

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza,
economia e scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

LA TUTELA PROCESSUALE AMMINISTRATIVA COME DIRITTO FONDAMENTALE

ADMINISTRATIVE PROCEDURAL PROTECTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

SINTESI

Nel saggio, senza troppo dilungarsi su aspetti ormai acquisiti circa gli importanti traguardi della dottrina e della giurisprudenza nella teorica del diritto di azione come diritto fondamentale, si analizzano alcuni elementi di persistente criticità, fuori dalla retorica corrente. In particolare, ci si sofferma sulla tesi della meritevolezza della tutela richiesta, su talune nuove declinazione dell'effettività, sul tema della legittimazione. Si traggono quindi una serie di conclusioni, anche alla luce della vicenda *Randstad*.

ABSTRACT

In the essay, without going into too much detail on aspects now acquired about the important goals of doctrine and jurisprudence in the theory of the right of action as a fundamental right, we analyze some elements of persistent criticality, out of the current rhetoric. In particular, we focus on the thesis of the worthiness of the protection required, on some new declination of effectiveness, on the issue of standing. A number of conclusions are therefore drawn, also in the light of the *Randstad* affair.

PAROLE CHIAVE: Diritto di azione – diritto fondamentale – meritevolezza della tutela – effettività – legittimazione a ricorrere

KEYWORDS: Right of action - fundamental right - worthiness of the protection – effectiveness - standing

INDICE: 1. Premessa: la tutela come diritto fondamentale e i suoi fronti di attacco. – 2. La tesi della meritevolezza della tutela. – 3. Le nuove declinazioni dell'effettività della tutela. – 4. Il tema della legittimazione. – 5. Conclusioni, alla luce della vicenda *Randstad*

1. Premessa: la tutela come diritto fondamentale e i suoi fronti di attacco

Il tema che mi è stato assegnato dà le vertigini, e mi guarderò bene dall'affrontarlo con l'altezza di speculazione teorica che meriterebbe.

Questo non vuol dire che mi sottrarrò all'impegno: proverò piuttosto a schivarlo, con qualche provocazione che spero susciti un dibattito.

Partirei da quello che mi pare un patrimonio inalienabile.

È ben noto come negli anni '50 del secolo scorso, con le sistemazioni concettuali di Liebman¹ e di Micheli², inizi il processo di svalutazione del ruolo che la teoria dell'azione svolge nello studio della giustizia civile.

È stato autorevolmente dimostrato come le precedenti impostazioni, da Chiovenda ad Orestano, passando per Pekelis e Calamandrei, si fondassero sul mentalismo idealistico che finiva per ridurre ogni posizione soggettiva al concetto di azione (di diritto pubblico), a sua volta sublimata nello Stato³.

Fu principalmente Salvatore Satta a porsi in – quasi solitaria e dileggiata – controtendenza, configurando l'azione concettualmente assieme all'esercizio del diritto soggettivo (quest'ultimo momento essenziale e primario, la prima momento accidentale e secondario), e presentando lo Stato, piuttosto che come protagonista del processo, come “terzo” rispetto al rapporto processuale⁴.

La tesi dell'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale, che a sua volta si è espressa nell'evolversi della moderna categoria del procedimento, è stata accantonata, sotto due profili essenziali: a) nel senso di chiarire che entrambe le tradizionali nozioni dell'azione (astratta e concreta) hanno diritto di cittadinanza nell'ordinamento; b) nel senso di fare dell'azione il centro di imputazione di una somma di poteri processuali, nei quali si specifica la domanda di tutela delle parti⁵.

1 E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950.

2 G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959, II.

3 G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1977, 151 ss.

4 S. SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 824.

5 V. DENTI, *Azione. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989, 4.

Così l'azione viene costruita come potere in senso proprio, ossia come situazione soggettiva che si realizza attraverso il compimento di atti “normativi”, in quanto idonei a costruire la fattispecie di effetti giuridici ulteriori⁶. La disputa sembra ormai da tempo essersi placata, con la visione dell'azione come diritto “processuale” non ad aver ragione (o torto!), ma al giudizio sul merito della proposta domanda di tutela.

Ancora più di recente, poi, la teoria dell'azione ha assunto un “tono” costituzionale, evocato dal titolo del mio intervento.

Come è ben noto, la Costituzione del 1948 non innova in un primo momento sulla teoria dell'azione: né nel processo civile, i cui studiosi erano avvezzi a mantenere un orientamento dogmatico e concettualistico volto a privilegiare l'esigenza della costruzione sistematica degli istituti rispetto all'indagine sulla loro effettività⁷, né in quello amministrativo.

Su questa scia maturerà l'idea secondo cui l'azionabilità dei diritti e degli interessi legittimi, sotto il profilo costituzionale, non è riconducibile né all'azione in senso astratto, né all'azione in senso concreto, ma va considerata come la proiezione, sul piano della giurisdizione, delle forme di tutela (reale, obbligatoria, risarcitoria, inibitoria, ecc.) che l'ordinamento prevede per le singole situazioni soggettive⁸. L'opera di concretizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale, per essere praticamente efficace, deve passare anche per il sistema dei rimedi: rimedi costruiti in funzione dei diversi tipi di situazioni soggettive e dei bisogni di tutela che essi, concretamente, evocano di fronte alle diverse forme di lesione minacciata o subita. Tale impostazione si sposa con l'idea che dalle disposizioni costituzionali si ricava sulla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo: questa, se è diversa dalla tutela del diritto soggettivo, non è né deve es-

6 F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 211 ss.

7 N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 425 ss.

8 V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 816.

sere minore o meno efficace di quest'ultima, idea presente ormai nella migliore dottrina⁹ e nella giurisprudenza¹⁰ più autorevole.

Più di recente, l'importante opera di Luca Perfetti del 2004¹¹ ha ricostruito, in parallelo, l'evoluzione dell'interesse a ricorrere nel processo civile e nel processo amministrativo. In essa si mostra come, mentre il processo civile si è evoluto in una direzione che va dall'emersione dell'interesse processuale – nel momento del distacco dell'azione dalla posizione sostanziale – al suo riassorbimento nella posizione processuale (passando, quindi, dalla coincidenza con l'interesse sostanziale all'assorbimento nel diritto processuale d'azione), nel processo amministrativo si sia sempre dato autonomo rilievo processuale all'interesse a ricorrere, sulla base della costruzione chiovendiana, pur essendo vi mossi lungo una parabola opposta, nella quale il diritto sostanziale s'è reso autonomo da quello processuale a ricorrere. Al contrario, secondo la tesi in esame, la Costituzione è chiarissima nell'individuazione dei diritti o interessi legittimi che la parte può agire in giudizio in quanto essi stessi si siano resi incerti o sofferenti nella vicenda sostanziale: si agisce in giudizio solo e soltanto per la tutela dei «propri» diritti o interessi. Una simile configurazione dell'interesse processuale e della legittimazione ad agire sembra assorbire interamente nel concetto di diritto di azione queste due comunemente ritenute condizioni dell'azione.

Tale ricostruzione, pianamente condivisibile nella parte in cui mostra proprio come nella dottrina civilprocessualistica degli anni '50 l'interesse ad agire venga riassorbito nel diritto (strumentale) all'azione, superandosi le precedenti impostazioni di stampo teleologico, ha individuato un riconoscimento costituzionale nel combinato disposto, più che dell'art. 100 c.p.c. e dell'art. 111 Cost. o dell'art. 6 Cedu, degli artt. 24 e 3 Cost., ovvero 24, 1 e 2 Cost., là dove si è sancita la piena funzionalizzazione dell'azione non già ad esigenze «macro-

9 F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017.

10 Corte cost. n. 94/2017.

11 L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

giudiziarie», ma alla tutela delle posizioni soggettive del diritto sostanziale, inserendo peraltro il diritto in questione nel catalogo dei diritti inviolabili esercizio della sovranità. Come ha scritto Giorgio Berti, per valutare la portata della costituzionalizzazione dell'interesse legittimo devono considerarsi pure gli artt. 2 e 3 Cost., nonché quelli sulle libertà, poiché l'interesse legittimo esprime proprio «la libertà del privato o quel che resta di essa a contatto con il potere».

Chioserei in questo modo: oltre alla legge, quale ulteriore espressione di preminenza della sovranità popolare, ex art. 1, comma 2, Cost., può e deve farsi rientrare pure l'azione di cui all'art. 24 Cost., *species* del più ampio *genus* di azione ordinante riconosciuta al popolo mediante l'intestazione ai cittadini di diritti costituzionali, quali espressioni di plessi qualificati di *agere licere*¹².

Vorrei provare a dimostrare che questa affascinante tesi, alla quale ho ritenuto di aderire in passato criticando la tesi della “meritevolezza della tutela richiesta”¹³, continua ad essere sotto attacco a causa di profonde dinamiche di sistema, le quali debbono farci interrogare non già sulla sua attualità, ché specie di questi tempi non deve né può certo essere esclusa (pur a fronte della necessità di ridimensionare la “retorica dei diritti fondamentali”)¹⁴, quanto sulla sua fecondità nel farci cogliere le dinamiche di cui sopra, che spingono verso tendenze affatto contrarie, da un lato per “eccesso di costituzionalizzazione”, dall'altro di intensa sostanzializzazione e procedimentalizzazione della pretesa processuale, oltre che di obiettivizzazione del processo amministrativo.

