

Antologia di Diritto Pubblico

Rivista semestrale | 2025 | n2

ISSN 2975-2191



Antologia di Diritto Pubblico

N. 2 | 2025

ISSN 2975-2191

Direttore responsabile

Fulvio Cortese (Università di Trento)

Vicedirettori

Massimo Cavino (Università del Piemonte Orientale), Matteo Cosulich (Università di Trento)

Comitato di Direzione

Laura Buffoni (Università di Sassari), Massimo Cavino (Università del Piemonte Orientale),

Fulvio Cortese (Università di Trento), Matteo Cosulich (Università di Trento),

Ilenia Massa Pinto (Università di Torino), Angela Ferrari Zumbini (Università di Napoli, Federico II)

Comitato Scientifico

Raffaele Bifulco (Università LUISS Guido Carli, Roma), Roberto Bin (Università di Ferrara),

Celso Fernandes Campilongo (Universidade de São Paulo), Paolo Carta (Università di Trento),

Giacinto della Cananea (Università L. Bocconi, Milano), Thierry Di Manno (Université de Toulon),

Damiano Florenzano (Università di Trento), Anna Gamper (Leopold-Franzens-Universität Innsbruck),

Giulia Maria Labriola (Università Suor Orsola Benincasa, Napoli), Raul Letelier Wartenberg

(Universidad de Chile), Marco Magri (Università di Ferrara), Alessandro Mangia (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Alfredo Marra (Università di Milano-Bicocca), Jean-Jacques Pardini

(Université de Toulon), Otto Pfersmann (École des Hautes Études en Sciences Sociales-EHESS, Paris),

Anna Maria Poggi (Università di Torino), Aldo Sandulli (Università LUISS Guido Carli, Roma),

Caterina Severino (Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence), Bernardo Sordi (Università di Firenze),

Vito Velluzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Lorenza Violini (Università di Milano Statale)

Segreteria di Redazione

Elia Aureli (Università di Trento), Chiara Bertoldi (Università del Piemonte Orientale),

Lucilla Conte (Università del Piemonte Orientale), Francesco Dalla Balla (Università di Trento),

Vincenzo Desantis (Università di Trento), Federica Foti (Università di Trento),

Simone Franca (Università di Trento), Simone Mallardo (Università del Piemonte Orientale),

Massimiliano Malvicini (Università del Piemonte Orientale)

Contatti: redazione.antologiadp@gmail.com | antologia.dp@gmail.com

Website: <https://teseo.unitn.it/adp>

Progetto grafico di copertina: Milart

La Rivista è frutto della collaborazione tra la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento e il Dipartimento di Studi per l'Economia e l'Impresa dell'Università del Piemonte Orientale

Copyright © 2025 gli autori per i rispettivi testi, l'editore per la presente edizione



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Pubblicato da

Università degli Studi di Trento

via Calepina, 14 - 38122 Trento

casaeditrice@unitn.it | teseo@unitn.it

<https://www.unitn.it> | <https://teseo.unitn.it>

DOI <https://doi.org/10.15168/adp.2025.2>

L'edizione digitale è rilasciata con licenza Creative Commons
Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale



Antologia di Diritto Pubblico

Fascicolo n. 2/2025

SOMMARIO

Parte I – Il testo

Piero Calamandrei

“La relatività del concetto d’azione”

» 5

Parte II – Letture e interpretazioni

Giovanni D’Angelo

Rileggendo Piero Calamandrei: “interesse pubblico” nel processo amministrativo e non relatività del principio dell’imparzialità del giudice

» 31

Chiara Cudia

Dalla relatività del concetto di azione alla relatività della giustizia amministrativa

» 70

Gian Luca Conti

Il concetto di azione nella giustizia costituzionale

» 92

Nel prossimo numero...

Silvia Niccolai

Editoriale: Istruzioni per l'uso dei principi di ogni
“nuovo” ordine giuridico - E. Betti, “Sui principi generali
del nuovo ordine giuridico”

» 125

Autori

» 147

XX

LA RELATIVITÀ DEL CONCETTO D'AZIONE (*)

SOMMARIO. — 1. La polemica sugli « orientamenti pubblicistici » del processo, e sua giustificazione storica. — 2. Il problema dell'azione come uno degli aspetti della relazione tra l'individuo e lo Stato. — 3. La funzione pratica dell'azione nel diritto processuale positivo. — 4. Le teorie sull'azione: l'azione come proiezione del diritto soggettivo sostanziale. — 5. La teoria del *Rechtsschutzzanspruch*. — 6. La teoria del diritto pote-
stativo. — 7. L'azione come esercizio di pubblica funzione. — 8. L'affievolirsi del diritto soggettivo in alcuni aspetti processuali. — 9. Il ciclo storico dell'azione: da diritto privato a potere pubblico. — 10. - Conclusione: la polemica sull'azione nella crisi dell'ordinamento giuridico.

1. — La polemica intorno ai cosiddetti « orientamenti pubblicistici » della scienza del processo (1), che di recente ha messo di fronte due giovani processualisti tra i più valorosi (è possibile che già uno di essi, il nostro CRISTOFOLINI, abbia taciuto per sempre?) assume oggi, all'infuori della preferenza che si possa avere per

(*) Pubbl. negli *Studi in onore di Santi Romano* e in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1939, I, 22 [cfr. recensione di B. CROCE, sulla *Critica* del 1939, pag. 445].

(1) SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. di proc. civ.*, 1937, I, 32; ID., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, col. 276; ID., *Riflessi tributari della teoria generale del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pag. 192; CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 105, e *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, ivi, pag. 282; cfr. anche la prefazione dello stesso SATTA al suo libro *L'esecuzione forzata* (Milano, 1937), e la recensione sulla medesima del CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pag. 201. Per un ritorno a una concezione privatistica del processo civile, cfr. anche FERRARA (*iunior*), *Interferenza tra diritto sostanziale e processo in materia commerciale* (Siena, 1936), nn. 7-8.



l'una o per l'altra delle opinioni contrastanti, un valore di sintomo: il fatto che proprio oggi, mentre l'indirizzo « pubblicistico » del processo civile sembra vicino a trionfare nelle leggi, si possa tornare a discutere con tanto ardore il fondamento di una concezione che sembrava ormai definitivamente acquisita, da più di mezzo secolo, alla scienza giuridica, rivela in maniera tipica come anche la dogmatica processuale, che malamente si volle considerare come puro giuoco tecnico indifferente ai travagli della politica, non si appartì dalla crisi del pensiero contemporaneo, e si senta anch'essa inclinata, ora che la esperienza dimostra a quali estreme conseguenze posson logicamente portare, messe in libertà nella pratica, le teorie allevate ed accarezzate per un cinquantennio nel chiuso delle biblioteche, agli esami di coscienza ed alle nostalgiche perplessità.

Ridotta al suo nucleo centrale, la polemica può riassumersi in questo dilemma: si deve vedere nel processo civile un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto soggettivo, ovvero un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo? Intorno a questo problema essenziale la polemica ha rimesso in discussione tutti i concetti primi della nostra scienza, giurisdizione, azione, rapporto processuale, loro natura giuridica e loro scopi; ma in realtà alla base di ogni discussione su questi molteplici aspetti della polemica il vero problema di cui si discuteva, era, sia pur tradotto in termini di tecnica processuale, uno solo: quello, che riaffiora oggi in tutti i campi del pensiero, delle relazioni tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità.

La polemica ha dunque uno sfondo essenzialmente politico; questo avviene, ed è bene che avvenga, anche se non sempre i giuristi se ne accorgono, in ogni elaborazione sistematica degli istituti giuridici: nell'interpretare i quali i tecnici, anche quando credono di essere fedeli alla lettera delle disposizioni positive, non possono esimersi dall'esaminarli contro luce al chiarore di certe fondamentali tendenze, alle quali essi pensano che si inspiri, o vorrebbero che si inspirasse, l'ordinamento entro il quale quel diritto positivo è collocato. Le ricostruzioni della dogmatica sono dunque, in ogni caso, il risultato di un compromesso tra il diritto positivo e le premesse tendenziali a cui il giurista lo ricollega: ed

è così, coll'evolversi di queste mobili premesse, che la dogmatica riesce a ringiovanire perennemente gli istituti giuridici, e ad adeguarli, anche se la lettera delle disposizioni rimane immutata, alla realtà sociale che sempre si rinnova. Esempio ormai classico di questa funzione di adeguazione politica che la dogmatica esercita sul diritto positivo, è dato proprio, come altrove ho notato (1), dall'opera scientifica di GIUSEPPE CHIOVENDA: il quale è riuscito a costruire un sistema nettamente orientato su principi pubblicistici ed in un certo senso autoritari, prendendo come base proprio quel Codice del 1865 che volle essere ai suoi tempi espressione di tendenze nettamente individualistiche e liberali. A tanto può, attraverso l'interpretazione evolutiva, servire la dogmatica: a costruire con vecchi materiali architetture in armonia coi nuovi tempi, ossia a dar l'illusione che circoli nell'interno delle vecchie leggi uno spirito nuovo che in realtà vi è proiettato dal di fuori, dalla sensibilità politica dell'interprete; la stessa illusione dei colori, che sembrano dentro le cose, e sono invece nella luce che su di esse si riflette.

2. — Questi rilievi possono servire a dare una spiegazione storistica, per limitarci ad un solo aspetto della polemica, alla disputa sempre rinascente intorno al concetto di azione: del quale è vana fatica ricercare la *vera* definizione, quasi che ve ne fosse una sola da considerarsi assolutamente esatta di fronte a tutte le altre da considerarsi errate, mentre in realtà anche questa definizione è in funzione di quel rapporto tra interesse individuale ed interesse pubblico che sotto diverse apparenze si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica, ed è quindi soggetta a variare, essa definizione, secondo che nel rapporto si accentui per considerazioni politiche la prevalenza di uno dei termini, e si sposti quindi, in un senso o in altro, il punto di equilibrio tra i due.

In un recente saggio sull'azione che, quantunque presentato come voce di un'encyclopedia, costituisce in realtà il contributo più originale e più penetrante che sia stato scritto sull'argomento dopo la classica prolusione di GIUSEPPE CHIOVENDA, è stato di-

(1) In questi *Studi*, vol. IV, pag. 244 (nel saggio *Giuseppe Chiovenda, Il maestro*).

mostrato dal Pekelis (1) che la polemica sul problema dell'azione, dibattutasi tra i giuristi tedeschi del secolo scorso, non è stata che un aspetto, storicamente parallelo, della più vasta polemica sul problema dello Stato; e che di conseguenza il ciclo delle teorie sull'azione ha seguito la stessa cronologia della storia politica del secolo XIX.

Ma io credo che, anche senza risalire al passato, una interpretazione historicistica delle teorie sull'azione sia possibile anche per chi si fermi a considerare il presente: questo implacato rinascente nella dottrina processualistica con temporanea di un dibattito che non si riesce a concludere, questo riaffacciarsi con rinnovati sussulti di vitalità di concezioni che parevano tramontate da un secolo, non ha la sua origine in un vuoto gusto dialettico dei giuristi; esso è, piuttosto, la proiezione nel campo del processo di un travaglio che si svolge nella realtà sociale, in cui il problema fondamentale dei rapporti tra cittadino e Stato non ha avuto ancora, e forse non potrà aver mai, una soluzione unica, in luogo della quale lo stesso ordinamento giuridico si appaga di una pluralità di soluzioni pratiche provvisorie e spesso contraddittorie, che sembrano fatte apposta per alimentare la polemica delle teorie. Se in questo periodo di accelerati trapassi che il mondo vive, sembra evidente in tutti gli Stati una generale tendenza a ridurre in limiti sempre più ristretti il campo del diritto soggettivo individuale, è certo che questo innegabile processo di « pubblicizzazione » che è in atto d'intorno a noi (2), non si compie collo stesso ritmo, e non si trova quindi allo stesso grado di maturazione, in tutte le zone del territorio giuridico: e chi potesse abbracciare con uno sguardo, come nella carta topografica di una regione, il piano spie-

(1) PEKELIS, *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I; e su di essa la recensione di B. CROCE, sulla *Critica* del 20 novembre 1938 (anno XXXVI, fasc. VI), pagg. 457-458.

(2) Che poi non soltanto nel nostro tempo, ossia da cinquant'anni a questa parte, ma addirittura in ogni tempo la storia ideale del diritto si riduca ad essere la storia della sua pubblicizzazione (come sostiene l'ALLORIO, nella sua prolusione *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, pubbl. in *Riv. dir. proc. civ.t* 1938, I, 185 e segg.), non oserei credere: e ho il sospetto che l'A. abbia, senza volere, peccato proprio contro la storia, scambiando il nostro tempo con l'eternità.

gato dell'ordinamento giuridico per spiarvi i progressi della colorazione pubblicistica che è in corso, si accorgerebbe che è sommamente difficile tracciare i confini delle varie zone, perché, se vi sono larghi campi sommersi dalla marea ed isole ancora solidamente emergenti, in altri territori vi è soltanto per ora una infiltrazione sotterranea, che lascia incerto il colore

« che non è nero ancora e il bianco muore ».

In un momento storico cosiffatto, in cui è rimesso in discussione il concetto stesso di diritto soggettivo, e in cui non si può dire con sicurezza se questo concetto corrisponda ancora alla realtà dei rapporti sociali, poiché in diversi campi dello stesso ordinamento giuridico esso resiste o sta per crollare o è già crollato secondo il diverso progredire della evoluzione in atto, è naturale che questa crisi delle istituzioni viventi abbia le sue ripercussioni sulla dogmatica, e che la dottrina dell'azione risenta delle stesse perplessità e degli stessi dissensi che si concentrano intorno al concetto di diritto soggettivo.

Lo scopo di questo mio saggio è appunto quello di dimostrare come le varie teorie che ancora si contendono il campo intorno al concetto di azione trovino tutte quante la loro giustificazione storica nel momento presente, in quanto ciascuna di esse dev'essere intesa come relativa ad una tra le diverse concezioni (si potrebbe anche dire tra le diverse fasi di maturazione) dei rapporti tra cittadino e Stato, che si trovano oggi conviventi in zone limitrofe dello stesso ordinamento giuridico: sicché ciascuna teoria non può essere detta in sé né assolutamente vera, né assolutamente falsa, perché serve a cogliere da un diverso punto di vista una diversa particella di verità, e a far brillare un istante, prima che sia superata, una delle innumerevoli sfaccettature di quel metallo ancora in fusione che si cola entro l'armatura dello Stato.

3. — Qualunque appaia, tra le varie teorie in contrasto, quella preferibile, certo è che l'azione, prima di essere una costruzione dogmatica dei teorici, è una realtà pratica accolta dal diritto di tutti gli Stati civili, il cui ordinamento processuale non può essere inteso per quello che è nella sua struttura positiva ed apparente, se nel descriverlo non si considera come uno dei suoi caposaldi

proprio questa azione, intorno alla quale si sbizzarriscono tante teorie: la quale è una realtà, che può comportare le più svariate interpretazioni dogmatiche, ma colla quale tuttavia deve fare i conti chiunque voglia capire *com'è fatto*, nella civiltà contemporanea, il processo.

Il processo dei popoli moderni, civile o penale, è essenzialmente un *processo su azione* (*Klageverfahren*) ⁽¹⁾, cioè un processo in cui l'organo giudiziario non prende in considerazione la realtà sociale per conoscerla o per modificarla nei suoi aspetti giuridici, se non nei limiti della proposta presentatagli dal soggetto che esercita l'azione.

Una giurisdizione esercitata d'ufficio, alla quale l'organo giudicante procedesse di propria iniziativa, senza attendere la sollecitazione del soggetto agente, repugnerebbe al concetto che modernamente ci siamo fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d'esser richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda: e se ci raccontassero che un magistrato, senza esser richiesto da alcuno, si è messo in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare, saremmo portati a considerarlo, piuttosto che un eroe della giustizia, un maniaco pericoloso, sullo stampo di don Chisciotte o del leggendario calzolaio di Messina.

Nell'ordinamento vigente, dunque, la giurisdizione presuppone l'azione; questa è almeno la regola generalissima *in iure condito*, di fronte alla quale i pochissimi casi di a giurisdizione senza azione » ⁽²⁾, che la dottrina riesce non senza qualche dubbio a isolare, costituiscono oggetto di curiosità, come rari campioni fossili di una flora antidiluviana. Non si può escludere dal regno delle ipotesi la possibilità di un sistema giudiziario in cui l'istituto dell'azione fosse interamente abolito ⁽³⁾, e in cui, caduta ogni distinzione fra giustizia e polizia, fosse concentrato in un solo organo il potere di proporre le liti e quello di risolverle (un precedente storico di cosiffatto connubio si ha nel processo penale inquisitorio, di non felice

(1) Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch*, pag. 225.

(2) CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, I (*Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana*), pag. 178; CRISTOFOLINI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, pag. 331.

(3) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (in *Saggi*, I, pag. 3 e segg.), n. 2.

memoria); ma è prevedibile che, fino a quando la giustizia sarà resa da uomini, l'onnipotenza dello Stato non potrà distruggere la necessità logica e psicologica (specialmente imperiosa nella fase di cognizione) di affidare a due diversi organi quelle due funzioni complementari ma ben distinte e tali da non poter essere confuse senza ridurre la giustizia a un puerile soliloquio, che sono rispettivamente la funzione di chiedere e quella di rispondere, di proporre un problema e di risolverlo, di denunciare un torto e di ripararlo (1).

L'azione costituisce dunque *in iure condito*, in civile e in penale, un limite e una condizione della giurisdizione. La portata pratica di essa azione non è soltanto visibile nel momento iniziale del processo, in quanto l'organo giudiziario, nella fase di cognizione o in quella di esecuzione, non si mette in moto se non dietro richiesta dell'organo agente (*nemo index sine actore*); ma si rivela anche nel seguito del processo e specialmente nel momento conclusivo di esso, poiché il giudice, messo in moto dall'organo agente, non può prendere in considerazione, come materia della sua indagine, se non quel profilo della realtà su cui l'attore richiama la sua attenzione, e non ha altra scelta che quella tra il far propria o il respingere quella proposta che l'attore gli presenta, già pronta per esser trasformata in provvedimento giurisdizionale. L'azione è dunque, praticamente, non soltanto il potere di dar la prima spinta alla giurisdizione che altrimenti rimarrebbe inerte; ma altresì il potere di preparare per il giudice la materia ed il programma del suo provvedimento (2). Non si tratta soltanto di una messa in moto, in virtù della quale la giustizia, superata la fase di inerzia, sia poi libera di seguire le sue vie; ma di una perdurante collaborazione, mediante la quale per tutto il corso del processo l'attore continua a segnare la rotta, a cui il giudicante si deve attenere.

In virtù di questa collaborazione la cognizione del giudice, invece di investire direttamente la realtà sociale in cui vive il rapporto controverso, la colpisce solo di rimbalzo, in quei termini ed in quegli aspetti con cui la controversia si trova isolata e rappre-

(1) Cfr. le pagine fondamentali del WACH, *Struktur des Strafprozesses* (in *Fest. f. Binding*, München, J914), pag. 6 e segg. dell'estratto.

(2) Cfr. SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto* (in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 809 e segg.), pag. 819.

sentata dalla parte nel suo programma di provvedimento: tra il giudice e la realtà sociale si frappone così l'opera intermediaatrice del soggetto agente, simile a quella dell'assistente che allo scienziato curvo sul microscopio porge i vetrini contenenti i preparati da esaminare. Per questo io continuo a ritenere che la svalutazione, e si potrebbe dire lo scolorimento del concetto di azione a vantaggio di quello di « *lite* », che sta a base del *Sistema* carneluttiano, urti contro la realtà del processo odierno, in cui il giudice è messo a contatto non colla « *lite* », ma coll'azione, in quanto è chiamato non a stabilire quale sia il regolamento giuridico che meglio corrisponda al rapporto sociale direttamente osservato, ma semplicemente a decidere se meriti di essere accolta, in relazione ad una fattispecie già inquadrata dall'agente in uno schema giuridico, la proposta di provvedimento che gli è presentata dal suo necessario collaboratore.

Sul terreno pratico di questa collaborazione cresce rigogliosa la polemica delle teorie. Si tratta di vedere quale sia lo scheletro giuridico che regge e muove questa collaborazione: quale sia, tra questi interessi che collaborano, quello dominante.

4. — Dominante è senza dubbio l'interesse individuale in quel concetto di azione, caro ai civilisti del secolo scorso ⁽¹⁾, che il CHIOVENDA chiama *misto* o *improprio*: il concetto secondo il quale l'azione non sarebbe che un aspetto o un momento dello stesso diritto soggettivo sostanziale, un potere immanente di reazione contro il torto, o, come si usava dire con circonlocuzioni altrettanto pittoresche quanto poco impegnative, il diritto soggettivo « alla seconda potenza », o il diritto soggettivo « sul piede di guerra ».

Ma queste frasi così vaghe e inconcludenti in sé stesse, che rappresentano l'azione come un'ombra fuggevole proiettata dal diritto soggettivo sullo schermo del processo, sono in realtà l'espressione molto significativa di quella concezione liberale dello Stato, che poneva al centro del sistema giuridico l'idea, fortemente sentita, del diritto soggettivo. Là dove la funzione giuridica dello Stato si concepisca come orientata soprattutto a promettere protezione agli interessi individuali e a tener pronti i mezzi pratici per assi-

(1) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione* cit., pag. 6-7, e note 11-13.

curare che tale protezione sia effettiva, il diritto soggettivo, costruito come un'arma per realizzare la prevalenza e si potrebbe dire la sovranità dell'interesse individuale protetto su quello sacrificato, offre a chi può servirsene il vantaggio di un doppio congegno; in quanto, se la soddisfazione dell'interesse prevalente non è raggiunta attraverso il meccanismo normale del volontario adempimento, l'avente diritto può arrivare ugualmente alla propria soddisfazione, ricorrendo all'esecuzione forzata, che costituisce contro il debitore inadempiente come un colpo di riserva. Tutto si svolge dunque, in ambedue questi momenti, nell'ambito di un conflitto tra due interessi individuali: e se nel secondo momento, quello dell'assoggettamento forzato, la forza che soccorre non è quella privata del creditore ma quella pubblica dello Stato, lo Stato non interviene di sua iniziativa a tutela dei propri fini, ma si affaccia come un personaggio di terzo piano che, a richiesta del creditore, gli presta man forte per aiutarlo ad aver ragione del suo avversario, ed a raggiungere così i suoi fini individuali. In tutto questo l'interesse pubblico non centra, o c'entra soltanto in quanto giova alla pace sociale evitare che i privati vengano direttamente alle mani. In sostanza qui lo Stato si batte per il creditore, e la forza pubblica si inette al servizio dell'interesse privato; ma i personaggi del dramma rimangono due, il creditore e il debitore, e lo Stato non vi figura che come ausiliario e sostituto del primo ⁽¹⁾: il che vuol dire, per uscir di metafora, che, anche nel momento dell'azione, i due soggetti originari del rapporto giuridico rimangono invariati.

Si può ora sicuramente affermare che tale idea essenzialmente privatistica dell'azione, alla quale era coeva la concezione, che poneva lo scopo del processo civile nella *tutela dei diritti soggettivi* ⁽²⁾, abbia perduto ogni possibilità di giustificazione nel diritto positivo vigente? Non direi. Rimangono ancora nel diritto sostanziale, specialmente nel territorio delle obbligazioni, vaste zone in cui l'idea del diritto soggettivo vive in tutta la sua originaria.

(1) Esattamente osserva il MENESTRINA, v. *Azione (Azione civile)*, in *Enc. It.*, V, pag. 207, che la concezione privatistica dell'azione aveva come presupposto il « tenere in poco conto il grave fenomeno dell'intervento dell'autorità statale nelle controversie dei cittadini ».

(2) Sulla quale cfr. CHIOVENDA, *Principi*, pag. 66; Rocco (ALFR.), *La sentenza civile*, n. 9.

gagliardia, e in cui l'azione di condanna (l'unico tipo di azione che si presta ancora a giustificar questi ritorni a vecchie teorie) può apparire anche oggi, per chi la consideri *a parte creditoris*, nient'altro che lo strumento dell'interesse individuale in un conflitto tra privati: di fronte al quale lo Stato» lungi dall'assumere la parte di protagonista del processo, si contenta di « assumere il ruolo di terzo »⁽¹⁾, che mette i suoi giudici e i suoi carabinieri al servizio di chi ha ragione.

5. — La teoria che più ha contribuito a portare sul primo piano la figura di questo « terzo », sull'intervento del quale è imperniata la efficacia pratica del diritto privato, ed a chiarire che il vero *punctum pruriens* del problema dell'azione è proprio quello che concerne la posizione giuridica di questo terzo che le teorie precedenti lasciavano in ombra, è stata come noto, la teoria del *Rechtsschutzanspruch*, enunciata, sulle orme del Muther, dal Wach⁽²⁾: la quale ha concepito l'azione non più come un duplice, intercorrente tra gli stessi soggetti, del diritto soggettivo privato, ma come un diritto soggettivo di per sé stante, indirizzato verso un diverso soggetto passivo, che non è più il debitore originario ma lo Stato, e mirante ad una diversa prestazione, che non è più l'adempimento ma la tutela giurisdizionale.

Con questa teoria, l'azione è posta francamente nel campo del diritto pubblico, come espressione di un rapporto intercorrente non più tra privato e privato, ma tra cittadino e Stato. Ma non per questo l'interesse individuale cessa di essere, anche qui, primario e predominante: si direbbe anzi che questa teoria del Wach sia riuscita a dare la formulazione tecnicamente più perfetta e più energica di quella concezione essenzialmente liberale secondo la quale il processo civile non è altro che uno strumento di attuazione dei diritti soggettivi privati⁽³⁾. E' vero infatti che questa teoria riuscì per prima a dimostrare, col celebre esempio delle azioni di mero

(1) SATTA, *Orientamenti pubblicistici* cit., pag. 45.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione*, nn. 4-6.

(3) La più esauriente illustrazione di questa concezione è nel famoso saggio di R. SCHMIDT, *Prozessrecht und Staatsrecht* (Karlsruhe, 1904); cfr. anche la prefazione di J. GOLDSCHMIDT all'opera *Der Prozess als Rechtslage* (Berlin, 1925), pag. V-VI.

accertamento, che il diritto d'azione inteso come diritto alla tutela giuridica può esistere indipendentemente dalla preesistenza di un diritto sostanziale insoddisfatto ⁽¹⁾; ma è vero altresì che anche qui l'azione continuava ad esser considerata come strumento e garanzia dell'interesse individuale (tanto che il Bülow rimproverò al Wach di perpetuare l'asservimento del processo al diritto privato), e soprattutto è vero, e degno di nota, che questo diritto pubblico del cittadino verso lo Stato era costituito secondo lo schema civilistico del rapporto giuridico intercorrente tra un aente diritto e un obbligato, e che in questo schema la posizione di soggetto attivo aspirante ad una prestazione (tutela giuridica) era assunta dal cittadino, mentre la posizione di soggetto passivo obbligato alla prestazione era riservata allo Stato. In questa costruzione, dunque, che rappresentava lo Stato come *obbligato* ad eseguire una prestazione a servizio del cittadino, era esplicitamente consacrata la preminenza dell'interesse individuale e la subordinazione ad esso dell'interesse pubblico: se l'azione, considerata come un diritto soggettivo di per se stante, non poteva più confondersi col diritto soggettivo privato, essa non aveva in realtà, secondo questa concezione, altra funzione che quella di costituirne la salvaguardia.

Il significato teorico di quella collaborazione pratica tra soggetto agente e giudice, dalla quale siamo partiti, era dunque trovato, con questa teoria, in un dichiarato asservimento dell'interesse pubblico all'interesse individuale.

6. — A Giuseppe Chiovenda, che idealmente se non cronologicamente sta a mezza strada tra il Wach e il Klein ⁽²⁾, va senza dubbio il grande merito di aver saputo trovare, colla sua concezione dell'azione come diritto potestativo, il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse individuale, l'incontro dei quali è stato rappresentato da lui non come la subordinazione dell'uno all'altro, ma come la coordinazione armonica dei due, realizzante in maniera

(1) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione*, n. 6.

(2) Sulla contrapposizione del WACH al KLEIN, come rappresentanti rispettivamente di due opposte concezioni del processo civile (concezione liberale e concezione autoritaria) cfr. SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht* (Berlin, 1938), pag. 3.

perfetta il contemperamento della libertà coll'autorità ⁽¹⁾. Questa teoria di Giuseppe Chiovenda costituisce l'apice di una curva ideale: prima di essa (nelle teorie che abbiamo già ricordate) l'azione si costruisce con una netta prevalenza dell'interesse privato su quello pubblico, dopo di essa (come tra poco vedremo) l'equilibrio si rompe a favore dell'interesse pubblico, che nettamente comincia a prevalere su quello privato.

L'idea feconda, la « scoperta », si potrebbe dire, di Giuseppe Chiovenda, si concentra soprattutto in ciò: nell'aver visto che l'azione, se pure si deve considerare come un diritto soggettivo di per sé stante, non si presta ad essere inquadrata nello schema tradizionale del diritto soggettivo in senso civilistico, il cui fulcro è costituito dalla prestazione rispettivamente pretesa e dovuta, e in cui la prevalenza dell'interesse del creditore ha come sua immancabile contropartita il sacrificio dell'interesse del debitore. In realtà quando lo Stato rende giustizia, si muove non per rendere con proprio sacrificio un servizio a chi glielo chiede, ma per adempiere con ciò ad uno dei fini essenziali dello Stato, cioè per servire un interesse essenzialmente pubblico ⁽²⁾. L'interesse individuale e quello pubblico non si possono dunque considerare nel processo come due forze in contrasto, ma piuttosto come due aspirazioni alleate e convergenti, ciascuna delle quali, lungi dal cercare guadagno a scapito dell'altra, considera il soddisfacimento dell'altra come condizione del proprio.

La teoria del Chiovenda è indubbiamente orientata verso un rafforzamento del principio di autorità nel processo, che ha il suo più diretto inspiratore nel Klein ⁽³⁾: lo Stato, che in veste di legi-slatore si limita a formulare volizioni per classi, destinate a trasformarsi da generiche ed astratte in specifiche e concrete solo

(1) Sulla posizione di GIUSEPPE CHIOVENDA nella scienza del diritto processuale, la cui storia « si svolge tra il processo visto come mezzo e il processo visto «come fine»; il processo visto come attuazione dell'obbligazione e il processo visto « come attuazione della legge », mi sembrano degne di meditazione le belle pagine di G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo* (in *Riv. int. di filosofia del dir.*, 1938 pag. 252 e segg.).

(2) Cfr. REDENTI, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938), pag. 94.

(3) Cfr. KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs* (1927), pag. 186 e segg.

quando si verifichi nella realtà una fattispecie appartenente alla classe ipotizzata, sente che il valore pratico della propria autorità non è tanto in quell'astratto comandare a vuoto che è proprio del momento legislativo, quanto nel mantenere l'osservanza della legge quando viene il momento di applicarla, ossia nel vigilare a che sia attuata, caso per caso, quella volizione resa specifica dalla realtà, che con terminologia chiovendiana si suol denominare la « concreta volontà di legge » ; sicché, quanto più l'idea dello Stato si rafforza tanto più la funzione indirizzata a mantenere l'osservanza del diritto appare preordinata a difendere l'autorità dello Stato, che nella inosservanza della legge vede, prima che la lesione di un interesse individuale, una ribellione al suo comando e quindi una menomazione del suo prestigio. Ma poiché può darsi appunto che la norma nell'osservanza della quale lo Stato sente in giuoco la sua autorità, sia posta a tutela di un interesse individuale, sicché la contravvenzione al diritto oggettivo si presenti nello stesso tempo al privato come violazione di un suo diritto soggettivo , ecco che l'azione, con cui questo privato si rivolge allo Stato per chieder la tutela del suo interesse leso, offre allo Stato l'occasione per riconfermare la sua autorità, minacciata dalla contravvenzione alla legge: in questo modo il privato, cercando la soddisfazione del suo interesse individuale, collabora all'attuazione del diritto oggettivo, mentre lo Stato, adoprandsi a restaurare la legge, difende nello stesso tempo il diritto soggettivo del privato.

