullamento in generale solo alla fine degli anni '30.

(89) Cfr. CORSO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 1655 e ss.; ABBAMONTE, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 1985, 20 e ss.

(90) CAPACCJOLI, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1981, 1363 e ss.

(91) Cfr. FOLLIERI, *Giudizio cautelare*, cit.

sione anche temporale della questione di legittimità, data la centralità che è venuta ad assumere il processo cautelare.

Pertanto, accanto alla linea di tendenza che vuole tutelare situazioni giuridiche soggettive, evidenziata nel commentare alcune delle sentenze innanzi esaminate, se ne riscontra, nel panorama giurisprudenziale, un'altra che accorda tutela a interessi di mero fatto e che, per il loro tramite, mira al ripristino della legalità, anche superando le forme e con ciò la peculiare posizione, pur riconosciuta nel nostro ordinamento all'Amministrazione, alla cui esistenza come autorità le forme si collegavano.

È difficile dire se la prima tendenza costituisca un'ulteriore tappa di un'evoluzione inarrestabile del giudizio amministrativo verso la « giurisdizione », cominciata in un certo qual modo con l'estensione dell'ottemperanza al giudizio di annullamento (a sua volta frutto del potenziamento della tutela in sede cognitoria). Ovvero se costituisca espressione dello strenuo tentativo di difendere la giurisdizione in senso soggettivo, in un contesto che si muove in tutt'altra direzione e che, attraverso l'inglobamento della funzione amministrativa in atti normativi, generali, pianificatori, comporta il venir meno dell'Amministrazione ancor prima che come soggetto, come funzione autonoma e, per ciò stesso, il venir meno di qualsiasi conflitto di interessi giuridicamente rilevante in riferimento all'ordinamento generale.

Peraltro, l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale di tipo soggettivistico (pur con tutti i limiti che lo caratterizzano e che saranno in seguito meglio illustrati) non sembra possa essere messa in dubbio, con la conseguente necessità di doverne comunque tener conto.

Certo, se si dovesse ritenere assolutamente prevalente l'altro indirizzo di tipo per così dire oggettivo, ragionando induttivamente e secondo gli schemi innanzi delineati, si potrebbe sostenere che l'atteggiarsi della posizione del privato, nel giudizio, come mero fatto sia sintomatica della riduzione legislativa dell'interesse personale a interesse di fatto, risalendo da questa a una nuova onnipotenza dello Stato (sociale)(92) che inglobando in sé l'amministra-

(92) ROMEO, *La persona, l'amministrazione e il giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 1986, 94 e ss.

zione, come cura di interessi, avrebbe per ciò stesso eliminato lo spazio per la presa in considerazione degli interessi personali (93).

In questa prospettiva il singolo verrebbe ad assumere il ruolo di collaboratore dello Stato, privo di autonoma giuridicità (94) per realizzare l'osservanza della legge, realizzando al contempo non già il suo diritto soggettivo come accadeva alle origini (95) e neanche il suo interesse legittimo ma la sua pretesa, il suo interesse di fatto, non giuridico né per l'ordinamento generale né per l'ormai soppresso ordinamento amministrativo.

Sempre in questa logica, l'asserita scomparsa dell'interesse semplice sarebbe sintomatica, non già del riconoscimento della sua rilevanza per l'ordinamento generale (96), ma della sua irrilevanza anche per l'ordinamento amministrativo, totalmente sindacabile non già per ragioni di giustizia ma per ragioni di efficienza e quindi scomparso come realtà autonoma.

Ma quand'anche fosse questa la linea dominante destinata alla vittoria definitiva (ma allo stato, come si è visto, non è così), il compito del giurista non potrebbe esaurirsi nel registrarla perché — oggi più che mai, a differenza del passato — le regole del gioco non le fissa solo lo Stato (ancorché per il tramite delle sue articolazioni pluralistiche): ciò in quanto vi sono regole che vincolano lo stesso Stato (e lo stesso popolo sovrano) non per sua autolimitazione (97) ma in quanto parte della (immodificabile) *res publica* (98).

(93) ROMEO, *op. cit.*, 97.

(94) E in questa lettura potrebbero apparire ancora valide le celebri parole di MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1983, vol. I, 47 «Lo Stato è come Dio che crea l'uomo a Sua immagine e rimane quello che è: ego sum qui sum; lo Stato se stesso afferma...».

(95) Attraverso l'annullamento dell'atto ablatorio illegittimo, non ancora eseguito il singolo, realizzando il ripristino della legalità, conservava anche il suo diritto di proprietà. Oggi questa equazione non varrebbe se trovasse ingresso il depotenziamento della tutela cautelare perseguito dal legislatore in riferimento agli interessi alla conservazione di beni: con l'annullamento dell'atto illegittimo, ad opera realizzata, il singolo non potrebbe conseguire il bene ma il surrogato del risarcimento danni.

(96) V. *retro* nota 75. Sull'inutilità dell'interesse semplice cfr. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1981, 1386.

(97) Secondo la teoria del diritto pubblico subiettivo sulla quale cfr. CASSETTA, *Diritto pubblico subiettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, 791 e ss.

(98) La *Res Publica* italiana, quale voluta attraverso la costituzione del 1948, si differenzia dalla Polis quale ricostruita dal pensiero filosofico antico. Ed infatti quella polis ricomprendeva in sé tutti i fini dell'uomo e nei suoi con-

Ed infatti — a differenza dei precedenti ordinamenti nei quali lo Stato, senza rivoluzioni, poteva trasformare sé stesso in una realtà totalmente nuova e diversa — l'autonoma giuridicità dell'uomo come singolo (come si è visto) non solo è garantita anche nei confronti dell'Autorità (qualunque veste formale essa assuma, anche legislativa) ma non ha bisogno di alcun riconoscimento, perché è insita nell'ordinamento repubblicano (art. 2 Cost.) (99); l'autorità ammini-

fronti non poteva darsi nessuna situazione giuridica propria del cittadino. Anche nell'ordinamento repubblicano italiano, l'uomo non può vantare « diritti » nei confronti della *Res Publica* — ovvero dello Stato quando agisce come strumento della *Res Publica* — perché nei confronti dell'istituzione repubblicana non sono configurabili conflitti di interesse in senso stretto. L'autonoma giuridicità dell'uomo come singolo comporta però che il diritto alla presa in considerazione adeguata e completa dei suoi interessi personali di rilievo giuridico sussiste (*ex* artt. 2 e 3 Cost.) nei confronti delle entità chiamate a realizzare gli interessi assunti come pubblici dall'ordinamento. Ma ciò in relazione non agli interessi pubblici realizzati bensì in rapporto alla realizzazione degli stessi.