Le insidie rispetto ai frutti maturi della Costituzione *magis ut valeat* sul terreno della teoria dell'azione a me pare si collochino diversi piani problematici.

Il primo, più radicale, passa il superamento, o comunque un netto ridimensionamento, della tradizionale logica dualistica e della specialità del g.a.

12 M. ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 813 ss.

13 G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

14 R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

Mi riferisco, evidentemente, all'impostazione di Andrea Orsi Battaglini¹⁵, secondo il quale: «la tutela (art. 24 Cost.) connota la giurisdizione, che è quella affidata alla magistratura e che si svolge attraverso il processo; ma il processo (giusto) è a sua volta connotato dalla parità tra le parti e dall'imparzialità del giudice, il che significa di nuovo centralità delle situazioni soggettive. Questo ritorno circolare all'art. 24, dunque, conferma l'idea che esso costituisca il referente essenziale del sistema». In tale ricostruzione, profili strutturali (parità delle parti, contraddittorio, terzietà e imparzialità) sono collegati a profili funzionali di tutela, estendendosi il concetto di imparzialità dal (solo) riferimento al giudice alla struttura del rapporto giuridico controverso. Tale concezione, armonica e rigorosa, contiene dei passaggi argomentativi, che peraltro costituiscono lo snodo essenziale dell'intero ragionamento, piuttosto controvertibili nelle premesse teoriche, e in ogni caso del tutto minoritari nella giurisprudenza pratica. Si pensi alla critica dell'interesse legittimo, discutibile nella misura in cui almeno da Giovanni Miele in poi l'interesse legittimo non è più uno strumento di tutela indiretta dell'interesse pubblico nonché alla riproposizione della teoria del *petitum*, onde ridurre la portata derogatoria dell'art. 103 Cost., impostazione suggestiva ma non in linea col dettato costituzionale.

In questa sede, tuttavia, non riprenderò *funditus* le criticità delle tesi più radicali della Scuola fiorentina, anche perché rischierei di riprendere un dibattito che ormai soffre un'impasse dovuta alla radicalità della contrapposizione, e invece mi occuperò dei seguenti tre momenti di “sofferenza” della tesi del diritto d'azione dinanzi al g.a. come diritto fondamentale.

Mi interessa maggiormente considerare come, pur fuori dal perimetro della logica geometrica fiorentina, l'applicazione (più o meno implicita) della tecnica del bilanciamento¹⁶ sia ormai intrinseca alla logica del diritto fonamen-

15 A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.

16 Per una recente applicazione in cui prevale il diritto d'azione v. Corte cost., n. 148/2021, in tema di vizi della notificazione: l'art. 44, co. 4, c.p.a. combina la limitazione alla rinnovazione della notifica, subordinata alla ricorrenza di un errore scusabile, e la decadenza dall'impugna-

tale, come sappiamo sin dalla sentenza sull'Ilva di Taranto del 2013 della Consulta, e come ha confermato la giurisprudenza amministrativa del tempo pandemico. Tutto ciò, peraltro, sull'onda lunga della categoria, di sempre maggiore dignità teorica, dell'*interesse legittimo fondamentale*¹⁷. Per non parlare di quelle radicali ricostruzioni, secondo cui non esisterebbero interessi di mero fatto differenziabili da quelli legittimi, in quanto comunque la realtà operativa dell'interesse legittimo, concepito come figura soggettiva correlata non al potere, e quindi al principio di sovranità dell'ordinamento statale, ma al principio costituzionale di solidarietà sociale, è quella fattuale¹⁸.

A mio avviso, così ridisegnato il *link* tra sovranità popolare e diritto costituzionale di difesa, ed entrati questi nel perimetro del bilanciamento, si rischiano inediti smottamenti categoriali verso il processo "politico", in cui si hanno improprie commissioni fra procedimento e processo amministrativo, che snaturano la logica liberale del *judicium* soggettivo e di parti¹⁹.

Testerò questa asserzione considerando tre profili di criticità:

2) Il tema della meritevolezza della tutela e della proporzionalità *nel* processo;

zione degli atti amministrativi allo spirare del termine perentorio all'uopo previsto, così realizzando una evidente sproporzione tra il mezzo e il fine. «Se, infatti, nel processo amministrativo la sottoposizione del diritto di azione a detto termine assolve all'essenziale funzione di garanzia della stabilità degli effetti giuridici, in conformità con l'interesse pubblico di pervenire in tempi brevi alla definitiva certezza del rapporto giuridico amministrativo (sentenza n. 94 del 2017), tale indefettibile esigenza risulta travalicata dalla norma censurata nella parte in cui essa fa discendere da un vizio esterno all'atto di esercizio dell'azione stessa la definitiva impossibilità di far valere nel giudizio la situazione sostanziale sottostante». Al contrario, per una recente applicazione in cui nel bilanciamento degli interessi in gioco prevale il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo, v. Corte cost., n. 160/2019, che ha considerato non illegittima la norma che preclude la possibilità di agire davanti al giudice amministrativo per l'annullamento degli atti con cui vengono comminate le sanzioni disciplinari, ammettendo invece il risarcimento per equivalente.

17 N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 12/2020; M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 gennaio 2020; F. PATRONI GRIFFI, *Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa*, in www.questionegiustizia.it, n. 1/2021, 19 ss.

18 M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. «Per una piena realizzazione dello Stato di diritto»*, Rimini, 2017.

19 A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in www.judicium.it, n. 3/2021.

ii) il nuovo modo di intendere i principi di effettività/proporzionalità da parte del g.a., attestato da tecniche decisorie quali la modulazione degli effetti della sentenza e il *prospective overruling*;

iii) il tema della legittimazione e dell'interesse a ricorrere.

In questi tre casi, peraltro, i corretti rapporti giudice/legge (art. 101 e 111 cost.) mi paiono insidiati da un abuso al richiamo all'applicazione diretta dei principi e da un nuovo "uso alternativo del diritto" in stile neoliberale del giudice amministrativo.

Concluderò il discorso impiegando una prospettiva post-strutturalista e di positivismo moderato, forse oggi non più tanto di moda, proponendo la maggiore utilità metodologica di cambiare lo sguardo e guardare al tema in modo più realistico sotto il profilo del dialogo fra le Corti, che in realtà è divenuto "scontro" proprio su un tema che direttamente ci riguarda, ossia quel "diniego di tutela" evocato dalla Cassazione nel caso *Randstad*, che ha fatto infiammare il dibattito come da tempo non si vedeva.

2. La tesi della meritevolezza della tutela

Un primo ostacolo sul quale la tesi costituzionalmente "forte" della ricostruzione del diritto d'azione nei confronti del pubblico potere oggi si scontra è, nell'ottica del bilanciamento, quello della tesi della meritevolezza della tutela elaborata, fra gli altri, da una studiosa del processo civile, Maria Francesca Ghirga²⁰.

Queste vicende rispecchiano perfettamente il fenomeno contemporaneo della "crisi della fattispecie", descritto da Irti in pagine di limpida chiarezza²¹, ove si mostra come il valore (ad esempio, proprio la *solidarietà*) non abbia bisogno di fattispecie, di qualche figura o rappresentazione dei fatti, poiché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso.

20 M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.

21 N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.

Sul piano metodologico e dogmatico, tali tendenze sono probabilmente dovute all'intersecarsi di due aspetti fondamentali: 1) l'adesione alla tesi della separazione "forte" tra principi e regole; 2) l'adesione, altresì, a una teoria moderatamente cognitiva dell'interpretazione, che a sua volta è influenzata da una meta-etica oggettivista, derivante dall'adesione al neocostituzionalismo.

È a tutti noto come si tocchi qui la secolare questione dell'abuso del diritto e del processo.

Senonché, seguendo la linea metodologica della meritevolezza della tutela, l'abuso diviene problema interpretativo che ha a che fare con una particolare – e controversa – forma di analogia, che sovente opera in funzione "disapplicativa" della regola positiva.

Il richiamo a criteri di etero-integrazione del diritto (economia, morale, etc.) favorisce una profonda incertezza ed aleatorietà, mentre: a) il richiamo ad altre clausole generali (es. buona fede, correttezza) rischia di fare dell'abuso un'inutile superfetazione, portando peraltro la questione sul piano delle modalità di esercizio del diritto, dunque del comportamento fonte di illecito e di responsabilità; b) non è detto che il richiamo a principi, anche se positivizzati, possa essere risolutivo, là dove le regole che finiscono per essere disapplicate possono essere a loro volta manifestazione di altri principi.

Peraltro, quando ciò avviene, probabilmente abbiamo varcato la soglia dell'interpretazione e l'abuso finisce per essere uno strumento argomentativo utile per giustificare quello che in realtà è un bilanciamento.

Il discorso si fa più critico, se possibile, considerando proprio l'ambito dell'abuso dei diritti fondamentali.

Se tra essi poi collochiamo anche l'esercizio del diritto d'azione, evidentemente quanto appena detto rende ulteriormente problematico il tutto, per le seguenti peculiarità: a) caratteri dell'azione e suoi rapporti con la pretesa sul piano sostanziale; b) aspetti "strutturali" relativi alle modalità di esercizio dell'azione; c) valore delle regole processuali e loro statuto costituzionale con

riguardo alla riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost.; d) più in generale, portata reale del giudizio di bilanciamento che si attua attorno all'art. 111 Cost. ed alla clausola generale “giusto processo”, dovendosi in essa ricomprendere non soltanto la ragionevole durata e l'uso efficiente di risorse scarse, ma altresì principi-valori quali l'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, oltre che l'imparzialità, la parità delle parti, l'indipendenza e la terzietà del giudice.