Questo rapporto di collaborazione, che, fino a quando l'azione era concepita come un diritto alla prestazione rivolto contro lo Stato, portava alla assurda costruzione di un aente diritto che coll'esigere la prestazione rende un servizio all'obbligato, e di un obbligato che coll'adempier l'obbligazione soddisfa prima di tutto l'interesse proprio, ha trovato per merito del CHIOVENDA la sua coerente sistemazione nella figura del diritto potestativo, che appare ancora come un diritto individuale (in quanto, *a parte actoris*, si presenta come una *facultas* a servizio di un interesse privato), ma non è più un diritto *ad una prestazione*, perché l'attività giurisdizionale, dalla quale l'attore attende la soddisfazione del proprio interesse individuale, è concepita non più come adempimento di una prestazione dovuta al singolo, ma come l'esercizio di una pubblica funzione.

Il Chiovenda concepisce questo diritto potestativo come diretto *verso l'avversario* ⁽¹⁾, in quanto al diritto di una parte di provo-
care l'attuazione giurisdizionale della legge, corrisponderebbe, dal
lato del soggetto passivo, non un dovere, ma la soggezione agli
effetti giuridici di tale attuazione. Ma l'aspetto che in questa conce-
zione sembra rimanere in ombra meno esplorato, e dal quale neces-
sariamente dovevano sorgere gli ulteriori sviluppi delle teorie, è,
anche qui, quello che riguarda il rapporto che passa fra il titolare
dell'azione e lo Stato. Insegna il Chiovenda che il titolare dell'azione
in tanto ha il potere di provocare la soggezione dell'avversario in
quanto sa di *poter contare sull'attuazione della legge da parte dello Stato*, ossia in quanto egli, titolare dell'azione, si trova in un certo
« rapporto... colla legge e « coi poteri dello Stato », che funge « come
mezzo nelle sue mani rispetto al suo rapporto coll'avversario ». Orbene (ecco il punto che in questa teoria sembra rimanere al-
quanto in ombra) in che consiste questo *rapporto del titolare dell'azione collo Stato*, che nelle sue mani « funge come mezzo » con-
tro l'avversario? E che cosa vuol dire tradotto in termini giuridici,
che « il titolare dell'azione... può contare « sull'attuazione della
legge »? Come si può definire *giuridicamente*, se si esclude la fi-
gura del diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale,
questo « poter contare » su quel comportamento dello Stato che
porterà all'assoggettamento dell'avversario? Anche nella bella illu-
strazione che di questa teoria del diritto potestativo dà il Reden-
ti ⁽²⁾ mi par di trovare lo stesso *hyatus*: egli dice che, al diritto
di azione non corrisponde un'obbligazione del giudice, perché que-
sto « non adempie ad una prestazione specifica verso la parte, ma
entra in funzione in modo automatico, per l'attuazione del suo
proprio compito istituzionale di organo dello Stato ». Ma che cosa
significa propriamente, in termini giuridici, questo a entrare in
funzione in modo « automatico »? La figura del diritto potestativo
cesserebbe di essere un concetto giuridicamente afferrabile, se non
avesse carattere giuridico la relazione in cui si trova l'avente di-
ritto di fronte a quell'organo dello Stato, il cui funzionamento « auto-
matico » gli è indispensabile per produrre la soggezione dell'
avversario: dalla semplice affermazione di questa automaticità di

(1) Cfr. *L'azione* cit., n. 8; cfr. anche REDENTI, op. cit., pag. 94.

(2) *Profili pratici*, pag. 95.

fatto, sulla quale la teoria del diritto potestativo ha bisogno di poter contare, bisogna dunque procedere oltre, per veder di esprire questa automaticità in termini di diritto.

Ma, se si esclude che questa relazione tra il soggetto dell'azione e lo Stato si possa definire come un diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale, questo singolo che ha il potere di creare colla propria manifestazione di volontà la condizione necessaria e sufficiente per far sì che l'organo giurisdizionale si metta in moto nell'interesse pubblico, e di adoprarsi così a dare occasione e direzione a un'attività che persegue pubblici fini, appare sempre più chiaramente come un ausiliario o addirittura come un investito di una pubblica funzione: ed è in questa direzione che si colma lo *hyatus* giuridico che sta al centro della teoria del diritto potestativo.

7. — All'idea, già racchiusa in germe nella teoria del diritto potestativo, che l'azione sia da considerarsi non più come un diritto soggettivo, ma addirittura come un *potere* attinente ad una pubblica funzione (23), si avvicinano infatti, anche da noi, autorevoli giuristi, tra i quali il Cornelutti, più esplicito, considera addirittura il soggetto dell'azione come un organo dello Stato (24): ma forse a quell'itinerario ideale che egli traccia dal *diritto soggettivo privato* al *potere*, attraverso il ponte del *diritto soggettivo pubblico*, si potrebbe aggiungere una tappa intermedia, costituita dalla figura del diritto potestativo, che sta in mezzo tra il diritto soggettivo

(1) L'insigne maestro al quale questo studio è dedicato, classifica l'azione civile tra le *potestà*, non tra i veri e propri diritti (cfr. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, pag. 339).

(2) In *Studi di diritto processuale*, vol. I, pag. 14 (*Arbitrato estero*) e pag. 111 (*Incapacità processuale degli austriaci*); *Sistema*, I, nn. 76 e 180 (su di che cfr. ALLORIO, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, pag. 66); contro, ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, pagg. 63-65. Una fine analisi della posizione presa dal *Sistema* carneluttiano nel contrasto tra orientamenti privatistici e pubblicistici, si trova nel ricordato scritto dell' ALLORIO (pagg. 66-67), dal quale si rileva che mentre sotto certi aspetti il *Sistema* accentua la colorazione pubblicistica di alcuni concetti (per es., certamente, del concetto di azione), sotto altri aspetti segna un ritorno a concezioni individualistiche, come sarebbe quella della giurisdizione intesa come composizione di « *liti* » (cfr. dello stesso ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pag. 17).

pubblico e il vero e proprio potere, svincolato da ogni riferimento all'interesse individuale.

A questo logico sviluppo era fatale che la dottrina si avviasse, quasi per una china, dopo raggiunto il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, che è rappresentato, come si è visto, dalla teoria del Chiovenda.

Il trionfo dell'autoritarismo nell'ordine costituzionale ha portato a mettere sempre più in evidenza nel diritto oggettivo la volontà dello Stato, il comando, lasciando nell'ombra la funzione, già preminente, di garanzia ed equilibrio degli interessi individuali: e anche nel processo civile, in cui lo scopo pubblicistico di attuazione del diritto oggettivo si afferma sempre più soverchiante, il diritto soggettivo perde di consistenza, e si rassegna ad essere a poco a poco l'ombra di se stesso, retrocesso al grado di interesse occasionalmente protetto. Così tutta la giurisdizione civile insensibilmente si avvia a diventare giurisdizione di mero diritto oggettivo.

Non dico, si capisce, che questa concezione della giustizia civile sia già prevalente, o che sia da preferirsi: qui mi basta rilevare, da un punto di vista storico, come una siffatta concezione abbia potuto essere enunciata. In materia giuridica, del resto, è assai difficile distinguere tra realtà e teoria: e spesso enunciare una teoria vuol dire creare una realtà. Sotto questo profilo mi pare che soprattutto sia interessante, come estremo sviluppo della curva percorsa dal concetto di azione, la teoria del cosiddetto *diritto astratto d'agire*, la quale mi sembra espressione tipica di quella concezione autoritaria della giustizia civile, che cerca nel processo soltanto il raggiungimento di un fine pubblico, e che taglia con un colpo netto ogni superstite raccordo tra l'azione e il diritto sostanziale.

Nell'azione concepita in senso astratto, cioè non più come garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma come potere spettante a chiunque *uti civis* si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione, non si avrebbe più, come nella teoria del diritto potestativo, la coordinazione di due ben distinti interessi, quello individuale e quello pubblico, convergenti verso lo stesso fine, ma si avrebbe un totale dissolvimento dell'interesse individuale nell'interesse pubblico. L'interesse che muove l'azione concepito in senso astratto non deriva, in modo specifico e concreto, dalla posizione individuale in cui l'attore si trova in un certo rapporto di diritto sostanziale intorno al quale

egli possa sperare un provvedimento a sé favorevole, ma si confonde con quell'interesse generico e si potrebbe dire « disinteressato », che ogni cittadino ha, come tale, al funzionamento della giustizia, e che rimane ugualmente appagato qua lunque sia il contenuto del provvedimento che il giudice emana. Ma questo non sarebbe altro che lo stesso interesse dello Stato all'attuazione del diritto oggettivo: non sarebbe un interesse individuale convergente con quello pubblico, ma sarebbe proprio lo stesso interesse pubblico, di cui il cittadino che esercita la azione si fa, *uti civis*, momentaneo portatore.

In questo modo tutti i ponti tra l'azione e il diritto soggettivo sono rotti: a forza di insistere sulla indipendenza del diritto processuale dal diritto sostanziale, si è giunti a tirar su, tra di essi, una muraglia senza finestre.

Il diritto soggettivo, di cui un tempo l'azione era apparsa come la scorta vigile ed armata, rimane, secondo questa teoria, appartato ed inerme, poiché l'azione non è più concepita come uno strumento per far vincere chi ha ragione, ma come uno strumento posto ugualmente al servizio di chi ha ragione e di chi ha torto: sicché essa ormai, anziché garanzia del diritto soggettivo, si riduce ad essere, come argutamente fu detto, « il diritto di aver torto »⁽¹⁾ col quale il cittadino può togliersi il gusto, invero molto platonico, di far accettare il diritto oggettivo contro di sé,

« per ricavarne una vittoria poi
« che giovi al vinto e al vincitore anni ».

In conclusione, dunque, questo diritto meramente astratto di provocare un provvedimento contrario al proprio interesse o non ha senso giuridico, o, se deve averlo, ciò non può avvenire che sotto il profilo dell'esercizio privato di una funzione pubblica.

8. — Questa continuata e paziente opera di erosione alla quale da un secolo la dottrina ha sottoposto gli elementi corporei del concetto di azione, fino a ridurlo come un puro spirito staccato dalla materia e fluttuante nell'empireo dell'interesse pubblico, trova i suoi punti di rispondenza nel diritto positivo, in cui (come si

(1) CHIOVENDA, *L'azione*, pag. 13.

è avvertito all'inizio di queste pagine) si susseguono, e talora si alternano e si intrecciano, istituti che sembrano giustificare, a volta a volta, luna o l'altra delle teorie sopra ricordate, e che si possono ricollegare tra loro come altrettante tappe di questo graduale impoverimento del diritto soggettivo di cui l'evoluzione del concetto di azione non è che un riflesso teorico.

I limiti di questo scritto non consentono più che una schematica enumerazione degli aspetti più significativi rintracciabili nel diritto processuale positivo di questo cammino che verrebbe voglia di intitolare e grandezza e decadenza del diritto soggettivo »: li indico come temi di studio, di cui forse potrebbe essere utile approfondire l'interpretazione storico-dogmatica, per ritracciarne sempre meglio la progressione e la continuità lungo la linea ideale sopra indicata.

a) Il tradizionale rapporto strumentale tra il diritto soggettivo e l'azione, secondo il quale questa è destinata a entrare in gioco in un secondo momento, come rimedio dell'inadempimento, quando e perché in un primo momento il diritto soggettivo non è riuscito a conseguire la sua normale soddisfazione nello spontaneo adempimento dell'obbligato, si trova profondamente alterato, anzi addirittura distrutto, in quel gruppo di situazioni di diritto sostanziale, nelle quali, mancando ai privati il potere di disporre negozialmente dei loro rapporti, questi non possono essere modificati se non coll'intervento del giudice (*sentenze costitutive necessarie*) ⁽¹⁾. In questi casi, il cui numero va sempre crescendo nel diritto positivo attuale, via via che considerazioni cosiddette di « ordine pubblico » sottraggono alla libera disponibilità dei singoli, e quindi al diritto privato, sempre nuove categorie di rapporti, non si può più parlare, a rigor di termini, di un diritto soggettivo sostanziale preesistente all'azione, perché qui, non potendo l'interesse alla modifica giuridica essere appagato altro che da una pronuncia del giudice, l'unico diritto che compete all'interessato, è, *fino dal primo momento*, l'azione.

Il ricorso al giudice non è più, dunque, un *posteriorius*, di cui l'inadempimento sia il *prius*: il diritto sostanziale non ha più, in

(1) Cfr. in questi Studi, vol. II (*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*), pagg. 334-335

sè stesso, i mezzi fisiologici per arrivare alla normale soddisfazione degli interessi individuali, ma rinvia senz'altro all'azione, come unico e primario mezzo per la propria attuazione; talché sembra difficile, di fronte a questa categoria di rapporti, continuare a parlare di « sostituzione » o di « secondarietà » come carattere essenziale della giurisdizione (¹), o di giurisdizione come « applicazione di sanzioni » (²).

Tutto questo è il portato, com'è facile intendere, di un accrescimento dell'ingerenza dello Stato nei rapporti individuali, per modificare i quali non basta più la volontà del singolo, ma occorre, caso per caso, l'intervento e il controllo dello Stato, rappresentato dall'organo giudiziario: siamo dunque ai margini tra la vera e propria giurisdizione, e la cosiddetta giurisdizione volontaria; ma questa emigrazione di sempre nuove categorie di rapporti dal campo della giurisdizione civile al campo della giurisdizione volontaria, che in sostanza è amministrazione, è uno dei modi in cui indirettamente ma efficacemente si compie l'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico (³).

b) Nello stesso senso si può interpretare la tendenza, affiorante qua e là nelle leggi, ad accrescere i poteri discrezionali ed equitativi del giudice e ad allargare di conseguenza la categoria delle sentenze *determinative* o *dispositive* (⁴). Per chi respinge la opinione secondo la quale anche nei giudizi di equità il giudice non farebbe altro che dichiarare una norma equitativa preesistente (⁵) e ritiene invece che qui al giudice spetti in sostanza il potere di creare il diritto per il caso singolo (⁶), mi par che sia logico concludere che anche in questi casi all'azione non preesiste più alcun diritto soggettivo, e che tutto quello che resta per la tutela

(1) CHIOVENDA, *Principii*, § 13.

(2) REDENTI, *Profili pratici* cit., § 6 e segg.: cfr. pag. 74.

(3) BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (in *Zeits. Der Ak. f. D. Recht*, 1938, pag. 583).

(4) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 57; CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 40.

(5) Cfr. in questi *Studi*, voi. II (*Significato costituzionale delle giurisd. di equità*), pag. 28 e segg.; CAMMEO, in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 177 in nota.

(6) Cfr. CRISTOFOLINI, *Contro i disorientamenti* cit., pag. 284, ed i richiami ivi contenuti.

dell'interesse individuale è l'azione; la quale non è più il mezzo per attuare, in via secondaria, una tutela giuridica già formulata *a priori* nel diritto sostanziale, e destinata normalmente a funzionare nei limiti di questo, ma è il mezzo per creare *a posteriori* nel processo una tutela giuridica primaria che fino a quel momento non esisteva. Anche qui, se non erriamo, va di pari passo con questo aumento dei poteri dispositivi del giudice una proporzionale diminuzione della autonomia privata nel campo sostanziale: in luogo della norma creata *a priori* in forma generale ed astratta, che lascia al singolo la elasticità ed il respiro del diritto soggettivo, qui si ha su ogni concreto rapporto il controllo imminente ed incombente del giudice, che, formulando proprio per quel caso una apposita volontà dello Stato, costringe il privato a ritrovarsi, direttamente ed individualmente, a faccia a faccia col legislatore.

c) In un altro campo, com'è noto, si è già compiuto da tempo il distacco dell'azione dal diritto soggettivo: alludo alla giustizia amministrativa, nella quale il ricorso proposto dal cittadino contro l'atto amministrativo illegittimo non serve altro che indirettamente alla tutela dell'interesse individuale, il quale è sfruttato a fine pubblico, come uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa nella pubblica amministrazione. Qui siamo di fronte a una giurisdizione tipicamente di diritto oggettivo, di fronte alla quale il diritto di ricorso del singolo interessato, perduto ogni riferimento strumentale al diritto soggettivo, si presenta come mera azione⁽¹⁾. Ma quello che più conta rilevare è che un siffatto distacco dell'azione dal diritto si estende ogni giorno a nuove categorie di rapporti, oggi progressivamente attratte, dal territorio del diritto privato al quale fino a ieri appartenevano, sotto il controllo della pubblica amministrazione; quanto più il diritto amministrativo allarga i suoi confini a zone finora pertinenti al diritto privato e si arricchisce con ciò, a spese della giurisdizione ordinaria, la materia

(1) CHIOVENDA, *Istituzioni*, 1, n. 7, h (pag. 25); e *Principii*, pag. 66, e pag. 358; REDENTI, *Profili pratici* cit., § 101; e gli autori citati in nota da ZANOBINI, *La giustizia amministrativa*, pag. 237 (*Corso di dir. amm.*, vol. II, Milano, 1937), il quale però nel testo insegna che anche la giurisdizione del Consiglio di Stato ha per fine la tutela di interessi soggettivi. Cfr. anche R. HÖHN, *Das subjektive öff. Recht und der neue Staat* (in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, pag. 49 e segg., specialmente pagg. 60-61).

della giustizia amministrativa (si pensi, per dare un esempio solo, al r. decr. 1. 17 luglio 1937, n. 1400 per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia), l'azione si depura sempre più, anche in questi campi, dai suoi aspetti sostanziali, e sempre più chiaramente diventa un mezzo per mantenere l'osservanza del diritto oggettivo, mentre il diritto soggettivo retrocede al grado di un interesse occasionalmente protetto, che non è più oggetto della tutela, ma mera condizione di legittimazione.

d) E, infine, un altro aspetto di questa tendenza dell'azione a scindersi dal diritto soggettivo mi par che si possa cogliere in quei casi, il numero dei quali è in costante aumento anche nelle nostre leggi, in cui il potere di provocare il provvedimento giurisdizionale è conferito a persone diverse dai soggetti del rapporto sostanziale controverso: si pensi, per esempio, a certi provvedimenti che nel campo dei diritti di famiglia possono essere provocati da persone non direttamente interessate nel rapporto, ma appartenenti a una categoria di legittimati che la legge in certi casi fa coincidere con una ristretta cerchia familiare, ma che in certi altri casi può allargarsi fino a comprendere genericamente tutti gli interessati (per es. art. 104 cod. civ.), o addirittura, come avviene nella figura limite dell'azione popolare, a *quisquis de populo*.

Di solito la collocazione sistematica di questi casi viene cercata sotto il profilo della legittimazione e della sostituzione processuale⁽¹⁾; ma forse essi meriterebbero di essere posti meglio in luce, al centro della teoria generale dell'azione, poiché in molti di questi casi è difficile precisare quale sia il diritto altrui che il sostituto farebbe valere in giudizio per mezzo dell'azione a lui spettante, e tutto appare più semplice quando nel potere di azione conferito a questi legittimati si veda semplicemente l'esercizio di un pubblico potere, preordinato ad assicurare l'attuazione del diritto oggettivo in certe zone dell'ordinamento giuridico, in cui non si può più contare sul funzionamento del diritto soggettivo.

Da questi casi di legittimazione generica per categoria, il passo è breve per arrivare alla ultima fase dello sviluppo, che è l'azione apertamente attribuita, come funzione pubblica, a un organo dello Stato. E quando si arriva a quella estrema espressione del-

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 142.

l'azione civile, che è l'esercizio della medesima da parte del p. m., forse è vano affaticarsi a ricercare la spiegazione di questa figura in un fenomeno di sostituzione ⁽¹⁾ e di considerare in questi casi il p. m. come legittimato a far valere un diritto soggettivo altrui; mentre può darsi che anche qui la spiegazione più semplice, e forse storicamente più esatta, consista nel riconoscere che l'azione si è ridotta ormai ad un potere pubblico indirizzato unicamente alla attuazione del diritto oggettivo ⁽²⁾.

9. — Partita dalla tradizionale concezione privatistica, l'azione civile va dunque a sboccare, alla fine del suo ciclo, a quella stessa foce cui è giunta da tempo l'azione penale: la quale sembra che abbia ormai raggiunto quell'estremo grado di pubblicità e di astrattezza, oltre il quale non sarebbe pensabile altro passo all'in-fuori di quello che consistesse, come si osservava da principio, nella sua abolizione. In verità, i vari tentativi che sono stati fatti per costruire l'azione penale sullo schema dell'azione civile considerandola come strumento di un concreto diritto soggettivo di punire, sembrano decisamente superati dalla concezione, oggi prevalente, dello Stato autoritario. Il diritto soggettivo di punire non esiste che come potere, attribuito al p. m., di provocare da parte degli organi competenti l'attuazione del diritto penale oggettivo; ma l'accusatore non aspira in realtà a soddisfare un interesse diverso da quello che persegono i giudici, sicché tra esso e l'organo giudicante si deve vedere soltanto una divisione di lavoro che dà luogo a una diversità di posizioni psicologiche, non ad una distinzione giuridica di scopi ⁽³⁾.

Chi considera la fluidità del concetto di azione e le oscillazioni a cui esso è soggetto secondoché nel diritto sostanziale pre-valga la considerazione degli interessi individuali o di quello col-

(1) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 145; e i miei *Studi*, II, pag. 349 [in questo volume, pag. 169].

(2) Cfr. in questo senso le belle pagine del CRISTOFOLINI, *Sulla posizione e sui poteri del p. m. nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, pag. 23 e segg.

(3) Cfr. il già citato scritto del WACH, *Struktur des Strafprozesses*, (passim); ed ora F. SCHAFFSTEIN, *Das subjektive Recht im Strafrecht* (in *Deutsche Rechts-wissenschaft*, I, 1936, pag. 39 e segg.); e da noi MAGGIORE, *Principii di diritto penale*, vol. I, n. 5.

lettivo, deve persuadersi che farebbe una fatica vana se cercasse una definizione assoluta dell'azione, tale da potersi ugualmente adattare all'azione civile ed all'azione penale privata ed a quella pubblica: le teorie dell'azione, come diritto concreto, dal *Rechts-schutzanspruch* al diritto potestativo, non hanno senso altro che nel campo civilistico, mentre di azione penale si può parlare nel nostro ordinamento solo come potere e solo in senso astratto. Questo è benissimo detto dal REDENTI, che pure nel processo civile è fautore deflazione in senso concreto: « Nulla di tutto questo e nulla di simile può valere per l'azione pubblica in genere e meno ancora per l'azione pubblica penale. L'agire in questo campo è funzione istituzionale (perpetua, costante, indeclinabile) e non può neppure immaginarsi come materia di diritto soggettivo » (¹).

Ma, nel fatale cammino che porta il processo civile ad avvicinarsi sempre più a quello penale (²), anche l'azione civile segue questa traiettoria: da diritto soggettivo privato a puro potere pubblico. Questa direttiva è evidente in quei vari momenti dello sviluppo che, come sopra si è visto, si possono cogliere nel diritto positivo; mentre nei primi due momenti (sub *a* e sub *b*) l'interesse individuale, pur non avendo più fuori del processo una preesistente tutela che lo elevi al grado di diritto soggettivo sostanziale, può tuttavia trovare una concreta tutela nella pronuncia del giudice, sicché si può dire che l'azione tenga qui il luogo del diritto soggettivo sostanziale e che in questi casi affiori il valore positivo di quelle teorie recentissime secondo le quali il diritto soggettivo sta tutto nell'azione (³), negli altri due momenti (sub *c* e sub *d*) si vede che l'azione non si può più neanche considerare come un mezzo predisposto a tutela dell'interesse individuale, il quale può trovare nell'azione soltanto una protezione occasionale e riflessa. Anche qui il ciclo, che da tempo è stato concluso per l'azione penale, sta per compiersi nello stesso epilogo per l'azione

(1) *Profili pratici* cit., pag. 95.

(2) Cfr. ora SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht* cit., pag. 4. Si noti peraltro che già in qualche ordinamento sembrano delinearsi i primi curiosi sintomi di un ritorno del processo penale verso concezioni privatistiche: cfr. GRODZINSKY, *Die Privatklage im Sovietrecht* (in *Zeitschrift für Ostrecht*, IV, novembre 1930, pag. 1055 e segg.).

(3) PEKELIS, *Azione* cit.; BINDER. *Prozess und Recht* (Leipzig, 1927).

civile: se, come scopo preminente del processo civile si pone l'attuazione del diritto oggettivo, sembra fatale che lo Stato si senta portato a rivendicare ad un proprio organo, anche nel campo del processo civile, l'iniziativa per il raggiungimento di tale scopo, essenzialmente pubblico.

10. — Consiglia Leonardo ai pittori, per meglio cogliere le proporzioni e i rapporti, di guardare il quadro riflesso in uno specchio: così, in quello specchio del diritto sostanziale che è il processo, è possibile cogliere nitidamente, espressa in questo irrequieto fluttuare di teorie salvazione, la crisi dell'ordinamento giuridico contemporaneo, e di quel concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale. Il movimento per riformare il processo civile in modo sempre più aderente alle sue finalità pubblicistiche, considerate come sempre più prevalenti, appare in Germania come uno degli aspetti della aperta guerra che una parte della dottrina ha dichiarato contro il concetto di diritto soggettivo: *Kampf wider das subiektive Recht* (¹). Di questa lotta è stato primo bersaglio l'azione: la teoria del *Rechtsschutzanspruch*, che fino a pochi anni fa era prevalente tra i processualisti tedeschi, si considera come una concezione, geniale ma superata, conciliabile soltanto coll'idea dello Stato liberale (²); si nega che nello Stato autoritario possano sussistere diritti soggettivi pubblici, e quindi un'azione concepita sotto questo profilo (³); si arriva addirittura a proporre l'abolizione del processo civile e la sua totale trasformazione in giurisdizione volontaria (⁴), la riduzione della funzione giurisdizionale a funzione di polizia, la retrocessione del diritto d'azione a semplice facoltà di denuncia (⁵). I poteri d'ini-

(1) Cfr. W. SCHOENFELD, *Der Kampf wider das subiektive Recht*, in *Zeits. d. Ak.*, cit., 1937, pag. 107 e segg.; e gli articoli che sui vari aspetti dell'argomento sono stati pubblicati da diversi giuristi tedeschi in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Berlin, 1935), ed in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I (Hamburg, 1936).

(2) SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, pag. 3.

(3) Cfr. HÖHN, *Das subiektive öff. R.*, già cit. (1936).

(4) BAUMBACH, scritto cit. (su cui la mia nota *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, n. 4; ed in questo Vol., pag. 285).

(5) *Ibidem*.

ziativa del p. m. nel campo civile diventano sempre più estesi e sempre meno eccezionali ⁽¹⁾.

Ma in altri Stati il ciclo è ancor più progredito. Nell'ordinamento del processo civile attualmente vigente in Russia, non soltanto appare ricalcata sul modello del processo penale l'istruttoria dominata dal principio inquisitorio ⁽²⁾, ma sono conferiti all'avvocatura dello Stato (p. m.) poteri di iniziativa così ampi, che quasi fanno scomparire ogni distinzione pratica fra azione civile e azione penale ⁽³⁾. Il p. m. infatti è legittimato (secondo l'art 2 del cod. proc. civ., del 10 luglio 1923, riformato nel 1936) a far valere in giudizio qualsiasi pretesa civile, a quando a suo avviso ciò sia richiesto nell'interesse dello Stato o « della massa lavoratrice »: e se il privato, formalmente titolare di questa pretesa, rimane inerte o magari si dimostra contrario all'esercizio della medesima, il p. m. ha il potere di farla valere ugualmente, senza e magari contro la volontà del creditore ⁽⁴⁾, e di sottoporre a esecuzione forzata il debitore per incamerare i suoi beni *a favore dello Stato* ⁽⁵⁾. Così il diritto soggettivo, se continua ad essere nominalmente riconlegato a un interesse del singolo, ha cessato ormai, attraverso questa legittimazione processuale conferita in ogni caso al p. m. di essere lo strumento tradizionale della volontà individuale.

Ma il processo coopera anche per altra via a questo graduale affievolimento del diritto soggettivo: in quanto, anche se in certe materie si continua a parlare di diritti individuali, la possibilità di farli valere in via giudiziaria non è più preventivamente garantita, perché, secondo l'art. 1 del cod. civ., i diritti sono tutelati dalla legge solamente in quanto « non si cerchi di realizzarli in contrasto col loro scopo economico-sociale » ⁽⁶⁾.

(1) Cfr., p. es. la legge tedesca 12 aprile 1938 a modificazione e integrazione del diritto di famiglia, su cui riferisce la mia *Rassegna*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1938, I, 268, ed in *Studi*, Voi. V, pag. 291 e segg.

(2) MAURACH, *Das Beweisverfahren im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Ostrecht*, I, pag. 773 e segg.; POPOV, *Grundsätze des Zivilprozesses der Sowjetunion*, ivi, I, pag. 897 e segg.

(3) MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeits. f. Ostr.*, II, 721 e segg.

(4) ID., scritto cit., pag. 723.

(5) ID., scritto cit., pag. 737.

(6) ID., scritto cit., pag. 723; FREYMANN, *Die Prinzipien der Rechtsspre-*

Dal diritto non scaturisce dunque senz'altro l'azione: questa può essere concessa e rifiutata caso per caso dal giudice, in base a criteri politici di opportunità: il che equivale a dire non soltanto che non esiste più in sostanza alcun diritto soggettivo privato, in quanto la tutela dell'interesse individuale non è più preventivamente assicurata dalla legge ma è condizionata volta per volta al l'umore del giudice, ma che non esiste più neanche un diritto di azione, perché il giudice può sempre, a chi gli chiede giustizia, rispondere discrezionalmente « *actionem non dabo* »⁽¹⁾.

Non sembra, dunque, che sia troppo ardita la conclusione di chi ritiene che, quantunque così discordanti tra loro, tutte le teorie sull'azione possono trovare la loro giustificazione e la loro corrispondenza in uno dei mutevoli aspetti della realtà storica, così ricca e complessa, che si muove d'intorno a noi.

Progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri discrezionali del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredit crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso⁽²⁾ — tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo.

chung in Sovietrussland, in Zeits. fîir Osteurop. R., II, 1926, n. 4, pagina 435.

(1) MAURACH, *Leitende Gedanken des Zivilprozesses in der Sovietunion*, in Zeits. f. Orteurop. R. (nuova serie), I, 1934, pag. 35 e segg.

(2) Cfr. le bellissime e presaghe pagine di JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in Arch. giur., 1932.

RILEGGENDO PIERO CALAMANDREI: “INTERESSE PUBBLICO” NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E NON RELATIVITÀ DEL PRINCIPIO DELL’IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE

Giovanni D’Angelo*

Il contributo prende le mosse da alcuni spunti iniziali offerti dal saggio di Piero Calamandrei *“La relatività del concetto di azione”* del 1939 e analizza alcuni profili attuali del processo amministrativo, soffermandosi in particolare su uno dei possibili nodi problematici, l’imparzialità del giudice come componente fondamentale del giusto processo (art. 111 Cost.). Tra i diversi stimoli che provengono da alcuni orientamenti recenti della giurisprudenza, successivi all’emanazione del codice del 2010, due tra gli altri sembrano molto significativi sul “ruolo” del giudice amministrativo nel processo; essi si collocano su piani differenti, il potere di decisione del giudice e l’istruttoria. La conclusione dell’autore è nel senso che l’imparzialità del giudice identifica un principio coessenziale all’esercizio della funzione giurisdizionale, che comporta anche il superamento di ogni concezione che dia rilievo all’esigenza di una tutela “particolare” per l’interesse pubblico all’interno del processo amministrativo.