Prima della concretizzazione della funzione, gli interessi pubblici sono configurabili solo su un piano astratto. Nel concreto svolgimento della funzione si perviene (si deve pervenire) alla sintesi degli interessi pubblici e degli interessi personali di rilievo giuridico. Non essendo tali interessi conoscibili a priori, ne deriva l'impossibilità di stabilire a priori quale sarà la sintesi.

In questa sintesi, frutto anche della completa e adeguata presa in considerazione degli interessi personali di rilievo giuridico, vi è una effettiva ricerca del bene comune.

E solo rispetto a questa sintesi viene meno ogni possibilità di alterità e di conflitto di interessi. Ma prima della sintesi tale alterità è al contrario necessariamente presente, anche se in relazione alla funzionalizzazione al bene comune dell'attività e dei soggetti che la pongono in essere, non può atteggiarsi in termini di pretesa assoluta e incondizionata bensì, si ripete, di pretesa alla presa in considerazione, alla conoscenza e alla valutazione delle posizioni private coinvolte nella funzione.

La mancata ovvero inadeguata e incompleta presa in considerazione degli interessi personali di rilievo giuridico, non avendo potuto produrre la sintesi degli interessi in gioco, fa persistere la situazione di alterità e quindi il conflitto che viene portato in giudizio.

Giudizio che altrimenti sarebbe inammissibile, come giudizio di parti, perché come si è detto l'alterità è inconfigurabile rispetto all'interesse pubblico effettivamente realizzato, che non legittima interventi *uti singulus* ma tutt'al più *uti civis*.

(99) AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 304 e ss. il quale rileva che « ... la Costituzione vigente si caratterizza in primo luogo per i principi espressi nell'art. 2 ove è consacrata una fondamentale impostazione personalistica che funzionalizza lo Stato stesso alla massima tutela dei singoli — di tutti i singoli — in ogni settore in cui essi svolgono la loro personalità. L'art. 2 quindi identifica nella persona umana il valore base del

strativa continua a rivestire una peculiare posizione nell'ordinamento, ma non è più parte di un'Autorità autolegittimantesi di stampo idealistico (nelle sue versioni liberale e corporativa), bensì di una autorità che trova il suo fondamento nella realtà dell'ordinamento repubblicano (art. 1 Cost.) e la cui peculiare posizione si giustifica in funzione del bene comune e dello sviluppo della persona umana (100), che per poter essere aiutata a svilupparsi deve essere presa in considerazione.

Al giudice, pertanto, non si potrà rappresentare solo fatto o meglio solo interessi di fatto, ancorché personali, perché questi non assumono rilievo solo all'interno dell'inconoscibile ordinamento am-

sistema positivo, destinato ad operare non solo nel rapporto tra Stato e singolo, ma anche nella determinazione dei modi e dei fini dell'articolazione democratica cui si ispira l'organizzazione dei pubblici poteri» (pp. 304-305). Cfr. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, cit., per il quale «l'uomo... è la base dell'ordinamento, il quale esiste solo se vi è una pluralità di uomini» (pp. 131-132) e «l'uomo è il vero fine del diritto» (pp. 133). Merita d'essere segnalata la sentenza della Corte Costituzionale n. 270 del 16/19 dicembre 1986, in *Cons. St.*, 1986, II, 1592 e ss. che da un lato afferma, ancorché implicitamente, l'obbligo di valutare la posizione personale del dipendente anche in presenza di condanne per reati comportanti la destituzione in base al T.U. Impiegati civili dello Stato; dall'altro però si rimette al legislazione per sanare il vizio della legge. È sintomatico che la questione sia stata sollevata senza alcun riferimento all'art. 2 Cost.

(100) MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, 158 e ss. Non è qui il caso di affrontare il problema della soggettività delle pubbliche amministrazioni. Si può rilevare comunque che con la Costituzione la funzionalizzazione si è spostata dall'attività alla stessa soggettività della P.A. che viene a porsi come soggettività funzionalizzata sia sul piano dell'imputazione sia sul piano della produzione (BERTI, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, spec. 266 e ss.) con il suo emergere anche nel corso della funzione in presenza di interessi personali di rilievo giuridico (ovvero di altri interessi non diffusi e propri di altri soggetti anche pubblici: ma è un discorso diverso) che per essere propri di un'entità rilevante autonomamente sul piano giuridico danno vita a un rapporto il cui contenuto è costituito dall'adeguata presa in considerazione dell'interesse. L'autorità pertanto continua a sussistere anche se in forme diverse (e ne sono segni l'ancora propria potestà accertativa della P.A. e i poteri di autotutela), potendo sostenersi che venga meno solo in relazione all'obbligatoria presa in considerazione, ma non anche quanto alla realizzazione dell'interesse che dovrà invece confrontarsi con il bene comune. Sul problema della soggettività cfr. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina* n. 2/1981, 406 e ss. (estratto) che rifiuta la totale espunzione della soggettività dal mondo della produzione, anche se con presupposti e argomentazioni differenti da quelli accennati.

ministrativo, bensì sono rilevanti nell'ordinamento generale, non costituendo più (sul piano dell'ordinamento repubblicano e quindi del dover essere: ma di un dover essere giuridico) mera occasione di controllo, bensì termine di un vero e proprio rapporto giuridico che, al contempo però, non può svolgersi su un piano di sicura soddisfazione degli interessi (sia perché l'Amministrazione continua — deve continuare — ad essere autorità, sia in virtù del principio solidaristico e del principio di eguaglianza sostanziale) e il cui contenuto è dato dall'obbligo di presa in considerazione degli interessi personali giuridicamente rilevanti.

E se è questo l'oggetto del rapporto che si viene ad instaurare tra il singolo e la pubblica Amministrazione (rapporto che dovrebbe esistere: con impossibilità per il legislatore di impedire la presa in considerazione e con necessaria integrazione della normativa d'azione con siffatto obbligo) (101) ne dovrebbe derivare che i motivi di ricorso deducibili ed esaminabili (anzi da esaminare) potranno essere solo quelli inerenti ad aspetti della funzione amministrativa (che ha ormai lacerato le catene formali del procedimento, per diventare essa stesso procedimento sostanziale e al tempo stesso formale) direttamente incidenti su — o indirettamente condizionanti — l'adempimento dell'obbligo di presa in considerazione.