Inoltre, nel nostro caso l'abuso non opera come criterio di controllo di un potere, privato o pubblico che sia, né è qui conferente la prospettiva di indagine del sindacato della Cassazione sulle clausole generali. Quando si parla di abuso del processo si ha a che fare con una clausola generale che opera, invece, in potenziale compressione di diritti fondamentali (artt. 24 e 113 Cost.).

Emblematica di tale differenza è la diversa modalità di inquadramento del principio di proporzionalità²², che non viene impiegato tanto come strumento ispirato al rafforzamento delle garanzie a favore degli amministrati innanzi all'esercizio del potere pubblico, ma nella diversa prospettiva “orizzontale” del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d'azione) e un interesse pubblico (giusto processo nella sua declinazione in termini economico/efficientistici). Riecheggia qui l'ottica dell'utilitarismo di Bentham, nel quale la proporzionalità andava di conserva con l'impianto utilitaristico e la dimensione “quantitativa” dell'interesse generale finiva per fagocitare quella “qualitativa” della tutela giudiziaria individuale²³.

Il neo-costituzionalismo “irenico” di pur autorevole dottrina²⁴, che svaluta il principio di certezza del diritto, in quanto “mitologia giuridica” della modernità statualista, sembra, quindi, eccessivamente semplificante, là dove tende a considerare la centralità della creatività giurisprudenziale in modo unidimensionale (a sola tutela del cittadino), trascurando dinamiche invece funzionali alla

22 R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.

23 A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022.

24 P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

riduzione delle garanzie, sicché appare ancora attuale – pur nelle nuove coordinate dello Stato costituzionale di diritto – una difesa del suddetto principio.

Siamo nel cuore dell'abuso modernamente inteso: ma il rischio è che si tratti di un “cuore di tenebra”, anche in chiave di politica del diritto. Mi riferisco alla controversa tesi della “meritevolezza” della tutela richiesta.

Si è declinata la nozione di interesse ad agire correlandola al principio di buona fede, e più in generale al divieto di abuso del diritto, *sub specie* di “meritevolezza della tutela richiesta”. Si è sostenuto, da parte di Ghirga, che l'art. 100 c.p.c. non solo allude all'esigenza che l'affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice, ma altresì consente – in una lettura di tale norma coordinata con i principi dell'equo processo (art. 6 Cedu e art. 111 Cost.) – di scrutinare la “causa” della domanda giudiziale come concretamente proposta (ossia, appunto, la meritevolezza), sanzionando con l'inammissibilità le ipotesi in cui tale “causa” evidenzia che l'attore sta abusando del diritto d'azione.

Si tratta di una tesi non nuova.

Si deve ad una opera di Schönke il collegamento tra il bisogno di tutela giuridica e lo scopo del processo²⁵. Quest'ultimo, collettivisticamente ricostruito in aperta polemica con la tradizionale concezione liberale, faceva del concetto di “meritevolezza della tutela” una categoria elastica e sfuggente (anche al di là degli estremismi della giurisprudenza nazionalsocialista), attraverso la quale il giudice avrebbe potuto negare tutela a condotte considerate teleologicamente non congrue rispetto allo scopo attribuito al processo.

La tesi di Ghirga ha ricevuto tanti rilievi critici in dottrina quanti consensi in giurisprudenza.

Prima di tutto, tornando al tema della teoria dell'azione, si è evidenziato che la ricostruzione in esame, oltre a fare un uso disinvolto ed inaccettabile

25 A. SCHÖNKE, *Das Zivilprozessrecht des Krieges Insbesondere Vereinfachungsnovelle, Schutznovelle, Zahlungsfristnovelle*, Berlin, 1940. Sul punto, v. M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, e più di recente P.G. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

dell'interpretazione costituzionalmente orientata, radicalizzi ed esaspera la strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, segnando così un'involuzione nello studio dell'azione e dei suoi rapporti con il processo²⁶.

Poi, si è ancora evidenziata la difficile intercambiabilità fra buona fede ed abuso del diritto, spesso fonte di fraintendimenti.

Infine, si è messo in luce il problema dell'aleatorietà della clausola generale "abuso del processo", e quindi la sostanziale perdita di certezza, ed il rischio di autoritarismo giudiziario e di inammissibile sacrificio del diritto di difesa in nome di esigenze tenuamente connesse all'amministrazione della giustizia.

Questo è un punto molto importante, che mostra come sia forse opportuno provare a teorizzare criticamente alcune derive del ruolo del giudice nello Stato costituzionale che, evidentemente, non vanno solo a toccare i rapporti legge/giudice (ergo: legislazione/giurisdizione), ma anche, e sempre più, giudice/contratto (ergo: giurisdizione/de-giurisdizionalizzazione), con una progressiva predominanza, nello Stato neoliberista, della giustizia "degiurisdizionalizzata", o "degiuricizzata", o "contrattuale"²⁷.

A tale aspetto si collega il suggestivo "mantra" della giurisdizione come "servizio pubblico" e non più "funzione pubblica" tradizionale (tesi che già in sé sarebbe discutibile, in quanto in senso molto lato anche la difesa e l'ordine pubblico sono "servizi" rivolti al cittadino, ma di essi non si mette in dubbio il carattere di "funzione"), che svela un uso fuorviante di un concetto che – solo apparentemente – si rivela in linea con i diritti costituzionalmente tutelati del cittadino, portando, al contrario, come conferma l'insistito richiamo al principio di proporzionalità, alla diversa (e temibile) prospettiva "orizzontale" del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d'azione) e un interesse pub-

26 G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.

27 A. GARAPON, *La raison du moindre Etat. Le néolibérisme et la justice*, Paris, 2010, trad. it., *Lo Stato minimo. Il neoliberismo e la giustizia*, a cura di R. Sabato, Milano, 2012.

blico (giusto processo nella sua declinazione in termini “economico/efficientistici”) ²⁸.

Come ha osservato Michele Taruffo ²⁹, in questo modo il legislatore abdica a quello che sarebbe il suo compito fondamentale di bilanciamento tra i diversi valori del sistema, tra cui la ragionevole durata del processo, lasciando ai singoli giudici il potere di sostituirsi arbitrariamente allo stesso legislatore in nome di principi spesso vaghi e generici, come quello dell'economia processuale o dell'efficienza del processo, che ogni singolo giudice sarebbe libero di scegliere e di interpretare in base alle sue individuali preferenze.

Sicché la configurazione dell'agire in giudizio come aspettativa della decisione di merito, già incrinata da sempre più ricorrenti disposizioni volte a comminare decadenze, preclusioni e via dicendo che conducono al provvedimento di inammissibilità, viene ulteriormente perturbata ove a intervenire è la creatività giurisprudenziale, allorché si vedono disapplicare disposizioni che non paiono reggere a fronte di una interpretazione “costituzionalmente orientata” tale da consentire una diretta “amputazione” senza bisogno di far ricorso al più complesso iter disegnato dall'ordinamento ³⁰.

Per fare solo un esempio recente, e rinviando ad altri lavori l'indicazione di più nutrita casistica ³¹, si consideri una pronuncia in cui è ritenuto di riservare a una stazione appaltante il giudizio sulla sussistenza di un illecito professionale ex art. 80, co. 5, lett. c, d.lgs. n. 50/2016 per il pregresso “accanimento giudiziario” dell'impresa contro la stazione appaltante, e per condotte anticoncorrenziali che l'impresa avrebbe perpetrato in occasione dell'avvio della procedura per l'affidamento del servizio, oggetto di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM per abuso di posizione dominante (contestato giudizialmente dall'impresa con un contenzioso non definito all'epoca dell'emissione del prov-

28 G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 247 ss.

29 M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contratto e impresa*, n. 4-5/2015, 845.

30 V. COLESANTI, *Brevi «mémoires» (d'outre-tombe) di un processualista deluso*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 646.

31 G. TROPEA, *Buona fede e processo amministrativo*, in *Persona e Amministrazione*, 2022, 151 ss.

vedimento). Allo strisciante argomento moralizzante della “meritevolezza” della pretesa con riguardo ai pregressi contenziosi, contrastante col diritto alla tutela giurisdizionale, si aggiunge qui un sindacato debole nei confronti di quella che certamente non è discrezionalità amministrativa e forse neppure tecnica, ma secondo taluni “giudiziale”, con cui l’amministrazione svolge attività valutative simili a quelle dell’autorità giurisdizionale anticipando attività di ricostruzione del quadro probatorio e di qualificazione di fatti (in termini di liceità o illiceità) che dovranno ancora essere accertati in sede giurisdizionale³².

3. Le nuove declinazioni dell’effettività della tutela

Un secondo fronte di attacco ha a che fare con una rinnovata declinazione del principio di *effettività* della tutela, che travia la declinazione fortemente soggettivistica insista nella lettura costituzionalmente orientata in senso forte della teoria dell’azione.

La questione non è nuova.

Nella casistica di inizio del secolo scorso³³, seppure l’idea comune fosse la sparizione radicale ed *erga omnes* dell’atto come conseguenza dell’annullamento, l’obiettivo primario del ripristino della legalità ha legittimato un approccio flessibile e pragmatico da parte della giurisprudenza (es. teoria del funzionario di fatto, mancata esecuzione del giudicato di annullamento per motivi di opportunità/equitativi, principio *factum infectum fieri nequit*), che invece è venuto meno con la progressiva affermazione del giudizio amministrativo come strumento di tutela costituzionalizzata della posizione giuridica lesa (si pensi alla teoria della caducazione automatica degli atti consequenziali, poi progressivamente limitata a tutela dei terzi).