Parole chiave: Processo amministrativo; Giudice amministrativo; Imparzialità del giudice; Principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale; Giusto processo.

* Università Cattolica del Sacro Cuore, giovanni.dangelo@unicatt.it
Contributo sottoposto a double blind peer review ai sensi dell’art. 4 c. 4 del Regolamento della Rivista



RE-READING PIERO CALAMANDREI: “INTERESSE PUBBLICO” IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND THE NON-RELATIVITY OF THE PRINCIPLE OF JUDICIAL IMPARTIALITY

The paper starts from some initial ideas offered by Piero Calamandrei’s essay “*La relatività del concetto di azione*” of 1939. It analyses some current profiles of the administrative judicial proceeding, focusing in particular on one of the possible problematic issues, the impartiality of the judge as a fundamental component of due process (art. 111 of the Constitution). Among the various stimuli arising from recent trends in jurisprudence, following the issuance of the 2010 Code, two seem very significant regarding the “role” of the administrative judge in the process; they are situated at different levels: the judge’s decision-making power and the procedural investigation. The author’s opinion is that the impartiality of the judge identifies a principle co-essential to the exercise of the judicial function, which also involves the overcoming of any conception that attributes “special” protection to the public interest within the administrative judicial proceeding.

Keywords: *Administrative judicial proceeding; Administrative Judge; Impartiality of the Judge; Constitutional Principles on Judicial Protection; Due Process.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Due spunti a partire dal saggio di Calamandrei. – 3. Interesse legittimo e tutela giurisdizionale. – 4. Legittimazione *ex lege* e processo amministrativo. – 5. Principio della domanda e imparzialità del giudice. – 6. Accesso al fatto e imparzialità del giudice. – 7. Imparzialità del giudice e giustizia “non amministrativa”.

1. PREMESSA

Non è mai facile rileggere un classico della dottrina e accompagnarla con un contributo “di commento”, che tragga spunto da quel testo discutendone in termini attuali. A maggior ragione se il saggio di cui si discute precede l’avvento della Costituzione repubblicana e si colloca in uno dei momenti più drammatici della storia del nostro Paese.

Da questo punto di vista è significativo che a distanza di soli otto anni, segnati però dalla caduta del fascismo e dalla fine della seconda guerra mondiale, Calamandrei avvertì che il fondo comune dei contributi che si raccoglievano nel V volume sui suoi *Scritti sul processo civile* rispecchiavano la conclusione di un ciclo storico ed erano accomunati dalla «consapevolezza sempre più tormentosa di una immane crisi della legalità in cui stavano per esser travolte tutte le costruzioni care ai giuristi; e insieme il disperato tentativo di difender, come si poteva, nel proprio ristretto campo, alcune di queste costruzioni pericolanti sull’orlo del precipizio»¹. Ciò emerge con particolare evidenza proprio nel saggio sulla *Relatività del concetto di azione*² del 1939. Non è un caso che il V volume degli *Scritti* di Calamandrei segua un ordine differente dagli altri volumi di raccolta, non più cioè un ordine cronologico, ma logico, inserendo prima i contributi «di teoria generale e metodologia».

¹ P. CALAMANDREI, *Avvertenza*, in ID., *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova, Cedam, 1947, p. X.

² P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1939, p. 22, poi in ID., *Studi sul processo civile*, cit., p. 1, a cui si riferiscono le citazioni di questo contributo.

Il saggio di Calamandrei tratta un tema centrale, quello dell’azione appunto, che rappresenta il “profilo tecnico” del (fondamentale) rapporto tra diritto sostanziale e processo e, allo stesso tempo, tra «cittadino e Stato, tra autorità e libertà, autorità di chi è chiamato a svolgere una sua funzione “sovrania” e libertà del singolo di stimolarne l’esercizio, con la richiesta di tutela»³. La posizione della dottrina italiana, in quegli anni, trovava la sua efficace sintesi proprio in questo contributo, il cui titolo è già di per sé estremamente significativo. Nell’*Editoriale* di Marco Magri, che in questa *Rivista* ha preceduto la ripubblicazione del saggio di Calamandrei, sono stati già messi in luce «l’antefatto» e «l’involturo dell’opera», segnatamente le polemiche vivacissime tra Satta e Carnelutti (e poi con Cristofolini) intorno agli orientamenti pubblicistici della scienza del processo⁴ e il rapporto di Calamandrei con «l’ideologia processualistica totalitaria», caratterizzato da un binomio di «ansietà e giustificazione»⁵.

La tesi espressa da Calamandrei è nota e non è isolata in quel periodo, «tantomeno innovatrice ed appare espressione di un più radicato e profondo modo d’intendere i rapporti tra stato ed individuo, si storica per poi gradire»⁶. Non è certo questa la sede per ripercorrere l’ampio dibattito su quelle posizioni né sul (tipo di) contributo di Calamandrei alla

³ V. COLESANTI, *Azione ed eccezione nel pensiero di Enrico Tullio Liebman*, in AA.VV., *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro*, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 19 ss. Calamandrei avvertiva sin dall’inizio del suo contributo che alla base di ogni discussione su «tutti i concetti primi della nostra scienza, giurisdizione, azione, rapporto processuale, loro natura giuridica e loro scopi» vi era un solo problema, «sia pure tradotto in termini di tecnica processuale»: «quello, che raffiora in tutti i campi del pensiero, delle relazioni tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità».

⁴ Naturalmente il riferimento è alla prolusione di Satta, in *Riv. dir. proc.*, I, 1937, pp. 37 ss.

⁵ In questa *Rivista*, n. 1, 2025, pp. 108 ss.

⁶ Così A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nel processo civile. Studi*, II ed., Milano, Utet, 2014, p. 312, che ricorda l’analogia posizione, nella dottrina italiana, di A. PEKELIS, *Azione*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, Utet, 1938, pp. 91 ss., in base a considerazioni già svolte dallo stesso Autore in *Il diritto come volontà costante*, Padova, Cedam, 1931, spec. p. 158 s. Anche Magri, nell’editoriale citato, evidenzia il legame tra i contributi dei due Autori, anche alla luce delle riflessioni di R. ORESTANO, *Azione in*

redazione del codice di rito del 1940, ancora di recente oggetto di studi molto approfonditi da parte della dottrina processualcivilista, a loro volta al centro di discussione⁷. Di certo, a distanza di qualche anno da quel saggio del 1939, quanto ha riaffermato l'art. 24 Cost. "a difesa" dell'azione «non è certo stata una conquista facile, nemmeno sicura o indiscussa»⁸.

Questo "commento", invece, prenderà spunto da due profili presi in considerazione nel saggio di Calamandrei che riguardano più da vicino lo studio del processo amministrativo – anche se, come si avrà modo di precisare meglio in seguito, con un carattere di attualità differente – e si svilupperà intorno all'idea di fondo dell'imparzialità del giudice, nelle sue possibili differenti declinazioni, come elemento coessenziale all'esercizio della funzione giurisdizionale, senza che assuma rilievo la circostanza che parte nel giudizio sia una pubblica amministrazione.

2. DUE SPUNTI A PARTIRE DAL SAGGIO DI CALAMANDREI

Il primo spunto di partenza per chi studia il processo amministrativo sembra "quasi obbligato", perché Calamandrei, rispetto alla funzione del processo civile, sintetizza la polemica di quegli anni, in un «dilemma»: «si deve vedere nel processo civile un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto oggettivo, ovvero un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo?»⁹. Un interrogativo che accompagnava il problema di fondo, comune a «tutti i campi del pensiero», «della relazione

generale, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 759 ss. Peraltro, è lo stesso Calamandrei a richiamare il saggio di Pekelis sull'azione, «che, quantunque presentato come voce di un'enciclopedia, costituisce in realtà il contributo più originale e penetrante che sia stato scritto dopo la prolusione di Giuseppe Chiovenda» (*ivi*, p. 3).

⁷ Il riferimento è, in particolare, a F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti Leggende Interpretazioni Documenti*, II ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

⁸ A. CHIZZINI, ...Aus so krummem Holze... Variazioni sul processo civile e costituzione e altro, in AA.VV. (a cura di), *Processo civile e costituzione. Omaggio a Niccolò Trocker*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 10.

⁹ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 2.

tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità»¹⁰, e che si correlava all'evidente tendenza, in tutti gli Stati, «a ridurre in limiti sempre più ristretti il campo del diritto soggettivo individuale»¹¹.

Nel saggio del 1939, Calamandrei constatava l'affermazione della «concezione autoritaria della giustizia civile», il più delle volte mostrando di non apprezzarla affatto, caratterizzata nel corso del tempo da una «continuata e paziente opera di erosione», da parte della dottrina, degli «elementi corporei del concetto di azione, fino a ridurlo come un puro spirito staccato dalla materia e fluttuante nell'empireo dell'interesse pubblico»¹², che trovava corrispondenza anche nel diritto positivo, a mo' di «tappe di questo graduale impoverimento del diritto soggettivo di cui l'evoluzione del concetto di azione non è un riflesso teorico».

Tra le principali manifestazioni rintracciabili nel diritto processuale positivo che segnano questo «cammino»¹³, Calamandrei individuava proprio la giustizia amministrativa, nella «quale il ricorso proposto dal cittadino contro l'atto amministrativo illegittimo non serve altro che indirettamente alla tutela dell'interesse individuale, il quale è sfruttato a fine pubblico, come uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa nella pubblica amministrazione». Si tratta, quindi, secondo Calamandrei - che sul punto richiama Chiovenda e Redenti, ma dà anche atto della posizione differente di Zanobini - di una «giurisdizione tipicamente di diritto oggettivo, di fronte alla quale il diritto di ricorso del singolo interessato, perduto ogni riferimento strumentale al diritto soggettivo, si presenta come mera azione»¹⁴.

Inoltre, Calamandrei sottolineava l'estensione delle categorie di rapporti sottoposte al diritto amministrativo (sottraendole al diritto privato) e, di conseguenza, l'ampliamento della giurisdizione amministrativa, in

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ivi*, p. 4.

¹² *Ivi*, p. 17.

¹³ «che verrebbe voglia di intitolare grandezza e decadenza del diritto soggettivo» (*ivi*, p. 18).

¹⁴ *Ivi*, p. 21.

cui il diritto soggettivo «retrocede» a «interesse occasionalmente protetto, che non è più oggetto della tutela, ma mera condizione di legittimazione»¹⁵.

Va brevemente ricordato che tali affermazioni si collocano in un contesto e in un dibattito molto vivace (anche) sull'interesse legittimo. Come è stato messo in luce con ampiezza¹⁶, negli anni Quaranta del secolo scorso, un rilievo centrale nel dibattito era ancora riconosciuto alla concezione di Oreste Ranelletti¹⁷, nella quale l'interesse legittimo era rappresentato come una situazione giuridica soggettiva che sul piano sostanziale si articolava in due figure distinte: il diritto affievolito e l'interesse occasionalmente protetto. Il ricorso al giudice amministrativo rappresentava lo strumento tipico per la tutela di tali figure, anche se nella prospettiva di Ranelletti l'attenzione si concentrava soprattutto sul diritto affievolito. Ed è proprio sull'affievolimento (o sulla degradazione) del diritto soggettivo che si era focalizzato il dibattito più vivace¹⁸, che «ben presto aveva espresso l'esigenza di una diversa rappresentazione dell'interesse legittimo»¹⁹.

Secondo una prima posizione che valorizzava ulteriormente il carattere sostanziale dell'interesse legittimo, la critica portava a superare la teoria dell'affievolimento del diritto soggettivo e a riconoscere con pienezza l'interesse legittimo già prima della sua lesione ad opera del provvedimento. Questa critica, espressa soprattutto da Miele nel 1940, portava a distin-

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione. Rileggendo Edoardo Garagnati*, in *Jus*, 2014, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2022, pp. 782 e ss.

¹⁷ Cfr. O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Milano, Giuffrè, 1937, pp. 157 ss.

¹⁸ In quegli anni, per una critica accurata alla figura del diritto affievolito cfr., per esempio, A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. II, pp. 195 ss.; U. FORTI, *In tema di diritti affievoliti*, in *Foro it.*, III, 1938, pp. 1 ss.; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, IV, 1940, pp. 49 ss. e ID., *Principii di diritto amministrativo*, Pisa, Arti Grafiche Tornar, 1945, p. 80.

¹⁹ A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 783.

guere l'interesse legittimo dal diritto soggettivo soprattutto per il suo carattere di situazione “relazionale” con il potere della pubblica amministrazione²⁰.

Invece, secondo una seconda prospettiva, pur rappresentata in modo molto vario, che esprimeva insoddisfazione per la configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale, risultavano prevalenti le difficoltà di elaborare questa situazione nell'ambito di una relazione giuridica con la pubblica amministrazione. Nell'ambito processual-civilistico, tale prospettiva era evidente nella affermazione di Chiovenda, secondo cui il ricorso al giudice amministrativo avrebbe rappresentato l'esempio dell'esercizio di un mero diritto d'azione²¹, che attuava la volontà della legge concernente l'annullamento dell'atto illegittimo; questa affermazione era stata raccolta, tra gli altri illustri studiosi del processo, proprio da Calamandrei²². Nell'ambito amministrativistico, la negazione

²⁰ G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, cit. Come ha osservato A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 783, una critica per certi aspetti analoghi «era stata espressa però, autonomamente e in un contesto diverso, anche da Barbero» (D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, IV, 1939, pp. 1 ss., specialmente pp. 41-42); tale contributo «poteva sembrare ancora tributario, per alcuni profili formali, della teoria di Ranelletti» (in particolare nel delineare l'interesse legittimo come un diritto di credito “affievolito”; *ivi*, p. 42), «ma nei contenuti si differenziava nettamente: infatti l'interesse legittimo era attratto nel novero dei diritti d'obbligazione e gli veniva perciò riconosciuto lo stesso ‘genus’ del diritto soggettivo; la distinzione fra le due situazioni soggettive emergeva piuttosto sul piano delle modalità di tutela, dato che la garanzia dell'interesse legittimo si indirizzava alla rimozione del provvedimento lesivo». Sulla centralità della concezione di Miele per il riconoscimento della piena natura sostanziale dell'interesse legittimo, anche per il valore che essa assume dato il contesto storico nella quale si collocava, v. A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in Id. (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig* (Milano, 19 aprile 2013), Napoli, Jovene, 2014, p. 21.

²¹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., vol. I, Napoli, Jovene, 1935, p. 24 (su tale concezione cfr. in particolare N. DI MODUGNO, *Le lezioni di diritto amministrativo di Giuseppe Chiovenda e l'interesse legittimo come pura azione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, pp. 658 ss.).

²² P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1943, pp. 70 ss. V., inoltre, A. SEGNI, *Giurisdizione civile*, in *Nuovo Digesto it.*, vol. VI, Torino, Utet, 1938. La posizione di Chiovenda aveva particolarmente influenzato una parte della dottrina amministrativista, per esempio cfr. F. D'ALESSIO, *Istituzioni*

dell'interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale era soprattutto espressa da Guicciardi, proprio all'inizio degli anni Quaranta del secolo scorso²³; in questa prospettiva il processo amministrativo finiva con l'attuare l'interesse pubblico all'osservanza delle norme sull'azione amministrativa e il soggetto privato «agiva quale portatore di un interesse generale, con un ruolo che, in definitiva, era diverso da quello degli altri cittadini solo perché era sostenuto da un interesse a ricorrere»²⁴.

Accanto a questo spunto di partenza ve n'è un altro che può rappresentare un sollecito per chi studia il processo amministrativo. Calamandrei, infatti, individuava un altro aspetto, nel diritto positivo, di questa tendenza dell'azione a separarsi dal diritto soggettivo. Si trattava dei casi, «in costante aumento», in cui la legge conferisce a soggetti diversi dal rapporto sostanziale controverso «il potere di provocare il provvedimento giurisdizionale», come nel campo del diritto di famiglia fino al caso limite dell'azione popolare. Casi di legittimazione generica per categorie a cui si accompagnava la «estrema espressione dell'azione civile», rappresentata dall'esercizio da parte del pubblico ministero.

Criticando Cornelutti e la collocazione sistematica di queste ipotesi sotto il profilo della sostituzione processuale, per Calamandrei tali casi «forse meriterebbero di essere posti meglio in luce, al centro della teoria generale dell'azione, poiché in molti di questi casi è difficile precisare quale sia il diritto altrui che il sostituto farebbe valere in giudizio per

di diritto amministrativo italiano, vol. II, Torino, Utet, 1934, pp. 377 ss. e ID., *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, Utet, 1938, pp. 352 ss.

²³ Cfr. E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, II ed., Padova, Cedam, 1943, pp. 239 ss. (cfr. anche ID., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 ss., poi in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, pp. 1 ss.).

²⁴ A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., p. 784.

Di lì a qualche anno i due interventi di Garbagnati (*La giurisdizione amministrativa e l'oggetto del processo amministrativo*, in *Annali di diritto comparato e studi legislativi*, 1946, pp. 54 ss. e ID., *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, Giuffrè, 1950) introducono nel dibattito un elemento fino ad allora piuttosto trascurato, rappresentato dai caratteri dell'azione di annullamento (il cui oggetto rappresenta la premessa della riflessione, nella quale diventa centrale la ricerca di una concezione dell'interesse legittimo che risulti coerente con tale premessa; sulla concezione di Garbagnati v. *funditus* A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit.).

mezzo dell'azione a lui spettante» (ciò è particolarmente evidente nel caso dell'azione esercitata dal pubblico ministero). Secondo Calamandrei, la spiegazione più semplice – «e forse storicamente più esatta» – è constatare che nel potere di azione conferito «a questi legittimi si veda semplicemente l'esercizio di un pubblico potere» e riconoscere così che «l'azione si è ridotta ormai ad un potere pubblico indirizzato unicamente all'attuazione del diritto oggettivo», «in certe zone dell'ordinamento giuridico, in cui non si può più contare sul funzionamento del diritto soggettivo»²⁵.

Questi due punti di partenza del saggio di Calamandrei assumono, rispetto al piano specifico del processo amministrativo, un carattere di attualità differente, almeno nel significato che si sta per precisare, rispettivamente, nei due paragrafi seguenti.

3. INTERESSE LEGITTIMO E TUTELA GIURISDIZIONALE

Anche nel saggio di Calamandrei la modalità della tutela dell'interesse legittimo - tipicamente costitutiva, diretta ad eliminare gli effetti del provvedimento impugnato - veniva assunta come un elemento distintivo rispetto al diritto soggettivo. Con termini più attuali si potrebbe dire che mentre la tutela del diritto soggettivo assicurerebbe direttamente la pretesa al bene della vita in cui si sostanzia il diritto, la tutela dell'interesse legittimo assicurerebbe solo indirettamente l'interesse materiale, attraverso l'eliminazione del provvedimento lesivo.

In questo modo, si finiva col ritenere che l'interesse legittimo fosse figura (solo) di ordine processuale: la rilevanza dell'interesse legittimo era ridotta alla occasione dell'impugnazione del provvedimento lesivo, in ragione del fatto che il diritto positivo individuava uno spazio per l'interesse legittimo fondamentalmente nei termini di "reazione" a una lesione²⁶.

²⁵ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., pp. 21-22.

²⁶ L'ordinamento sembrava considerare l'interesse legittimo solo in seguito a una sua lesione: paradossalmente, in questo modo, l'interesse legittimo risultava assumere rilevanza solo se oggetto di lesione.

Dunque, la rilevanza dell'interesse legittimo sembrava esaurirsi interamente sul piano della tutela²⁷ e, in quanto figura processuale appunto, avrebbe assunto evidenza esclusivamente sul piano dell'azione giurisdizionale, in particolare per l'individuazione del soggetto legittimato a contestare la legittimità dell'attività della pubblica amministrazione. In questa prospettiva, l'interesse legittimo avrebbe costituito una figura distinta e anche del tutto eterogenea rispetto al diritto soggettivo, proprio in ragione della natura tipicamente di ordine sostanziale di quest'ultimo.

È evidente che non è questa la sede per tracciare con completezza gli argomenti rispetto all'affermazione contraria a quella che emerge (anche) dal saggio di Calamandrei. È possibile solo formulare alcune brevi considerazioni, prima sulle modalità della tutela e dopo, specificatamente, sulla natura dell'interesse legittimo.

Quella concezione finiva con l'assegnare valore qualificante a un profilo della disciplina processuale che era importante, ma già allora non era essenziale, e che oggi comunque non è certamente decisivo. Basta solo qui accennare a tre elementi: a) la tutela degli interessi legittimi si attua da tempo anche attraverso il giudizio di ottemperanza, che ammette risultati ben più ampi e incisivi rispetto a una tutela costitutiva-eliminatoria; b) già prima del codice del processo del 2010, nel giudizio sul silenzio-inadempimento, quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione (ora art. 31, comma 3, c.p.a), il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio e ordinare all'amministrazione di adottare provvedimenti con un contenuto specifico; c) l'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. dispone che il privato che impugni un provvedimento di diniego può chiedere al giudice amministrativo, oltre all'annullamento del provvedimento, anche la condanna dell'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto, negli stessi limiti appena ricordati di cui all'art. 31, comma 3, c.p.c.

²⁷ Giurisdizionale, a cui si fa precipuo riferimento nel testo, o “giustiziale”, che include(va) anche i ricorsi amministrativi.

In ogni caso, le modalità della tutela giurisdizionale non costituiscono di per sé l'elemento caratterizzante della figura dell'interesse legittimo; come è stato osservato «la modalità della tutela è sempre un elemento successivo alla individuazione di una situazione soggettiva, e non è quindi il carattere che consente di definirla»²⁸. Il ragionamento deve essere rovesciato: sono gli elementi caratterizzanti dell'interesse legittimo che si riflettono sulle modalità della tutela. In ragione del fatto che l'interesse legittimo è una posizione correlata all'esercizio di un potere dell'amministrazione la sua garanzia si traduce innanzi tutto nella verifica di tale potere²⁹. Il carattere indiretto della tutela dell'interesse legittimo, al pari della sua “strumentalità” (nel senso della “utilità” al cui conseguimento esso è preordinato), sono indicativi solo nella misura in cui rappresentano la sua stretta relazione col potere amministrativo.

Ciò rappresenta la ragione fondamentale del fatto che nel nostro ordinamento la tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo è delineata, di regola, come tutela “successiva”, nel senso che presuppone che sia già intervenuta la lesione dell'interesse protetto in conseguenza dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Ed è questa la caratteristica che oggi contraddistingue il nostro processo amministrativo, non (più) la modalità impugnatoria della tutela, che appunto non può più essere considerata come un elemento che qualifica l'interesse legittimo. Infatti, se da un lato l'ipotesi ancora più frequente è che la lesione dell'interesse legittimo sia stata determinata da un provvedimento³⁰, dall'altro, la lesione dell'interesse legittimo può essere determinata dalla omissione dell'esercizio di un potere, come avviene nell'ipotesi del silenzio-inadempimento³¹. Il giudizio sul silenzio attiene alla inosservanza di un dovere di

²⁸ A. TRAVI, *Per una giustizia ‘non amministrativa’*, in A. ORSI BATTAGLINI (a cura di), *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonn-tagsgedanken)*, ristampa inalterata, Milano, Giuffrè, 2025, pp. LXXVI.

²⁹ Cfr. *ibidem*.

³⁰ Per la ragione evidente che esso è l'atto produttivo di effetti giuridici “esterni” all'amministrazione. In questo caso la tutela riguarda la verifica della legittimità del provvedimento e del procedimento che ha portato alla sua adozione.

³¹ In questo caso l'oggetto del processo amministrativo non è il provvedimento (e la sua eliminazione); l'obiettivo di chi propone il giudizio è l'adempimento del dovere di provvedere dell'amministrazione.

provvedere già pienamente maturato; quindi, anche in questo caso, la tutela giurisdizionale nei confronti di un potere amministrativo è “successiva”. Il ricorso al giudice amministrativo è ammesso solo dopo che si sia verificata la lesione dell’interesse legittimo, e non in anticipo rispetto ad essa: non sono ammesse azioni “preventive”. Regola che si ricava anche dal disposto di cui all’art. 34, comma 2, c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo non può pronunciarsi rispetto a poteri amministrativi non ancora esercitati³², con la conseguenza che «sono escluse azioni dirette ad accettare le modalità di un’attività amministrativa futura, o comunque non ancora compiuta»³³.

In definitiva, in passato, nel nostro ordinamento la tutela dell’interesse legittimo è stata modellata secondo lo schema tipico dell’impugnazione, davanti al giudice amministrativo, del provvedimento ritenuto lesivo. Invece, dall’ordinamento positivo si ricava oggi con evidenza che il criterio principale sia proprio la garanzia dell’interesse legittimo³⁴. Anche nel processo amministrativo, il principio fondamentale è quello del “carattere strumentale” della tutela giurisdizionale rispetto agli elementi che caratterizzano le situazioni giuridiche soggettive³⁵, a prescindere dall’esatta considerazione che l’azione di annullamento rappresenti tuttora, anche

³² P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2020, pp. 94 ss., individua il fondamento della disposizione nell’esigenza che la valutazione della vicenda e dei diversi interessi in gioco sia effettuata innanzi tutto nell’ambito del procedimento amministrativo, nel rispetto delle garanzie fondamentali che ne caratterizzano specificamente la disciplina.

³³ Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 209.

³⁴ «Il perfezionamento e l’arricchimento delle tecniche di tutela processuale apportato dal codice del processo amministrativo non ha quindi implicato la trasformazione dell’oggetto della protezione assicurata dalla giurisdizione amministrativa. L’interesse legittimo è e rimane la situazione comunque correlata al potere amministrativo e alle norme che ne regolano l’esercizio e la Costituzione vuole che ci sia un giudice al quale potersi rivolgere allorquando l’Amministrazione provveda alla cura dell’interesse pubblico attraverso provvedimenti amministrativi imperativi illegittimi» (F. FRANCARIO, *Note in tema di legittimazione e di qualificazione dell’interesse nel processo amministrativo*, in *Dir. e soc.*, n. 2, 2025, p. 462).

³⁵ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 72.

dal punto di vista del rito, il «prototipo della tutela giurisdizionale ottenibile di fronte al giudice amministrativo»³⁶.

Quanto poi specificatamente alla natura dell’interesse legittimo come una posizione di diritto sostanziale, qui è possibile effettuare solo un breve cenno, richiamando sinteticamente concetti oramai assai diffusi nel dibattito scientifico; oltretutto si tratta di un “risultato” – quello della qualificazione sostanziale dell’interesse legittimo – oggi condiviso³⁷, anche se attraverso percorsi argomentativi non del tutto coincidenti. A mio avviso, tale questione può essere affrontata correttamente solo sulla base del diritto positivo.

È noto che una parte autorevole della dottrina abbia tratto “direttamente” dall’art. 24, comma 1, Cost. la conclusione della natura sostanziale dell’interesse legittimo³⁸. In particolare, la collocazione a fianco, sullo stesso piano, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ha ingenerato la convinzione che la Costituzione abbia consacrato l’interpretazione dell’interesse legittimo come posizione qualificata di carattere sostanziale, al pari del diritto soggettivo (situazione sostanziale per definizione). Per effetto dell’interpretazione accolta dall’art. 24, comma 1, Cost., dunque, l’interesse legittimo non potrebbe più essere ritenuto solo come una posizione processuale o come un semplice riflesso di un interesse pubblico al corretto esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione; l’interesse legittimo si eleverebbe al rango di interesse “individuale” del cittadino.

³⁶ F. CORTESE, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Firenze, Le Monnier Università, 2021, p. 49.

³⁷ A. ROMANO, *Conclusioni*, in A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull’interesse legittimo*, cit., pp. 179-180: «dell’interesse legittimo, della condivisione del concetto tra chi anche oggi ritiene classicamente la persistente validità e rilevanza di esso, mi sentirei di dire che è un solo suo tratto che oggi pare indiscusso [...]: è una situazione che, anzitutto, ha carattere sostanziale».

³⁸ Per tutti V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 16 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, Morano, 1963, p. 40. La posizione è diffusa anche nelle trattazioni manualistiche più aggiornate; ad esempio, cfr. G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Torino, Giappichelli, 2025, p. 146.

Questa posizione non è scontata, nel senso che dall'art. 24, comma 1, Cost. non è certo che si possano desumere argomenti decisivi a favore dell'interpretazione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale: l'Assemblea costituente intendeva assicurare esclusivamente che la garanzia del diritto d'azione comprendesse a pieno titolo anche gli interessi legittimi, senza che fosse circoscritta ai soli diritti soggettivi. L'art. 24, comma 1, Cost., afferma il principio della pienezza della tutela, che deve orientare sia la disciplina del processo civile che quella del processo amministrativo³⁹, mentre non sembra decisivo rispetto alla questione della natura dell'interesse legittimo. Dunque, l'interpretazione dell'interesse legittimo come posizione di carattere sostanziale (invece che processuale) non è imposta – o comunque non deriva direttamente – dalla norma costituzionale, ma va ricavata da altre disposizioni dell'ordinamento⁴⁰.

L'affermazione che l'interesse legittimo rilevi autonomamente, indipendentemente cioè da una sua lesione (“da provvedimento” o “da comportamento”)⁴¹, trova un argomento molto significativo nella legge generale sul procedimento amministrativo del 1990⁴². Gli strumenti di garanzia, stabiliti da questa legge per gli interessi legittimi, a partire sin dall'avvio del procedimento amministrativo, ha assegnato rilevanza all'interesse legittimo prescindendo del tutto dal verificarsi di una lesione all'interesse del soggetto privato e dalla impugnazione del provvedimento conclusivo. In particolare, per chi sia titolare di un interesse legittimo, gli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo non rappresentano una forma di tutela anticipata o comunque di tutela strumentale rispetto

³⁹ È significativo che l'art. 1 del Codice del processo amministrativo del 2010 sia dedicato proprio alla garanzia della tutela piena ed effettiva. Sul principio, anche alla luce del riferimento alla Costituzione, si rinvia a F. CORTESE, *Art. 1*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Milano, Cedam, 2021, pp. 5 ss.

⁴⁰ Per questa lettura v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 100. In termini favorevoli ad assegnare un «ruolo di rilievo alla Costituzione», senza però che la collocazione, nell'art. 24 Cost., dell'interesse legittimo «a fianco del diritto soggettivo, situazione sostanziale per eccellenza» costituisca un dato determinante, v. F.G. SCOCA, *Contributo sull'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 13-14.

⁴¹ Su un piano, quindi, che non è né quello della tutela giurisdizionale, né quello (da questo punto di vista) affine della tutela tramite ricorsi amministrativi.

⁴² A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 12.

all’impugnazione di un provvedimento sfavorevole. La partecipazione del cittadino al procedimento si attua integralmente su un piano di diritto sostanziale, in particolare attraverso l’accesso agli atti del procedimento e la presentazione di memorie e documenti⁴³, che consentono all’amministrazione titolare della funzione di realizzare una più completa conoscenza dei fatti e una migliore valutazione degli interessi ai fini dell’adozione del provvedimento finale. Inoltre, la disciplina generale sul procedimento amministrativo disegna l’interesse legittimo come figura “attiva”, caratterizzata da una serie di prerogative dirette a incidere sull’esercizio della funzione amministrativa⁴⁴.

A ciò si aggiunga, ovviamente, il pieno riconoscimento, prima a livello giurisprudenziale e subito dopo anche sul piano legislativo, del risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: se l’interesse legittimo rileva sul piano del diritto sostanziale non può essere ritenuto ragionevole escludere il risarcimento in caso di sua lesione⁴⁵, anche se va ricordato che tale conclusione sia stata “sofferta” e raggiunta dalla giurisprudenza solo dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso.