E così pure il fatto deducibile dal ricorrente e conoscibile dal giudice (e quindi rispetto al quale l'istruttoria, al di là dei mezzi specifici, si imporrebbe) sarà solo quello inerente alla presa in considerazione dell'interesse personale giuridicamente rilevante (102): con conseguente necessità, per il ricorrente, di individuare con chiarezza la portata e l'estensione del proprio interesse e di offrire tutti i mezzi di prova ad esso relativi (103) e per il giudice di non chiu-

(101) In questo senso si muovono quelle sentenze che cercano la qualificazione dell'interesse al di là della singola previsione normativa. Cfr. SALA, *Legittimazione e interesse al ricorso*, cit., 129 e ss.

(102) In questo senso vanno intesi i rilievi contenuti nel mio IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit., 269 e ss. dove peraltro il problema del sindacato sul comportamento della P.A. viene esaminato prevalentemente all'interno della normativa d'azione. Su un'utilizzazione ampia dei mezzi di prova presenti dall'art. 44 T.U. Cons. Stat. cfr. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 382 e ss.

(103) In questa logica possono essere interpretate quelle sentenze che fanno gravare sul ricorrente l'onere pieno della prova per i fatti che sono nella sua disponibilità. Cfr. COCA, *Modello tradizionale*, cit., 229.

dere gli occhi su questo interesse ma di conoscerlo sia per tutelarlo, sia per limitarlo.

Interesse che, proprio perché trova la sua qualificazione astratta fin dalla stessa norma attributiva del potere (e quella concreta nell'ambito della funzione, per il tramite e nei limiti della normativa d'azione, in vesti legislative o amministrative) (104) e che quindi esiste prima del processo, prima dell'atto e prima del procedimento già come interesse di rilievo giuridico, andrà ricostruito appunto nei suoi termini giuridici (nella sua rilevanza giuridica e quindi anche nei limiti di tale rilevanza, ancorché alla luce non solo della singola fonte legislativa ma delle norme e dei principi dell'ordinamento repubblicano) (105) fin dall'inizio del processo, a cominciare dalla sua fase cautelare (106) ma con lo sguardo rivolto al giudizio di cognizione, vero fulcro di questa ricostruzione (107).

(104) ROMANO A., *Interesse legittimo*, cit., 108 e ss.; SCIULLO, *Pianificazione amministrativa e partecipazione*; I, *I procedimenti*, Milano, 1984.

(105) Cfr. Cons. St., Sez. VI, 22 giugno 1979 n. 500, in *Cons. St.*, 1979, I, 1133 e ss.

Nell'ordinamento repubblicano sembra quindi possibile ricomporre il contrasto tra *essere* e *dover essere* che ha sempre contraddistinto, fin dalle origini, le dottrine in tema di interesse legittimo (cfr. SORDI, *op. cit.*). Sembra invece muoversi sul piano dell'essere considerando il dover essere metagiuridico, ROMEO, *La persona*, cit., che nel prospettare un forse irreversibile esautoramento del singolo da parte di uno Stato nel cui nome dichiara di ispirare la sua azione (p. 115) e nell'escludere la sussistenza di un rapporto di rilievo giuridico singolo — Amministrazione (p. 104) sembra condizionato eccessivamente dalla forza del c.d. diritto effettivo (cfr. ANGIOLINI, *Necessità*, cit., 49 e ss.) non dando il giusto rilievo alla circostanza che, nell'ordinamento repubblicano, l'uomo come singolo non appartiene solo alla realtà metagiuridica ma costituisce dover essere anche nei confronti dell'autorità e del legislatore, quantomeno ai fini della sua presa in considerazione.

(106) Cfr. la pregevole ricostruzione di PUGLIESE, *L'occupazione*, cit., 233 e ss., dei motivi della sospensiva, deducibili anche attraverso la prospettazione del danno, quali spie dei vizi di legittimità, con considerazioni e rilievi che trovano il loro fondamento nel presupposto che l'obbligo di presa in considerazione degli interessi si collochi nell'ordinamento generale e che il vizio di eccesso di potere costituisca, relativamente al privato, strumento per accertare l'adempimento dell'obbligo di presa in considerazione, sul piano della legittimità (ferme restando altre possibili caratterizzazioni del vizio in riferimento ad altri interessi) cfr. IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit., 274.

(107) Solo fissando i limiti del giudizio di cognizione, in riferimento alla situazione fatta valere, alla posizione dell'Amministrazione e a quella dei controinteressati sarà possibile ricostruire i limiti del processo cautelare e quelli del

In questa prospettiva, i motivi dovranno inerire all'unico vero rapporto giuridico compatibile con il carattere di autorità dell'Amministrazione, che è quello che si instaura intorno alla pretesa-obbligo di presa in considerazione degli interessi personali: rapporto che non può ridursi agli strumenti procedimentali formali riconosciuti dal legislatore, ma che sussiste indipendentemente da questi, anche se poi attraverso questi può (ma non deve necessariamente ed esclusivamente) manifestarsi (108).

Questa ricostruzione dell'interesse legittimo è sì sostanziale (nel senso che non lo fa consistere nei suoi strumenti procedimentali) ma giuridicamente rilevante, essendo l'obbligo di presa in considerazione « esterno » all'Amministrazione e posto a tutela del singolo, rispetto alla funzione amministrativa (anche se sotto altro profilo esso è anche interno e finisce per essere garanzia dell'Amministrazione anche nei confronti del singolo) (109).

giudizio di ottemperanza (anche al fine di verificare se di ottemperanza ancora si possa parlare, oppure di mera esecuzione, come sembra ritenere ROMEO, *L'ottemperanza oggi*, in *Foro amm.*, 1987, II, 2845). Sulle contraddizioni degli attuali orientamenti giurisprudenziali cfr. COCA, *Modello*, cit., 215 e ss., spec. 217-18 in relazione a Cons. St., Ad Plen., n. 6 dell'11 marzo 1984 (in *Cons. St.*, 1984, I, 238 e ss.).

In effetti il procedimento logico corretto sembra essere quello che stabilisce previamente i contenuti e i limiti del giudizio di cognizione e, in riferimento a questi profili, determina conseguentemente l'obbligo che scaturisce dalla sentenza in relazione alla presa in considerazione e l'ambito dell'esecuzione, che viene a muoversi sul piano della legittimità e non del merito. Ciò che è conseguibile attraverso il giudizio di cognizione e la sua esecuzione può essere concesso in via cautelare, sempre sul piano della legittimità.

(108) L'art. 8 del disegno di legge Gorla sul procedimento consente di prescindere dal procedimento « quando non sussistono ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità ». Ciò non esclude peraltro, nella interpretazione proposta, l'obbligo di presa in considerazione che potrà e dovrà realizzarsi anche a conclusione del procedimento formale, prima che l'atto sia portato ad esecuzione.