32 D. CAPOTORTO, *L’espulsione dal mercato per eccesso di livore: le derive giusnaturalistiche della nozione di moralità professionale e l’effettività del sindacato giurisdizionale nella recente giurisprudenza amministrativa*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2022, n. 10483, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 378 ss.

33 Sul tema, v. da ultimo M. CONDORELLI, *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento*, Napoli, 2022.

Più di recente è entrato in gioco il tema dell'atipicità delle azioni, a sua volta strettamente collegato a quello della atipicità dei poteri del giudice amministrativo.

Che quello di *azione* sia un concetto di per sé atipico costituisce un dato ormai pacifico per la dottrina processualistica: ancora pochi anni fa, Andrea Proto Pisani – richiamando il pensiero di maestri come Giuseppe Chiovenda e Virgilio Andrioli – evidenziava come questo sia un precipitato inevitabile dell'idea, affermatasi negli ordinamenti moderni a partire dell'Ottocento, dell'autonomia del diritto di azione rispetto al diritto sostanziale, e quindi della *strumentalità del processo* rispetto all'affermazione e alla realizzazione delle situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela.

Non stupisce, quindi, la stretta connessione fra norme sull'azione e art. 34 c.p.a., ma piuttosto un certo modo di leggere tale legame, fondato su una singolare interpretazione del principio di effettività della tutela.

Sono gli stessi più autorevoli rappresentanti della magistratura³⁴, che, partecipando al dibattito dottrinale, e anzi ormai spesso trainandolo, come in una sorta di autocoscienza mostrano di voler considerare tali aspetti come due facce della stessa medaglia.

All'indomani della codificazione il dibattito si è concentrato sul tema della tipizzazione delle azioni, con accenti critici³⁵ o al contrario favorevoli ad essa³⁶, ma si è anche giustamente intuito come tale dibattito fosse da superare

34 F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. it.*, 2012, 2181-2182. Contra, nella stessa magistratura amministrativa, G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 settembre 2010, secondo il quale: «Ciò che distacca il nuovo processo dal precedente è l'assunzione della effettività delle decisioni come criterio di utilità delle stesse: l'effettività diventa paradigma di una giustizia amministrativa, che deve assecondare la tendenza del cittadino di espandere liberamente la propria attività. Caratteristica di tale profonda trasformazione della concezione della giustizia amministrativa è la "assolutezza" del potere del giudice amministrativo: essa non compone gli interessi delle parti (amministrazione e singolo), ma genera in sé e da sé l'utilità che viene reclamata, e, una volta che questa viene generata, la rende esigibile».

35 M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 11 novembre 2010.

36 A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano 2011, 75 ss.

grazie al ricorso ai principi, su tutti quello di effettività della tutela, che avrebbe gioco forza reso ancora il giudice amministrativo protagonista, in continuità col passato, nella individuazione – anche praeter *legem* – di nuovi spazi di tutela³⁷. Basti pensare alla giurisprudenza sull'azione di adempimento prima del secondo decreto correttivo del 2012³⁸ o, dopo la sua introduzione, a quella giurisprudenza che ha superato anche la propedeuticità dell'azione di annullamento di cui all'art. 34, lett. c, ammettendo l'esistenza di un'azione di accertamento atipico ai sensi degli artt. 24, 103, 111, 113 Cost.³⁹

Un vero e proprio moto perpetuo tra dottrina e giurisprudenza e una sorta di progressione di Fibonacci interna a quest'ultima. Ma questo mi pare emerga ad uno sguardo solo superficiale. Penetrando nel discorso giurisprudenziale emergono tante ombre.

Restando al tema dell'azione di adempimento, e guardando al limite sostanziale della discrezionalità, la tendenza che si sta affermando nella giurisprudenza recente ad opporre alla pretesa dell'interessato la sussistenza in concreto di poteri discrezionali fondati su esigenze organizzative o comunque su valori di ordine generalissimo, che travalicano la disciplina del singolo potere da esercitare: si pensi all'efficienza del servizio nel suo complesso o alla corretta modulazione della spesa pubblica. Detto altrimenti, quantunque tacciato spesso di “miopia”, il sindacato focalizzato comportava che il giudice si dovesse muovere entro un campo di indagine ben definito, nel quale non avevano ingresso le esigenze di ordine generale dell'amministrazione; invece, dal momento che l'indagine non è più focalizzata sul singolo atto e si sposta verso l'attività amministrativa complessiva, si schiude un “universo” normativo molto più complesso, nel quale tendono inevitabilmente ad assumere rilievo esigenze di ordine generale

37 L. TORCHIA, *I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.

38 Tar Lombardia, n. 1428/2011; Cons. Stato, Ad. plen., n. 3/2011; Cons. Stato, Ad. Plen. n. 15/2011. Sulla rilevanza di tali pronunce nel senso dell'atipicità della tutela, v. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in www.giustamm.it, 2018.

39 Cons. St., sez. V, n. 6002/2012.

dell'amministrazione (non a caso la giurisprudenza fa spesso riferimento a “valori” costituzionali), che implicano sempre un ambito discrezionale di scelta. Il rischio evidente in tale contesto è che l'ammissibilità dell'azione di adempimento possa essere esclusa con il semplice richiamo ad esigenze o a valori (efficienza del servizio, equilibrio finanziario ecc.) suscettibili di rilevare in tutte o quasi le fattispecie di amministrazione pubblica⁴⁰.

Nello stesso tempo l'effettività è stata spesso vista, accanto alla sussidiarietà, come principio che imporrebbe: «di evitare all'amministrazione o ai controinteressati sacrifici non utili e non necessari al fine di garantire una piena tutela dall'interesse del ricorrente»⁴¹. Anche in questo senso dalla “dottrina giurisprudenziale” ci vengono preziose indicazioni sulle “voci di dentro” della giurisprudenza amministrativa.

C'è chi ha osservato, non a caso nell'ambito di una critica relativa ai risvolti di giustizia obiettiva insiti nella tecnica degli annullamenti c.d. “a geometria variabile”: «A sua volta, l'effettività della tutela giurisdizionale, pure ampiamente richiamata quale “funzione primaria ed essenziale del giudizio” anche in forza del “processo di osmosi” esistente tra i principi applicabili dal giudice dell'Unione e quelli desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri, ha finito per essere ancora predicata in chiave ambiguamente sistematica ed ordinamentale, ossia per “evitare all'amministrazione o ai controinteressati sacrifici non utili e non necessari”, anziché quale garanzia fondamentale della atipicità e strumentalità delle forme di protezione di interessi individuali concesse al cittadino “come contropartita del divieto di farsi ragione da sé”»⁴².

Si tratta di un rilievo condivisibile, ma fino a un certo punto. Sicuramente lo è nella misura in cui svela gli aspetti di giustizia obiettiva insiti in tale visione; non lo è più, a mio avviso, quando evoca l'atipicità come risvolto di una tutela

40 P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.

41 F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, cit., spec. 2182

42 G.D. COMPORI, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, nota a Cons. St., Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Giur. it.*, 2015, 1694-1695.

subiettiva e di parti. Al contrario, a mio avviso proprio l'effettività e atipicità della tutela sin dall'origine si prestavano a tale sviluppo interpretativo. Come è stato ben osservato, bisogna evitare mitizzazioni del principio di effettività che portano a confondere il piano giuridico delle situazioni soggettive col «piano meta-giuridico degli interessi in gioco»⁴³.

Appare paradossale che il fenomeno modulatorio si sia originariamente affermato come corollario del principio di atipicità delle azioni, a sua volta inteso come derivato del principio di effettività della tutela, tesi a loro volta sostenute in una prospettiva di civilizzazione del processo amministrativo. In questo senso, si potrebbe dire che l'invocata civilizzazione del processo, come fase evolutiva della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale sulla tutela giudiziaria, non sia del tutto attecchita nella giurisprudenza amministrativa, che ha riveduto e corretto, aggiornandola, la fase della concezione del processo amministrativo tutore dell'interesse pubblico anziché degli interessi sostanziali delle parti e di un giudice amministrativo profondamente e ideologicamente immerso nell'amministrazione.

Tralasciamo il richiamo più o meno appropriato al principio di sussidiarietà, e concentriamoci sull'accostamento tra effettività, atipicità delle azioni e atipicità dei poteri del giudice. Più preciso piuttosto sembra il riferimento alla proporzionalità, se non addirittura all'equità. Si pensi sul punto all'emblematica ordinanza di rimessione della sez. V, n. 284 del 2015, relevantissima per capire un certo orientamento culturale, seppur bocciata dalla sorvegliata Cons. St., Ad. plen. n. 4/2015.

Qui si parla di: «principio di proporzionalità, da intendere nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale»; di «ragioni di equità e giustizia [che]

43 A. TRAVI, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. Benvenuti, M. Clarich, Pisa, 2010, 51 ss., spec. 52.

inducono a ritenere che – sulla base di una complessiva valutazione del caso di specie - il giudice amministrativo possa in linea di principio modulare la tutela spettante a chi abbia fondatamente impugnato gli atti di un procedimento concorsuale (ad es., perché è risultato illegittimamente escluso, ovvero perché sussistono altri vizi, che non siano imputabili ai vincitori del concorso), decidendo di non annullare la graduatoria finale e di disporre la condanna al risarcimento del danno»; di «il giudice amministrativo – quando si tratti di questioni che riguardino persone fisiche e le loro attività lavorative – [che] non può che farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce, verificando se esse risultino, appunto, conformi ai principi di proporzionalità, di equità e di giustizia».