4. LEGITTIMAZIONE *EX LEGE* E PROCESSO AMMINISTRATIVO

Il secondo spunto di partenza del saggio di Calamandrei, come si è anticipato, attiene a quei casi in cui, la legge conferisce a soggetti diversi da quelli titolari del rapporto sostanziale controverso «il potere di provocare il provvedimento giurisdizionale».

In chiave di attualità, il riferimento più immediato è ai casi in cui la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo non è ricondotta,

⁴³ Ovviamente il riferimento è all’art. 10 l. n. 241/1990.

⁴⁴ Cfr., per tutti, B. SORDI, voce *Interesse legittimo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 725.

⁴⁵ Sull’ampiezza della tutela risarcitoria rispetto agli interessi legittimi, in particolare alla luce del sistema di azioni delineato nel codice del processo del 2010, cfr., per tutti, F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La “nuova” responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2012, pp. 968 ss.

come di regola, alla titolarità di un interesse legittimo o, nelle materie devote alla giurisdizione esclusiva, anche di un diritto soggettivo⁴⁶. Al di là del caso delle azioni popolari, da lungo tempo previste nel nostro ordinamento, le ipotesi più frequenti nella legislazione recente attribuiscono a determinati soggetti pubblici la legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo nei confronti di alcuni provvedimenti di altre amministrazioni (c.d. legittimazione *ex lege*)⁴⁷.

Si tratta di un aspetto di un fenomeno ancora più ampio di emersione del contenzioso tra amministrazioni, dalla dottrina spesso ricondotto alla

⁴⁶ In generale al dibattito sulla legittimazione a ricorrere hanno contribuito negli ultimi anni diversi interventi in particolare, C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2014, pp. 341 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, FrancoAngeli, 2018; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2019, p. 511 ss.; B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2020; M. DELSIGNORE, *L’amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020; G. LIGUGNANA, *Contributo allo studio delle legittimazioni ex lege nel processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022; nonché, anche se sulla base di considerazioni del tutto diverse, P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, nei quali sono state espresse posizioni sensibilmente diverse. Per un’ampia analisi del tema, anche alla luce di tali contributi e di altri scritti recenti in argomento, si rinvia a G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2021, pp. 449 ss. e a A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, pp. 773 ss. Per l’esigenza di una interpretazione rigorosa della legittimazione a ricorrere ai fini dell’accesso alla giurisdizione amministrativa, cfr. L. DE LUCIA, *La cittadinanza presa sul serio. Legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo e tutela degli interessi diffusi e collettivi*, in *Politica del diritto*, 2022, pp. 85 ss.

⁴⁷ Su questo fenomeno v. l’ampia ricerca, anche in chiave comparatistica, contenuta nel volume di M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

frammentazione e della pluralizzazione degli interessi pubblici⁴⁸, che si manifesta anche al livello di enti territoriali⁴⁹.

Rispetto all'aspetto che si sta prendendo in considerazione, il riferimento è, in particolare, ad alcune disposizioni che attribuiscono a determinati soggetti amministrativi, in particolare ad autorità amministrative indipendenti, la possibilità di impugnare un atto di un'amministrazione, a prescindere dal coinvolgimento di un loro specifico interesse⁵⁰.

⁴⁸ M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in ID (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 30, che sottolinea come ciò sia «incrementato negli ultimi anni a causa del mutato contesto sociale, politico, culturale nonché delle politiche di decentralizzazione».

⁴⁹ Cfr. M. RENNA, S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, pp. 677 ss., che riconducono il progressivo incremento del contenzioso tra amministrazioni locali quale effetto della moltiplicazione dei centri di potere e della configurazione di funzioni amministrative “pluri-strutturate” nonché della inidoneità degli strumenti di coordinamento procedurale a raggiungere la sintesi e la “unità” nella funzione esecutiva; con la conseguenza che le “crisi di cooperazione” tra pubbliche amministrazioni finiscono per essere trasposte in sede processuale.

⁵⁰ Per esempio, a salvaguardia dell'autonomia delle Università sono stati soppressi i controlli ministeriali di legittimità sui loro statuti e regolamenti, ma nel contempo è stato stabilito che il Ministro, se ritenga illegittimo lo statuto o il regolamento dell'Università, lo possa impugnare e chiederne l'annullamento in sede giurisdizionale (art. 6, l. 9 maggio 1989, n. 168). All'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stata attribuita la legittimazione a ricorrere contro gli atti «*di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*» (art. 35 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, che ha introdotto l'art. 21-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287). All'Autorità nazionale anticorruzione è stata attribuita la legittimazione ad agire «*in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*» (art. 220, comma 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36; con riferimento ai provvedimenti viziati da «gravi violazioni», cfr. il 3° comma della medesima disposizione). Al Ministro delle finanze è stata attribuita la legittimazione a impugnare «*per vizi di legittimità*» i regolamenti degli enti locali in materia tributaria (art. 52 d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446). Anche all'Autorità di regolazione dei trasporti è stata espressamente attribuita la legittimazione a ricorrere in ordine ad atti di gestione del servizio di mobilità urbana (art. 37 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201). Da ultimo, su questi casi, cfr. S. TRANQUILLI, *La legittimazione a ricorrere dei ministeri e delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir e soc.*, 2025, pp. 385 ss., in particolare pp. 395 ss. (e *ivi*, p. 402, anche l'analisi dell'attribuzione «di stravaganti poteri di ricorso all'Autorità garante nazionale dei diritti per le persone con disabilità»).

In questi casi obiettivo del legislatore è apprestare una tutela più efficace della legittimità amministrativa in ambiti di notevole rilievo dal punto di vista istituzionale, economico, sociale, probabilmente anche in ragione di una certa sfiducia istituzionale nei confronti dell'amministrazione titolare della funzione⁵¹ e in correlazione con il superamento del precedente regime dei controlli⁵².

L'obiettivo, dunque, è perseguito assegnando a una determinata autorità amministrativa di rilevanza istituzionale negli stessi ambiti – un Ministro o più di frequente un'Autorità indipendente – una speciale legittimazione a ricorrere a salvaguardia della legalità in un determinato settore, di regola in una logica di continuità con le funzioni amministrative (il più delle volte di vigilanza e controllo) esercitate dalla medesima autorità: si pensi al caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con riferimento all'impugnazione di provvedimenti lesivi della concorrenza, o al caso dell'Autorità nazionale anticorruzione, con riferimento all'impugnazione di provvedimenti in contrasto con le norme sui contratti pubblici. L'esigenza di effettività della disciplina è perseguita da queste autorità anche con lo strumento processuale dell'azione giurisdizionale.

L'attribuzione di una legittimazione a ricorrere direttamente da parte della legge, tra l'altro sempre più frequente negli ultimi anni, ha sollevato numerosi interrogativi, che non è possibile ripercorrere in questo contributo. Al di là della indubbia rilevanza del fenomeno e del “conflitto istituzionale” che il giudice amministrativo è chiamato a dirimere in questi casi, l'interpretazione più convincente, a mio parere, è quella secondo cui la circostanza che in certi casi la legge conferisca una legittimazione a ricorrere a determinati soggetti introdurrebbe una logica diversa da quella

⁵¹ Cfr. L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell'amministrazione pubblica*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 99.

⁵² Sul tema della legittimazione *ex lege* delle autorità amministrative indipendenti si rinvia agli studi monografici M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., pp. 53-111; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, cit., pp. 362-371 (nonché ID., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, in particolare pp. 622-626).

generale che correla la legittimazione a ricorrere alla titolarità di un interesse legittimo: si configurerebbe negli stessi casi una legittimazione a ricorrere disancorata da un interesse qualificato, almeno nei termini di un interesse individuale⁵³.

È possibile però affermare che tali ipotesi siano riconducibili, più esattamente, a casi di «legittimazione “oggettiva”», e non di giurisdizione oggettiva⁵⁴: questa distinzione non è meramente descrittiva e si spiega se si ha riguardo alla lettura che privilegia, correttamente, le regole dettate per lo svolgimento del processo⁵⁵.

⁵³ A. MOLITERNI, *La legittimazione ad agire dell'A.G.C.M.*, in M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato: la legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 41: «appare preferibile ritenere che ci si trovi semplicemente dinanzi ad una legittimazione ad agire speciale – o anche oggettiva – non connessa alla tutela di una posizione soggettiva individuale, ma finalizzata ad assicurare il corretto funzionamento del mercato [...]. Nello stesso senso, tra i numerosi contributi, cfr. L. BELVISO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all'oggettività del giudizio amministrativo?*, in *Riv. reg. mercati*, 2019, pp. 264 ss.; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 2012, pp. 11 ss.; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 471 ss.; S. TUCCILLO, *La legittimazione processuale delle autorità indipendenti. Il caso ANAC*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, pp. 204 ss.

⁵⁴ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e “oggettiva” ad adire nel processo amministrativo*, cit., pp. 341 ss., *passim* e in particolare pp. 382-383. Diferentemente, un'altra parte della dottrina ha ricondotto comunque tali ipotesi nell'ambito della giurisdizione soggettiva, in ragione del fatto che consentono alle Autorità indipendenti di far valere in giudizio un interesse specifico (per esempio, con riferimento all'AGCM, cfr. A.M. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012).

⁵⁵ Tra gli esempi ricordati da V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e “oggettiva” ad adire nel processo amministrativo*, cit., p. 382, oltre all'archetipo rappresentato dal processo penale, si fa menzione, nella giurisdizione civile, dei processi di interdizione e di inabilitazione e di quelli i processi in materia matrimoniale.

In effetti, nei casi richiamati il processo non acquista i caratteri (o non acquista quelli decisivi) del processo “a contenuto oggettivo”⁵⁶ o “di giurisdizione oggettiva”⁵⁷ o “meramente oggettiva”, secondo le diverse terminologie adoperate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Nei processi di questo tipo, l’azione «è mero impulso processuale e una volta esercitata, è compito del giudice accettare la verità della situazione controversa, con piena disponibilità circa l’identificazione dell’oggetto, dell’accertamento giurisdizionale (non limitato dalla domanda), nonché delle prove che risultano necessarie a tal fine»⁵⁸. Qui la funzione del processo è affatto diversa, in quanto non è intesa ad accettare la fondatezza o meno di quanto dedotto dalle parti (che ovviamente varia a seconda che in rilievo venga una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo); si registra il dovere del giudice di «provvedere ogni volta che si trova in presenza di situazioni specialmente contemplate dalla legge»⁵⁹ e così il processo mira ad accettare «nella sua oggettività e verità, una determinata situazione, circa la quale la legge impone al giudice di pronunziarsi»⁶⁰. Ciò si desume dalle differenze di struttura del processo, con la modifica delle posizioni delle parti e del giudice, che diviene *dominus* della vicenda processuale⁶¹.

Nei casi di “legittimazione oggettiva” presi in considerazione⁶², l’azione da parte dell’autorità amministrativa non è esercitata nell’interesse “proprio”, ma a tutela di un interesse di cui il soggetto agente è portatore *ex lege*, di regola per la sua posizione istituzionale o, forse meglio, per la rilevanza della funzione amministrativa assegnatagli dall’ordinamento.

⁵⁶ F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 495 ss.; secondo l’Autore tale denominazione consente di aderire maggiormente all’analisi della struttura del giudizio piuttosto che alla sua finalità.

⁵⁷ Secondo la terminologia più diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza.

⁵⁸ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e “oggettiva” ad adire nel processo amministrativo*, cit., p. 383.

⁵⁹ V. F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit.

⁶⁰ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, cit.

⁶¹ F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 500, che suggerisce di privilegiare «l’adesione a un metodo che rifiuta le indagini funzionali per privilegiare la morfologia, la ricerca del dato strutturale, le regole formali dettate dal legislatore per lo svolgimento di tali processi».

⁶² Cfr. nota n. 50.

Tuttavia, una volta che l'azione sia stata esercitata, la struttura del processo non cambia⁶³, il processo si svolge secondo le modalità consuete dello schema “soggettivo” e del processo di parti; in particolare, non subisce variazioni in ordine al principio della domanda, che nel processo d'impugnazione fa sì che la pronuncia del giudice debba essere fondata rigorosamente sulle censure formulate con il ricorso (e con il ricorso incidentale). L'oggetto dell'accertamento giudiziale, in questi casi, non è la legalità dell'azione amministrativa in quanto tale, ma la fondatezza dei motivi proposti dalle parti a sostegno dell'illegittimità del provvedimento impugnato; in altri termini, l'oggetto «è quello fissato attraverso le domande e le difese e le eccezioni di parte»⁶⁴. Allo stesso modo, le regole che governano l'istruttoria sono analoghe e al ricorso può farsi rinuncia secondo le disposizioni ordinarie⁶⁵.

Anche il parametro del sindacato del giudice rimane il medesimo, saldamente giurisdizionale, cioè sulla legittimità dell'atto oggetto della domanda di annullamento; la legittimazione straordinaria (o *ex lege*) non comporta assolutamente che il giudice possa conoscere dell'opportunità amministrativa o decidere in merito alla composizione di interessi, il giudizio si svolge unicamente nella logica del sindacato sulla legittimità degli atti. In altri termini, a mio avviso, il giudice non diventa arbitro degli interessi in gioco, non decide quale interesse pubblico sia prevalente⁶⁶ (sempre che in queste ipotesi si possa ragionare senza eccezione in termini di interessi confliggenti tra l'amministrazione che ha adottato il

⁶³ M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania. Contributi per un confronto*, cit., p. 114. Nello stesso senso anche M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., pp. 111 ss., in particolare p. 115.

⁶⁴ V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 380.

⁶⁵ *Ivi*, pp. 380-381.

⁶⁶ È la tesi espressa, per esempio, da M. MACCHIA, *La legittimazione giudiziale delle pubbliche amministrazioni*, in ID. (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 29 ss., che però riconosce che «la legittimazione di cui si discorre non ha la forza di trasformare integralmente i caratteri della giurisdizione, nel senso che [...] le regole processuali e la struttura del processo restano le medesime» (*ivi*, p. 20).

provvedimento e l'autorità che lo ha impugnato); la “prevalenza” di una delle due parti in causa si muove sul piano della conformità (o meno) dell'atto alla legge. Il giudice esercita, anche in questi casi, un sindacato di legittimità e la sua decisione deve avere come unico riferimento la legge. Ciò al netto della considerazione che l’“interesse della funzione” che l'Autorità indipendente tutela attraverso l’impugnazione è certamente differente dall’interesse individuale⁶⁷, elemento che si può riflettere su altri profili, per esempio in punto di valutazione dell’interesse a ricorso⁶⁸, in ragione dell’assenza, nell’“interesse della funzione”, della “tensione” verso un bene della vita; tuttavia, per entrambi gli “interessi” la tutela avviene attraverso la garanzia della legittimità dell’attività amministrativa.

Insomma, nei casi di “legittimazione oggettiva”, ci troviamo di fronte allo stesso tipo di processo amministrativo, non a un “processo diverso”, nel senso che le regole di quel processo restano quelle previste in via generale dal Codice, non si modificano in ragione del fatto che la tutela riguardi un interesse generale (o forse meglio un interesse pubblico, nel

⁶⁷ In questa prospettiva si condivide l'affermazione che in questi casi entra in crisi la funzione, o forse meglio la finalità, di «tutela diretta di situazioni giuridiche soggettive» (L. BELVISO, *La legittimazione processuale delle autorità amministrative indipendenti: un ritorno all’oggettività del giudizio amministrativo?*, cit., in particolare pp. 264 ss.; M. DELSIGNORE, *L’amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., pp. 115 ss.; con precipuo riferimento all’azione a tutela del diritto d’accesso civico v. M. RAMAJOLI, *Legittimazione a ricorrere e giurisdizione oggettiva*, cit., p. 148).

⁶⁸ Per esempio, con riferimento al quesito circa l'onere d'immediata impugnazione (anche) delle clausole non immediatamente escludenti del bando di gara, l'Adunanza plenaria ha risposto negativamente e ha ricordato che «la legittimazione dall'Anac viene esercitata a presidio dell'interesse pubblico alla concorrenza in senso complessivo (di qui, anche, la limitazione ai «contratti di rilevante impatto» contenuta nella citata disposizione) e postula un interesse «certo» e prioritario (quello alla rimozione del bando). Il partecipante alla gara, invece, ha un interesse del tutto distinto da quello pubblicistico: ha l'interesse primario ed immediato ad aggiudicarsi la gara medesima; è quindi ravvisabile un interesse dell'offerente a proseguire la gara, funzionale ad ottenere il bene della vita cui esso aspira, rappresentato dall'aggiudicazione; soltanto laddove l'aggiudicazione diviene impossibile assume rilievo l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara; ma non è certo che nella fase embrionale della procedura (che è questa la fase in cui egli dovrebbe proporre l'impugnazione avverso il bando) l'interesse all'aggiudicazione sia certamente frustrato» (Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Foro it.*, 2019, III, p. 67, con nota di E. TRAVI).

senso che in questi casi la tutela riguarda un'esigenza specifica della funzione, che appartiene al soggetto che ha la legittimazione⁶⁹), anziché un interesse individuale.

Dal punto di vista finora delineato, un'ipotesi che si distingue nettamente dai casi di legittimazione oggettiva è rappresentato dalle sanzioni alternative che il giudice amministrativo può irrogare nell'ambito del giudizio speciale sulle procedure contrattuali (art. 123 c.p.a.)⁷⁰. Esse non sono dirette a punire il contegno processuale delle parti (e dunque non sono sanzioni processuali), ma la scorrettezza della procedura di aggiudicazione del contratto⁷¹ e sono accomunate dall'esigenza di non lasciare priva di conseguenze una grave violazione della amministrazione aggiudicatrice nel caso in cui il giudice non dichiari l'inefficacia del contratto⁷².

In questa ipotesi, le regole fondamentali del processo mutano: il giudice è tenuto ad applicarle d'ufficio, anche in assenza di una domanda del

⁶⁹ Cfr. A. CIOFFI, *Interesse generale e legittimazione oggettiva*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profilo oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, cit., p.291.

⁷⁰ Se il giudice amministrativo non dichiara l'inefficacia del contratto, o dichiara l'inefficacia in termini temporalmente limitati (ossia, solo rispetto alle prestazioni ancora da eseguire), o accetta l'inosservanza dei c.d. termini di *stand still* (il termine dilatorio che deve intercorrere fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto o quello di sospensione che deriva dalla notifica del ricorso), irroga una sanzione nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta di una sanzione pecuniaria di ammontare proporzionale al valore del contratto o, anche in via cumulativa, della riduzione della durata residua del contratto.

⁷¹ Sulle ragioni a favore della legittimità costituzionale dell'attribuzione della potestà sanzionatoria in esame al giudice amministrativo v., per tutti, P. CERBO, *Le «sanzioni alternative» nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2010, p. 881, che rileva inoltre la natura giurisdizionale (e non amministrativa) del provvedimento con il quale il giudice irroga le sanzioni.

⁷² Va però precisato che nell'ipotesi di violazione dei termini di *stand still* la sanzione non è “alternativa”, nel senso che non viene irrogata in luogo della dichiarazione di inefficacia del contratto (cfr. M. CONDORELLI, *Le sanzioni alternative nel giudizio sulle procedure contrattuali*, in P. CERBO, G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI (a cura di), *Amministrare e giudicare*, Napoli, Jovene, 2022, p. 21, che aggiunge che «poiché in questi casi l'illecito è meramente formale e non influisce sulla legittimità dell'atto di aggiudicazione, la sanzione può ben essere comminata in una sentenza che rigetta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione o la dichiara inammisibile.»)

ricorrente, e non è prevista una parte pubblica che le richieda (come invece accade nel processo penale). Si delinea così una «sentenza senza azione»⁷³, in evidente deroga al principio della domanda che governa anche il processo amministrativo. Inoltre, alla stazione appaltante è garantito il contraddittorio processuale (solo) attraverso le modalità di cui l'art. 73 c.p.a. (art. 123, 2° comma, c.p.a.).

Rispetto a questa previsione di per sé “eccentrica”, non a caso derivata dalla direttiva europea sui ricorsi del 2007⁷⁴, appare problematico ammettere che il giudice amministrativo possa applicare tali sanzioni senza disporre di poteri d’ufficio anche quanto all’allegazione dei fatti, oltre che per la loro prova, a maggior ragione se si considera che l’applicazione della sanzione presuppone una ponderazione del caso concreto, resa maggiormente significativa dalla circostanza che la disposizione si limita a stabilire un minimo e un massimo edittale della sanzione⁷⁵.

Infine, un profilo differente è quello relativo all’interrogativo se l’art. 24 Cost., e in particolare il riferimento alla tutela “dei propri diritti e interessi legittimi”, possa rappresentare una ragione ostativa dei casi di legittimazione *ex lege* del tipo di quelli esaminati.

L’argomento che non sia mai stata dichiarata l’illegittimità costituzionale delle azioni popolari o di forme di legittimazione *ex lege* di soggetti

⁷³ A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 75 (in particolare pp. 85-86).

⁷⁴ Il riferimento, in generale, è al dibattito molto ampio nel settore dei contratti pubblici in ordine alle caratteristiche delle forme di tutela derivate, o a volte imposte, dalle direttive europee e dall’interpretazione datane dalla Corte di Giustizia (cfr., tra gli altri, M. SILVESTRI, *Le condizioni dell’azione nel rito in materia di contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2017, pp. 940 ss.; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2014, pp. 423 ss.; M.C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Napoli, Jovene, 2013).

⁷⁵ Sui poteri officiosi del giudice in rapporto al principio di imparzialità e terzietà, alla luce sia dello «standard costituzionale» sia di quello «convenzionale», v. M. CONDORELLI, *Le sanzioni alternative nel giudizio sulle procedure contrattuali*, cit., pp. 32-38.

pubblici non è decisivo, anche se la dottrina ha opportunamente ricordato che la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità di prevedere azioni il cui principale interesse alla base sia «quello generale alla buona amministrazione» e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di leggi regionali che avevano escluso casi di azioni popolari previste nella legislazione statale⁷⁶.

In altri termini, il fatto che debba essere sempre assicurata la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione non implica necessariamente che la tutela davanti al giudice non possa estendersi anche a situazioni in cui la legittimazione a ricorrere sia disancorata da una posizione di interesse qualificato⁷⁷. Gli artt. 24 e 113 Cost. assicurano indefettibilmente la tutela dei cittadini nei confronti del potere amministrativo, ma ciò non si traduce anche in un divieto posto al legislatore di prevedere casi di legittimazione “oggettiva”⁷⁸.

Allora la riflessione sul possibile confine di costituzionalità di alcune di queste disposizioni - almeno nella misura in cui esse non siano più solo

⁷⁶ Sul punto v. F. GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione europea: verso una giurisdizione (primariamente) di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2022, p. 394, che sul punto richiama, rispettivamente, Corte. cost., 9 maggio 1973, n. 70 e Corte. cost., 14 aprile 1965, n. 26.

⁷⁷ Analoga conclusione, in riferimento a «una visione più generosa dell'interesse e legittimazione al ricorso, quale emergente in sede UE» nell'ambito del contenzioso sui contratti pubblici, esprime F. GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva dell'Unione europea*, cit., *passim*. Inoltre, come rileva puntualmente V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, cit., p. 373: «Sostenere che vi sarebbe un vincolo costituzionale circa l'attribuzione al giudice amministrativo solo di una giurisdizione di tipo “soggettivo” costringe quegli autori (e anche la giurisprudenza) ad arditi ragionamenti per condurre anche questi casi di legittimazione “oggettiva” (segnatamente quelli di cui alle recenti citate norme) nell'ambito della tutela di interessi legittimi (al fine dichiarato di salvare la legittimità costituzionale delle norme stesse). Ma questa posizione non può essere condivisa, perché condurrebbe a svisare del tutto la natura sostanziale dell'interesse legittimo (situazione protetta distinta, ma assimilabile ai diritti soggettivi come quella che garantisce a un soggetto un bene, nei limiti posti dalla legge) e la profonda distinzione che passa tra interesse legittimo e interesse pubblico, o generale, (del quale un determinato soggetto abbia il compito “oggettivo”, e doveroso, di cura e tutela)».

⁷⁸ *Ivi*, p. 374.

ipotesi “eccezionali” - va probabilmente posta sul piano differente del diritto sostanziale, che qui è possibile solo accennare, quello cioè di una riflessione critica sul “modello” di autorità amministrativa indipendente che si è affermato in questi anni, come fattore di deroga al sistema di valori e garanzie imprescindibili propri del diritto amministrativo, sotto diversi aspetti⁷⁹, nonché sulle disfunzioni e sui malfunzionamenti delle pubbliche amministrazioni a cui il fenomeno è, almeno in parte, in correlazione⁸⁰.

5. PRINCIPIO DELLA DOMANDA E IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE

Le considerazioni espresse nel paragrafo precedente rappresentano la stura per qualche breve considerazione sul principio della domanda nel processo amministrativo.

L'affermazione di questo principio passa attraverso tre profili principali, che trovano conferma nell'attuale assetto positivo: l'iniziativa processuale è riservata alla parte, di modo che l'esercizio delle funzioni giurisdizionali presuppone sempre il ricorso della parte; il divieto di ultrapetizione, nel significato secondo cui il giudice si pronuncia «nei limiti della domanda» (cfr. l'art. 34, 1° comma, c.p.a.)⁸¹; la disponibilità dell'azione

⁷⁹ P. CERBO, *Conclusioni*, relazione tenuta all'incontro di studio presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 6 giugno 2025, *Le amministrazioni indipendenti in Italia e in Spagna. Modelli, compiti e poteri a confronto*. Tra gli evidenti profili “di deroga” l'Autore ha ricordato il rapporto tra principio di legalità e poteri impliciti, la gerarchia delle fonti, la dinamica procedimentale nonché i profili organizzativi e contabili e ha avanzato il dubbio circa l'utilità dell'istituzione di nuove autorità indipendenti, in luogo della pubblica amministrazione «tradizionale», soprattutto se quest'ultima venisse nuovamente dotata di corpi tecnici adeguati, le cui competenze rappresentano già di per sé una garanzia d'indipendenza.

⁸⁰ Cfr. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, cit., pp. 117-119.

⁸¹ Per un approfondimento su questo profilo v. M. RAMAJOLI, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo fra forma e contenuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, in particolare pp. 1070-1074.

anche dopo la proposizione del ricorso (cfr. l'art. 84 c.p.a. sulla rinuncia al ricorso)⁸².

Non deve sorprendere la vigenza del principio della domanda rispetto a un processo che di regola concerne l'attività della pubblica amministrazione e che, nel caso di accoglimento della domanda di annullamento proposta dal ricorrente, può travolgere l'assetto degli interessi pubblici delineato nel provvedimento impugnato. Come è emerso anche in precedenza, non va trascurato che, in realtà, pure a fondamento del processo amministrativo, vi è la tutela una posizione di libertà, l'interesse legittimo appunto. Di questa posizione di libertà, alla stessa stregua di quanto accade nel processo civile rispetto al diritto soggettivo, «il principio della domanda rappresenta una proiezione sul piano processuale»⁸³.

Inoltre, va considerato che il principio della domanda si fonda anche nella (o comunque è strettamente connesso alla) garanzia dell'imparzialità del giudice⁸⁴, soprattutto dopo la riforma costituzionale del 1999 e nell'identificazione esatta, nel secondo comma dell'art. 111 Cost., degli elementi che «necessariamente concorrono a definire il parametro di “giustezza” – e quindi di costituzionalità – di ogni tipo di processo»⁸⁵.

⁸² Nella concezione espressa da M. NIGRO, voce *Domanda (principio della). II* *Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, Treccani, 1989, rientrerebbe tra i corollari anche il principio del contraddittorio.

⁸³ In questi termini A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 250.

⁸⁴ Come osserva A. CHIZZINI, *Pensiero e azione nel processo civile*, cit., p. 240, nota n. 89, «principio della domanda e principio dispositivo sembrano, per quanto autonomi, piuttosto allineati l'uno all'altro, proprio a ragione del fondamento stesso, parzialmente convergente, di quei principi nella garanzia dell'imparzialità del giudice» (il riferimento precipuo è a E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, poi in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, Morano, 1962, p. 3 ss., v. in particolare p. 12). Sul principio della domanda come espressione del principio di imparzialità del giudice v., inoltre, C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. civ.*, vol. VII, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 57 ss.; M. NIGRO, voce *Domanda (principio della)*, cit., pp. 1 ss.; G. VERDE, voce *Domanda (principio della)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma, Treccani, 1989, pp. 1 ss.

⁸⁵ M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. V agg., Milano, Giuffrè, 2001, p. 605. Nel senso che l'imparzialità e la terzietà «colgono innanzi tutto a livello di assoluta inderogabilità la ratio del principio della domanda, della distinzione tra chi chiede e chi rende giustizia. Sotto questo aspetto nessun compromesso è possibile», v. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, col. 242.

Questo profilo introduce, a mio avviso, uno dei possibili nodi problematici del processo amministrativo oggi, l'imparzialità del giudice come componente fondamentale del giusto processo (art. 111 Cost.). Tra i diversi stimoli che provengono da alcuni orientamenti recenti della giurisprudenza, successivi all'emanazione del codice del 2010, due tra gli altri mi sembrano significativi sul “ruolo” del giudice amministrativo nel processo; essi si collocano su piani differenti, il potere di decisione del giudice e l’istruttoria.

Il primo riguarda l’interpretazione del giudice amministrativo in ordine al “risultato” dell’azione di annullamento. Com’è noto, a partire da una decisione del 2011, il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile “modulare” nel tempo la decorrenza degli effetti della sua sentenza, alla luce delle conseguenze prodotte⁸⁶. Per esempio, può escluderne in tutto o in parte la portata retroattiva. Questa facoltà del giudice non trova riscontro nel codice del 2010, ma in alcune occasioni il giudice amministrativo ha ritenuto di accogliere il ricorso, di dichiarare l’illegittimità dell’atto impugnato senza annullarlo⁸⁷. Questo orientamento non convince, sia perché il giudice si è arrogato un potere (quello di escludere l’annullamento del provvedimento amministrativo impugnato pur dichiarandone l’illegittimità) che presuppone una disposizione di legge che l’ordinamento non

⁸⁶ Secondo G. TROPEA, *L’effettività “equitativa” della decisione del giudice amministrativo: il caso della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2023, p. 702, il principio affermato dalla sentenza del 2011 «è stato conservato addirittura in quella sentenza, la Plenaria n. 4/2015, che rimette correttamente al centro il principio della domanda e la giurisdizione di diritto soggettivo, ritenendo non possibile, sia pure per ragioni di equità e giustizia sostanziale, mutare *ex officio* in tutela risarcitoria il giudizio di annullamento una volta azionato. La sentenza in questione, infatti, non confuta la precedente sentenza n. 2755/2011, ma si limita a considerarla inconferente per il caso di specie, nel quale si tratta della possibilità per il giudice di sostituire integralmente *ex officio* la domanda proposta in giudizio».