Solo il procedimento formale si chiude quindi con l'atto finale, mentre la funzione, per le parti connesse con tale obbligo, resta aperta, per le parti ovviamente non coperte da profili autoritativi inoppugnabili.

(109) Cfr. ABBAMONTE, *Interesse alla pianificazione*, cit., 583. Nell'ambito della discrezionalità quale ponderazione di più interessi secondari (GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., vol. I, 481 e ss.) l'interesse qualificato della persona perde il suo carattere di secondarietà e viene a differenziarsi dagli altri per la sussistenza di una pretesa facente capo ad un soggetto, ad una persona.

Essa, inoltre, potrebbe risultare rispondente all'attuale tendenza dell'azione amministrativa al superamento delle forme per ragioni di efficienza (o meglio all'inserimento delle forme solo nel momento di « posizione » della normativa d'azione, quando la concreta valutazione degli interessi personali non può realizzarsi), con conseguente emersione della garanzia nella sua essenza, come pretesa alla presa in considerazione (110), che oltre tutto non appesantisce, con le formalità, l'azione amministrativa; potrebbe rivelarsi estensibile anche all'attività pubblica svolta nelle forme privatistiche (111); e potrebbe anche inserirsi nella diversa caratterizzazione

(110) Individuando nella pretesa alla presa in considerazione adeguata e completa dell'interesse personale il *proprium* dell'interesse legittimo quale scaturente dagli artt. 2, 3 e 24 Cost. e ponendo tale definizione in correlazione con l'art. 97 Cost. (che peraltro concorre insieme con altre previsioni costituzionali anche a determinarla) si può sostenere che il correlativo obbligo gravante sulla p.A. si manifesti essenzialmente attraverso gli strumenti previsti dal legislatore qualora questo esalti, nell'organizzazione, il momento della garanzia, ed emerga in sé qualora accentui il momento dell'efficienza sottraendo al privato le garanzie formali.

(111) Senza voler insistere sul *nomen* interesse legittimo potrebbe prospettarsi la possibilità di azionare pretese alla presa in considerazione nei confronti:

a) di soggetti privati (ma il discorso è ben diverso per le comunità naturali, quali la famiglia) nell'esplicazione di attività privatistica (nel qual caso la situazione giuridica relativa sarebbe più vicina al diritto soggettivo, per l'assenza di ogni funzionalizzazione del soggetto e dell'attività e per essere essa il termine correlativo di una vera e propria obbligazione);

b) nei confronti di enti pubblici economici o di enti operanti con strumenti privatistici (la situazione relativa, pur inserendosi nel campo delle obbligazioni, si collecherebbe a metà tra il diritto soggettivo, in riferimento all'attività, e l'interesse legittimo, in riferimento al soggetto e al fine pubblico che, senza incidere sull'attività, caratterizza il soggetto come funzionalizzato: cfr. SPAGNUOLO VIGORITA-MARRAMA, *Ambiguità e prospettive degli enti pubblici economici*, in *Rass. Giur. dell'energia elettrica*, 1984, 1 e ss., estratto. Cfr. altresì sul problema della fuga dell'Amministrazione nel diritto privato SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli, 1964);

c) nonché nei confronti di soggetti privati affidatari di funzioni pubbliche (la situazione pur restando nel campo delle obbligazioni, si collocherebbe egualmente a metà tra il diritto soggettivo, in riferimento al soggetto, e l'interesse legittimo, in riferimento all'attività funzionalizzata; ad es. nel caso di gare effettuate dal concessionario privato). Per l'esigenza che il principio di legalità operi, come legalità-indirizzo anche nel campo dell'attività di diritto privato della p.A., MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Milano, 1982.

La pretesa alla presa in considerazione dell'interesse personale oscillerebbe

che si vuole assuma il principio di legalità nei confronti dell'Amministrazione locale (112).

Questa ricostruzione conduce (dovrebbe condurre) a un sindacato di piena legittimità e non di merito.

Del resto legittimità e merito sono concetti relativi, il cui equilibrio muta qualora venga a mutare l'ordinamento (113).

Risulta evidente come, in questa ricostruzione, venga ad assumere un ruolo decisivo il problema dell'ammissibilità dei motivi di ricorso (quali strumenti di un interesse di rilievo giuridico) in riferimento alla previa qualificazione dell'interesse personale; e venga ad occupare uno spazio determinante l'eccesso di potere (le sue figure sostanziali ma afferenti direttamente alla legittimità) come strumento processuale volto a far accertare dal giudice il mancato adempimento dell'obbligo di presa in considerazione adeguata e completa dell'interesse personale: eccesso di potere quindi come vizio della funzione che — pur restando ovviamente unitaria in sé — assume rilievo processuale non in tutta la sua estensione, ma solo nella parte concernente la presa in considerazione.

E questa parte della funzione, alla quale si correla l'obbligo di presa in considerazione, è il « momento » in cui l'Amministrazione obiettiva — in quanto strumento dell'ordinamento — si soggettivizza (e quindi diviene paritaria) nei confronti dei titolari di interessi personali qualificati (114).

quindi tra il diritto soggettivo in campo privatistico (attenuandosi come diritto e avvicinandosi all'interesse legittimo via via che si passi, sul fronte dell'obbligato, dal soggetto privato, al soggetto che svolge funzioni di rilievo pubblico, all'ente pubblico economico) e l'interesse legittimo in campo pubblicistico sempre meno vicino al diritto soggettivo via via che si passi da poteri negoziati (la cui normativa vede gli interessi pubblici e privati in posizione di comprimarietà) a poteri unilaterali, per sfumare in mera *spes* rispetto all'atto politico (così come è mera *spes* nei confronti dei margini di autonomia che restano ai soggetti privati in posizione di « potere »). Ne può derivare, in tal modo, la riconduzione di siffatte pretese, anche in campo pubblicistico, allo schema delle obbligazioni, pur con le debite differenze contenutistiche. Cfr. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Napoli, 1964, spec. 50 e ss.

(112) BERTI, *Caratteri dell'Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 100 e ss.; MARZUOLI, *op. cit.*, 20 e ss.; PUBUSA, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1983, 242 e ss.

(113) C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 260; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 16.

(114) BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 e ss. Sull'aggancio eccesso di potere — interesse personale

In sintesi, questa prospettiva implica (in correlazione con il venir meno del carattere assoluto dello Stato e dell'Amministrazione) il venir meno del concetto di legittimità assoluta: non già il confronto tra la norma e l'atto, ma tra la norma, comprensiva dell'obbligo di presa in considerazione degli interessi personali, e quella parte della funzione concernente l'interesse giuridico fatto valere (115).