Nella vicenda il richiamo alla proporzionalità e all'equità risulta funzionale a evitare un grave danno in capo ai controinteressati vincitori di un concorso espletato molti anni prima della sentenza di annullamento del giudice d'appello; dunque, è evidente la sussistenza del convitato di pietra della ragionevole durata del processo e della sua efficienza.

Sviluppo ulteriore di tale tendenza è la sopra menzionata idea di una proporzionalità tutta interna al giudizio: la proporzionalità *nel* processo che comporta un bilanciamento tra pretese individuali e pubblici interessi, relativi al processo, come frammento della più ampia macchina giudiziaria, coi suoi (sempre più elevati, ed ai limiti del collasso) costi. Prospettiva, questa, discutibile anche nel contesto di uno Stato costituzionale di diritto⁴⁴.

Anche la “dottrina accademica” talora è stata affascinata da queste connessioni.

In un interessante saggio di metagiurisprudenza su tali tematiche, esaminandosi la giurisprudenza sulla possibilità del giudice di non procedere all'annullamento del provvedimento impugnato e di disporre unicamente il risarcimento del danno, sulla modulabilità degli effetti costitutivi della pronuncia e sul sindacato sulla discrezionalità tecnica, si è corroborata l'idea di effettività

44 M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 2014, 1 ss.

sopra esposta, fondandola sulla crisi del principio di legalità e sul progressivo ampliamento della normazione per principi, elementi che determinerebbero appunto la prevalenza di una declinazione equitativa del principio di effettività sul principio di legalità⁴⁵.

A volte l'intreccio delle questioni è così stretto e confuso, che c'è chi critica gli spunti volti a ridimensionare l'efficacia costitutiva retroattiva della sentenza di annullamento, salvo poi però elogiare la creatività principialista del giudice pretore⁴⁶.

Ritengo sia invece da condividere l'idea secondo cui l'iperestensione del principio di effettività della tutela aumenti il rischio dello sconfinamento del potere giurisdizionale nell'area propria di quello amministrativo, e la tendenza de-tipicizzante del sistema delle tutele non potrebbe incunarsi nell'ambito dell'antica azione di annullamento, rispetto alla quale alla legge è riservata dall'art. 113, comma 3, Cost. la sua disciplina. Diversamente «la discutibile manipolazione della pronuncia (tipica) di annullamento viene posta in essere a seguito di una chiara ponderazione tra gli interessi presenti nel giudizio, il che pare comportare il superamento del confine tra giudicare e amministrare»⁴⁷.

Emblematica di tali derive è la giurisprudenza relativa alla modulazione degli effetti della sentenza e al *prospective overruling*. A mio avviso si tratta di temi che vanno considerati assieme, sia perché effettivamente provengono dalla stessa *koïnè* teorica, sia perché spesso assieme vengono richiamati come argomento retorico-rafforzativo compresente nelle motivazioni delle sentenze, sve-

45 A. ZITO, *La tutela atipica nel processo amministrativo tra principio di effettività, principio di equità e principio di proporzionalità: saggio di metagiurisprudenza*, in *Nuove autonomie*, 2017, 567 ss.

46 M. MAZZAMUTO, *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *Annuario Aipda 2104*, Napoli, 2015, 295 ss.; ID., *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in www.dirittoequestionipubbliche.org, n. 2/2022, 171, parlando del diritto amministrativo come una sorta di *tertium genus* tra *civil law* e *common law*. Questo a. anche di recente ha richiamato l'*aequitas* del pretore romano per descrivere il ruolo della giurisprudenza amministrativa francese e – a seguire – italiana: cfr. M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, in *Il confronto nel metodo giuridico*, a cura di F. Aperio Bello, A. Carbone, E. Zampetti, Napoli, 2023, 21 ss.

47 A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del g.a. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 81.

lando talora una certa confusione sul piano dei concetti. Ad. plen. n. 13/2017, ad esempio, effettua un richiamo espresso alla giurisprudenza europea e amministrativa sulla modulazione degli effetti nel tempo della sentenza e allo stesso tempo menziona il *prospective overruling*.

Ritengo sia arduo distinguere nettamente i fenomeni, come invece anche di recente si è fatto, criticando la tesi della modulazione degli effetti, ove non declinata nei margini del principio della domanda, e invece approvando il *prospective overruling* nel quadro di una funzione salvifica e katecontica della nomofilachia⁴⁸.

A me sembra invece che, come dimostrano recenti casi come quello delle concessioni marittime nelle Plenarie nn. 17 e 18 del 2021, non sia semplice distinguere al fondo i due strumenti nella misura in cui essi vengono plasmati da una giurisprudenza amministrativa sempre più orientata al bilanciamento degli interessi delle parti in contesa. Bilanciamento che, quando tali tecniche vengono impiegate, è spesso piegato a vantaggio dell'interesse della parte pubblica. Una situazione nella quale il giudice, invece di effettuare – come istituzionalmente dovrebbe – un rinvio alla Consulta o al giudice europeo considerando le conseguenze dell'applicazione della normativa così devastanti sul piano delle ripercussioni socio-economiche da dover essere ripudiate, ribalta questa fisiologica prospettiva: «prima sceglie, in base a valutazioni sfuggenti e solipsistiche, l'interesse da tutelare e solo poi la disciplina da applicare»⁴⁹.

In tal modo, convertendo da tipico ad atipico il suo modo di operare, il giudice amministrativo compie una comparazione di interessi gianniniana nel processo. In esso l'interesse dell'amministrazione non dovrebbe avere una rilevanza autonoma, mentre impiegando tali tecniche di tutela il giudice compie una valutazione basata sulle conseguenze, andando al di là della classica integrazione – alla Capaccioli – tra procedimento e processo, con un vulnus piuttosto

48 F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023, 473.

49 C. DELLE DONNE, *Giudici e norme di diritto nel cono d'ombra del prospective overruling (a margine di un libro recente...e di una "celebre dottrina")*, in www.judicium.it, 17 aprile 2023, 17.

all'art. 101 Cost. È stato correttamente osservato, sul punto, che il collegamento fra art. 111 e art. 24 Cost. consente di riconoscere che la funzione giurisdizionale è indirizzata alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, e non di interessi di altro ordine, e le situazioni giuridiche soggettive hanno la loro misura nelle norme giuridiche e non negli interessi genericamente intesi⁵⁰.

In entrambi i casi, quindi, il giudice effettua indebitamente (richiamando l'effettività della tutela, che rassomiglia più all'equità che all'originario concetto chiovendiano) un'opera di bilanciamento di interessi, cosa che può fare nel nostro ordinamento solo la Corte costituzionale o la Corte di Giustizia dell'UE, in quanto solo l'intermediazione del legislatore può autorizzare l'uso di tali poteri modulatori.

Il richiamo ad altri ordinamenti non deve confondere: in quello francese, ad esempio, il *Conseil d'État* gode di ampia legittimazione politica, che lo rende sovente giudice arbitro degli interessi in gioco. Non è un caso, peraltro, che in Francia lo statuto costituzionale del diritto a ricorrere (considerato un *principe général du droit*) consente, a determinate condizioni, di limitare la possibilità di ottenere l'annullamento di alcuni atti invalidi al fine di tutelare valori considerati particolarmente importanti, come la sicurezza giuridica.

A proposito di Giannini, è vero che nella sua nota costruzione emerge un'irrinunciabile componente politica della discrezionalità, ma è anche vero che sempre da Giannini ha inizio un percorso di netta prevalenza delle ragioni della legalità: una progressiva rimozione della discrezionalità con uno spostamento dell'asse «conclusivo» delle decisioni in favore del potere giurisdizionale (anche sulla base della tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive).

Sembra tornata al centro della scena la storicizzazione del principio di separazione dei poteri e della distinzione tra giurisdizione e amministrazione propria della teoria gradualista scuola di Vienna, che la lezione di Fazzalari, che vedeva una differenza sostanziale tra procedimento e processo nel principio del

50 A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 169.

contraddittorio, aveva contribuito a superare, con una lezione importante sul piano garantistico, che però va completata con l'assoluta neutralità del giudice⁵¹. La concezione del processo in chiave eminentemente procedimentale (e della azione, per dirla con Denti, solo come “procedimento *a parte subiecti*”) allenta il legame con i soggetti che vi operano e ostacola la pur auspicabile subiettivizzazione in capo alle parti proprio della azione come diritto.

L'adesione alle tesi del giuspositivismo critico mi porta ad essere scettico verso tali fenomeni, e a ritenere sempre necessaria la prevalenza della legalità sull'effettività, pena una serie di giustamente lamentati «rischi dei travisamenti da desiderabilità sociale»⁵².

Il rischio, in particolare, è quello di un nuovo “uso alternativo del diritto”, non più di marxiana memoria, ma dovuto a un riposizionamento al centro della scena dello Stato amministrativo di schmittiana memoria, ove la pratica ricorsiva al principio di effettività svela alcuni profili di aperta criticità, che, come “faglie” sistematiche, misurano gli incerti e delicati processi di assestamento fra poteri (legge/giudice; giudice/amministrazione) e fra giurisprudenza pratica e teorica. Il principio di effettività è ormai divenuto un grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale pro-concorrenziale europeo. L'effettività si colora in tale contesto di riflessi più sistematici e incrocia la traiettoria del principio di sicurezza giuridica, che nell'ambito delle democrazie pluraliste del tardo-capitalismo implica, in chiave neolibérale, una risoluzione dei conflitti spesso giudiziale, all'insegna del bilanciamento dei diversi interessi in gioco⁵³.