⁸⁷ Secondo questo orientamento, dunque, il giudice amministrativo che accolga il ricorso contro un provvedimento può limitarsi a dichiarare la sua illegittimità senza annullarlo.

prevede in via generale⁸⁸, con le evidenti implicazioni in punto di (incompatibilità con il) giusto processo regolato dalla legge⁸⁹, sia perché il giudice amministrativo ritiene di poter valutare la coerenza fra le finalità perseguitate dalla parte con la sua impugnazione e gli effetti della sentenza di accoglimento. In questi casi, il sindacato del giudice si estende ben al di là della verifica dell'interesse a ricorrere se si spinge a un profilo diverso, che attiene, in definitiva, all'opportunità dell'azione proposta. Tuttavia, la valutazione di tale profilo è riservata all'autonomia della parte e si

⁸⁸ Sulla rilevanza specifica, in questo caso, dell'art. 113, comma 3, Cost. v. nota n. 94. Con riferimento all'effetto eliminatorio e a quello ripristinatorio l'utilità offerta dall'azione di annullamento e dalla relativa sentenza è rappresentata innanzi tutto dall'eliminazione con effetto retroattivo del provvedimento impugnato. Rispetto a questo risultato, il legislatore ha previsto alcune eccezioni, oggetto di dibattito soprattutto per i profili di ordine costituzionale, più frequenti nel corso degli ultimi anni. Per esempio, ai sensi dell'art. 42-bis del d.P.R. 8 giugno 2021, n. 327, la restituzione dell'immobile espropriato in base a un provvedimento annullato dal giudice amministrativo è preclusa se l'amministrazione disponga l'acquisizione dell'immobile, fatto salvo il diritto all'indennizzo maggiorato. Oppure, ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, il giudice può ritenerе necessario, per garantire gli interessi dei terzi in buona fede, che l'annullamento del provvedimento di risoluzione di una crisi bancaria lasci impregiudicati gli atti amministrativi o privati adottati in base al provvedimento annullato, fatto salvo il diritto del ricorrente al risarcimento del danno. Oppure, nel rito speciale sulle procedure contrattuali, il legislatore ha previsto che l'accoglimento di un ricorso contro l'aggiudicazione di un contratto pubblico non travolga sempre gli atti adottati in base all'aggiudicazione illegittima; anche in questo caso la legge rimette un margine di valutazione, più o meno ampio, al giudice amministrativo (artt. 121-122 c.p.a.).

⁸⁹ Sulla critica, condivisibile, rispetto al principio di effettività della tutela come argomento di fondo della tendenza de- tipicizzante del sistema delle tutele (la disciplina dell'azione di annullamento, è riservata dalla legge dall'art. 113, comma 3, Cost.) v. 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, pp. 59 ss.: «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» (*ivi*, p. 81). Sulla “curvatura” del principio di effettività della tutela, alla base di un fenomeno di trasformazione del modello processuale, v. amplius G. TROPEA, *L'effettività “equitativa” della decisione del giudice amministrativo: il caso della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza*, cit.

esprime, appunto, nella decisione della parte di proporre la domanda di annullamento⁹⁰.

Inoltre, sempre più spesso, emerge che al fondo dell'orientamento in ordine alla limitazione degli effetti retroattivi o al differimento degli effetti dell'annullamento vi sia una (malcelata) esigenza di tutela dell'interesse pubblico o degli interessi dei controinteressati, «talvolta anche a *discapito* della tutela dell'interesse dedotto in giudizio»⁹¹. Al di là del caso, piuttosto raro, in cui la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento sia stata disposta su domanda del ricorrente⁹², è evidente che si tratta di decisioni incompatibili con il principio della domanda e con il suo corollario, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁹³. Il principio della domanda funge da limite ai poteri del giudice amministrativo, che sono (esclusivamente) quelli definiti dal codice⁹⁴, in osservanza al canone costituzionale della riserva di legge che vige in materia processuale⁹⁵.

⁹⁰ A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. App.*, 2011, ora in ID., *Scritti scelti*, cit., p. 684 (nota n. 3).

⁹¹ M. CONDORELLI, *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 133 e ivi ampi riferimenti alla giurisprudenza.

⁹² *Ivi*, p. 134.

⁹³ *Ibidem*. Per una sintesi efficace delle posizioni critiche espresse in dottrina, anche sulla scorta di altri argomenti, si rimanda a F. SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 461 ss.

⁹⁴ Nello stesso senso cfr. A. DE SIANO, *Atipicità dei poteri del G.A. e domanda di parte*, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, Giappichelli, 2020, in particolare pp. 290-294.

⁹⁵ Rispetto al tema specifico della modulazione degli effetti della sentenza di annullamento viene in rilievo anche la riserva di legge posta dall'art. 113, comma 3, Cost., che richiede che i casi in cui l'accoglimento dell'azione di annullamento non determini la caducazione del provvedimento impugnato siano individuati dal legislatore (v. *retro* nota n. 87), tanto più se si consideri che la pretesa annullatoria del cittadino è una componente fondamentale della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, garantita dall'art. 24 Cost. (in questi termini A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, cit., p. 686). È significativo che anche l'autorevole dottrina che ha sostenuto con maggiori argomenti la tesi della atipicità delle azioni nel processo amministrativo ha specificato che l'azione di annullamento mantiene il suo carattere tipico, in coerenza

6. ACCESSO AL FATTO E IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE

Il secondo stimolo riguarda un profilo differente, che attiene alla fase istruttoria⁹⁶ e, in particolare, all'orientamento della giurisprudenza amministrativa circa l'affermazione di una discrezionalità molto ampia del giudice nella valutazione sulla (ammissione e) disposizione dei mezzi istruttori, anche in presenza di istanze articolate delle parti. In tale prospettiva, l'ammissibilità del mezzo istruttorio è piegata di frequente a una logica di indispensabilità o di stretta necessarietà o di *extrema ratio*⁹⁷. Dunque, nella logica espressa ancora oggi in termini diffusi dalla giurisprudenza amministrativa sembra trascurato il criterio della rilevanza della prova o dello strumento d'integrazione probatoria, che invece dovrebbe essere l'unico criterio (o comunque il criterio fondamentale) per governare in generale l'ingresso della prova nel processo, fatto salvo ovviamente il limite dei divieti imposti dalla legge.

A me pare che tale orientamento finisca con il determinare un profilo di contrasto rispetto al principio della parità delle parti, sancito dall'art. 111, comma 2, Cost.⁹⁸, che impone che nel processo si accertino direttamente

l'art. 113, comma 3, Cost. e con i principi generali sulle azioni costitutive (M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2005, pp. 592-595).

⁹⁶ Qui non si discute del c.d. metodo acquisitivo, che d'altronde non pone (almeno direttamente) un profilo d'imparzialità. Cfr., per tutti, A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, p. 56, «il principio della domanda è posto a garanzia della terzietà ed imparzialità del giudice e come tale non dovrebbe subire deroga alcuna, (...) il principio della disponibilità delle prove è un principio di mera tecnica processuale – che nulla ha a vedere con il principio della domanda – che può perfettamente essere ribaltato o derogato purché tale ribaltamento o tale deroga avvenga nel rispetto del superiore divieto di utilizzazione del sapere provato da parte del giudice».

⁹⁷ Su questo orientamento della giurisprudenza amministrativa sia consentito rinviare a G. D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus-Online*, 2020, *passim*.

⁹⁸ Il cui significato non si risolve necessariamente nel contraddittorio. Il principio del contraddittorio è completato dal principio della parità delle parti, ma il secondo non si risolve nel primo, perché più in generale è necessario garantire che ogni parte possa disporre degli stessi strumenti di tutela e di determinazione del convincimento

mente i fatti rilevanti per la decisione finale. Tale affermazione non si giustifica soltanto dall'angolazione del “diritto alla prova”⁹⁹, ma anche da quella diversa del ruolo del giudice. Ed è su questa seconda prospettiva che è opportuno soffermarsi brevemente.

Il rapporto fra il giudice amministrativo e il fatto dovrebbe essere sempre connotato da una posizione di equidistanza del giudice dalle rappresentazioni in giudizio delle situazioni giuridiche soggettive. L'equidistanza del giudice rappresenta un altro fattore determinante affinché le parti siano uguali. La terzietà del giudice così intesa, però, non è solo causa: è anche effetto della parità delle parti, alla stregua di un rapporto di biunivoca influenza. Essa è pregiudicata “a monte” se il processo non

del giudice (e in definitiva del contenuto della sentenza). La parità delle parti si traduce nella possibilità di egualanza nell'affermazione giudiziale (“parità assertoria”) e nelle armi processuali (“parità delle armi”), cioè nell'uguale opportunità di svolgere argomentazioni contrastanti. Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”* (*Sonntagsgedanken*), Milano, Giuffrè, 2005, p. 66.

⁹⁹ Nell'ordinamento italiano la configurazione di un ‘diritto alla prova’ può farsi risalire agli anni Settanta del secolo scorso; già allora la dottrina aveva concepito il diritto alla prova come una manifestazione essenziale del principio del contraddittorio: la partecipazione degli interessati sarebbe priva di rilevanza se non fosse accompagnata dalla possibilità di influire sulla fissazione del fatto. In questa tesi era ben presente un forte richiamo all'art. 24 Cost.: appartiene al «‘minimo irriducibile’ del contraddittorio [...] proprio perché coessenziale alla garanzia costituzionale posta dall'art. 24 anche il momento della prova; nel duplice aspetto di garanzia del diritto alla prova, e di garanzia del metodo di acquisizione della prova» (V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 608). Successivamente, la dottrina ha valorizzato ulteriormente l'art. 24 Cost., anche con riferimento all'istruttoria, e ha ritenuto che la posizione della parte rispetto alla prova non sia più quella di un onere ma di diritto, e più precisamente il «diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa» (M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 78). Il limite, oltre a quello dei divieti imposti dalla legge, è dato solo dalla rilevanza della prova nel processo: tutte le prove «che appaiono ipoteticamente idonee ad apportare, direttamente o indirettamente, elementi di conoscenza intorno ai fatti che debbono essere provati» (M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 78, nota n. 12). Il diritto alla prova è stato considerato un'espressione fondamentale del diritto di azione e del diritto di difesa, un «nucleo sostanziale e irriducibile» delle garanzie previste dall'art. 24 Cost. (L. P. COMOGLIO, *Rapporti civili (Art. 24-26)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 63).

garantisce alle parti l'egualanza assertoria e delle armi. Si tratta di un solco chiaramente tracciato da tempo dalla dottrina: «il giudice amministrativo che non può conoscere i fatti altro che nella versione datane dall'amministrazione resta pur sempre un giudice attratto nella amministrazione, un giudice che non può attuare in pieno quella condizione di indipendenza che gli è pure formalmente assicurata»¹⁰⁰.

Occorre dunque assumere che la parità delle parti costituisca un valore irrinunciabile, tanto per le parti quanto per il giudice. Tale valore non può essere “relativizzato” nel giudizio amministrativo, a maggior ragione rispetto al profilo centrale dell’accesso al fatto, che rappresenta una componente essenziale della legittimità amministrativa.

Nel processo un confronto fra soggetti pari deve potersi estendere a ogni tema della controversia, non può incontrare limiti circa la ricostruzione o la valutazione del fatto. Oggi, nel processo amministrativo questi limiti sono riconducibili in buona parte non più alla legge, ma all’interpretazione del giudice¹⁰¹, che di fatto ritiene ancora decisiva la presenza della pubblica amministrazione come parte in causa¹⁰² e interpreta spesso le disposizioni del codice sui mezzi istruttori in tendenziale continuità rispetto alle soluzioni adottate in passato. Rispetto a questi limiti, in defi-

¹⁰⁰ G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1972, pp. 1895-1896; in questo passaggio l’Autore manifestava una certa delusione per la scarsa incidenza della riforma del 1971 per l’affermazione di una «giurisdizione piena», intesa soprattutto come possibilità da parte del giudice amministrativo di una cognizione diretta e immediata dei fatti.

¹⁰¹ A cui si accompagna, indubbiamente, una certa approssimazione del legislatore nel disciplinare l’istruttoria nel processo amministrativo. Si pensi, per esempio, all’acquisizione della testimonianza (solo) in forma scritta e della consulenza tecnica «se indispensabile», o ai termini e alle modalità di assunzione delle prove, che non sono regolati, ma lasciati all’ampia discrezionalità del giudice (il codice richiama in larga parte il testo dell’art. 29 del regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato del 1907, confermando l’applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile «in quanto compatibili», in precedenza «per quanto è possibile»). Su questi profili critici sia consentito rinviare a G. D’ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, cit.

¹⁰² E quindi come una parte “qualificata”, cioè portatrice dell’interesse pubblico anche nel processo.

nitiva, la logica della continuità della tradizione e della prassi giurisprudenziale sembra giocare ancora un ruolo significativo, nonostante la riforma, anche quella costituzionale, del giusto processo.

Se l'accesso al fatto nel processo amministrativo incontra tuttora questi limiti le implicazioni negative sono almeno due.

In primo luogo, è compromessa la stessa “credibilità” del sindacato giurisdizionale, anche in termini di equidistanza del giudice amministrativo dalle rappresentazioni delle parti¹⁰³, come accade per esempio nel caso del sindacato sulle valutazioni tecniche senza l’ausilio di un consulente tecnico. L’art. 111 Cost. esige la «terzietà e imparzialità del giudice», e non può essere terzo e imparziale il giudice che sia condizionato, nell’assunzione delle sue decisioni, dalla rappresentazione di una delle parti e, in definitiva, dall’interesse di cui sia portatrice tale rappresentazione.

In secondo luogo, si finisce col riconoscere una posizione di privilegio alla pubblica amministrazione che è incompatibile con l’art. 111 Cost.¹⁰⁴. Nella prospettiva più ampia di una nuova egualanza, anche sul piano sostanziale, tra amministrazione e cittadino, l’esigenza che il processo amministrativo assicuri sempre un accesso al fatto in modo pieno e diretto assume un rilievo specifico, anche rispetto alla funzione giurisdizionale che il giudice è chiamato a svolgere.

¹⁰³ Del resto, l’idea di giudice, e di giurisdizione, si fonda sulla equidistanza rispetto alle parti. In modo del tutto condivisibile, M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., p. 145, osserva che l’accertamento giudiziale «presuppone un’autonomia e un’indifferenza del giudice rispetto al fatto per le quali nel processo amministrativo mancano le condizioni strutturali minime».

¹⁰⁴ Sulla mancanza di un accertamento giurisdizionale autonomo dei fatti di causa come ostacolo alla piena realizzazione del giusto processo amministrativo cfr. F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l’esperienza del primo lustro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3, 2017, p. 938.

7. IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE E GIUSTIZIA “NON AMMINISTRATIVA”

In definitiva, il canone della «terzietà e imparzialità del giudice», espresso dall'art. 111 Cost., identifica un principio coessenziale all'esercizio della funzione giurisdizionale. Come è stato esattamente rilevato, nello stesso tempo, però, assume anche un rilievo maggiore, che sconfinata sul piano sostanziale, nel senso che «comporta il superamento secco di ogni concezione che dia rilievo alla dimensione dell'interesse pubblico rispetto all'esercizio della funzione del giudice»¹⁰⁵. Se in passato l'esigenza di una tutela “particolare” per l'interesse pubblico all'interno del processo era una concezione diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza, anche in ragione dell'attribuzione delle controversie relative a interessi legittimi a un giudice speciale, «oggi, invece, il collegamento con l'art. 24 Cost. consente di riconoscere che la funzione giurisdizionale, sia essa esercitata dal giudice civile o dal giudice amministrativo, è essenzialmente indirizzata alla protezione di situazioni giuridiche soggettive, e non di interessi d'altro ordine, e le situazioni giuridiche soggettive (anche quando siano qualificabili come interesse legittimo) hanno la loro misura nelle norme giuridiche e non negli interessi genericamente intesi»¹⁰⁶.

In un quadro processuale l'egualanza delle parti è una condizione irrinunciabile, che non può essere incisa dal riflesso di una sovraordinazione, sul piano del diritto sostanziale, della pubblica amministrazione: in questo senso, «l'autorità non entra e non può entrare nel giudizio»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 165 ora in ID., *Scritti scelti*, cit., p. 640.

¹⁰⁶ A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, cit.

¹⁰⁷ F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, p. 319, che già prima della riforma dell'art. 111 Cost. sottolineava che «questa conclusione sembra inevitabile se si considera il problema dell'uguaglianza secondo una impostazione metodologicamente controllata» (*ivi*, p. 320).

La giustificazione per le disposizioni che conferiscono all'amministrazione una sovraordinazione giuridica rispetto al soggetto privato¹⁰⁸ deve rimanere rigorosamente confinata al piano sostanziale.

Allo stesso modo, vanno respinte le considerazioni in ordine alla supposta rilevanza dell'interesse pubblico nel processo amministrativo. Il giudice amministrativo non può essere considerato una sorta di «interprete di ultima istanza del giusto modo di concepire l'interesse pubblico»¹⁰⁹ o di compositore tra i diversi interessi coinvolti dalla decisione della controversia, il suo compito non è «quello di stabilire quale sia l'interesse pubblico»¹¹⁰. La specialità della sua giurisdizione non può essere fatta derivare dalla (erronea) convinzione di essere giudice (anche) dell'interesse pubblico¹¹¹ o, addirittura, dell'interesse generale, come emerge chiaramente, invece, in alcune importanti pronunce dell'Adunanza plenaria¹¹², in particolare attraverso l'affermazione che occorre

¹⁰⁸ Quando ciò risulti accettabile in ragione di uno statuto costituzionale della pubblica amministrazione, che consenta, nella logica della “funzione”, la sua differenza istituzionale rispetto agli altri soggetti.

¹⁰⁹ A. TRAVI, *Per una giustizia ‘non amministrativa’*, cit., p. LXV.

¹¹⁰ V. DOMENICHELLI, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profilo soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 330.

¹¹¹ F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, Giuffrè, 1993, anche in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, pp. 307 ss., spec. p. 313: all'interesse pubblico «non si può riconoscere alcuna necessaria o quasi naturale preminenza senza con ciò stesso porre in dubbio la specifica rilevanza dell'affermazione giudiziale, che in quanto atto determinativo in un oggetto di giudizio vincola il giudice a considerare in principio come problematica, tra l'altro, la stessa possibilità di realizzare il medesimo interesse nell'ambito del ‘senso’ sottoposto alla sua indagine».

¹¹² Il riferimento, per esempio, è a Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in tema di ordine di esame ed assorbimento dei motivi, non a caso oggetto di critiche vivaci da parte della dottrina (cfr. in particolare A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, pp. 286 ss.; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, “Heart of darkness”: l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2016, pp. 218 ss.; E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2192 ss.; M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir.*

considerare – in aperto contrasto rispetto alla logica di un processo amministrativo tra parti pari – l’interesse generale di tutta la collettività, da un lato, a una corretta gestione della cosa pubblica, dall’altro, a una corretta gestione del processo, anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla stessa collettività¹¹³. Nel nostro ordinamento, invece, il giudice amministrativo è giudice della legittimità; ritenere diversamente, anche attraverso richiami più o meno diretti alla rilevanza dell’interesse pubblico nel processo amministrativo, «significa deviare dalla legge e da un ordine costituzionale»¹¹⁴.

Il processo deve essere la sede per un confronto fra soggetti *pari* e questo risultato, imposto certamente dall’art. 111 Cost., è assicurato solo se il giudice investito della controversia sia effettivamente equidistante rispetto agli interessi delle parti e alle loro allegazioni e rappresentazioni. Il processo deve essere lo strumento di una “giustizia non amministrativa”¹¹⁵, cioè di una giustizia senza condizionamenti derivati dalla circostanza che una delle parti della controversia sia la pubblica amministra-

proc. amm., n. 4, 2016, pp. 1120 ss.; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2020, specialmente pp. 239-246; sul dibattito precedente alla pronuncia della Plenaria v. A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell’ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2012, p. 80 e lo studio monografico di P. CERBO, *L’ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Tricase, Libellula Edizioni, 2012, che conclude proprio nel senso che la mancata vincolatezza della gradazione dei motivi di ricorso non risponde a esigenze di tutela della parte pubblica o dell’interesse da questa difeso in giudizio, ma si connette esclusivamente alla tipologia di sentenza – di statuizione sulla spettanza del bene della vita – che definisce il processo).

¹¹³ Così, quasi testualmente, Ad. Plen. n. 5/2015 cit. Si tratta di un’impostazione che trova eco non solo in alcune pronunce successive ma anche sul piano “istituzionale”; per esempio, nella Relazione inaugurale dell’anno giudiziario 2024 del Tar Lazio-Latina si afferma: «Il Giudice Amministrativo è il giudice dell’interesse pubblico; egli è gravato del delicato compito di individuare quale sia l’interesse pubblico ovvero quale sia l’interesse pubblico prevalente in un bilanciamento fra più interessi pubblici contrapposti sottostanti alla norma».

¹¹⁴ A. TRAVI, *L’interpretazione della norma amministrativa*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2024, p. 322.

¹¹⁵ Il riferimento è, ovviamente, ad A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, cit.

zione; questo risultato è assicurato solo le prerogative della pubblica amministrazione sul piano del diritto sostanziale non rappresentino un limite, anche indiretto, all'esercizio della funzione giurisdizionale secondo i canoni ritenuti coessenziali dalla Costituzione. In caso contrario diventa una giustizia dimidiata: giustificare oggi una giustizia dimidiata¹¹⁶, in definitiva ritenerla ammissibile, significa concepire il processo amministrativo secondo una specialità che lo pone al di fuori delle garanzie sancite dalla Costituzione, e segnatamente dal canone del giusto processo.

¹¹⁶ Magari nella logica di fondo che essa rappresenti qualcosa di meglio rispetto alla mancanza di qualsiasi tutela giurisdizionale; «se alle origini anche una tutela imperfetta poteva essere apprezzata come evoluzione positiva a fronte di una totale assenza di tutela, in un mutato contesto storico-ideologico, la mancata piena e completa attuazione dell'equo/giusto processo non potrebbe avere giustificazione» (D. SORACE, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, in ID. (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, Firenze University Press, 2009, p. IX).

DALLA RELATIVITÀ DEL CONCETTO DI AZIONE ALLA RELATIVITÀ DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Chiara Cudia*

Il lavoro intende ripartire dal dilemma sulla funzione oggettiva o soggettiva del processo amministrativo, evidenziando come la prospettiva relativistica prospettata da Calamandrei incontri degli “assoluti” rappresentati dai principi costituzionali che impongono la finalizzazione della funzione giurisdizionale alla tutela delle situazioni giuridiche individuali. A fronte di alcune resistenze a conformare pienamente il processo amministrativo al modello costituzionale (che sono rappresentate simbolicamente dall’espressione “giustizia amministrativa” e che si manifestano in alcuni residui oggettivistici diffusi nella prassi giurisprudenziale e nelle ricostruzioni dottrinarie), si suggerisce di valorizzare il carattere bidirezionale del principio di strumentalità del processo al diritto sostanziale. La consapevolezza che le situazioni soggettive nel rapporto con la pubblica amministrazione sono protette nei limiti in cui esse sono riconosciute dall’ordinamento (variabili in dipendenza della disciplina sostanziale del potere), consente di tenere in adeguata considerazione le specificità del diritto amministrativo senza con questo piegare il processo alla tutela dell’interesse pubblico o del mero interesse alla legalità oggettiva. In questa prospettiva, anche i poteri officiosi del giudice amministrativo appaiono preordinati alla garanzia della parità processuale delle parti e possono trovare ambientazione all’interno di un modello generale di processo che mantiene carattere soggettivo.

Parole chiave: Processo amministrativo; Giustizia amministrativa; Concezione oggettivistica o soggettivistica del processo; Azione; Interesse legittimo; Poteri officiosi del giudice.

* Università degli Studi di Firenze, chiara.cudia@unifi.it
Contributo sottoposto a double blind peer review ai sensi dell’art. 4 c. 4 del Regolamento della Rivista



FROM THE RELATIVITY OF THE CONCEPT OF ACTION
TO THE RELATIVITY OF ADMINISTRATIVE JUSTICE

This paper revisits the longstanding dilemma concerning the objective or subjective function of the administrative process, underscoring how Calamandrei's relativistic perspective encounters the "absolutes" codified in constitutional principles, which require the jurisdictional function to be oriented toward the protection of individual legal positions. Despite some resistance to fully aligning administrative process with the constitutional model — as suggested by the persistence of the term *giustizia amministrativa* and by enduring objectivist traits in jurisprudence and scholarly reconstructions — the analysis proposed here calls for emphasizing the bidirectional character of the principle whereby procedural mechanisms serve substantive law. The recognition that individual legal interests in relations with the public administration are protected only when they are recognized by the legal system — according to the legal regulation of public power — makes it possible to capture the specific features of administrative law without subordinating the process either to the protection of the public interest or to a generic interest in objective legality. From this perspective, even the *ex officio* powers of the administrative judge are aimed at ensuring procedural equality between the parties, and therefore can be fully integrated within a general procedural model that preserves a subjective orientation.

Keywords: *Administrative Process; Administrative Justice; Objectivist vs. Subjectivist Conception of the Process; Action; Legitimate Interest; Ex officio Powers of Administrative Judge.*

SOMMARIO: 1. La giustizia amministrativa come espressione del dilemma sulla funzione del processo. – 2. *Nomen omen*: giustizia amministrativa *vs* diritto processuale amministrativo. – 3. La relatività presa sul serio: la “svolta” costituzionale e il superamento del dilemma. – 4. La “persistenza della memoria” oggettivistica del processo amministrativo. – 5. *Oltre* il dilemma, lo “specchio”: il carattere bidirezionale del principio di strumentalità del processo al diritto sostanziale. – 6. Una postilla. Poteri officiosi del giudice (amministrativo) e giusto processo.

1. LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA COME ESPRESSIONE DEL DILEMMA SULLA FUNZIONE DEL PROCESSO

Nel rileggere il saggio di Calamandrei dedicato alla *Relatività del concetto di azione*¹ con gli “occhiali” di chi studia il processo amministrativo, l’attenzione non può che ricadere sul celebre dilemma relativo alla funzione del processo: se in esso «si debba vedere un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto oggettivo, ovvero un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l’occasione per attuare il diritto oggettivo»².

¹ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 22. Nel presente lavoro, le citazioni sono tratte dalla ripubblicazione in ID., *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova, Cedam, 1947, p. 1.

² P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 2. Il fenomeno viene a collegarsi alla tendenza a «ridurre in limiti sempre più ristretti il campo del diritto soggettivo individuale», *ivi*, p. 4. Sull’alternativa si veda anche A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 46: «la dottrina soggettivistica muove dalla centralità del diritto individuale, la cui tutela appare come scopo primario della giurisdizione, mentre l’attuazione del diritto oggettivo ne sarebbe solo un fine o un effetto indiretto, secondario», nella concezione oggettiva invece [...] il processo ha «il compito di tutelare il diritto oggettivo, la conservazione dell’ordine giuridico, e il diritto soggettivo può apparire come il risultato di una tecnica specifica di giudizio, come meccanismo coercitivo attraverso il quale la norma giuridica si presenta come soggettivatisi in un individuo». Sul tema: R. ORESTANO, *Azione. Storia del problema*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 785; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 10; F. MODERNE, *Sotto il segno del soggettivismo giuridico*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2004, p. 682.

Con riferimento al processo amministrativo, infatti, l'interrogativo assume un carattere ancora più “amletico”, perché il problema che esso sottende, riferito alla relazione «tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e stato, tra libertà e autorità»³ è acuito dalla circostanza che quel processo coinvolge non solo uno, ma due “poteri” pubblici: il giudice e (generalmente) la pubblica amministrazione.

Nel prendere atto (sia pure con toni più o meno esplicitamente critici) della concezione autoritaria-pubblicistica del processo civile imperante all'epoca dello scritto (nella quale gli «elementi corporei del concetto di azione» sono stati erosi «fino a ridurlo come un puro spirito staccato dalla materia e fluttuante nell'empireo dell'interesse pubblico»⁴), Calamandrei considera la giustizia amministrativa come una delle principali manifestazioni di quella idea *nel diritto positivo*. Nella giustizia amministrativa, infatti, «il ricorso proposto dal cittadino contro l'atto amministrativo illegittimo non serve altro che indirettamente alla tutela dell'interesse individuale, il quale è sfruttato a fine pubblico, come uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa nella pubblica amministrazione». Si tratta, quindi, di una «giurisdizione tipicamente di diritto oggettivo, di fronte alla quale il diritto di ricorso del singolo interessato, perduto ogni riferimento strumentale al diritto soggettivo, si presenta come mera azione»⁵.

Di questa giurisdizione, oltretutto, l'Autore sottolinea la straordinaria capacità espansiva, in uno con l'allargamento dei confini del diritto amministrativo (diremmo oggi, degli ambiti dell'azione amministrativa e della regolazione) a zone in precedenza appartenenti al diritto privato⁶, cui si potrebbe poi aggiungere l'espansione della giurisdizione esclusiva non del tutto frenata dalle pronunce della Corte costituzionale.

³ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 2.

⁴ *Ivi*, p. 17.

⁵ *Ivi*, p. 20.

⁶ *Ibidem*.

2. NOMEN OMEN: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA VS DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

L'espressione *giustizia amministrativa* continua a essere largamente utilizzata per indicare il sistema di tutela dell'individuo nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Anche nei manuali, mentre in ambito civilistico e penalistico è netta la distinzione tra diritto sostanziale e processuale, nel settore di cui si sta discorrendo le trattazioni sono intitolate al diritto amministrativo (sostanziale) e alla giustizia amministrativa, mentre restano isolati i riferimenti al diritto processuale amministrativo.

Che il termine *giustizia* sia stato scelto perché capace di comprendere non solo gli strumenti giurisdizionali ma anche i rimedi giustiziali (i ricorsi amministrativi) che completano il sistema di tutela è certamente un motivo, ma non l'unico⁷.

L'espressione giustizia amministrativa, infatti, riflette la funzione degli strumenti di tutela in rapporto allo svolgimento dell'azione amministrativa mantenendo fortissimo il legame tra i due elementi. Per questo, resta una nozione «polisenso e ambigua»: «copre e indifferentemente indica sia l'attribuzione all'amministrato, quasi come elemento del suo patrimonio giuridico, dei mezzi di tutela giurisdizionale o amministrativi, sia la finalità obiettiva di assicurazione della legalità e dell'opportunità dell'azione amministrativa, che quei mezzi hanno»⁸.

Vero è che oggi (si veda *infra*, § 3) nessuno potrebbe sostenere che la tutela individuale sia subordinata alle ragioni dell'interesse pubblico.

Ma è parimenti vero che il legame tra amministrazione e processo, quando è in gioco l'amministrazione, non può sciogliersi del tutto.

⁷ A tacere della circostanza che, in una fase iniziale, nel “contenitore” della giustizia amministrativa confluivano anche istituti di diritto sostanziale (l'autotutela decisoria, i controlli, le garanzie procedurali) che possono operare anche come meccanismi di protezione delle posizioni individuali, ma che sono in primo luogo strumenti obiettivi per assicurare la legalità o l'opportunità dell'azione amministrativa. Si veda, per esempio, E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, p. 37.

⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 21.

Da un lato, perché il nucleo più caratteristico della tutela consiste «nell'accertamento del corretto esercizio di poteri amministrativi», ripercorrendo l'esercizio stesso del potere e con effetti rivolti a «indirizzare o vincolare» la successiva attività amministrativa⁹.

Dall'altro (e ancora prima), per la particolare fisionomia della posizione giuridica tutelata tipicamente dal processo amministrativo: l'interesse legittimo, inteso (al di là delle diverse prospettazioni che si sono succedute in dottrina e giurisprudenza) come una situazione che la norma evidenzia non in modo immediato e diretto, ma sempre in connessione con il potere amministrativo¹⁰. In ciò stanno le radici della «ragione politica» della giustizia amministrativa, la quale è figlia dello Stato di diritto inteso come Stato amministrativo: un ordinamento nel quale l'amministrazione ha un diritto proprio (connotato dalla presenza di poteri capaci di incidere unilateralmente nella sfera giuridica degli individui, secondo relazioni disciplinate da regole speciali non solo per contenuti ma anche per struttura), un sistema “teorico” speciale (basti richiamare la sequenza potere funzionalizzato/interesse legittimo/eccesso di potere) e, fatalmente, un giudice e un processo *diversi* da quelli cui sono sottoposti gli altri soggetti¹¹.

Non si può negare che quei costrutti abbiano rappresentato una invenzione “geniale”, consentendo alla specialità di riempire un vuoto di tutela determinato da ragioni che adesso non è possibile riprendere¹². È stata la configurazione pubblicistica a consentire di sottoporre il potere amministrativo a regole: da qui sono derivate la discrezionalità (come potere di scelta disciplinato e verificabile), l'interesse legittimo (come posizione collegata al potere e per questo giuridicamente rilevante), l'eccesso di potere (come tecnica di sindacato *adeguata* ai caratteri del potere stesso).