Peraltro, solo l'esame delle diverse fattispecie (tenendo conto delle possibili diversità in relazione ai soggetti, al tipo di atto finale, agli interessi coinvolti, alle fonti, ecc.) potrebbe consentire di ricostruire i contenuti delle varie figure di illegittimità sostanziale, ma giuridica, e potrebbe dar conto del momento in cui, nell'ambito della funzione, viene in rilievo l'obbligo di presa in considerazione, che non può essere soppresso ma che non può essere predeterminato (per la sua stessa natura) né nel *quando*, né nel *quomodo*, né nell'*intensità*.

È evidente che se l'introduzione, nell'azione amministrativa, degli interessi personali giuridicamente rilevanti deve avvenire nell'adempimento dell'obbligo (costituzionale) di valutazione, la loro totale mancata presa in considerazione (ovvero il differimento della stessa oltre i tempi di effettiva lesione dell'interesse personale) darà vita non già ad eccesso di potere, ma a violazione di legge.

interessanti rilievi si rinvengono già in FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1907, 641 e ss.

Di estremo interesse si presenta l'esperienza della giurisprudenza francese in tema di sindacato sui motivi di fatto e di diritto per la quale cfr. ZANETTA, *Le détournement de pouvoir, nella giurisprudenza e nella dottrina francese*, in questa *Rivista*, 1987, 410 e ss.

(115) Sul carattere relativo della motivazione, ma in riferimento ad un concetto ancora unitario, ancorché polifunzionale, di atto cfr. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., il quale — in coerenza con il concetto ancora unitario di soggetto pubblico: ROMANO TASSONE, *Note*, cit. — non individua quali destinatari della motivazione i singoli (p. 52 e ss.).

A mio avviso l'atto, quale sintesi della funzione, pur costituendo in sé realtà unitaria, va « disaggregato » perché, non tutto ciò che appartiene all'atto è effettivamente rilevante sul piano giuridico per tutti i soggetti.

Questa « disaggregazione » non solo implica che l'atto sia valutato da punti di vista diversi, ma che costituisca anche una realtà fatta di irrilevante e di rilevante a seconda del soggetto che ne è colpito e che lo valuti in funzione del pregiudizio.

Se poi l'obbligo di presa in considerazione comporta anche — come si è ipotizzato — una valutazione adeguata e completa dell'interesse personale, pure rilevante sul piano della legittimità, le relative violazioni si atteggeranno come eccesso di potere, quando l'Amministrazione abbia margini di apprezzamento ed anche nei casi in cui, in capo all'Amministrazione agente, residui una mera potestà accertativa (116).

(116) Cfr. CARDI, *La manifestazione di interessi*, vol. I, cit. il quale evidenzia come pure in presenza di concetti precisi nella norma, l'attività della p.A. non sia meramente accertativa (pp. 24 e ss.).

Sotto altro profilo, per Cardì i fatti assumono rilevanza non in correlazione con la situazione soggettiva interferente con il potere (p. 33) ma in relazione alla loro effettiva capacità di incidenza sulla funzione (p. 40). La discrezionalità non provvedimentoale (p. 93) concerne peraltro in quest'ottica anche gli interessi personali, quanto alla loro acquisizione (cfr. p. 191), senza però un collegamento diretto interesse personale — situazione giuridica soggettiva — funzione. Di conseguenza il rapporto giuridico, privato-pubblica Amministrazione viene ad atteggiarsi in termini di rapporto preliminare (cfr. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni Pubbliche*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, 383 e ss.) nel quale il privato vanta una mera aspettativa e che è occasionata dal fatto che dà vita all'azione amministrativa (vol. II, pp. 128-129) e non già una situazione giuridica personale.

L'importante opera di CARDI — in relazione al procedimento — così come quello di LEVI, — in relazione all'attività — e quella di ROMANO TASSONE — in relazione al provvedimento — si ispirano all'esigenza di portare nel processo e nel procedimento la realtà effettivamente esistente, nei diversi schemi formali che il potere amministrativo (in ragione della sua non soppressa derivazione idealistica) ha assunto nel corso del tempo.

Alla stessa esigenza, anche se in un'ottica diversa, si collegano le osservazioni svolte in questo lavoro.

Come espressione dell'orientamento « realista », merita di essere segnalata la sentenza della Corte Costituzionale 24 marzo/7 aprile 1988 n. 396, Pres. Saja, Est. Caianiello, in *G.U.* 13 aprile 1988, 1ª Serie spec. pp. 88 e ss. che ha dichiarato ammissibile e ha accolto la questione di costituzionalità dell'art. 1 della legge 17 luglio 1890 n. 6972 sollevata da un'istituzione pubblica di assistenza beneficenza (e cioè da un ente, di natura pubblica in base alla normativa impugnata) che mirava appunto a contestare la qualificazione attribuitale con il provvedimento di riconoscimento, adottato prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e non impugnato. Ciò che rileva di questa decisione della Corte è il riconoscimento dell'esistenza di una realtà giuridica propria dell'istituzione, che assume rilevanza al di là della qualificazione formale e che quindi esiste indipendentemente da questa, non già sul piano meramente fattuale bensì giuridico e che va necessariamente presa in considerazione, anche in assenza di una apposita disciplina legislativa (p. 94) ai fini dell'attribuzione — ancorché eventuale — della diversa qualificazione privatistica.

Il motivo relativo alla mancata acquisizione di interessi diversi da quello personale azionato potrà, in questa logica, assumere rilievo, purché incidente sulla presa in considerazione dell'interesse personale.

I motivi relativi all'interesse personale si caratterizzano — nella lettura proposta — come il risvolto processuale del principio di legalità inteso non in termini assoluti (e cioè dal più alto punto di vista dell'ordinamento che, nel nostro, è il punto di vista della *res publica*, unica entità *superiorem non recognoscens*) bensì relativi: punto di vista relativo che, per il singolo, è costituito da presa in considerazione da un lato e valutazione adeguata e completa dell'interesse dall'altro. Il primo aspetto sarà sempre direttamente percepibile inerendo alla violazione di legge; mentre per il secondo profilo si tratterà di stabilire, caso per caso, e anche in riferimento alla forma e ai contenuti della normativa di azione, i limiti e la portata del sindacato giudiziario (117).

Quanto infine alla forma del ricorso, non vi è dubbio che — in questa logica — i motivi non solo dovranno essere collegati all'interesse personale, differenziato e giuridico rispetto a tutti i momenti della funzione che si vengono a contestare, ma per poter essere ammessi dovranno anche essere dedotti formalmente (ancorché non in formule sacramentali) nel ricorso.