4. Il tema della legittimazione

Vengo infine al tema della rilevanza costituzionalmente orientata del principio di effettività della tutela e alle possibili derive tutte ad esso interno,

51 A. PANZAROLA, *Considerazioni a margine di una celebre dottrina*, in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 181.

52 R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss.

53 G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, 2023, *passim*.

che hanno consentito un'eccessiva creatività della giurisprudenza a danno della riserva di legge processuale di cui agli artt. 101 e 111 Cost.

Qui si tocca il tema della legittimazione, e so di muovermi in un campo minato perché proprio esso è stato oggetto, anche in questa sede, di raffinate e importanti ricostruzioni, nell'ottica dello sviluppo dell'impostazione costituzionalistica "forte", che svaluta il problema della relazione tra condizioni dell'azione e struttura del processo, e tende a superare l'intero problema delle condizioni dell'azione con la costruzione del contenuto del diritto di agire in giudizio contenendosi nel perimetro dell'art. 24 Cost.⁵⁴

Gli sviluppi di tale linea culturale non sono mancati.

Mi riferisco innanzi tutto alla densa e interessante monografia di Biagio Giliberti⁵⁵.

Già nel primo capitolo di essa si riscontra uno stretto collegamento fra ambito organizzativo e tutela. Nell'art. 118, comma 4, Cost. si ritroverebbe un parametro di organizzazione: alle persone ed alle loro formazioni sociali verrebbe «accordata la natura di nuclei organizzativi di base del fenomeno amministrativo pubblico». L'idea dell'«amministrazione diffusa nella società» informerebbe di sé il diritto della persona – di *ogni* persona – ad amministrare, anche agendo in giudizio. Si configura, così, un vero e proprio diritto civico alla legalità amministrativa quale espressione di sussidiarietà orizzontale, e si ritiene frutto di un fraintendimento concepire l'oggettivizzazione del processo amministrativo quale diminuzione di garanzie: in altre parole, l'inviolabilità del diritto di difesa delle posizioni individuali tradizionalmente intese potrebbe essere solo rafforzata dalla dimensione civica della nuova legittimazione così ricostruita, che si vuole più in linea con la centralità in Costituzione della persona nella sua dimensione civica.

54 V. supra, nota 11.

55 B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020.

Si perviene così a teorizzare una maggiore «giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale», dando finalmente dignità teorica ad alcuni spunti giurisprudenziali, per la verità ancora minoritari, che configurano appunto forme di legittimazione *uti civis*, specialmente in tema di interessi collettivi e diffusi, prospettando un definitivo superamento dell'empirico ed aleatorio riferimento giurisprudenziale al concetto di *vicinitas*.

Si tratta di una tendenza comune nelle più recenti monografie sul tema, che sul tema della legittimazione mostrano negli ultimi anni un approccio costituzionalmente orientato al diritto d'azione in senso forte.

Solo che in alcuni casi l'art. 24 sublima un approccio volto a trasfigurare la sovranità popolare di cui all'art. 1, mercé il richiamo al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. In altri vive nella sua purezza soggettivistica e ad essa riconduce pure il fenomeno associazionistico e metaindividuale⁵⁶.

Si pensi alla tesi di Silvia Mirate. Mentre quest'ultima avversa l'idea che si tratti di forme di legittimazione generale e oggettiva, ritenendo che si abbia a che fare con dimostrazioni, a livello sia normativo che giurisprudenziale, del superamento del tradizionale concetto “sostanziale” della legittimazione a ricorrere, Giliberti vi perviene affrontando di petto il problema del carattere oggettivo del giudizio amministrativo che viene fuori da tale configurazione.

Nella ipotesi volta a svincolare la legittimazione dalla dimensione sostanziale, taluni arrivano ad assumere una sequenza quasi geometrica: diritto di azione ex art. 24 Cost./effettività-atipicità/modello soggettivo di tutela/legittimazione come mera affermazione⁵⁷.

Tale prospettiva trascura taluni dati che pervengono soprattutto dalla giurisprudenza europea in materia di appalti pubblici. L'indirizzo europeo non è stato sviluppato secondo i canoni di una ridefinizione della teoria della legitti-

56 S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

57 C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *Persona e Amministrazione*, 2019, 99 ss.

mazione nel processo amministrativo, ma piuttosto, tornando alle origini del problema, al fatidico 2008, quando la Plenaria abbandonava la strada della legittimazione per seguire quella, meno precisa in punto di teoria del processo ma più malleabile in punto di argomentazione per valori, dell'interesse strumentale a ricorrere.

Nozione giudicata errata anche da autorevole dottrina⁵⁸, sia pure attraverso un percorso argomentativo diverso dal mio, volto a considerare l'interesse strumentale come interesse di consistenza diversa, ma pur sempre diretto, personale, concreto e attuale, e in questo senso anche a ritenere la giurisprudenza europea in linea con la nostra idea di giurisdizione soggettiva.

E che tale impostazione sia plasmabile e incerta lo dimostra proprio l'ulteriore seguito giurisprudenziale interno che, non a caso dibattendo proprio sull'estensione della nozione di interesse strumentale a ricorrere, ha determinato l'ennesima rimessione alla Plenaria e poi la sentenza *Lombardi* della Corte di Giustizia.

Mi pare, in realtà, che questa idea di legittimazione sottende la definitiva trasformazione del processo amministrativo in processo civile, non già sulla scorta di un generico richiamo all'effettività della tutela o di poco chiare idee su cosa debba intendersi per «bene della vita», ma in base alla mutazione del diritto sostanziale, nel senso che l'ordinamento proteggerebbe l'interesse individuale non già assicurando che sia corretto l'esercizio del potere che dispone del bene/utilità, ma dislocando direttamente questo potere in capo al giudice.

La coraggiosa e stimolante riflessione di Giliberti prende di petto il problema: fa proprie determinate premesse costituzionali in tema di organizzazione e attività amministrativa, secondo il seguente schema: nell'art. 118 Cost. si vede sia un modello di allocazione delle competenze (ultimo stadio di un percorso democratico di oggettivizzazione dell'amministrazione) sia un modello di giurisdizione avverso il potere esecutivo.

⁵⁸ F.G. SCOCA, *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)*, in www.giustamm.it, n. 11/2019.

A me pare che tale impostazione metodologica, pur elegante e densa di afflato valoriale, risenta di un approccio “principialista” molto in voga negli ultimi anni che, lungi dall’apportare maggiori garanzie al privato, rischia di determinarne un ridimensionamento. Come è stato bene osservato: «Che la costituzione sia da interpretare *magis ut valeat* è dunque anzitutto un programma di “politica del diritto” che ha avuto una precisa funzione storica in un momento in cui l’applicazione della costituzione segnava il passo; ma è poi anche una teoria dell’interpretazione costituzionale, che sembra aver mantenuto un certo seguito anche in tempi assai più recenti e corrispondere davvero ad una visione “totalizzante” della costituzione»⁵⁹.

Si considerino, per tutti, due aspetti problematici.

Prima di tutto è opportuno riflettere sul fatto che tali operazioni di estensione della legittimazione, lungi dal configurarsi come sublimazione della sovranità della persona, siano in realtà, e al contrario, una celata forma di compressione del principio democratico: se non adeguatamente circoscritta, l’estensione della legittimazione a ricorrere può mettere in discussione il principio della divisione dei poteri, nella misura in cui la differenziazione non è operata in via eccezionale dal legislatore ma in via maieutica dal singolo giudice. Ciò dimostra l’avvento di una «democrazia impolitica» nella quale i rappresentanti eletti non sono in grado di prendere decisioni giuste, nel contesto di una generalizzata sfiducia verso l’amministrazione.

È questo un aspetto fondamentale della attuale critica alla teoria dei diritti. L’accresciuto ruolo del giudice, sempre più mediatore di conflitti cui la politica non vuole o non può accedere, non toglie, però, che i limiti tra giudice e legislatore dovrebbero essere fatti salvi anche in questo caso, pena la frantumazione sociale e l’esposizione della stessa giurisprudenza a tentativi di delegittimazione da parte della politica.

59 R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.

In secondo luogo l'impostazione in esame finisce per aggirare possibili rilievi rispetto al rischio di sovraccarico del contenzioso, derivante dall'estensione della legittimazione ivi configurata, utilizzando come selettore la teoria della "meritevolezza della pretesa", *sub specie* di abuso del processo, istituito a sua volta controvertibile, limpido esempio di un'argomentazione per principi che finisce per svilire la regola processuale alla luce di un bilanciamento in cui non si ha un gioco "a somma zero", ma che vede sempre vincere la ragionevole durata del processo, non a caso inteso come "servizio pubblico", sull'effettività e pienezza della tutela.

Sulla medesima scia, e in modo se possibile ancor più radicale, si pone la trattazione di Portaluri⁶⁰, molto convincente nella *pars destruens* meno in quella *construens*.

Pier Luigi Portaluri invita il giudice amministrativo a un controllo sulla meritevolezza della tutela *in bonam partem*, diversamente da quanto è stato sinora fatto in base a uno spregiudicato utilizzo dell'argomento dell'abuso del processo.