⁹ *Ivi*, p. 23.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 28; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 11.

¹² Si veda B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, Milano, Giuffrè, 1985.

Ma è pur vero che quella stessa specialità si fonda sull'idea che – a monte – le norme sulla funzione amministrativa siano “più norme di altre”, nel senso che il loro oggetto (l'esercizio del potere) ne condiziona la precettività, ordinando le posizioni giuridiche corrispondenti su livelli diversi¹³.

Proprio questa ricostruzione ha reso assai faticosa l'edificazione del processo amministrativo come “puro e neutro” strumento di garanzia di situazioni giuridiche individuali. Calamandrei stesso osserva che in materia giuridica «è assai difficile distinguere tra realtà e teoria: e spesso enunciare una teoria vuol dire creare una realtà»: potremmo dire che una certa visione teorica della specialità ha determinato la realtà del processo amministrativo¹⁴.

Ne sono conferma alcune stranezze o vischiosità¹⁵, che si manifestano con chiarezza a chi si approccia alla materia con mente sgombra (o con le sole coordinate che risultano dal dato costituzionale o dallo studio del processo civile) e si spiegano solo alla luce della persistenza dell'idea di giustizia amministrativa. Basti pensare alla pervasività dell'immagine del processo amministrativo come processo sull'atto (che ha condizionato a sua volta una pluralità di istituti processuali), alla faticosa ammissione della risarcibilità delle lesioni arreicate all'interesse legittimo, alla affer-

¹³ Questo è il significato della distinzione tra norme di azione norme di relazione che, per quanto criticata da parte della dottrina, continua a permeare di sé il diritto amministrativo sostanziale e processuale. La distinzione in oggetto, come noto, risale a E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, Utet, 1967, p. 17, ed è stata ripresa – tra gli altri – da G. FALCON, *Norme di relazione e norme di azione*, in *Dir. soc.*, Vol. II, n. 1, 1974, p. 379; G. VOLPE, *Norme di relazione, norme di azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, *passim*. In senso critico, cfr. E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 128; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 179; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1, 1988, p. 3.

¹⁴ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 16.

¹⁵ Si richiama qui la metafora della «malefica fungosità addugianante il magnifico albero della giustizia» di S. LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, II, Firenze, Barbera, 1950, p. 202.

mazione della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto rispetto al risarcimento del danno (che resta tuttora “propiziata” dalle disposizioni del c.p.a.), al tempo occorso per addivenire alla previsione di azioni diverse da quella costitutiva di annullamento (come anche all'ampliamento dei mezzi di prova o al potenziamento della tutela cautelare), al ruolo ambiguo assunto dalla pubblica amministrazione, che per molti aspetti partecipa(va) al giudizio come autorità e non come parte, alla incerta definizione giudiziale della consistenza delle posizioni giuridiche contrapposte nella concatenazione annullamento - effetto conformativo - giudizio di ottimizzazione¹⁶.

L'aggettivo *amministrativa*, riferito alla giustizia è equivoco (o almeno, equivocabile), perché si presta a sottendere significati diversi in relazione alle preposizioni utilizzabili per scioglierlo: giustizia *nell'amministrazione*? *Dell'amministrazione*? *Dall'amministrazione*? *Contro l'amministrazione*?

Per questo (a mio avviso) è da preferire la formula diritto processuale amministrativo, la quale (pur senza recidere il cordone ombelicale che collega, in qualunque ambito dell'esperienza giuridica, diritto e processo) presuppone una visione degli istituti processuali pensati esclusivamente come strumenti a garanzia delle situazioni giuridiche azionate. In questa ottica, il diritto processuale amministrativo non è un semplice ramo del diritto amministrativo, così come il diritto processuale civile non è considerato una articolazione del diritto civile.

3. LA RELATIVITÀ PRESA SUL SERIO: LA “SVOLTA” COSTITUZIONALE E IL SUPERAMENTO DEL DILEMMA

Al di là dell'indicata questione terminologica, per sciogliere il dilemma relativo al carattere oggettivo o soggettivo del processo amministrativo soccorre proprio l'approccio *relativistico* suggerito da Calamandrei.

¹⁶ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 31.

Se non esiste un concetto di azione (e quindi di processo) vero e uno sbagliato¹⁷, ma questo dipende dall’assetto politico-costituzionale, è indubbiamente che la Costituzione, nel cristallizzare i principi sulla tutela, rappresenti un punto di riferimento “assoluto”.

Dalle norme costituzionali che si occupano di tutela (e di tutela nei confronti della pubblica amministrazione) si ricava uno statuto unitario della giurisdizione che, muovendo dall’art. 24 e agganciando gli artt. 111 e 113, assume il carattere soggettivistico della funzione giurisdizionale, cioè la sua finalizzazione alla tutela individuale, come criterio ordinante cui fare riferimento nell’affrontare i problemi relativi al processo¹⁸.

Il principio di tutela delle posizioni individuali plasma l’intera funzione giurisdizionale secondo uno schema di limpida coerenza che aggancia il giusto processo, la parità sostanziale e processuale delle parti in conflitto, la terzietà e l’imparzialità del giudice, le garanzie assicurate alla magistratura ordinaria e ritenute costitutive del concetto stesso di giurisdizione¹⁹.

Questa concezione mette in discussione l’applicazione di tutti gli strumenti che subordinano la tutela del privato alla garanzia dell’interesse pubblico.

¹⁷ Rispetto alla disputa intorno al concetto di azione, «è vana fatica ricercare la vera definizione, quasi che ve ne fosse una sola da considerarsi assolutamente esatta di fronte a tutte le altre da considerarsi errate, mentre in realtà anche questa definizione è in funzione di quel rapporto tra interesse individuale ed interesse pubblico che sotto diverse apparenze si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica, ed è quindi soggetta a variare, essa definizione, secondo che nel rapporto si accentui per considerazioni politiche la prevalenza di uno dei termini, e si sposti quindi, in un senso o in altro, il punto di equilibrio tra i due», P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 3. Sul punto, si veda. M.S. GIANNINI, *La formazione culturale di Calamandrei*, in P. BARILE (a cura di) *Piero Calamandrei, ventidue saggi su un grande maestro*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, Milano, Giuffrè, 2003, p. 38.

¹⁸ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 46.

¹⁹ *Ivi*, p. 45.

La valenza individualistica, infatti, si lega a una rigorosissima applicazione del principio di legalità (su cui, come noto, Calamandrei ha notevolmente insistito²⁰): è la legge che effettua il giudizio di prevalenza tra gli interessi in conflitto, a essa non può sostituirsi il giudice.

Ove il bilanciamento concreto di interessi sia affidato all'amministrazione è insita nella norma l'eventualità che l'interesse individuale soccombe. Compito del giudice, però, non può essere la "sovra-protezione" dell'interesse pubblico: l'interesse pubblico si tutela da sé, ed è potenzialmente superiore proprio nel momento dell'attribuzione alla p.a. del potere discrezionale, mentre il giudice è chiamato a verificare l'avvenuto rispetto delle prescrizioni (di dettaglio o di principio, ma sempre normative) che presiedono allo svolgimento del potere, avendo di mira non il perseguitamento dell'interesse pubblico in quanto oggettivamente prevalente, ma la protezione delle situazioni giuridiche coinvolte.

²⁰ In diversi scritti, egli muove da una concezione molto forte del principio di legalità riferita all'idea di giustizia come conformità alle leggi a garanzia della certezza del diritto e a protezione contro «l'arbitrio, la prepotenza, il sopruso». Si vedano, in particolare, P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Archiv. giur.*, 1921, p. 224, ora in ID., *Opere giuridiche*, III, Napoli, Morano, 1966, p. 39; ID. *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, p. 341, ora in ID., *Opere giuridiche*, cit., I, p. 504; ID., *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1941, p. 53 e ID., *Opere giuridiche*, cit., I, p. 456. In una fase successiva, Calamandrei approda alla rivalutazione del giudizio rispetto alla legge, anche in riferimento alle necessità di una concezione di giustizia in senso sostanziale: «si parlava della indifferenza del giurista per contrapporla alla parzialità, o anzi alla faziosità, del politico [...] ho il sospetto che questa pretesa indifferenza del giurista sia una illusione», in *La crisi della giustizia*, Padova, Cedam, 1953, ora in *Opere giuridiche*, cit., I, p. 584. Su questa evoluzione del pensiero di Calamandrei, si veda P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 2009, p. 865; ID., *Calamandrei e l'assillo della legalità*, in *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859/1950*, Milano, Giuffré, 1986, p. 142.

4. LA “PERSISTENZA DELLA MEMORIA” OGGETTIVISTICA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Tralasciamo però il tema relativo alla maggiore conformità a Costituzione di una ricostruzione che recuperi alla specialità (alla specialità sia delle regole che delle situazioni giuridiche coinvolte nella vicenda amministrativa) una dimensione di tipo contenutistico e non di tipo “strutturale”²¹.

E trascuriamo altresì i dubbi sulla compatibilità con i principi generali che la Costituzione dedica alla giurisdizione e al processo della previsione (pur costituzionale) del giudice amministrativo; anche se, è cosa nota, durante i lavori della Costituente proprio Calamandrei fu il principale sostenitore del ritorno alla giurisdizione unica per le controversie che coinvolgono le pubbliche amministrazioni²².

Restiamo, invece, più aderenti al saggio sulla relatività dell’azione e, ancora, al tema della valenza soggettiva/oggettiva del processo.

²¹ Per questa linea interpretativa, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *L’astratta e infeconda idea*, in *La necessaria discontinuità: immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 71; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 1998, p. 146; ID., *Eccesso di potere*, in *Enc. Treccani on line*, 2016.

²² Si vedano gli interventi in S.M. CICCONETTI, M. CORTESE, G. TORCOLINI, S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, VIII, Roma, Segretariato della Camera dei Deputati, 1971, p. 1932, e P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, in *Opere giuridiche*, cit., II, p. 195.

Sul tema cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 18; C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l’amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, n. 4, 1997, p. 897; A. TRAVI, *Per l’unità della giurisdizione*, ivi, 1998, p. 373; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, V, 2001, p. 21; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., *passim*.

Non sembra infatti che dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico (come suggerito dal lavoro generale che in questa Rivista ha introdotto le riflessioni sul saggio di Calamandrei²³) il processo amministrativo, o la sua rappresentazione concreta, sia del tutto collimante con il modello di tutela prefigurato dalla Costituzione.

A tratti, pare emergere una percezione labile della stessa relatività (comprensiva della necessaria permeabilità alle modifiche dell'assetto costituzionale), nel senso che spesso il *dilemma* oggettivo/soggettivo viene ancora utilizzato come una specie di alibi per giustificare il mantenimento di un impianto processuale per alcuni aspetti tradizionale. Anziché verificare la compatibilità di alcuni istituti (considerati in astratto o nel diritto vivente) con il modello di processo costituzionalmente conforme, capita invece che sia il fenomeno, per così dire puntuale, a rimettere in discussione i caratteri del “sistema processo” nella sua interezza, con effetti che tendono ad amplificarsi.

In questo modo, i riferimenti a una dimensione oggettiva del processo (tanto laddove si riconosca uno spazio all'interesse pubblico, quanto nei casi in cui ci si riferisca a un interesse generale alla legalità *per la legalità*) rappresentano un freno allo spostamento dell'oggetto del processo amministrativo dall'atto al rapporto amministrativo²⁴, che pure è *dentro* la concezione soggettivistica della tutela accolta dalla Carta costituzionale e che

²³ Si veda M. MAGRI, *Editoriale*, in questa *Rivista*, n. 1, 2025, p. 119.

²⁴ A prescindere dalla definizione di interesse legittimo che si intenda accogliere (e pur riconoscendo che quella definizione possa avere significative ricadute sul processo), può ritenersi pacifco lo spostamento dell'asse del processo amministrativo (del suo oggetto) dal provvedimento impugnato al rapporto giuridico esistente tra amministrazione e privato. Cfr., *ex plurimis*, F. G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2020, p. 1095; B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Napoli, Libellula Edizioni, 2019, p. 13; R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in ID. (a cura di), *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 561; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2014, p. 585.

la recente evoluzione del processo amministrativo (culminata nel Codice del processo amministrativo) per molti altri versi testimonia²⁵.

Questa “persistenza della memoria” di un processo amministrativo di tipo oggettivo trova diversi esempi.

Uno tra i più rilevatori è l’approccio del Consiglio di Stato rispetto alla fissazione dell’ordine di esame e all’assorbimento dei motivi di ricorso²⁶: qui, il giudice non si ritiene obbligato a riferirsi al criterio del massimo soddisfacimento dell’interesse della parte espresso nella domanda in relazione agli effetti della sentenza di annullamento, ma sceglie di aderire a una concezione del processo amministrativo di legittimità «concentrato sul controllo della legalità dell’azione amministrativa necessariamente esercitata in funzione dell’interesse pubblico», che di quel processo resta sempre il «il convitato di pietra»²⁷.

In aggiunta, si può ricordare la tendenziale identificazione della legittimazione a ricorre non con la “mera affermazione” ma con l’effettiva titolarità di un interesse giuridicamente rilevante²⁸: impostazione che non

²⁵ Basti ricordare l’emancipazione del processo dalla realizzazione dell’interesse pubblico alla legalità dell’azione amministrativa confermata dall’art. 21-octies, comma 2, della l. 241/1990, la valorizzazione dell’effetto conformativo della sentenza di annullamento, la ricerca di strumenti rivolti a circoscrivere il potere amministrativo che “sopravvive alla sentenza”, e, ovviamente, l’introduzione dell’azione di condanna a un *facere* provvidenziale. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra giudizio amministrativo ed interesse pubblico*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d’ufficio del giudice amministrativo*, Annuario AIPDA 2012, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 246.

²⁶ Consiglio di Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5. Per una articolata analisi della sentenza, anche con riferimenti al processo civile, A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo (Osservazioni a Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, e 13 aprile 2015, n. 4)*, in *Foro it.*, III, 2015, p. 286.

²⁷ In senso critico, A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell’ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2012, p. 803; M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2016, p. 1101; S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, ivi, p. 770.

²⁸ Cfr. R. VILLATA, *Legittimazione processuale (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1990, p. 1; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 199; L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2025, p. 152.

solo rischia di limitare l'accesso al giudizio (risolvendosi in un esame del merito “anticipato”), ma presuppone che l’oggetto del giudizio continui a essere l’atto e non il rapporto: il ruolo del ricorrente è decisivo per instaurare il processo che poi, in qualche modo, assume “*vita propria*”, centrando il proprio oggetto sulla verifica della legittimità amministrativa e non sul rapporto amministrativo.

Ancora, rilevano le difficoltà di addivenire a una sistemazione più completa e sicura dei limiti al riesercizio del potere che “sopravvive” alla sentenza di annullamento. Sono note, da un lato, l’esigenza di scongiurare il rischio di una indeterminata serie di pronunce di annullamento e di successivi provvedimenti e, dall’altro, la consapevolezza che nella sentenza costitutiva il momento eliminatorio sia strumentale alla tutela delle situazioni sostanziali e, quindi, rappresenti il veicolo per la definizione – più o meno intensa – del rapporto giuridico sottostante²⁹. La risposta al problema è stata l’invenzione di strumenti certamente capaci di incidere sull’attività posta dall’amministrazione in esecuzione della sentenza (il cd. *one shot* temperato, la valorizzazione del preavviso di rigetto, la tesi della riduzione progressiva della discrezionalità³⁰), ma che sono certamente lontani da quelli sperimentati nel processo civile: mi riferisco al principio del dedotto e del deducibile, che, più degli altri strumenti menzionati, interpreta in modo deciso lo spostamento del baricentro del processo dall’atto al rapporto giuridico³¹.

E forse la lista potrebbe continuare, richiamando per esempio la resistenza a ri-qualificare come diritto soggettivo la situazione soggettiva del

²⁹ Così, S. MENCHINI, *Reigiudicata civile*, in *Dig. disc. civ.*, XVI, Utet, Torino, 1997, p. 1.

³⁰ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2002, p. 595.

³¹ Si vedano M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, p. 115; S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2020, p. 803; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Vol. II, *L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 161.

privato nelle ipotesi di attività vincolata³², nonostante l'introduzione dell'azione di condanna all'adozione di un provvedimento specifico.

Oppure l'incapacità della giurisprudenza amministrativa di abbandonare la categoria dell'atto politico-amministrativo continuando ad appellarsi ai requisiti soggettivo e oggettivo che sono stati elaborati propriamente con riferimento all'atto politico-costituzionale. Sarebbe senz'altro più corretto (e semplice) affrontare il problema della sindacabilità di (ogni) atto amministrativo prendendo semplicemente in considerazione la previsione/mancata previsione di una disciplina positiva e gli eventuali effetti dell'atto sulle situazioni soggettive individuali³³.

5. OLTRE IL DILEMMA, LO “SPECCHIO”: IL CARATTERE BIDIREZIONALE DEL PRINCIPIO DI STRUMENTALITÀ DEL PROCESSO AL DIRITTO SOSTANZIALE

L'oscillazione tra modello soggettivo e modello oggettivo di processo continua, evidentemente, a produrre incongruenze e inconvenienti applicativi. D'altro canto, dietro le quinte, sembra esserci il timore che l'adesione allo schema soggettivistico “puro” possa compromettere alcune specificità della vicenda amministrativa che si collegano alla sequenza potere amministrativo (giuridicamente disciplinato) - interesse legittimo.

³² Il connubio diritto soggettivo - attività vincolata, come noto, era stato già proposto da E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in Id. (a cura di), *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, p. 301; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 3; Id., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, Utet, 1987, p. 58; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 1996. Su come l'azione di condanna a un facere abbia dato nuovo sostegno a questa ricostruzione si veda L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2013, p. 617.

³³ Secondo l'impostazione seguita dalla Corte costituzionale (per es. nella sentenza 85 aprile 2012, n. 81) e, soprattutto, nelle ultime pronunce della Corte di cassazione (si vedano s.u., ord. 6 marzo 2025, n. 5992; sez. lav., ord. 7 ottobre 2022, n. 29206).

Può essere utile, allora, ripartire da tale profilo per mostrare che sciogliere il dilemma non rischia di pretermettere la considerazione di quelle peculiarità.

Che il processo amministrativo tenda alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive (e quindi abbia a oggetto il rapporto giuridico tra amministrazione e individuo) prescinde infatti dalla circostanza che la collocazione dell'interesse legittimo lungo il segmento che collega il corretto esercizio del potere e l'ottenimento del bene della vita possa risultare variabile per la ragione che essa dipende dalla disciplina sostanziale del potere che su quella situazione viene a incidere.

I principi di pienezza ed effettività della tutela³⁴ (così come la atipicità dell'azione³⁵) non hanno una valenza “assoluta”, ma sono sempre commisurati a quanto il diritto sostanziale garantisce: un risultato che può essere, per così dire, “autosatisfattivo” (nelle ipotesi di attività vincolata, laddove il contrasto tra interessi è risolto dalla norma in astratto, stabilendo ciò che spetta a ciascun soggetto coinvolto dall'esercizio del potere) o può consistere nella possibilità di conseguire un determinato esito (nelle ipotesi di discrezionalità)³⁶.

³⁴ Sul tema, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014; A. PIZZORUSSO, *Garanzia costituzionale dell'azione*, in *Dig. disc. civ.*, VIII, Torino, Utet, 1992.

³⁵ Intesa come il principio secondo cui «le situazioni soggettive sostanziali vengono prima dei rimedi: è sufficiente che il diritto sostanziale (civile o amministrativo che sia) preveda una situazione soggettiva di pretesa o obbligo, perché il relativo titolare possa agire in giudizio per la sua tutela, senza la necessità di alcuna norma sostanziale che autorizzi l'azione», A. PROTO PISANI, *Brevi premesse in tema di situazioni soggettive fra diritto sostanziale, processi e giurisdizioni*, in *Foro it.*, V, 2011, p. 97.

³⁶ Rileva quindi la «garanzia della possibilità di ottenere un risultato favorevole» (così A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2006, p. 284) o l'attuazione della chance risultante dalla legge, la cui spettanza dipende dalle regole sostanziali disciplinanti l'azione amministrativa (così L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003).

Ciò non toglie, però, che il processo *serva* sempre alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Il giudice è soggetto solo alla legge: constatare che egli applica la legge in un processo cui partecipa una pubblica amministrazione non implica dunque che la tutela sia automaticamente finalizzata al ripristino della legalità oggettiva ma che, semplicemente, la tutela ha spazio solo all'interno dell'ordinamento e nei limiti di quanto l'ordinamento stesso riconosce all'individuo³⁷.

Resta fermo che «la giurisdizione presuppone l'azione», come osserva Calamandrei³⁸, la qual cosa richiede che si debba risalire alla parte per individuare la domanda: ma la parte «segna il cammino denunciando una certa situazione che non è rispondente a giustizia, e che trova la sua individuazione in un certo accadimento, di cui si assume la giuridica rilevanza»³⁹.

Del principio di strumentalità del processo rispetto alle situazioni soggettive sostanziali («il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»⁴⁰) deve cogliersi la “bidirezionalità”, il che vuol dire che la pienezza della tutela deve essere riferita al diritto sostanziale: la protezione delle situazioni giuridiche individuali avviene perché – e nei limiti in cui – esse sono riconosciute dall'ordinamento.

Nei confini segnati dal problema della vita fatto valere con il ricorso come problema amministrativo e che integra l'aspetto “soggettivo” del diritto (per questo rimesso alla esclusiva iniziativa della parte) si innesta insomma la dimensione oggettiva dell'ordinamento, «più precisamente

³⁷ Si veda il richiamo alla nozione di legalità *soggettiva* in L. FERRARA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 12.

³⁸ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 7: «è dunque, praticamente, non soltanto il potere di dar la prima spinta alla giurisdizione che altriimenti rimarrebbe inerte; ma altresì il potere di preparare per il giudice la materia ed il programma del suo provvedimento», di modo che «per tutto il corso del processo l'attore continua a segnare la rotta, a cui il giudicante si deve attenere».

³⁹ S. SATTA, *Domanda, e) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 824.

⁴⁰ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), p. 81.

l’aspetto “prescrittivo” della particolare norma giuridica, cui fa capo la soluzione di quel problema, e la cui osservanza si impone come alla parte così al giudice»⁴¹.

Con questa consapevolezza, mi pare, il dilemma viene a sciogliersi senza piegare il processo amministrativo all’interesse pubblico o al mero interesse alla legalità, eppure tenendo in adeguata considerazione quel *proprium* del diritto amministrativo sostanziale che si riflette sul giudizio stesso.

Solo incidentalmente, si può osservare che il ragionamento diverrebbe più semplice ove si ragionasse in termini di pretesa, concepita non come situazione autonoma e ulteriore rispetto al diritto soggettivo e all’interesse legittimo, ma in senso descrittivo, come la posizione del ricorrente tutelata attraverso il processo⁴². In questo modo, al di là della distinzione tra le due posizioni giuridiche, l’attenzione potrebbe essere focalizzata più semplicemente su cosa l’individuo può pretendere sul piano del diritto sostanziale e – da qui – nel processo, su quale sia il fondamento giuridico della pretesa stessa.

E così, lo specchio su cui si riflettono diritto sostanziale e processo, forse la più famosa metafora dello scritto di Calamandrei⁴³, risulterebbe probabilmente più pulito e libero da “pregiudizi ottici”.

⁴¹ F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 74.

⁴² Si vedano i rilievi critici mossi alla pretesa come nozione “autonoma” da L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 617; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2021, p. 369.

⁴³ «Consiglia Leonardo ai pittori, per meglio cogliere le proporzioni e i rapporti, di guardare il quadro riflesso in uno specchio: così, in quello specchio del diritto sostanziale che è il processo, è possibile cogliere nitidamente, espressa in questo irrequieto fluttuare di teorie sull’azione, la crisi dell’ordinamento giuridico contemporaneo, e di quel concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale», P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, cit., p. 24.

6. UNA POSTILLA. POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE (AMMINISTRATIVO) E GIUSTO PROCESSO

La “cura” per le particolarità del diritto amministrativo richiede un ultimo passaggio volto a verificare la compatibilità dell’impostazione seguita con il mantenimento nel processo amministrativo di ampi poteri officiosi del giudice.

È infatti abbastanza diffusa l’idea per cui «tanto più numerosi e tanto più incisivi poteri ufficiosi d’intervento la disciplina positiva attribuisce al giudice, tanto più il processo così strutturato si tinge di colorazioni “oggettive”, mentre la concentrazione monopolistica delle più rilevanti attività processuali nelle mani delle parti costituisce indice del carattere “soggettivo” di quella giurisdizione»⁴⁴.

In realtà, non basta l’esistenza di uno o più poteri d’ufficio per inquadrare un processo sotto la “etichetta” di giurisdizione oggettiva⁴⁵.

La disponibilità della tutela giurisdizionale «esula dal processo vero e proprio perché attiene alla conformazione giuridica del proprio interesse materiale» e, per questo, dipende dalla volontà dell’interessato⁴⁶. Diversamente, l’affermazione dei fatti di causa e la produzione dei mezzi di prova attengono alla «conformazione dello strumento che la legge predispone per attuare giurisdizionalmente tale tutela»⁴⁷. Ne consegue che al

⁴⁴ Così, A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra giudizio amministrativo ed interesse pubblico*, cit., p. 244. Si veda anche F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell’azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2013, p. 177, spec. nota 3: «la soggettività della giurisdizione amministrativa e l’essere processo di parti sono caratteristiche strettamente connesse: la soggettività-oggettività della giurisdizione riguarda la funzione del processo (tutela delle situazioni giuridiche soggettive o dell’interesse pubblico), mentre il coefficiente di disponibilità del processo per le parti è una delle “spie” della natura di esso».

⁴⁵ Sulla questione definitoria si veda F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 100.

⁴⁶ T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 744.

⁴⁷ *Ivi*, p. 759.

monopolio spettante alle parti nella scelta di attivare il processo non corrisponde necessariamente un analogo monopolio con riguardo all'istruttoria, che può essere distribuito dal legislatore secondo opzioni che restano sul piano della tecnica processuale⁴⁸.

In altri termini, l'attribuzione al giudice di un potere di intervento diretto nella determinazione della domanda caratterizza senz'altro il relativo processo in termini oggettivistici, ma ciò non vale per il riconoscimento di poteri officiosi del giudice nel campo della trattazione della causa poiché tali poteri «non piegano di necessità il processo alla soddisfazione di un interesse pubblico sostanziale»⁴⁹, ma possono semplicemente riconnettersi a un interesse al buon funzionamento del processo, soprattutto in presenza di posizioni di disparità sostanziale tra le parti⁵⁰.

Questa interpretazione può essere riferita ai principali poteri officiosi del giudice amministrativo.

Nell'istruttoria, è pacifico che i poteri del giudice trovino giustificazione nella necessità di riequilibrare lo squilibrio tra amministrazione e privato esistente sul piano del diritto sostanziale, realizzando il principio della parità delle parti⁵¹.

Analogamente, la possibilità per il giudice amministrativo di rilevare d'ufficio la nullità del provvedimento resta agganciata e quindi funzionale

⁴⁸ L. P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. civ.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 277.

⁴⁹ A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra giudizio amministrativo ed interesse pubblico*, cit., p. 244. Nello stesso senso, G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV. *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, cit., p. 17.

⁵⁰ Sulla funzione “più sociale che autoritaria” dei poteri officiosi si veda M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, Giuffrè, 1962, p. 303.

⁵¹ Sul collegamento tra istruttoria nel processo amministrativo e problemi di “effettività e di uguaglianza” si veda, ovviamente, F. BENVENUTI, *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 209. Cfr. anche M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, V, 1967, p. 9; M. SICA, *L'istruttoria probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri ufficiosi*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, cit., p. 136; G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2020, p. 578.

alla domanda introdotta in giudizio, e si non configura quindi come manifestazione di una giurisdizione oggettiva⁵².

Ancora, neanche nell'ipotesi di cui all'art. 21-octies della l. 241/1990 (sui limiti alla annullabilità per vizi formali o procedurali) il giudice opera nell'interesse alla legalità, perché accerta l'esistenza di un *pregiudizio reale e concreto* della posizione sostanziale del privato che è tutelata nel rispetto dei principi della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁵³.

La valorizzazione dei poteri officiosi del giudice, quindi, non vale ad assegnare al processo amministrativo una coloritura oggettivistica.

E mi sembra particolarmente significativo che, negli ultimi scritti di Calamandrei, si coglie una maggiore apertura verso il potere (e verso il potere “creativo”) del giudice⁵⁴: la rete di contenimento rispetto ai rischi insiti in tale potenziamento è affidata al processo, inteso come comando che trova la sua giustizia nel metodo attraverso il quale è posto e che si deve strutturare in modo da essere “giusto”.

Affinché ciò si realizzi, non basta che dinanzi ad un giudice imparziale «vi siano due parti in contraddittorio, in modo che il giudice possa udire le ragioni di tutt'e due; ma occorre altresì che queste due parti si trovino tra loro in condizione di parità non meramente giuridica», ma di effettiva parità *pratica*, che vuol dire parità tecnica ed anche economica⁵⁵.

⁵² Si veda A. TORTORA, *I poteri di riqualificazione del giudice tra giurisdizione soggettiva e oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2022, p. 911. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentt. 28 ottobre 2011, n. 5799 e 3 gennaio 2018, n. 28.

⁵³ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 12. Si veda anche L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2006, p. 591.

⁵⁴ Cfr. *supra*, nota 20.

⁵⁵ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, Cedam, 1954, spec. p. 61 e 145. Si veda anche ID., *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 273, ora in *Opere giuridiche*, cit., I, 563. Sul punto si veda N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Piero Calamandrei, ventidue saggi su un grande maestro*, cit., p. 120.

Se tra gli elementi volti ad assicurare questa parità si includono i poteri d'ufficio del giudice, appare chiaro come le specificità del processo amministrativo possano davvero trovare ambientazione all'interno di un modello *generale* di processo, che, per funzione e struttura, mantiene carattere soggettivo.

IL CONCETTO DI AZIONE NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Gian Luca Conti*

Il concetto di azione nella giustizia costituzionale è stato elaborato dai processualisti come se fosse possibile ipotizzare una situazione soggettiva astrattamente riferibile alla legittimità costituzionale degli atti sottoposti alla Costituzione o comunque si potesse costruire un processo costituzionale delle libertà intorno alla categoria della pregiudizialità. Il senso di un sistema di giustizia costituzionale è definire la quantità di moto che è consentita a una Costituzione rigida che se fosse perfettamente rigida sarebbe anche definitivamente immobile e necessiterebbe di un sindacato meramente negativo ma onnipotentemente pervasivo. In Italia, le modalità di accesso e le regole processuali definiscono il limite e il fondamento della rigidità costituzionale: un giudice delle leggi che non abbia altri limiti che la propria prudenza interferisce con la sovranità costituente. Il concetto di azione non può essere inteso come proiezione processuale di una signoria della volontà tutelata dall'ordinamento costituzionale per il tramite della giustizia costituzionale perché le modalità di accesso sono le tecniche con cui l'ordinamento costituzionale contiene l'infinita capacità di espansione della giustizia costituzionale. Nei giudizi in via di azione, è evidente il ruolo della Corte costituzionale come strumento di costante (e dinamica) verifica del corretto innestarsi della forma di governo sulla forma di Stato che la crisi della rappresentanza politica ha esasperato. L'emergere di una democrazia contenziosa unisce il processo incidentale ai giudizi in via di azione tratteggiando una dinamica in cui i bisogni di giustizia politica che le ideologie non riescono più a gestire per mezzo della rappresentanza politica vengono immessi nel circuito della giustizia costituzionale che li sintetizza con un processo che rappresenta la nomopoiesi. Può stupire, scandalizzare e, persino, offendere che l'organo costituzionale chiamato a vigilare affinché il principio maggioritario per come si esprime per mezzo del circuito rappresentativo non oltrepassi i vincoli derivanti dalla forma di Stato svolga una funzione di (vigile, sofferta e consapevole) supplenza che ne tradisce la missione ma sembra essere lo stato delle cose.