Tale deduzione ben potrà avvenire anche attraverso l'esposizione dei fatti qualora, in questa, vi sia la chiara rappresentazione di ciò che si chiede e quindi dell'interesse personale (delle parti del-

(117) Non è questa la sede per affrontare il delicato problema del sindacato giudiziario diretto (sul tema cfr. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 470 e ss.). L'affermazione secondo la quale il sindacato di legittimità può ricadere su ogni momento della funzione e che non esistono ambiti riservati all'Amministrazione (cfr. ROMANO-TASSONE, *Motivazione*, cit., 95 e ss.; ABBAMONTE, *Intervento orale al convegno. Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Messina 15-16 aprile 1988) è sicuramente da condividersi, considerando la funzione in sé nel suo rapporto con la norma. Ciò non toglie peraltro che in una visione realistica che consideri i rapporti giuridici non già in termini di rapporti con la norma, ma di rapporti tra entità reali — non tutta la funzione sarà sindacabile da tutti, con la conseguente necessaria individuazione di profili insindacabili non in assoluto ma in relazione ad es. al soggetto singolo ovvero insindacabili per un determinato soggetto e sindacabili per un altro. Sulla problematica relativa ai limiti del sindacato diretto si rinvia ai più recenti studi in materia di CARDI e ROMANO TASSONE.

l'interesse) che si intende far valere, offrendo — com si è accennato — i mezzi di prova che siano nella disponibilità della parte.

E ciò non solo per fissare, sulla base di parametri certi, l'oggetto del giudizio e quindi il « vincolo » del giudice, ma anche per la tutela delle altre parti, tra le quali non solo — com'è ovvio — l'Amministrazione e i controinteressati che emergono dall'atto ma anche i c.d. controinteressati sostanziali (che però in questa logica sono anche formali, salvo a stabilire il « titolo » del controinteresse e cioè il tipo di interesse legittimo di cui siano titolari) che andranno individuati in relazione alla funzione (alle sue parti) impugnata e che possono emergere dalla deduzione di questo o quel motivo di ricorso (118). Controinteressati che, in questa logica, possono emergere anche rispetto ad atti ablatori qualora invece della semplice violazione di legge per mancata presa in considerazione dell'interesse ovvero per eccesso di potere per mancata valutazione di generiche soluzioni alternative in ragione dell'adeguata e completa valutazione, si eccepisca ad es. la mancata valutazione di una specifica soluzione alternativa.

6. Le considerazioni e i rilievi qui esposti si inseriscono in una problematica che, pur collegandosi al mio precedente studio sugli interessi legittimi, viene a porsi in termini nuovi e con implicazioni da sottoporre ad una accurata indagine, che comunque data la complessità dei temi toccati e la fluidità del momento storico istituzionale, non potrebbe raggiungere, neanche alla sua conclusione, il carattere della definitività.

Basti in proposito considerare le problematiche che ruotano intorno ai motivi di ricorso, soprattutto qualora li si voglia agganciare all'interesse personale fatto valere, ai fini di un tentativo di differenziazione tra giurisdizione e controllo e quindi tra legittimità (e relativi motivi) rilevate rispettivamente in sede di giurisdizione e in sede di controllo (119), in riferimento ultimo alla norma attributiva del potere e ai rapporti di questa con la norma d'azione (120).

(118) Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 28 settembre 1987, n. 22, in *Foro it.*, 1988, III, 148.

(119) TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, Padova, 1984.

(120) GUARINO, *Osservazioni sulla potestà regolamentare*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1948, 31 e ss.

Si pensi ancora alle conseguenze connesse alla ipotizzata possibilità di ricondurre anche gli interessi c.d. strumentali nei limiti di una situazione il cui nucleo sia costituito da un interesse personale di rilievo giuridico e non già da una mera *utilitas* e quindi ricostruendoli in termini di interesse legittimo, ancorché non relazionale sebbene reale (121).

Formulando un'ipotesi (e tenendo conto della diversità di giudizi e di moduli di controllo esistenti nel nostro ordinamento) si può dire che, nel giudizio, i motivi formali sono rilevati in quanto incidenti sulla presa in considerazione degli interessi personali azionati, mentre nel controllo la violazione dell'obbligo di presa in considerazione è rilevante solo se incidente sull'interesse pubblico che lo sorregge: con possibile coincidenza delle prospettive ma con impossibilità di confonderle.

Ciò, peraltro, nella convinzione che la realtà attuale del processo amministrativo presenta solo segni parziali del riconoscimento della sussistenza di un obbligo di presa in considerazione degli interessi personali come termine correlativo di una situazione non strumentale e formale, bensì sostanziale, anche nell'ambito di quegli orientamenti che trattano l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva: con la conseguenza che i vizi di legittimità vengono intesi solo in parte come vizi sostanziali (nelle forme della violazione di legge e dell'eccesso di potere) e che il fatto e oggi soprattutto la tecnica appaiono ancora al giudice come realtà insondabili (122).

È evidente che, per superare queste prevenzioni, non basta illustrare le incongruenze dell'attuale assetto né affermare che la riconduzione della pretesa privata alla presa in considerazione, e non alla totale soddisfazione, non sconvolge le scelte amministrative e non distrugge quello che forse si ritiene essere un baluardo dell'ordinamento amministrativo.

Le trasformazioni che si propongono non sono irrilevanti e tuttavia si ritiene che esse non siano estranee alla logica attuale,

(121) Con la convinzione che anche gli interessi reali presentano profili relazionali, così come gli interessi relazionali prestano profili di realtà, sempre che non li si consideri in maniera unitaria ma differenziata, così come essi del resto si presentano nella realtà.

(122) Cfr. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985.

almeno di una parte della giurisprudenza amministrativa e che non valgano a scardinare i fondamenti del sistema, ridandogli al contrario coerenza.

In questa logica il giudice amministrativo dovrebbe utilizzare direttamente (e più intensamente di quanto già fa, soprattutto a proposito degli interessi difensivi) l'art. 2 Cost. per integrare la normativa d'azione che escluda la presa in considerazione degli interessi personali, portando avanti con coerenza quell'indirizzo che ha sanzionato la scomparsa dell'interesse semplice; non dovrebbe aver paura di conoscere il fatto, con i limiti innanzi indicati, né della « tecnica », ma al contrario dovrebbe costringere la tecnica a confrontarsi con gli interessi personali di rilievo giuridico (123); do-

(123) Oggi con la progressiva sostituzione dell'atto autoritativo con l'atto esecutivo, e con la progressiva attrazione dell'autoritatività nell'atto generale (legislativo o amministrativo nella forma) il fatto che il giudice è chiamato a conoscere non è coperto, spesso, da nessun atto puntuale, perché la decisione si è fondata su una conoscenza di massima, finalizzata alla « posizione » della normativa d'azione.