Nel libro si mostra fra l'altro quello che può essere un sinistro esito della teoria del processo e delle condizioni di accesso: l'accesso alla tutela giurisdizionale diviene soggetto a un filtro che porta a negare tutela tutte le volte che l'azione collida con «valori emergenti dal basso, che finiscono per costituire le regole ordinarie "inventate" dalla comunità interpretativa». Ovviamente si allude alla sinistra tesi del bisogno di tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzbedürfnis*) coniata in una nota opera di Adolf Schönke del periodo nazionalsocialista. Secondo questa impostazione l'ammissibilità della domanda è rimessa alla prudente percezione del giudice circa la meritevolezza della stessa ove idealmente portata al cospetto del sentire popolare.

L'A. ha gioco facile a chiosare nel senso che «attraverso il controllo negativo di meritevolezza, e la conseguente negazione del giudice, il regime può as-

60 V. supra, nota 25.

sicurare il piano controllo economico e politico del processo civile, al più torcendolo per farne anche “luogo” di ingegneria sociale». Come Portaluri ricorda, avendo la benevolenza di chiamarmi in causa, la questione è tornata d'attualità nel recente confronto fra me e la Ghirga sul tema connesso dell'abuso del processo, inteso come abuso del diritto d'azione.

Portaluri, nel fare propri sostanzialmente tali rilievi, propone nel fulcro argomentativo del lavoro un suggestivo ribaltamento di prospettiva, o, per dirla con le sue parole, una “lettura rovesciata”: il controllo di meritevolezza della tutela come strumento per ampliare le vie della tutela processuale. Peraltro, per non cadere nella medesima critica di “occasionalismo” giurisprudenziale che ha rivolto agli autori oggetto di precedente considerazione, conferisce un certo rilievo stabilizzante alla funzione nomofilattica esercitata ex art. 99 c.p.a. dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Si propone, quindi, pur all'interno di un quadro di fondo aderente ai valori di un positivismo “ben temperato”, un'esegesi che favorisca la massima estensione delle posizioni legittimanti. Si criticano, così, quelle impostazioni – definite “iperpositivistiche” – secondo le quali il diritto al ricorso può derivare solo da una norma che, concedendo il bene della vita, indichi il destinatario della protezione da essa assicurata; esse sarebbero viziate da un pregiudizio ideologico, identificato nelle «incrostazioni oggettivistiche» della giurisprudenza sul tema della *vicinitas* che tale tesi intende combattere. L'A. ribalta tale obiezione rilevando che nella sua visione la legittimazione è uno strumento di contropotere a disposizione del privato, che in tal modo si erge a fronteggiare l'antagonista soggettivamente pubblico. Il carattere normativo dell'interesse del terzo, in quest'ottica, viene declinato non già con riferimento a un singolo bene fisico di proprietà, bensì come “interesse organico” risultante da una pluralità di fattori ordinati a un assetto finale ritenuto meritevole di tutela: si pensi al mantenimento della qualità della vita nella maglia urbana dove la persona vive.

Si tirano così le fila del percorso decostruttivo e (poi) ricostruttivo tracciato, legittimando la “scoperta” giurisprudenziale di nuove frontiere mobili di tutela negli artt. 2 e 118 Cost., specie la sussidiarietà orizzontale di cui al comma 4.

Si arriva, per questa via, alle ineluttabili coraggiose conclusioni in cui si prospetta la necessità di superare la determinatezza soggettiva della pretesa, sviluppando le implicazioni processuali della teoria del bene comune: i conflitti politici multiculturali, infatti, non potranno in futuro essere risolti attraverso lo schema della tradizionale “binarizzazione” giuridica. Il vetusto schema del diritto soggettivo dovrebbe lasciare spazio ai diritti trans-soggettivi, diritti senza padrone.

L'approccio di Portaluri risulta molto avvincente e accattivante, anche convincente nella sua parte decostruttiva, critica nei confronti della nozione di meritevolezza della tutela, se intesa in senso restrittivo e fondante la nozione di abuso del diritto d'azione.

Inoltre, l'A. coglie un altro tema di profondo interesse. L'evocazione del Carl Schmitt de *La situazione della scienza giuridica europea* è oggi, infatti, di grande rilievo. Mi riferisco al dibattito sul ruolo del diritto in Europa, che vede tra i suoi interlocutori autori come Aldo Sandulli in Italia⁶¹ e Armin von Bogdandy in Germania⁶². Al netto della questione sull'attualità del diritto romano, l'idea di fondo è quella di rivitalizzare lo *jus publicum europaeum*, di cui Schmitt traccia la parabola e vede il tramonto nella seconda metà del XIX secolo con l'affermarsi del positivismo legalista e statocentrico, attraverso un *re-embedding* del mercato finanziario europeo. La scienza giuridica deve, in quest'ottica, agire da *katéchon* contro i mercati globali, freno contro la deriva funzionalizzante, declinando gli imperativi delle scienze dell'economia alla luce dei diritti fondamentali, dei

61 A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2017.

62 A. VON BOGDANDY, *La condizione attuale della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 996 ss.

principi costituzionali e delle conoscenze di altre materie in modo da promuovere l'integrazione sociale.

E tuttavia, proprio a proposito di tale aspetto, mi pare che la tesi in esame finisca proprio per legittimare quella giurisprudenza “funzionalista” della Corte di giustizia, che, proprio in tema di accesso alla tutela e di interesse strumentale, rappresenta un ulteriore capitolo di quel progressivo occultamento dei conflitti costituzionali, onda lunga del concetto della natura autoapplicativa della norma comunitaria invocata a parametro, a discapito del sindacato accentratore della Corte costituzionale. L'ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598 delle Sezioni unite, che poi ha portato alla sentenza *Randstad* della Corte di Giustizia, ha fatto e continua a far discutere anche perché si pone al crocevia di tali delicatissime questioni, valorizzando in modo esponenziale il suddetto approccio funzionalista proprio nel contesto dell'accesso di tutela⁶³.

Senonché a me non pare che sia sufficiente ribaltare la prospettiva limitante della tesi della meritevolezza della tutela per renderla compatibile col sistema.

Restano quindi ferme le già segnalate criticità dell'approccio “principialista”, ed anzi forse si accrescono, nella misura in cui si evoca proprio la “cambiale di Forsthoff” e quindi si ha piena consapevolezza di certe derive del creazionismo giurisdizionale, a prescindere da quale strada imbocchino.

Richiamerei sul punto le belle pagine sulle lezioni messicane di Calamandrei, nelle quali si parla della regola processuale come forza frenante (*katéchon*)

⁶³ Come spesso accade, il nostro ordinamento si mostra “più realista del re” quando si tratta di dare attuazione al funzionalismo pro-concorrenziale di marca europea. Sul tema dell'interesse strumentale, infatti, di recente la Corte di Giustizia sembra aver posto nuovamente un freno. Cfr. Corte Giust., Sez. X, 9 febbraio 2023, C- 53/22, secondo cui: «L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che non consente a un operatore, al quale sia impedito di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il motivo che egli non soddisfa una delle condizioni di partecipazione previste dal bando di gara di cui trattasi, e il cui ricorso contro l'inclusione di tale condizione in detto bando di gara sia stato respinto con una decisione passata in giudicato, di contestare il rifiuto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata di annullare la decisione di aggiudicazione di tale appalto pubblico a seguito della conferma, con decisione giurisdizionale, che tanto l'aggiudicatario quanto tutti gli altri offerenti avevano partecipato a un accordo costitutivo di una violazione delle regole di concorrenza nello stesso settore interessato dalla procedura di aggiudicazione di detto appalto pubblico».

contro l'arbitrio, del giudice prima che delle parti⁶⁴. Del resto, come noto per l'insigne giurista fiorentino «per arrivare alla giustizia bisogna passare attraverso la libertà».

5. Conclusioni, alla luce della vicenda *Randstad*

Contro la prospettiva sinora descritta, e in consonanza con la lezione di Calamandrei, Riccardo Villata ha stigmatizzato l'ossessivo ricorso all'effettività come «distorsione da desiderabilità sociale» e come «cavalieri dell'apocalisse» le nozioni di «Servizio giustizia, ragionevole durata, abuso del processo», che contribuiscono da svariati anni all'invasione di campo delle Sezioni unite nei confronti della giurisprudenza del giudice amministrativo⁶⁵. Sezioni unite che, non a caso, hanno tentato di chiamare in soccorso proprio la Corte di Giustizia (finora con un successo “a metà”, come il caso *Randstad* ha dimostrato), principale vettore di politiche neoliberali che penetrano negli Stati attraverso l'indebolimento del principio di autonomia procedurale.

Sembra, in conclusione, che la tutela giurisdizione di stampo soggettivo sia tuttora tarata sulle esigenze liberali del *bourgeois*, mentre la tutela del *citoyen* debba essere affidata ad altri canali (non giurisdizionali), a meno che non vi siano diverse scelte da parte del legislatore, e non quelle praticate attraverso l'intermediazione del giudice attraverso un nuovo, e inedito, neoliberale *uso alternativo del diritto*⁶⁶.

Contrariamente ad un'opinione diffusa nel dibattito scientifico italiano (e non solo) che vorrebbe il neoliberalismo globale come un mero ritorno in auge del “guardiano notturno” e del *laissez-faire* ottocentesco, nel neoliberalismo contemporaneo non vi è affatto un “ritiro dello Stato” dall'economia. Il neoliberalismo attuale produce infatti le proprie regole giuridiche e crea le proprie istitu-

64 A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Pietro Calamandrei*, in ID., *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 152.