* Università di Pisa, gianluca.conti@unipi.it

Contributo sottoposto a double blind peer review ai sensi dell'art. 4 c. 4 del Regolamento della Rivista



Parole chiave: Azione; Giustizia costituzionale; Rappresentanza politica; Crisi della democrazia; Democrazia contenziosa; Interesse ad agire.

THE CONCEPT OF ACTION IN CONSTITUTIONAL JUSTICE

The notion of action within constitutional justice has been developed by procedural theorists as if it were possible to conceive of a subjective legal position abstractly related to the constitutional legitimacy of acts subject to the Constitution, or, alternatively, as if a constitutional process of liberties could be constructed around the category of prejudiciality. The rationale of a system of constitutional justice lies in determining the degree of movement permitted to a rigid constitution: for a constitution that were perfectly rigid would also be entirely immobile, and would therefore require a merely negative, yet pervasively omnipotent, form of review. In the Italian system, the procedural mechanisms of access and the rules governing constitutional adjudication define both the limit and the foundation of constitutional rigidity. A constitutional court that recognises no constraint other than its own prudence risks encroaching upon the sphere of constituent sovereignty. The concept of action, therefore, cannot be understood as the procedural projection of an individual will be safeguarded by the constitutional order through constitutional justice. Rather, the modalities of access represent the techniques through which the constitutional order contains the potentially boundless expansion of constitutional adjudication. In actions of direct challenge, the Constitutional Court assumes a pivotal role as a means of continuous — and dynamic — verification of the proper alignment between the form of government and the form of state, a relationship that the crisis of political representation has brought into sharp relief. The emergence of a contentious democracy thus links incidental proceedings with direct actions, delineating a dynamic in which the demands for political justice — no longer mediated by ideology or manageable through representative institutions — are channelled into the sphere of constitutional justice. Through this process, such demands are synthesised within a framework that performs a function of nomopoiesis — the creation of legal norms through adjudication. It may appear unsettling, even paradoxical, that the constitutional body entrusted with ensuring that the majority principle, as expressed through representative mechanisms, does not transgress the limits inherent in the form of the state, should find itself performing a (vigilant, reluctant, yet conscious) function

of substitution. Such a function arguably betrays the Court's foundational mission, yet also reflects the current condition of constitutional democracy.

Keywords: Action; Constitutional Justice; Political Representation; Crisis of Democracy; Contentious Democracy; Legal Standing.

SOMMARIO: 1. Il concetto di azione non si applica alla giustizia costituzionale.
– 2. Il concetto di azione nella pregiudizialità costituzionale. – 3. Il concetto di azione oltre la pregiudizialità costituzionale. – 4. Dal concetto di azione nella giustizia costituzionale all’azione nel prisma della giustizia costituzionale. – 5. La posizione processuale delle parti nei giudizi in via di azione.

1. IL CONCETTO DI AZIONE NON SI APPLICA ALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Nella dottrina classica del processo civile, il concetto di azione è strettamente inerente alla ideologia della illimitata strumentalità del processo.

Il processo è lo strumento attraverso il quale, secondo la sistematica chiovendiana, la volontà astratta di legge si fa concreta e questo perché la volontà concreta di legge che avrebbe dovuto assicurare per la spontanea osservanza che le è dovuta – vuoi per effetto della esecutorietà della legge, vuoi per effetto del principio di buona fede inteso come solidarietà, un bene della vita a un determinato soggetto – è restata inattuata.

Il processo, perciò, è lo strumento per ottenere tutto ciò e solo ciò che si avrebbe avuto diritto di ottenere per effetto di una situazione giuridica soggettiva al cui fondo vi è la pretesa di ottenere un determinato bene della vita, una determinata utilità.

L’azione è la proiezione in senso soggettivo di questo modello: il diritto di ottenere attraverso il processo esattamente ciò che si avrebbe avuto diritto di ottenere se il diritto di azione non fosse stato costretto a sorgere.

Di conseguenza, il confine fra la situazione soggettiva sostanziale e il diritto di azione è l’interesse ad agire, *interesse al processo* lo si definì in un saggio che ha compiuto venticinque anni¹, mentre la titolarità è la legittimazione e l’ideologia della illimitata strumentalità domina il complesso prisma della possibilità giuridica.

¹ Vedi, volendo, G.L. CONTI, *L’interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000. Sul tema, però, sono da richiamare le acute osservazioni di Padula (C. PADULA, *L’asimmetria del giudizio in via principale*, Padova, Cedam,

Così vuoi le *Istituzioni*, vuoi i *Principi di diritto processuale* con cui il Chiovenda che mutuava le categorie sviluppate oltre il Brennero dal Wach formarono la dottrina processualcivistica del tempo, altrimenti ferma nelle impostazioni di derivazione transalpina del Mortara.

In questo modello, l'azione è disegnata dall'interesse ad agire e l'interesse ad agire è la situazione soggettiva sostanziale considerata dal punto di vista della torsione che genera il bisogno di tutela².

Se si cerca l'origine della progressiva perdita di importanza dell'interesse ad agire, probabilmente si trova proprio quella feroce disputa fra il Carnelutti e il Satta alla quale accenna il saggio introduttivo di questo fascicolo e l'idea di azione che fu propria di Calamandrei: l'interesse ad agire svolge una funzione unificante che si pone in contrasto con la visione relativizzante e analitica del diritto di azione sviluppata dal Maestro fiorentino.

Anche per Calamandrei³, le forme processuali concorrono a disegnare le aspettative che sono sottoposte alla giurisdizione come bisognose di tutela, ma questo è possibile perché il diritto al processo è autonomo rispetto al bisogno di tutela sostanziale⁴ e consiste unicamente nel diritto ad ottenere, dopo aver ritualmente instaurato un processo, una pronuncia

2001; ID. *La Corte costituzionale e l'interesse a ricorrere nel giudizio in via principale: verso la fine delle oscillazioni?*, in *Le Regioni*, n. 4, 2006, pp. 769 ss.; ID., *Riflessioni sull'interesse al ricorso e cessazione della materia del contendere*, in *Consulta Online*, n. III, 2024, pp. 1006 ss.).

² Si soffermano sui complessi problemi posti dalla perdita di centralità della teoria dell'azione nella ricostruzione dell'interesse ad agire, Locatelli (F. LOCATELLI, *Problemi attuali dell'interesse ad agire*, Milano, Giuffrè, 2024) e Marinelli (M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100, c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, Alcione, 2004).

³ La citazione, come quelle che seguono, è al saggio qui ripubblicato nell'edizione delle *Opere giuridiche* (Padova, Cedam, 1948): *La relatività del concetto di azione* era stata pubblicata per la prima volta in *Riv. dir. proc.*, 1938: «Il concetto di azione non ha valore assoluto, ma relativo; esso non esiste fuori dell'ordinamento positivo, dal quale riceve forma e contenuto. Parlare di un diritto di azione in senso universale ed astratto è errore: vi è azione soltanto nella misura in cui l'ordinamento positivo la riconosce».

⁴ «L'azione non è il diritto sostanziale in moto, ma un diritto distinto, autonomo, che spetta a chiunque domandi al giudice una pronunzia, quand'anche la sua pretesa sia infondata. Non si ha difetto di azione, ma soltanto rigetto della domanda».

nel merito delle domande – e nei limiti delle domande – che si sono poste al giudice⁵.

C’è pur sempre l’ideologia della illimitata strumentalità del processo, né mai Calamandrei si sottrasse all’insegnamento di Chiovenda, ma questo non riguarda le condizioni dell’azione, bensì la struttura del provvedimento finale del processo, particolarmente di condanna.

In Calamandrei appare presupposta l’impostazione carneluttiana per cui l’esercizio della giurisdizione è sovranità vincolata⁶ perché il giudice può esercitare il potere di definire il contenuto concreto di una volontà astratta di legge solo nella misura in cui gli è imposto dalla necessità di rispondere al bisogno di giustizia manifestato delle parti processuali.

Ma un tanto può riguardare unicamente il processo civile, al cui nuovo codice Calamandrei mentre scriveva della relattività del concetto di azione dettava, con Carnelutti, Redenti e Conforti, la Relazione – rimasta intestata, com’è prassi, al guardasigilli, Grandi –, ovvero la teoria generale del processo, che in quegli anni veniva in qualche modo tratteggiata da Carnelutti, fedele alla spinta sistematica chiovendiana, e, nello stesso tempo, superata dai monumentali sforzi analitici dell’Andrioli o dello stesso Satta.

Il concetto di azione, secondo Calamandrei, è affatto estraneo al processo costituzionale: lì, per il maestro fiorentino che sofferma il proprio pensiero sul giudizio in via incidentale, non vi sarebbe spazio per il diritto di azione, neppure inteso in senso astratto come mero interesse a una pronuncia sulla domanda della parte che rivolge al giudice il proprio bisogno di giustizia, dal momento che il diritto di azione presuppone l’esistenza di una parte che agisce per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi,

⁵ «Il diritto di azione consiste non già nel diritto di conseguire il bene della vita domandato, ma nel diritto di provocare dal giudice una decisione su di esso: decisione che può essere favorevole o sfavorevole, ma che non può essere negata.» o ancora «L’azione è dunque diritto a una pronuncia giurisdizionale, non diritto al riconoscimento del proprio assunto. È perciò che il concetto di azione è relativo: varia con la disciplina che l’ordinamento positivo ne stabilisce e non tollera definizioni assolute».

⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Società Ed. del «Foro Italiano», III ed. 1951, pp. 52 ss.; M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 103, nota 327.

non importa in questo caso se esistenti o meramente affermati, per effetto della considerazione in senso astratto delle condizioni dell'azione⁷, e nel processo costituzionale non è ipotizzabile una situazione soggettiva individuale bisognosa di tutela perché nessuno vanta un interesse giuridicamente qualificato attraverso la protezione giurisdizionale alla costituzionalità delle leggi. Sarebbe come dire che un qualsiasi cittadino ha il diritto di esigere da parte del legislatore deliberazioni legislative costituzionali, il che, peraltro, recentemente, è quasi accaduto⁸.

Nello stesso tempo il giudicato in senso sostanziale come definitiva attribuzione di un certo bene della vita a un determinato soggetto non può essere esteso sino a ricoprendere la pretesa alla costituzionalità della legge, rispetto alla quale l'attribuzione del bene della vita in gioco a colui che vi ha interesse è una conseguenza meramente occasionale.

⁷ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, part. pp. 52 ss. Con timidezza di nota, la ricostruzione in senso astratto delle condizioni dell'azione è una conseguenza del sempre maggiore rilievo sostanziale del giudicato nella teoria del processo sviluppatasi a partire dagli studi dell'Allorio (E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1932, rist. 1992 nella collana intestata alla Fondazione Piero Calamandrei, il cui primo volume sarà oggetto delle considerazioni che seguono nel testo).

⁸ In questi esatti termini, Corte cost., sent. n. 35/2017, di cui non è il caso di richiamare le glosse che la dottrina non ha fatto mancare.

Tale sentenza nasce da un giudizio promosso con ricorso ai sensi dell'art. 702-bis, c.p.c. da alcuni cittadini italiani iscritti nelle liste elettorali del Comune di Messina, i quali avevano convenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri e il Ministro dell'Interno, affinché venisse riconosciuto e dichiarato «il loro diritto soggettivo di elettorato, per partecipare personalmente, liberamente e direttamente, in un sistema istituzionale di democrazia parlamentare, con metodo democratico ed in condizioni di libertà ed egualianza, alla vita politica della Nazione, nel legittimo esercizio della loro quota di sovranità popolare, così come previsto e garantito dagli artt. 1, 2, 3, 24, 48, 49, 51, 56, 71, 92, 111, 113, 117, 138 Cost. e dagli artt. 13 CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo), 3 Protocollo CEDU, entrambi ratificati in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848», affinché fosse riconosciuto e dichiarato che l'applicazione della l. n. 52 del 2015 «risulta gravemente lesiva dei loro diritti come sopra indicati, ponendosi in contrasto con le superiori disposizioni costituzionali» e, di conseguenza, affinché il giudice adito disponesse «la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale».

Si è molto vicini a quella che Cappelletti definiva, secondo la dottrina tedesca, *Richterklage o Popularklage* (M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 141).

Di conseguenza, per Calamandrei, nel processo costituzionale si ha una forma di applicazione del diritto dominata da un interesse talmente superiore da non poter essere offuscato da una situazione soggettiva e, coerentemente, tale processo non è esercizio di giurisdizione⁹.

Insomma, nella logica dell'Autore di cui qui si ripubblicano alcune delle pagine più significative per lo sviluppo della teoria del processo, del concetto di azione nel processo costituzionale non è il caso di discutere di talché queste pagine si potrebbero fermare qui con buona pace sia del lettore che dell'autore.

2. IL CONCETTO DI AZIONE NELLA PREGIUDIZIALITÀ COSTITUZIONALE

Cappelletti, che di Calamandrei fu uno degli ultimi allievi, insieme a Barile e Predieri con i quali frequentava le stanze di Borgo Pinto 80, ove il Maestro fiorentino aveva studio, nella monografia dedicata alla pregiudizialità costituzionale, pubblicata come primo volume della collana sostenuta dalla Fondazione intestata a Calamandrei dopo la sua prematura scomparsa, ritorna sull'argomento e lo svolge con ben altro piglio rispetto al suo Maestro¹⁰, il quale peraltro ha sempre manifestato un'estrema tolleranza per le opinioni dissensienti dei suoi allievi.

Per Cappelletti, l'idea di azione nel processo costituzionale deve essere intesa a partire dal concetto di processo costituzionale delle libertà: il processo costituzionale non risolve la questione di legittimità costituzionale dalla cui soluzione dipende l'aggiudicazione del bene della vita di cui si discute nel giudizio *a quo*, bensì la questione che riguarda l'ammissibilità costituzionale dello *status subiectionis* a una norma primaria – della cui conformità a Costituzione è possibile dubitare in termini non manifestamente irragionevoli – in cui si trova il giudice del giudizio *a quo* similmente a qualsiasi altro giudice che dovrebbe applicare quella stessa

⁹ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit., p. 57.

¹⁰ M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., pp. 137, 143 e 183, ma *passim*.

norma primaria per risolvere il bisogno di tutela giurisdizionale che gli è stato dedotto, di talché l'oggetto del giudizio costituzionale in via incidentale non è la norma primaria sospettata di incostituzionalità in rapporto ai parametri invocati, bensì una *subiectio civium*¹¹.

Difatti, il giudice *a quo* può sollevare la questione di legittimità costituzionale anche nel caso in cui nessuna delle parti sollevi la relativa eccezione e persino se si oppongano¹².

Soprattutto, vi sarebbero precisi argomenti per escludere che il processo incidentale di legittimità costituzionale delle norme primarie costituisca uno strumento giurisdizionale a garanzia del bisogno di giustizia che ha determinato la lite¹³ o l'affare nel cui corso è stata pronunciata l'ordinanza di rimessione.

In questo senso, l'art. 21 delle *Norme Integrative* per il quale la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale¹⁴. Se le vicende del giudizio *a quo* non producono alcun effetto sul processo costituzionale

¹¹ Ivi, p. 24. Vale la pena aggiungere che per Cappelletti, nel caso del processo costituzionale, l'oggetto del processo sarebbe più ampio della giurisdizione della Corte costituzionale nel senso che vi sarebbero leggi incostituzionali che dovrebbero essere applicate come soluzione di una controversia da soggetti che non possono sollevare la questione di legittimità costituzionale, con la conseguenza che tali soggetti dovrebbero disapplicare la disposizione di rango primario che considerano incostituzionale (ivi, p. 87).

¹² Più precisamente, se le parti non ritengono la questione rilevante o non manifestamente infondata e il giudice *a quo* sollevi la questione, non vi è spazio per altro rimedio che non sia la più sollecita possibile pronuncia del giudice delle leggi. Ove invece le parti ritengano una questione rilevante e non manifestamente infondata, l'opposta decisione del giudice *a quo* è sottoposta agli ordinari mezzi di impugnazione.

¹³ Cappelletti ricorda l'insegnamento di Montesano (L. MONTESANO, *Leggi incostituzionali, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, 1952, IV, pp. 146 ss., p. 173) per il quale: «l'incostituzionalità della legge può essere oggetto di questione ma non di lite. In termini più precisi, l'accertamento sulla validità costituzionale di una norma legislativa può costituire la soluzione della *questione di una lite* ma non esistono né una lite fra il cittadino e il legislatore né un'applicazione giurisdizionale di sanzioni contro l'atto incostituzionale».

¹⁴ Si richiamano le *Norme Integrative* nell'attuale numerazione risultante dalla loro pubblicazione nel 2021: l'art. 21 citato nel testo, all'epoca in cui scriveva Cappelletti, era il 22. Questa avvertenza vale anche per le successive citazioni.

si ha che il processo costituzionale è del tutto sganciato dal bisogno di giustizia espresso nel giudizio *a quo*¹⁵.

Tant'è che, ai sensi dell'art. 23, l. n. 87/1953, la questione viene sollevata con un'ordinanza del giudice *a quo* che, come si è appena osservato, è assolutamente indipendente dall'eccezione di una delle parti del processo, ovvero la questione viene ad esistere dinanzi alla Corte costituzionale per il solo fatto che le sia trasmessa l'ordinanza del giudice *a quo* unitamente al fascicolo del processo senza che vi sia spazio per alcun atto di impulso rimesso alle parti del giudizio che possono unicamente costituirsi nel processo costituzionale ove, particolarmente all'epoca di questi scritti, svolgono un'attività assai limitata¹⁶, mentre il processo costituzionale può ben procedere anche nel caso in cui nessuno si costituisca per effetto di quanto stabilito all'art. 26³, l. n. 87/1953¹⁷.

Inoltre, una volta cessata la causa di sospensione perché il processo costituzionale è stato deciso, sono le parti del giudizio *a quo* che devono riassumere il processo dinanzi al giudice competente con due conseguenze significative: da una parte, il processo costituzionale si svolge indipendentemente dalla sua utilità per il giudizio *a quo* dal momento che questo potrebbe non essere riassunto. Dall'altra, la decisione della Corte costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale rilevante per la pronuncia sul bisogno di giustizia oggetto del giudizio *a quo* impone alle parti di quel processo di valutare nuovamente se hanno interesse alla decisione perché mutando, per effetto della interpretazione della Corte, il significato della norma rilevante per decidere, colui che inizialmente aveva manifestato interesse alla decisione, sulla base della norma come originariamente interpretata, potrebbe non avervi più interesse¹⁸.

E tutto questo sarebbe confermato dal fatto che, contrariamente a quanto previsto per i giudizi incidentali di legittimità costituzionale, nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale è previsto che la rinuncia del ricorrente in via principale, se accettata da tutte le parti del

¹⁵ M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., p. 121.

¹⁶ *Ivi*, pp. 95 ss.

¹⁷ *Ivi*, p. 137.

¹⁸ *Ivi*, pp. 122 – 123 e pp. 228 ss.

processo costituzionale, determina l'estinzione del giudizio, che, secondo l'Autore, in questo caso, costituisce una lite la cui decisione dipende esattamente dalla soluzione del problema di costituzionalità posto alla Corte dal ricorrente che è, in questo caso, l'oggetto del processo.

Nel pensiero di Cappelletti, insomma, la questione di legittimità costituzionale è una questione pregiudiziale che, una volta sollevata ai sensi dell'art. 23, legge 87/1953, vive di vita propria e questo contraddice inevitabilmente l'idea di azione come bisogno individuale meritevole di tutela attraverso il processo¹⁹.

Il processo costituzionale delle libertà, insomma, per Cappelletti, non riguarda i titolari delle libertà ma piuttosto lo *status subjectionis* della magistratura nel suo complesso a quelle norme che violano le libertà individuali e rivela la sua natura se si riflette che, una volta entrata in vigore la Costituzione, secondo l'impostazione di Calamandrei, non vi è più spazio per l'applicazione di norme incostituzionali.

Più precisamente, sembra di poter affermare che la porzione di sovranità affidata alla magistratura viene ad essere limitata non solo dalla domanda delle parti del processo, secondo l'impostazione carneluttiana, ma soprattutto dalla Costituzione che impedisce loro di applicare norme che ritengono incostituzionali senza avere prima sollevato la relativa questione dinanzi alla Corte.

E' interessante osservare che nel caso in cui la giurisdizione non sia esercizio di sovranità perché devoluta a un collegio arbitrale anche questo non potrebbe applicare la legge incostituzionale ma, nella impossibilità di sollevare la relativa questione, dovrebbe disapplicarla²⁰, il che conduce a

¹⁹ Per questa ragione, nello schema di Cappelletti, il problema della *fictio litis* dovrebbe trovare una soluzione opposta a seconda che lo si ponga dinanzi al giudice *a quo* il quale non potrebbe non rilevare l'inammissibilità, l'irricevibilità o comunque l'improcedibilità della domanda perché l'interesse ad agire che si fonda sulla mera incostituzionalità della norma che decide della controversia non trova alcuna azione, o che lo si ponga dinanzi alla Corte costituzionale, la quale non potrebbe non prendere atto del fatto che tale giudizio appartiene alla esclusiva cognizione del giudice *a quo*. Sul punto, l'Autore cita criticamente Corte cost., sent. n. 48/1957 (ivi, pp. 66 ss., part. 68).

²⁰ *Ivi*, p. 87, ma è interessante osservare che sul punto Cappelletti si affida all'autorità dell'Esposito della Validità della legge (C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*.

configurare il sindacato di legittimità costituzionale della legge come una questione di rigidità della Costituzione e, perciò, di efficacia della legge in contrasto con la Costituzione e, naturalmente, allontana ulteriormente dal concetto di azione inteso come lo si intende nella scienza del diritto processuale.

In questa impostazione, è solo il giudice *a quo* che, attraverso il giudizio di rilevanza e di non manifesta infondatezza, può sollevare la questione di legittimità costituzionale che, perciò, è, da un lato, la conseguenza della inefficacia della legge incostituzionale e, dall'altro, della riserva di competenza a conoscere dell'efficacia della Costituzione, ovvero della sua rigidità, in favore della Corte costituzionale, di talché se vi deve essere esercizio di un'azione dinanzi al giudice *a quo*, perché altrimenti la questione di legittimità costituzionale non potrebbe essere rilevante, non vi può essere alcuna azione in senso processuale delle parti dinanzi alla Corte costituzionale.

Ciò che conta è, nel pensiero di Cappelletti, la pretesa del giudice *a quo* di sottrarre se stesso e l'intero ordinamento a uno *status subjectionis* in

Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 36 ss.; pp. 41 ss.; pp. 50 ss.). Vedi, oggi, almeno Corte cost., sent. n. 376/2001: «Ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. - Il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell'itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali - come ogni giudice - sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum Constitutionem*. - In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri - il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione - debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi».

contrastò con l'efficacia della Costituzione²¹ e alla Corte costituzionale spetta il potere di accertamento della legittimità costituzionale della legge che, per effetto dell'art. 30, legge 87/1953, ha natura costitutiva.

In definitiva, il concetto di azione non trova alcuno spazio nel processo costituzionale delle libertà se non come azione del giudice dinanzi alla Corte costituzionale nel senso che si è cercato di precisare.

3. IL CONCETTO DI AZIONE OLTRE LA PREGIUDIZIALITÀ COSTITUZIONALE

È indubbio che Cappelletti ha, in un certo senso, concluso la stagione dei processualcivlisti che studiano le categorie del processo costituzionale.

Dopo Cappelletti, i processualcivlisti sono tornati essenzialmente alle problematiche connesse al processo civile e la giustizia costituzionale è stata studiata essenzialmente dai costituzionalisti, taluni dei quali, com'è noto, hanno avuto come obiettivo quello di assicurare al "non sistema" della giustizia costituzionale una prevedibilità simile a quella che è tipica delle Sezioni Unite Civili quando si occupano delle norme del codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata.

Vi è al fondo della tesi di Cappelletti, però, qualcosa che continua a essere attuale e che sollecita una riflessione non meramente storica o di carattere estemporaneo.

Insomma, il problema dell'azione nel processo costituzionale continua ad agitarsi e chiedere attenzione perché è forte il bisogno di giustizia che evoca: se l'ordinamento riconosce una situazione soggettiva in quanto la stessa è tutelata dall'ordinamento anche nella sua proiezione processuale per effetto della Costituzione, come può l'ordinamento non riconoscere anche al singolo bisogno di tutela la cui *causa petendi* è la violazione della Costituzione una tutela altrettanto piena?

²¹ *Ivi*, p. 144 e p. 150, ma *passim*.

Perché ho il pieno diritto di ottenere il risarcimento quando il danno che ho subito è stato causato da un illecito e non ho lo stesso diritto se l'illecito è una norma primaria incostituzionale?

Di solito, questo problema si risolve diversamente nel giudizio incidentale e nei giudizi in via di azione mentre si ritiene che non abbia ragione di porsi nel giudizio di ammissibilità dei referendum e la giustizia politica affidata alla Corte ovviamente pone questioni affatto diverse.

Il nodo principale, però, è completamente diverso e risiede nel concetto di rigidità costituzionale che si adotta. La causa della rigidità costituzionale è solitamente ricondotta all'esistenza o meno di un procedimento aggravato di revisione del testo costituzionale secondo il modello degli artt. 138 e 139, Cost.²².

Sicuramente questo, sia pure con alcuni accorgimenti, può essere detto a proposito dello Statuto albertino²³: sebbene i casi che di solito si portano per dimostrare la sua flessibilità, ovvero l'adozione della bandiera tricolore in luogo di quella azzurra di casa Savoia (art. 77, Statuto) e la piena emancipazione degli ebrei di cui al r.d. 29 marzo 1848, n. 688, possono essere meno rilevanti di altri.

Soprattutto però affermare che causa della rigidità costituzionale è l'esistenza di un procedimento aggravato di revisione è scambiare l'origine dell'istituto con la sua conseguenza: il procedimento aggravato di revisione è la conseguenza della rigidità della Costituzione, non la sua causa,

²² Sulla causa della rigidità costituzionale, sono essenziali le riflessioni di Pace (A. PACE, *La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, n. 6, 1993, pp. 4085 ss.; ID., *In difesa della «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, n. 2, 1995, pp. 4085 ss.; ID., *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, Cedam, 1995; II ed., Padova, 1996; ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 1997; II ed., Padova, 2002). In realtà, il tema della rigidità ha a che fare essenzialmente con l'art. 138, Cost., poiché l'art. 139 sta unicamente lì a dire che la forma repubblicana non può essere modificata che con un plebiscito del tutto simile al referendum del 2 giugno 1946 e ai plebisciti di annessione con cui si è posta fine alle guerre di indipendenza del Regno di Sardegna (C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 5).

²³ Su cui, vedi: R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Come si forma una Costituzione tra diritto e sentire comune*, Roma, Luiss, 2019.

intesa nel senso della funzione che la rigidità costituzionale svolge all'interno del complesso sistema delle fonti che regolano la forma di Stato²⁴.

Se si riflette che nella nostra Costituzione la forma di Stato non può essere considerata autonoma rispetto alla forma di governo perché lo scopo della forma di governo è realizzare i valori affermati nella forma di Stato, come si dirà meglio più avanti, allora, una costituzione rigida non è una costituzione resa intangibile dalle complicazioni delle procedure previste per la revisione costituzionale, secondo uno schema che fu caro alla dottrina costituzionale repubblicana francese fra il 1792 e il 1794.

Il collegamento fra forma di Stato e forma di governo non è affatto immobile ma muta con il mutare del tempo e l'evolversi del sistema politico: la rigidità della Costituzione, perciò, consiste nell'affidare la verifica della costituzionalità delle norme primarie e dei comportamenti in grado di interferire nel corretto scorrere e divenire delle autonomie costituzionali a un giudice delle leggi.

Se è così, in una Costituzione perfettamente rigida, che, perciò, non tollera la possibilità che vi siano norme subcostituzionali in contrasto con quanto la stessa Costituzione prescrive, non vi è alcuna ragione che renda ragionevole una limitazione del sindacato del giudice delle leggi.

²⁴ Per l'applicazione del concetto civilistico di causa alla rigidità costituzionale, si è debitori di Santini (G. SANTINI, *Spigolature storiche sulla rigidità costituzionale. A partire da uno studio di Alessandro Pace*), in corso di affinamento ai fini della successiva pubblicazione. Scrive, poi, Cardone: «la rigidità costituzionale non è un dato perenne, monolitico e formale, ma dipende dalla sostanza delle norme costituzionali di cui essa viene predicata e in relazione alle quali viene valutata. E questo indipendentemente dall'esistenza di una procedura aggravata di revisione costituzionale e dalla sua inderogabilità. Il procedimento di revisione, infatti, non è elemento costitutivo della rigidità, ma una sua garanzia. La rigidità non può che riposare altrove, sulla resistenza che la fonte di legittimazione della costituzione è in grado di offrire al cambiamento: solo essa può attribuire alla Costituzione stabilità nel tempo». A. CARDONE, «Dimmi quanto è rigida la tua costituzione e ti dirò come intendere il suo procedimento di revisione». *Brevi note sul rapporto tra forma e sostanza nella revisione costituzionale*, in ID. (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione. Seminario fiorentino 13 febbraio 2014*, Napoli, ESI, part. 270, ma sul punto vedi già le osservazioni dell'A. in ID., *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo al controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano, Giuffrè, 2007, part. 405 ss.). In questo senso, ad avviso di chi scrive, si può parlare di giustizia costituzionale in una liberaldemocrazia parlamentare, lasciando la legislazione negativa ai cultori della teoria generale del diritto.

Questo sindacato dovrebbe essere il più ampio possibile perché nessuna legge che si ponga in contrasto con la Costituzione dovrebbe essere considerata ammissibile.

È la logica di Esposito che considera invalide le leggi incostituzionali.

L'esistenza di un sindacato costituzionale accentratore che definisce in termini processuali le modalità di accesso alla giustizia costituzionale e, quindi, di un "non sistema", nel caso italiano, di procedure che condizionano la pronuncia del giudice delle leggi è, in definitiva, il fondamento e il limite alla rigidità della Costituzione.

Più precisamente costituisce il fondamento della rigidità costituzionale perché la Costituzione è rigida nel momento in cui le norme che la modificano senza rispettare le regole stabilite per la revisione trovano un sindacato ma rappresenta anche un limite delle rigidità che vale nella misura in cui il sindacato della Corte è possibile.

In altre parole, se la Costituzione italiana del 1948 fosse una costituzione perfettamente rigida, questa costituzione non dovrebbe conoscere alcun limite al sindacato delle norme che trovano in quella costituzione la propria fonte di riconoscimento e, perciò, vuoi al loro annullamento, vuoi alla loro disapplicazione.

Tuttavia le lacune nell'accesso alla giustizia costituzionale ci sono e sono evidenti²⁵

Questa affermazione porta a un ragionamento circolare del genere: se la Costituzione è rigida, è necessario un giudice della conformità a Costituzione; il giudice della conformità a Costituzione, inevitabilmente, soffre delle lacune poste dall'accesso ma anche delle regole processuali che caratterizzano il suo funzionamento; la Costituzione, perciò, non può essere considerata rigida o meglio completamente rigida per effetto del malfunzionamento del suo custode²⁶.

²⁵ Vedi, ovviamente, gli atti del convegno del Gruppo di Pisa del 1999 sull'accesso alla giustizia costituzionale A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive dell'accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, e R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale, caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006.

²⁶ Sulle antinomie e le contraddizioni che caratterizzano la Costituzione italiana: P.G. GRASSO, *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006.