In passato il rifiuto del giudice di conoscere il fatto si fondava sulla circostanza che questo era stato comunque conosciuto dalla p.A.: e il sindacato giudiziario veniva portato su un'attività comunque finalizzata alla conoscenza.

Oggi il fatto non è sempre coperto da accertamenti dall'Autorità, almeno in tutta la sua interezza e quindi potrebbero venir meno, come si è già accennato, le prevenzioni del giudice amministrativo, il quale potrebbe estendere al giudizio di annullamento in generale la logica della sentenza della Corte Costituzionale n. 146/87, pur con i diversi mezzi previsti, per questo, dalla norma positiva. Ciò che comunque dovrebbe essere conosciuto è l'interesse personale di rilievo giuridico e quindi i fatti che ne costituiscono il sostrato. Questo accertamento peraltro non potrà essere sempre finalizzato ad una decisione del giudice sostitutiva di quella dell'Amministrazione. Se la situazione fatta valere si sostanzia nella pretesa alla presa in considerazione adeguata e completa dell'interesse personale, la decisione di accoglimento del ricorso (e l'eventuale previa sospensione) potrà comportare un annullamento nella forma ma un « remand » nella sostanza (cfr. CARDI, *Le manifestazioni*, vol. II, cit., 115 e ss.; l'esigenza del rinvio per riesame dell'affare era del resto ben presente fin dalle origini del giudice amministrativo: cfr. SPAVENTA, *Discorso inedito ...*, cit., 310) qualora venga accertato il totale inadempimento dell'obbligo correlativo, gravante sulla p.A., ovvero anche quando l'inadempimento tocchi i profili della completezza e adeguatezza della presa in considerazione, ma manchino parametri certi e definiti che consentano l'affermazione della fondatezza della pretesa. Sotto altro profilo e in riferimento alla giurisdizione esclusiva sul pubblico impiego, la circostanza che la sentenza della Corte Costituzionale 146/87 non distingue tra diritto e interesse legittimo, quanto all'istruttoria (cfr. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione*

vrebbe, ancora, estendere la pratica dell'inammissibilità dei motivi sganciati dall'interesse personale qualificato e differenziato (124); su-

e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo, in questa *Rivista*, 1987, 564-65) non può comportare il venir meno di ogni differenza tra queste due situazioni soggettive, finalizzando comunque l'istruttoria ad una decisione giudiziaria che, in caso di accoglimento, si ponga come totalmente sostitutiva delle decisioni dell'Amministrazione. Mentre per i diritti soggettivi pieni non sono ravvisabili limiti di accertamento e di sostituzione, per gli interessi legittimi del pubblico dipendente i limiti dell'attività sostitutiva dovranno essere verificati caso per caso con applicazione del principio di «relatività», evidenziato a proposito della deduzione dei motivi anche in riferimento all'acquisizione dei fatti. Per dirla in altri termini, solo per la sfera attinente alla obbligatoria presa in considerazione dell'interesse personale di rilievo giuridico opera a pieno l'esigenza di trasparenza non essendovi valori tali da poter essere contrapposti alla principale esigenza del sistema (cfr. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in questa *Rivista*, 1987, 528 e ss.). Si pensi alle situazioni soggettive scaturenti da regolamenti negoziati quale ad es. l'attribuzione della qualifica funzionale (cfr. IANNOTTA L., *Atti non autoritativi*, cit. e LIGUORI, *La legge quadro nel pubblico impiego*, Padova, 1985, 105 e ss.).

All'accertamento diretto della posizione lavorativa del dipendente non sembra possibile opporre ostacoli, sebbene la posizione sia qualificata in termini di interesse legittimo. E tale accertamento potrà anche portare alla «sostituzione» della qualifica attribuita dall'Amministrazione, sempre che il «fatto» corrisponda pienamente allo schema normativo. Ma questa perfetta corrispondenza può anche non realizzarsi ove si consideri che la normativa d'azione, per la maggioranza dei settori, è redatta in sede centrale, sulla base delle esigenze rappresentate dai sindacati, e non sempre le Amministrazioni chiamate ad attuare gli accordi conservano una propria potestà di autorganizzazione. In queste ipotesi l'accertamento cui segue l'annullamento potrà anche portare al rinvio all'Amministrazione, la quale valuterà se i fatti, quali accertati in giudizio, possono rientrare comunque nelle previsioni normative (sempre che queste presentino un coefficiente minimo di elasticità) in riferimento alla specifica organizzazione dell'ente.

Per un pieno sindacato sul comportamento della pubblica amministrazione e per la prevalenza dei motivi sostanziali su quelli formali in materia di sanzioni disciplinari cfr. CONTIERI, *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, Napoli, 1984, 130 e ss.

(124) In relazione alla pratica dell'assorbimento Capaccioli individuava la necessità di esaminare il problema dall'angolo visuale dell'esecuzione del giudicato, ritenendo evidentemente che non tutti i motivi assumano rilevanza (ancorché in una giurisdizione vista in termini di controllo) in riferimento all'interesse fatto valere (CAPACCIOLI, *Intervento alla riunione di studio AMITA-ISGEA del 9 novembre 1974*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1974, II, 570).

Sulla necessità di individuare le questioni di legittimità deducibili in collegamento con l'interesse, ma nell'ambito dell'azione di accertamento v. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, spec. 201 e ss. e 109 e ss.

perare i motivi formali e dare priorità a quelli sostanziali incidenti sulla presa in considerazione anche degli interessi difensivi personali; e ciò anche — e forse soprattutto — in presenza di interessi diffusi; dovrebbe dare spazio alla tutela del controinteressato, sia per ragioni di giustizia sia per ragioni di efficienza, costituendo questi un ulteriore limite all'estensione della pretesa, inducendo l'Amministrazione ad una valutazione comparativa degli interessi in gioco; dovrebbe infine abbandonare la tradizionale logica caducatoria, adeguando l'annullamento all'oggetto del giudizio e quindi limitandolo, ove necessario, al solo profilo attinente alla mancata presa in considerazione (un annullamento quindi « parziale » in riferimento non all'atto in sé ma alla funzione in quanto incidente sulla presa in considerazione). E ciò in un'ottica che, in ossequio ai precetti costituzionali, mira a salvaguardare l'autonomia della funzione amministrativa (125) sul piano dell'ordinamento generale: autonomia in particolare dalla politica che sembra possa essere assicurata solo da un'adeguata ponderazione degli interessi anche e soprattutto personali che, senza inserirsi in forme rigide, viene a porsi come limite, non solo quanto ai privati coinvolti nell'esercizio della funzione, ma anche rispetto ad ingerenze esterne (126).