65 R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «Cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.

66 L. DE LUCIA, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Pol. dir.*, 2022, 85 ss.

zioni, ovvero modella quelle esistenti a proprio uso e consumo: nella logica neoliberista, pertanto, il giuridico è sin da subito parte dei rapporti di produzione economica. Il diritto, in breve, plasma “dall’interno” l’economia e, in questo modo, “produce” il mercato come istituzione artificiale, perdendo però al contempo il proprio ruolo tradizionale di scienza autonoma, in quanto si funzionalizza allo status dell’efficacia e delle logiche del mercato, ossia alla logica del profitto e dell’efficienza. In questo senso condivido l’idea secondo cui proprio nell’era della globalizzazione e del dominio dei mercati il diritto amministrativo sostanziale sia interessato da una vasta trasfigurazione in senso pubblicistico, scaricandosi ciò anche sul giudizio, caratterizzato da contrazione della tutela attraverso un uso diffuso della clausola di interesse pubblico, a sua volta indice della prudente amministrazione del ruolo di supplenza cui il giudice è costretto⁶⁷.

D’altra parte, mi pare che anche le più raffinate ultime difese dell’interesse strumentale⁶⁸, critiche verso la teoria delle norme di protezione, non colgano questo aspetto.

Con riferimento al caso dell’esclusione di chi non può conseguire il “bene della vita” nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, chiosano: *Homo sine pecunia est imago mortis*. Si trascura qui l’effetto spiccatamente neoliberale dell’impostazione funzionalista, legato al tema della concorrenza, e ci si concentra solo sulla critica di una visione in quanto eccessivamente geometrica e collegata al diritto soggettivo. E tuttavia, tale critica non considera che proprio nel caso di specie il tormento di Nigro, che poneva la tesi della qualificazione per immediatamente dopo problematizzarla in quanto di difficile individuazione nella norma, si acquieta poiché vi è una norma come l’art. 2-bis, par. 2, della

⁶⁷ Idea espressa in vari contributi da Luca Perfetti. Cfr. da ultimo L.R. PERFETTI, *Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell’economia*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2022, 227 ss.

⁶⁸ Cfr. da ultimo M. MAGRI, *Individuazione dell’interesse legittimo e accertamento della legittimazione ad agire nel processo amministrativo, dopo il “caso Randstad”*, in www.giustiziansieme.it, 21 aprile 2022.

Direttiva ricorsi 89/665, la quale prevede che sono considerati interessati coloro che non siano definitivamente esclusi dalla procedura⁶⁹.

A cinquant'anni dal noto convegno catanese, che segnò una svolta culturale nei rapporti tra scienza giuridica e giurisprudenza all'insegna di una rilettura in chiave marxista del processo applicativo del diritto, la prospettiva odierna si mostra radicalmente mutata, tanto che – come si è tentato di dimostrare – torna d'attualità la difesa di un giuspositivismo (seppure) temperato che, lungi dal rappresentare strumento di consolidamento dei rapporti di potere esistente, agisce da freno contro gli eccessi di un creazionismo giurisprudenziale che spesso si rivela funzionale alle esigenze del neoliberalismo funzionale, tuttora imperante.

Ecco perché è forse arrivato il tempo di guardare al problema della tutela e dell'azione osservando maggiormente le dinamiche strutturali e istituzionali che si agitano alle “porte di Stalingrado”. Come è stato ben osservato⁷⁰, il rapporto fra poteri e le sue conseguenze sul piano dell'accesso al giudice e delle modalità di sindacato oggi si gioca, sul piano ordinamentale, sul piano della competizione tra riferimenti teleologici diversi e non sempre facilmente componibili.

Sul tema dell'accesso al giudice mi è già in passato parso utile considerare tre prospettive⁷¹: *i)* della tipologia di atto, che tende a predominare soprattutto prima dell'affermarsi del dato costituzionale, che sancisce i principi di giustiziabilità ed effettività della tutela; *ii)* del destinatario dell'atto e della configurazione della tutela delle sue situazioni giuridiche soggettive, tendenzialmente non discriminabile al variare della loro consistenza, e imposta anche a fronte di atti non amministrativi ma legislativi, a fronte della mancanza di una riserva di am-

69 L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 543.

70 F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, in *Persona e Amministrazione*, 2/2018, 99 ss

71 G. TROPEA, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, 133.

ministrazione, evidentemente meglio collocabile in un contesto post Costituzionale; *iii*) quella che impone la necessità di rivedere le questioni sopra considerate alla luce del sempre più reticolare “dialogo delle corti”.

Come ancora emerge dall'evoluzione della figura dell'atto politico, in ciò emblematica, la prospettiva del giudice, chiamato a dire l'ultima parola sul punto, gioca un ruolo chiave, specie alla luce della conclamata crisi del tradizionale sistema delle fonti, che vede il giudice supplire sempre più al previo “disporre”, col rischio di «occasionalismo», cui si vorrebbe rimediare con un accrescimento della sua funzione nomofilattica. Ciò avviene in un contesto di ormai endemico dialogo fra corti, non sempre irenico e all'insegna del costante accrescimento dei diritti fondamentali e del loro *maximum standard*, anche con riguardo alle aree di persistente immunità del potere.

La vicenda *Ranstad* ha ben mostrato come dietro a un discorso di tutela e di effettività dell'azione si celasse, come in un gioco di specchi, sia il problema di fondo del valore della legge rispetto alla giurisdizione, sia il problema istituzionale dello scontro fra le Corti, dove la posta in gioco è spesso più che la massima tutela, quella più orientata all'attuale regime ordoliberal.

In questo senso la sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale, da alcuni bollata come conservatrice e di retroguardia, costituisce a mio avviso un importante e condivisibile punto d'arresto rispetto a una lettura della Cassazione “sui motivi inerenti alla giurisdizione”, di cui all'art. 111, comma 8, Cost., di fatto abrogatrice dell'art. 103 Cost., nonché un'opportuna presa di posizione rispetto a fenomeni di eccessiva prevalenza delle sfere sovranazionali sui principi di autonomia procedurale e sul margine di apprezzamento in materia processuale dei singoli Stati.

A mio avviso è da qui che bisogna ripartire, dopo aver preso contezza dell'assedio che cinge oggi la fortezza del diritto fondamentale d'azione.

Ad esso si può adeguatamente resistere rimettendo al centro la legge e l'amministrazione. Senza con ciò svalutare l'opera preziosa del giudice amministrativo.

A proposito dei “motivi inerenti alla giurisdizione”, si ritiene che i richiami a parametri di equità sostitutiva o di giustizia del caso concreto conducano al superamento dei limiti dell'attività integrativa del giudice. Un'attività integrativa, si badi, che ormai deve tenere in debito conto il principio di legalità sostanziale e il passaggio dalla separazione dei poteri giudice/amministrazione all'integrazione, ma che deve tuttavia rispettare alcuni persistenti limiti. È stato osservato che «l'attività integrativa del giudice potrà ritenersi compatibile con la natura parametrica del sindacato unicamente se essa non si risolva nella creazione di una norma ad hoc, ma nella ricognizione di norme già presenti nel sistema, ancorché prive di un'enunciazione espressa dalle singole fonti positive»⁷². Quelle sentenze che, nell'ambito del sindacato di legittimità, fanno applicazione dei criteri di equità, meritevolezza della tutela, giustizia del caso concreto, sconfinano questi limiti, fanno sì che il giudice sostituisca la propria scienza privata a quella dell'amministrazione, finiscono, in ultima istanza, per violare il principio del giusto processo di cui sono attuazione norma come l'art. 111, comma 8, Cost. e l'art. 110 c.p.a., nella misura in cui implicano una violazione della terzietà e imparzialità del giudice.

Seppure con talune persistenti battute d'arresto e perplesse sistemazioni, la linea d'azione del giudice amministrativo da oltre un secolo, grazie alla fondamentale lezione orlandiana e romaniana, ha costituito un modello forse ineguagliato, anche per il nostro giudice delle leggi, che si auspica confermi le “ragioni” della specialità, non già a scatola chiusa, ma ogni volta che siano sostenute dalla generosa ricerca di più ampi margini di accesso alla tutela e di riduzione delle aree di non sindacabilità del potere, senza con ciò indulgere ad ec-

⁷² A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 635 ss.

cessi di creazionismo giudiziario o a eccessive forme di procedimentalizzazione e neo-obiettivizzazione del giudizio.

Diversamente l'uso eccessivamente creativo dei principi, con le annessi trasformazioni pretorie di istituti quali la teoria dell'azione e i suoi corollari, dalla effettività alla proporzionalità, rischia di fare del giudice amministrativo un improprio giudice delle leggi, che può spiegarsi sul fatto che i due organi giudiziari condividono la competenza a giudicare atti generali e assumere decisioni con effetti altrettanto generali, ma che tocca pure il tema – meno tecnico – della vicinanza alla politica, nella misura in cui il giudice amministrativo è indotto ad appropriarsi degli strumenti più politici di cui la Corte si è dotata⁷³.

Operazione molto discutibile, in una democrazia costituzionale e in uno Stato di diritto.

⁷³ E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell'Adunanza Plenaria... le gemelle di Shining*, in *Dir. soc.*, 2021, 473 ss.