In un'indagine, condotta sulle premesse innanzi esposte e con gli scopi qui evidenziati, l'attenzione alla prassi dovrebbe costituire — si ripete — momento fondamentale, con la duplice esigenza però da un lato, di non limitarsi ad esaltarla in quanto l'ordinamento repubblicano pone delle componenti di doverosità invalicabili,

(125) CARDI, *Le manifestazioni*, vol. I, cit., 11 e ss.

(126) Sull'obbligo di ponderazione degli interessi nei procedimenti pianificatori nell'ordinamento tedesco cfr. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, Napoli, 1987. In effetti anche nella Costituzione tedesca si rinviene una norma analoga a quella dell'art. 2 della Costituzione italiana, che sembra consentire, pure in quell'ordinamento, una qualificazione costituzionale dell'obbligo di presa in considerazione e valutazione (v. art. 2 della legge fondamentale della Repubblica germanica promulgata il 23 maggio 1949) anche se in essa il limite dell'immodificabilità dell'ordinamento repubblicano è meno stringente (art. 146): forse anche perché siffatto obbligo, in quell'ordinamento, opera solo dall'esterno dell'organizzazione amministrativa, a differenza dell'ordinamento italiano che lo pone anche come interno (art. 100 Cost.) facendone il limite del potere (anche se sotto altri profili ne costituisce la forza), così come la correlativa pretesa costituisce forse e limita l'uomo nei confronti dell'apparato.

con le quali va confrontato l'essere sociale (in senso ampio) che non può trasformarsi totalmente in norma; dall'altro di evitare il riduzionismo (127) e quindi gli accorpamenti, in un'unica categoria, di realtà strutturalmente e funzionalmente disomogenee, la cui commistione potrebbe dar luogo ad effetti aberranti.

Ciò significa, ai fini della ipotesi di ricerca innanzi delineata, cercare di distinguere struttura e funzioni delle varie e diverse situazioni — non tutte soggettive — portate in giudizio. Ribadendo quanto si è detto all'inizio di questo lavoro, così come altro è contraddittorio, altro partecipazione, altro consultazione e quindi altro è l'interesse come singolo, altro l'interesse come *civis*, altro l'interesse dell'autorità che agisce; così altro è l'azione corrispondente al contraddittorio (sostanziale), altro quella corrispondente alla partecipazione, altro l'azione nell'interesse pubblico.

In questo contesto si inserisce il problema relativo alla caducazione degli atti generali a vario contenuto, il cui fondamento, in relazione al singolo, dovrebbe essere coerentemente individuato nella preesistenza giuridica e sostanziale dell'obbligo di presa in considerazione al momento dell'attribuzione dei poteri e nell'incidenza sulla compiuta ed adeguata valutazione dell'interesse fatto valere (128). E tale preesistenza potrebbe altresì dar ragione (alla luce di quanto si è venuto qui ipotizzando) dell'esistenza di una potestà di organizzazione « autonoma » della pubblica amministrazione (129) o almeno di una riserva di provvedimento (130) costituenti l'altra

(127) SAMEK LODOVICI, *Metamorfosi della gnosi*, Milano, 1979, 23 e ss.

(128) Cfr. sul tema ROMANO A., *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 870 e ss. Cfr. in giurisprudenza Cons. St., 17 ottobre 1985 n. 457, in *Cons. St.*, 1985, 1078 e ss.

(129) NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, spec. 175 e ss.

(130) Cfr. LEVI, *op. cit.*, 340-41, nota 177.

Rileva TIGANO, *Garanzia dei singoli ed esercizio del potere amministrativo*, in *Impresa ambiente e pubblica amministrazione*, 1979, I, 505 e ss. che la ponderazione degli interessi è aspetto ineliminabile dell'azione amministrativa, tra l'altro perché l'interesse pubblico può raramente essere predeterminato (p. 528 ma v. anche pp. 530-31).

Alla necessaria ponderazione si ricollega il problema della giuridicità dell'uomo come singolo (cfr. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., 175 e ss., nota 168 che sottolinea « la necessità di accentuare, nella definizione della soggettività giuridica, la considerazione dell'aspetto sotto il quale la persona nel diritto, oltre il momento

faccia della necessaria ponderazione degli interessi personali di rilievo giuridico (131) sul piano dell'ordinamento generale (132).

In tal modo, dall'analisi dei problemi relativi alla tutela dei singoli nei confronti dell'Amministrazione si finisce per risalire — come si è accennato — alla problematica relativa ai rapporti tra legge e funzione amministrativa: aspetto questo che, in sede ricostruttiva, viene a porsi come preliminare, imponendo, tra l'altro, la riattualizzazione dei tradizionali istituti della delega e dell'attribuzione di competenza (133) e il loro adeguamento al mutato assetto istituzionale, caratterizzato da un'amministrazione pluralistica e dal progressivo abbandono della tradizionale sistematica degli atti pubblici a favore di una concezione sostanziale dei poteri (134).

statico della sua attitudine a fungere da centro di imputazione di effetti giuridici... appare essenzialmente come elemento propulsivo della dinamica dei fenomeni giuridici ».

(131) CAMMEO, *Delle manifestazioni di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo Trattato Orlando*, vol. III, Milano, 1901, 3 e ss. spec. 129 e ss.

(132) Cfr. ROMANO A., *Interesse legittimo*, cit., 101 e ss., sulla distinzione tra legge e regolamento, al quale ci si ricollega, nonostante la differente qualificazione della sfera di autonomia della pubblica Amministrazione. Peraltro se nella norma di esistenza del potere c'è l'interesse legittimo sotto forma di obbligatoria presa in considerazione degli (in concreto ancora indefiniti) interessi personali di rilievo giuridico e se le norme di azione sono gerarchicamente subordinate alle norme di esistenza (ROMANO A., *Diritto soggettivo*, cit., 268) ne deriva che l'azione è gerarchicamente subordinata alla presa in considerazione. Sul rapporto legge-regolamento cfr. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.

(133) Cfr. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare e La delegazione legislativa e l'attribuzione di potestà regolamentare*, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, 1955, 145 e ss. e 433 e ss.; e GUARINO, *Osservazioni*, cit.

(134) Cfr. ANGIOLINI, *Necessità*, cit., 73 e ss.