È ovviamente una risposta insoddisfacente.

Allora sembra di poter intravedere un modo diverso di intendere il giudizio incidentale di legittimità costituzionale: la Corte costituzionale è, fra le altre cose, il giudice delle leggi, ad essa spetta ai sensi dell'art. 134, Cost. il controllo della legittimità costituzionale di tutte le norme primarie.

Questa attribuzione è, in astratto, illimitata, ma se questa attribuzione fosse, in concreto, illimitata, allora si avrebbe che l'esercizio della sovranità si trasferisce dalla Costituzione alla Corte costituzionale. Il potere costituente, infatti, si sospende nel momento in cui organizza la sovranità dandole una determinata forma che è la Costituzione. Ma se non esistessero limiti al sindacato della Corte costituzionale, sarebbe la Corte costituzionale a conformare senza sosta la sovranità secondo sempre nuove forme e questo non è naturalmente ammissibile in un sistema la cui Costituzione è scritta e rigida. Una Corte costituzionale che può intervenire in qualsiasi momento ponendo nel nulla la volontà del Parlamento indipendentemente da qualsiasi bisogno di giustizia che giustifichi il suo intervento è una Corte costituzionale sovrana.

E un giudice delle leggi che non abbia altro limite che la propria prudenza rischia di distruggere la propria legittimazione a causa della sua onnipotenza.

Di conseguenza, l'art. 23, legge 87/1953 e, soprattutto, l'art. 1, legge cost. 1/1948 hanno come scopo essenziale quello di limitare la cognizione altrimenti assoluta della Corte costituzionale. Rappresentano lo strumento con cui una Costituzione rigida conserva la propria rigidità nei limiti in cui questo è consentito dalla necessità, altrettanto rilevante sul piano costituzionale, di contenere non solo il legislatore incostituzionale ma anche un giudice delle leggi che non può essere onnipotente senza diventare sovrano e quindi senza contraddirre l'essenza stessa della Costituzione come strumento di reciproca confinazione delle autonomie costituzionali attraverso cui la sovranità viene organizzata.

Si potrebbe dire, provocatoriamente, che il problema dell'accesso alla giustizia costituzionale è sempre stato travisato da chi ha ritenuto che le norme sull'accesso giustificano il sindacato della Corte costituzionale definendo i termini e i modi in cui la Corte costituzionale può essere attivata.

La Corte costituzionale considerata nella sua essenza è, siccome custode della legittimità costituzionale delle norme primarie, sempre competente a giudicare della loro legittimità, senza che sia possibile alcuna eccezione, se non attraverso una limitazione di questa competenza altrimenti destinata a generare un Leviatano non meno temibile di quello disegnato da Hobbes, perché questo mostro biblico sarebbe formato non dai singoli sudditi ma dalle norme costituzionali come “tirannicamente” interpretate dalla Corte.

La Costituzione quando fissa il modo di accedere alla giustizia costituzionale limita un potere che altrimenti la divorerebbe, peraltro divorando se stesso.

In questo quadro, la legge sospettata di incostituzionalità non può conoscere un giudizio astratto dalla esistenza di un giudizio *a quo* rispetto al quale la questione di legittimità costituzionale costituisce una delle questioni che devono essere risolte per decidere della lite e perciò si pone come pregiudiziale rispetto alla sentenza. Ma non perché non sia così per effetto della generale attribuzione di cui all'art. 134, Cost. ma perché l'art. 137, Cost. contiene e limita le attribuzioni della Corte costituzionale che, altrimenti, sarebbero illimitate come illimitata è, in astratto, la rigidità della Costituzione²⁷.

In questo prisma, il concetto di azione non può essere inteso come proiezione processuale di una signoria della volontà tutelata dall'ordinamento costituzionale per il tramite della giustizia costituzionale: l'esistenza del processo, la rilevanza, la non manifesta infondatezza sono gli strumenti attraverso i quali l'ordinamento costituzionale contiene la infinita capacità di espansione della giustizia costituzionale rendendola concreta senza nello stesso tempo far dipendere l'autorità della Costituzione esclusivamente dall'iniziativa di un cittadino.

Non si ha, né si può ipotizzare che ci sia per le ragioni acutamente illustrate dal Montesano oltre settanta anni fa, una lite in cui si discute della

²⁷ Sui complessi problemi posti dall'art. 137 e dalla sua attuazione, vedi per tutti: G. GRASSO, *La storia della legge 87 del 1953*, in G. GRASSO, A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un «bilancio» sul processo costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024 e, volendo, ivi: G.L. CONTI, *La legge 87/1953 nel sistema delle fonti*, pp. 101 ss.

costituzionalità di una norma primaria, ma una lite in cui la questione di legittimità costituzionale costituisce una pregiudiziale e in questa lite l'interesse dell'individuo alla legittimità costituzionale della norma primaria è protetto nella misura in cui dall'applicazione della norma primaria dipenda l'aggiudicazione del bene della vita in contestazione.

Lo *status subjectionis* viene in rilievo per effetto del collegamento fra il principio di egualanza dinanzi alla legge e il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge: il giudice è soggetto unicamente alla legge perché la legge è ciò che rende eguali tutti i cittadini ma l'egualanza dei cittadini non si ha se una norma di legge viola la Costituzione perché se tutte le leggi, espressione che si usa per comodità in luogo di norma primaria, trovano nella Costituzione la loro norma di riconoscimento, i cittadini non sono più eguali ogni volta che la Costituzione è violata in danno di taluni di essi²⁸.

Si può considerare, perciò, e d'altra parte, nessuno lo ha mai dubitato, estremamente ragionevole l'art. 23, legge 87/1953, perché questa disposizione, nel contenere le attribuzioni della Corte costituzionale, limita il suo sindacato: (i) con riferimento alle norme primarie che pongono una questione di *status subjectionis* del giudice con riferimento a una norma costituzionale che si suppone violata, ovvero quelle norme che se fossero applicate, obbligherebbe il giudice ad esercitare della propria autonomia costituzionale, come più propriamente può essere oggi definita quella che Carnelutti chiamava sovranità vincolata, oltrepassandone i limiti; (b) con riferimento alle norme primarie che pongono un problema di egualanza dei cittadini dinanzi alla legge perché se le leggi sono, come si deve ritenere, normalmente conformi a Costituzione, la legge sospettata di inconstituzionalità altera la parità di trattamento del cittadino destinato a subirne gli effetti rispetto ai cittadini che hanno la fortuna di essere incappati solo in norme conformi al dettato costituzionale.

La non manifesta infondatezza, in questo quadro, è il limite entro il quale il giudice *a quo* può espandere le attribuzioni altrimenti quiescenti

²⁸ Quanto si cerca di sostenere nel testo è assai diverso dal limitarsi ad affermare che il principio di soggezione del giudice alla legge è limitato alle leggi costituzionali perché, in questo modo, non si comprende il valore del giudizio di costituzionalità come strumento di promozione del principio di egualanza.

della Corte costituzionale e somiglia assai a quella condizione dell’azione che si è definita “possibilità giuridica”.

Il giudice *a quo* però non è titolare di alcuna azione, neppure intesa nel senso precisato da Cappelletti, ha un potere di denuncia, come, ad avviso di queste pagine correttamente, riteneva Calamandrei.

Ben più complessa la posizione delle parti del processo²⁹: le stesse, è vero, possono subire una questione di legittimità costituzionale imposta dal giudice che può rimettere gli atti alla Corte costituzionale nel loro silenzio o contro la loro volontà, come pure possono sottoporre una questione di legittimità costituzionale che può ben essere respinta e, in questo caso, possono coltivare la loro pretesa anche nei successivi gradi di giudizio senza che maturi alcuna preclusione se non nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale sia respinta dalla Corte e, anche in questo caso, solo nei limiti di quanto deciso dalla Corte e non se sono sollevati nuovi e diversamente non manifestamente infondati profili di incostituzionalità.

Nel giudizio *a quo* la questione di legittimità costituzionale di una delle norme primarie rilevanti per la decisione costituisce, dal punto di vista della parte che vi ha interesse, l'affermazione di una volontà concreta di legge a sé favorevole e cade, quindi, nell'art. 100, c.p.c. interpretato nel senso che se per proporre una domanda o per contraddirre alla stessa occorre avervi interesse, ogni volta che vi è un interesse a una pronuncia giurisdizionale vi è il dovere del giudice di provvedervi.

Si ha, perciò, una situazione apparentemente complessa in cui nel giudizio *a quo* l’eccezione di incostituzionalità è esercizio del diritto costituzionale di agire in giudizio per ottenere piena soddisfazione dei propri interessi, ma qui ci si ferma, perché la soddisfazione di quegli interessi appartiene a un giudice diverso dinanzi al quale gli interessi particolari sono occasionalmente tutelati.

²⁹ Su cui, ancora oggi in una letteratura oramai sconfinata, ovviamente R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985 e le successive precisazioni dell'autore nei suoi ben noti aggiornamenti in materia di processo costituzionale, nonché V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1997; L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, Giappichelli, 2003.

4. DAL CONCETTO DI AZIONE NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE ALL'AZIONE NEL PRISMA DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

Per quanto si è cercato di sostenere in queste pagine, è evidente che chi scrive crede nell'inesauribilità dell'idea di giustizia costituzionale che deriva dalla rigidità della Costituzione, ma anche nella opportunità costituzionale di limitare la potenziale cecità di tale attribuzione.

A questo scopo, occorre forzare un ulteriore passaggio di dimensione del processo costituzionale che sinora si è collegato, secondo il modello tradizionale di legislazione negativa della giustizia costituzionale di Hans Kelsen, alla rigidità della Costituzione.

La necessità di preservare la rigidità costituzionale ha, infatti, il sapore polveroso dei mobili antichi: si possono proteggere dai tarli, ma non si può impedire che chi li osserva non ne rilevi la vetustà.

La Corte costituzionale, negli anni, è andata ben oltre il ruolo di un mero custode negativo della Costituzione e ha assunto, particolarmente con riguardo alla produzione delle norme primarie, il compito di assicurare un saldo collegamento fra la forma di Stato e la forma di governo facendo sì che il circuito Parlamento – governo sia un interprete fedele dello spirito della Costituzione piuttosto che della sua lettera.

Per forma di Stato, queste pagine intendono la forma che la decisione costituzionale impone al rapporto fra il popolo, il territorio e l'organizzazione del potere che quel popolo si dà. Questo rapporto nella Costituzione del 1948 si caratterizza attraverso alcuni principi e molti valori che consentono a una nazione divisa di riconoscersi nella sovranità costituzionale dello Stato³⁰, trovando le intersezioni che consentono a posizioni (non solo e non più unicamente) ideologiche spesso in contrasto fra di loro di collaborare nell'esercizio della sovranità popolare.

³⁰ Il richiamo qui, ovviamente, è alle voci encyclopediche di Elia (L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 638), Lanchester (F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990,) e Luciani (M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir. Annali III*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 538 ss.). Il valore dei valori per la forma di Stato sfrutta invece le riflessioni di Nania (R. NANIA, *Il valore della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1986).

Rispetto alla forma di Stato, la forma di governo è un concetto strumentale: essa individua il circuito di decisione politica (e le garanzie che devono contenerlo) più adeguata ad assicurare il funzionamento di una determinata forma di Stato.

Per comprendere la forma di governo, occorre considerare tomisticamente il suo formante nella forma di Stato³¹: la forma di Stato è il *quid secundum quam aliquid* [la forma di governo] *formatur*.

Il controllo di costituzionalità trova il proprio fondamento più profondo proprio nell'essere una verifica dinamica del modo in cui le prestazioni della forma di governo danno attuazione ai valori che consentono di tenere uniti popolo, territorio e governo nella forma di Stato nonché di ottenere il riconoscimento degli altri Stati, per chi, come chi scrive, ritenga tale riconoscimento essenziale per l'esistenza della sovranità.

Come è dinamico, perché agganciato allo spirito dei tempi e al suo continuo divenire, il collegamento fra forma di Stato e forma di governo, così è cangiante il modo di operare del controllo di costituzionalità, non solo perché la Corte può sviluppare principi costituzionali che non esistevano nella Costituzione del 1948³², ma anche ogni qual volta le sue pronunce sono sganciate dal bisogno di giustizia costituzionale che le evocava perché sono costrette a ricondurre il circuito Parlamento – governo nell'alveo dei valori che caratterizzano la forma di Stato³³.

Peraltro, si può aggiungere che la crisi del circuito rappresentativo della forma di governo ha sospinto i bisogni di rappresentanza politica un

³¹ Si è debitori di questo spunto a M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., part. 565.

³² È pacificamente accaduto nel caso del valore ambientale prima della legge cost. 1/2022: volendo, G.L. CONTI, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2022 e ID., *Prendere sul serio la legge costituzionale 1/2022*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 1, 2023.

³³ È, purtroppo, il caso dei trattamenti di fine vita.

tempo soddisfatti dai partiti politici mitizzati in Duverger³⁴ verso il sistema delle garanzie lasciando prefigurare una democrazia a rappresentanza contenziosa o, semplicemente contenziosa, se così si può dire³⁵.

Una giustizia costituzionale che è strutturalmente orientata verso la garanzia di un corretto innestarsi della forma di governo sulla forma di Stato, nella crisi del circuito Parlamento-governo, diventa protagonista dei bisogni di rappresentanza politica che i partiti politici non riescono più ad assorbire e mediare.

Di qui, il tanto criticato attivismo della Corte costituzionale che non deve essere considerato solo come una inaccettabile torsione del modello costituzionale³⁶ ma come una risposta del modello costituzionale alla propria crisi, quasi una prova di resilienza per utilizzare una espressione un po' troppo di moda.

³⁴ Duverger non utilizza l'espressione partito politico con lo stesso nostro significato e neppure utilizza l'espressione "sistema politico" nel senso che è tipico di forma di governo e che si è cercato di chiarire nel testo. Più che altro nel suo pensiero il sistema politico riunisce sia gli aspetti di struttura che sono caratteristici della forma di Stato, intesa un po' come il nomos di Schmitt e che si è cercato di tratteggiare, che quelli di sovrastruttura che sono invece caratteristici della forma di governo che pure si cercato di esemplificare nel tentativo di evitare il relativismo che è caratteristico della ultima ricostruzione di Luciani (v. *Governo (forma di)*, cit.): M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Paris, 1957, trad. it. a cura di M.J. Cambieri Tosi, *I partiti politici*, Milano, Bollati Boringhieri, 1971; ID., *Introduction à la politique*, Paris, 1973, trad. it. a cura di B. Menato, *Introduzione alla politica*, Roma-Bari, Laterza, 1973; ID., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, I, *Les grands systèmes politiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1973.

Nel modello che si suggerisce la funzione "kelseniana" della Corte sarebbe quella di verificare che l'opera di concretizzazione dei valori costituzionali svolta dal principio maggioritario per mezzo di una rappresentanza politica vitalizzata dal sistema dei partiti sia tale da non contraddirre il valore costituzionale che si intendeva realizzare. Nella realtà di oggi, questa opera diventa concretizzazione di valori costituzionali che il sistema dei partiti politici non è più in grado di concretizzare perché costretto a tenere conto delle aspettative di elettori sempre più volubili e oziosi e ha rinunciato da tempo a orizzonti ideologici non negoziabili.

³⁵ Vedi, volendo, per alcuni spunti in questa direzione, G.L. CONTI, *Ambiente e contenzioso climatico: l'integrazione del contratto sociale con metodo giurisdizionale e i suoi nemici interiori*, in L. CASSETTI, F. FABRIZZI, A. MORRONE, F. SAVASTANO, A. STERPA (a cura di), *Studi in onore di Beniamino Caravita*, vol. I, Napoli, ESI, 2024, pp. 129 ss.

³⁶ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 251 ss. (sul quale: R. BIN,

Il caso Cappato, ma, forse, ancora di più, la giurisprudenza elettorale della Corte costituzionale a partire da Corte cost. 35/2017, difatti, mostrano come gruppi abbastanza organizzati di cittadini nel momento in cui il sistema della rappresentanza politica non riesce a trovare sfogo alle loro istanze sono costretti a muoversi sul piano della democrazia conten-ziosa, ovvero di un modello di democrazia in cui i bisogni di rappresen-tanza politica espressi dalla società civile e che il circuito della rappresen-tanza politica non riesce a soddisfare possono essere legittimamente di-scussi e sintetizzati attraverso una decisione pubblica assunta con metodo giurisdizionale.

Un tanto riecheggia anche nella struttura motivazionale delle sentenze della Corte costituzionale, sempre più lontane da un mero sillogismo in cui la disposizione sospettata di essere incostituzionale viene comparata con la norma costituzionale e sempre più simili a una ricostruzione orga-nica dei principi costituzionali in modo da adeguarli allo spirito dei tempi e, nello stesso tempo, da rendere palese le ragioni che consentono al (non più soltanto) giudice delle leggi di dare soddisfazione ai bisogni politici che gli vengono rappresentati con l'urgenza di chi ha perso la voce a furia di gridare da solo nel deserto della politica.

Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone, in *Quad. cost.*, n. 4, 2019, pp. 757 ss. ed E. CHELI, *Corte costituzio-nale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Mor-rone*, ivi, pp. 777 ss.); ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costi-tuzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 5 maggio 2021; D. TEGA, *La corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costitu-zionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020; F. LAUS, *Il rapporto tra corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, pp. 65 ss.; E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, pp. 303 ss.; R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. The final cut*, in *Consulta Online*, 7 gennaio 2020, pp. 1 ss.; R. ROMBOLI, *Le Oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, Giappichelli, 2017; ID., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 34.

Sembra essere questo il significato più profondo di quel *La Corte si apre alla società civile* con cui la Corte costituzionale ha presentato al pubblico la prima organica revisione delle Norme Integrative e che riecheggia, non casualmente, l'identico *teaser* con cui il Parlamento dei primi anni settanta presentò la prima riforma organica dei regolamenti parlamentari dopo quella del 1920 e 1922: il Parlamento degli anni settanta reagisce alla perdita di legittimazione dei governi di transizione spostando il fulcro del dialogo con la società civile dall'esecutivo, com'era sempre stato, al Parlamento, con una torsione significativa del modello rappresentativo impostata dal Costituente che rappresenta la prima reazione del sistema alla crisi dei partiti politici di maggioranza, per i quali la necessità di conservare alleanze alchimiche rendeva complicato elaborare un indirizzo politico degno di questo nome³⁷.

Insomma, c'è sotto il Sole della Costituzione, quando questo ha raggiunto lo zenith, molto di più di quel che si poteva vedere quando era ancora nascosto nella penombra che precede l'aurora.

E questo di più permette di trovare il punto di unione fra il bisogno di giustizia costituzionale che viene risolto dal processo incidentale di legittimità costituzionale e quello risolto nei giudizi in via di azione.

In entrambi i casi, infatti, il bisogno di giustizia che attiva il processo costituzionale, o meglio che confina l'astrattamente onnipotente potere di garanzia costituzionale affidato alla Corte costituzionale, ha per oggetto il collegamento fra i valori della forma di Stato e gli strumenti della forma di governo, il che esclude sempre di più la possibilità di considerare l'autonomia costituzionale esercitata dalla Corte come esercizio di giurisdizione e, perciò, di leggere i poteri processuali delle parti del processo costituzionale come esercizio di un diritto di azione.

³⁷ Sulla riforma delle Norme Integrative, vedi il seminario organizzato dal Gruppo di Pisa a Milano, il 12 novembre 2021, intestato al *Processo costituzionale dopo la riforma delle Norme Integrative*.

5. LA POSIZIONE PROCESSUALE DELLE PARTI NEI GIUDIZI IN VIA DI AZIONE

Dove si può non irragionevolmente evocare il diritto processuale tipico dei processi di parte è nei giudizi in via di azione, ovvero nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale e nei conflitti intersoggettivi ed interorganici.

Nello stesso tempo, in questi casi, la funzione esercitata dalla Corte costituzionale è esattamente la stessa che la Corte costituzionale svolge nel processo incidentale di legittimità costituzionale: assicurare la tenuta nel tempo del collegamento fra forma di Stato e forma di governo: sarebbe estremamente singolare se ciò che, secondo queste pagine, è andato caratterizzando il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che ha una struttura tendenzialmente oggettiva perché il suo oggetto è uno *status subjectionis* che riguarda tutti i cittadini, non avesse caratterizzato anche i giudizi in via di azione.

Anche in questo caso, in astratto, la Corte costituzionale esercita lo stesso sindacato assoluto e onnipotente che si è visto fondare la giustizia incidentale.

Gli atti normativi subcostituzionali e i fatti costituzionalmente rilevanti che sono oggetto della giustizia costituzionale ad impulso di parte vengono in rilievo per la loro capacità di indebolire la rigidità della Costituzione.

L'onnipotenza del giudice costituzionale in questo caso è stata temperata dalla logica di parte dei giudizi, di talché si può dire che la Costituzione si articoli in autonomie costituzionali ciascuna delle quali gode della propria autonomia perché è sovranamente libera di decidere se reagire o meno alle interferenze delle altre autonomie costituzionali che le sono parriordinate.

Questo agire a tutela di una autonomia costituzionale è particolarmente evidente nei giudizi in via di azione e nei conflitti intersoggettivi:

la Costituzione ha consapevolmente assegnato alla Corte costituzionale il compito di completare il disegno ellittico delle autonomie costituzionali³⁸.

Lo è perché intorno alle autonomie costituzionali degli enti territoriali le posizioni dei partiti politici in assemblea erano estremamente distanti, di talché il testo che ne risultò non poteva essere considerato completo ed esauriente³⁹.

Qui esiste una situazione legittimante che si può definire come la pretesa ad una corretta derivazione (deframmentazione) della sovranità attraverso le autonomie costituzionali⁴⁰: la sovranità è unica e appartiene al

³⁸ Per R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, cap. VII, è possibile trasformare l'interpretazione in produzione del diritto senza che la produzione del diritto divenga arbitrio purché si enunci una teoria dell'interpretazione. Questa teoria dell'interpretazione si fonda su una «precisa considerazione della funzione regolatrice della Costituzione», che è, in quanto espressione di linguaggio, inevitabilmente ellittica. In quanto ellittica, la Costituzione può essere usata come elemento di falsificazione di tutto ciò che non dice, delle ipotesi interpretative che non sono coerenti con il testo. L'interprete, quindi, è libero di sviluppare tutte le norme che non sono contraddette dal testo costituzionale. La norma è elaborata dall'interprete con l'unico limite del costituzionalmente vincolato. Il metodo per elaborare la norma è guidato dal caso che deve essere deciso: l'interprete dinanzi ad un caso seleziona gli elementi rilevanti per determinare l'interesse che deve essere soddisfatto dalla norma. Di conseguenza esiste un legame essenziale fra norma elaborata dall'interprete e caso deciso.

Questo legame si esprime per mezzo della clausola *rebus sic stantibus*, che scandisce la differenza tra norma e disposizione, tra interpretazione e produzione del diritto. La legittimazione della norma sta nella esplicitazione dei fattori e delle condizioni che giustificano la prevalenza di un determinato interesse. Le norme si combinano tra di loro secondo un meccanismo «lemma incorporator» (cfr. R. ALEXY, *Certeza e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 74 ss.), ovvero un meccanismo di progressiva incorporazione delle norme in principi, di talché il procedere del combinarsi tra le norme tende a generare un sistema.

³⁹ Volendo G.L. CONTI, *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 185 ss. Va da sé che la situazione non può dirsi in alcun modo migliorata con la riforma del Titolo V che ha sostanzialmente delegato alla Corte costituzionale il compito di definire i nuovi confini dell'autonomia costituzionale delle regioni attraverso un contenzioso che più di ogni altro è significativo del clima degli ultimi venticinque anni.

⁴⁰ Sul concetto di autonomia, ancora oggi, gli studi di Giannini: M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1951; ID., v. *Autonomia, teoria generale e diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959; ID., *Sostanza e modi delle autonomie di diritto pubblico*, in *Autonomia e diritto di resistenza*, in *Studi sassaresi*, Milano, Giuffrè, 1973.

popolo che la esercita attraverso le autonomie costituzionali rilevanti ai sensi dell'art. 114, Cost.

Ciascuna di queste autonomie costituzionali vanta la legittima pretesa di vedere, attraverso la Corte costituzionale, definiti i limiti del proprio *agere licere*, esattamente come lo Stato vanta la legittima pretesa a definire i limiti dell'*agere licere* delle autonomie costituzionali, o volendo può tramite il processo costituzionale ottenere la massima espansione possibile della propria autonomia, esattamente come lo Stato può ottenere la massima espansione delle proprie prestazioni di unità.

Ma qui finisce il diritto di azione: il processo costituzionale non può essere considerato nel prisma della ideologia della illimitata strumentalità del processo come lo strumento attraverso il quale colui che agisce pone in essere quanto necessario per l'attuazione della volontà di legge nel caso concreto⁴¹.

Il diritto di azione esiste perché è condizione per l'esercizio da parte della Corte costituzionale della propria autonomia costituzionale che consiste nella definizione delle autonomie costituzionali di tutti i soggetti in cui si disperde e organizza la sovranità statale.

Nell'esercizio della propria attribuzione costituzionale, la Corte costituzionale non è vincolata dal principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato: le sue pronunce definiscono le autonomie costituzionali ben oltre le prospettazioni delle parti⁴².

⁴¹ Secondo l'impostazione chiovendiana (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, Jovene, 1937, p. 45).

⁴² Si pensi per fare solo un esempio a Corte cost., sent. n. 192/2024, sull'autonomia differenziata: come si può ricondurre l'articolatissima decisione ai ricorsi regionali contro il provvedimento che aveva preso di dare attuazione ai principi costituzionali in materia di autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario? La Corte fa il punto sull'autonomia costituzionale delle Regioni in rapporto alla sovranità statale e va ben oltre le aspettative di tutte le parti del processo: completa un tessuto costituzionale palesemente ellittico e ne definisce gli esatti contorni con un'operazione che è praticamente impossibile non considerare come ridefinizione *ex novo* del tessuto costituzionale.

Il diritto di azione, che in un altrove già troppo citato, si può definire come interesse al processo⁴³, si trova al confine della giustizia costituzionale ad impulso di parte che presuppone l'esistenza di un conflitto costituzionale fra due autonomie costituzionali ovvero intorno alla derivazione di un'autonomia costituzionale dalla sovranità ovvero sull'esercizio da parte dello Stato delle attribuzioni di unità che ineriscono alla sovranità, ma una volta che è esercitato, il processo costituzionale non appartiene più alle parti.

Non appartiene alle parti dei giudizi in via di azione più di quanto non appartenga alle parti del giudizio *a quo*.

È ben vero che qui la rinuncia di una parte se accettata da tutte le parti del processo determina la sua estinzione⁴⁴ ma questo significa unicamente che il potere della Corte di intervenire a comporre il quadro costituzionale delle autonomie costituzionali non può prescindere dall'esistenza di un conflitto attuale intorno al loro esatto estendersi.

È espressione di quel freno saggiamente imposto dal costituente al potere altrimenti sovrano della Corte costituzionale di garantire e completare la rigidità costituzionale rendendo sostanzialmente prevedibili (o comunque non del tutto imprevedibili) gli sviluppi della sua giurisprudenza⁴⁵.

⁴³ Con particolare riferimento ai giudizi in via principale, vedi ancora S. BARTOLE, *Nuove riflessioni sull'interesse a ricorrere nei giudizi in via principale sulla legittimità costituzionale delle leggi*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1974, pp. 540 ss.

⁴⁴ In questi termini, l'art. 25, N.I. e la pacifica giurisprudenza della Corte costituzionale: da ultimo Corte cost. 92 e 29/2025.

⁴⁵ M. WEBER, *Parlamento e governo*, Bari, Laterza, 1993 (trad. it. di *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamteniums und Parteiwesens*, Berlin, 1919), pp. 25 ss.: l'essenza dello Stato moderno deve essere letta in connessione con lo sviluppo del capitalismo, che si fonda soprattutto sul calcolo. Lo Stato moderno richiede per il suo funzionamento che il risultato della applicazione del diritto possa essere calcolato «nella stessa misura in cui si calcola la prestazione prevedibile di una macchina». può stringere legami con la «giustizia del cadì», «cioè il giudicare nel caso particolare secondo il senso di equità del giudice o secondo altri mezzi di giudizio e altri principi irrazionali». Un significativo eco di questa tesi in R. ROMBOLI, *Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo dinanzi alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Ass. Stud. Ric. Parl.*, 1992, pp. 41 ss., part. 52, il quale vede il valore del processo costituzionale sospeso fra il carattere politico-astratto ed una anima giurisdizionale-concreta della funzione decisoria esercitata

Un tanto è ancora più evidente nei conflitti interorganici: la parte che presenta ricorso, senza alcun limite di tempo, si limita a una *editio actionis* in cui spiega il tono costituzionale del conflitto costituzionale. La Corte, nel misterioso segreto della camera di consiglio, ne vaglia l'ammis-sibilità e ne definisce i contorni soggettivi⁴⁶ e solo una volta che ha verifi-cato l'esistenza del tono costituzionale del conflitto, ovvero dell'esistenza di un conflitto costituzionale che giustifica il suo intervento⁴⁷ definisce le parti del giudizio, ovvero i soggetti che a suo avviso devono partecipare alla confinazione dell'autonomia costituzionale evocata dall'affare che le è stato devoluto.

Spetta al ricorrente provvedere alla notifica del ricorso e della ordi-nanza che lo dichiara ammissibile alle altre parti del processo, non perché il ricorrente eserciti un diritto di azione ma perché è solo il ricorrente che può giudicare se ha davvero interesse a discutere della lesione che so-stiene di avere subito condividendola con i soggetti individuati dalla Corte come parti del processo.

Anche in questo caso, infatti, la pronuncia della Corte costituzionale è ben lontana dal principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato e si muove piuttosto nella linea di ricostruzione e completamente del tessuto costituzionale che caratterizza un giudizio fondato sulla adeguatezza dei

dalla Corte, il che però non può far dimenticare come la necessità del rispetto delle regole processuali sia da collegare nella «tutela di un valore, a mio avviso assai im-portante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità per i destinatari della decisione costituzionale di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità, cioè (...) di individuare standards di comportamenti che garantiscono, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso di mezzi processuali che hanno, poi, un grande rilievo anche sul piano sostanziale».

⁴⁶ A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nei conflitti fra poteri*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 793 e, oggi, J. FERRACUTI, *La fase di ammissibilità nel giudizio per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato. Problemi e prospet-tive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

⁴⁷ Già Mortati aveva manifestato la sua preoccupazione per questa attribuzione della Corte costituzionale dai confini eccessivamente vaghi: C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, ora in ID., *Rac-colta di scritti*, vol. III, Milano, Giuffrè, p. 688.

circuiti di esercizio della sovranità rilevanti ai sensi dell'art. 37, legge 87/1953 rispetto alla forma di Stato definita dalla Costituzione.

Insomma, non vi è niente nei giudizi in via di azione che ci permetta di giungere a conclusioni particolarmente dissonanti rispetto a quanto si è visto nei giudizi incidentali.

Anche in questo caso, il processo costituzionale si sviluppa con un elevato grado di autonomia rispetto ai bisogni di giustizia costituzionale evocati dalla *res litigiosa* che ne ha costituito l'occasione.

Tale autonomia, esattamente come nel giudizio incidentale, è diretta conseguenza della rigidità costituzionale che rende necessario un sindacato inarrestabile di costituzionalità ma anche inevitabile la limitazione di tale sindacato che altrimenti varrebbe come usurpazione della sovranità esercitata una volta per tutte dal potere costituente.

In entrambi i casi, in fondo, la Corte costituzionale può intervenire solo laddove vi sia un concreto bisogno del suo intervento, vuoi per effetto della rilevanza della disposizione primaria sospettata di incostituzionalità per la decisione di una controversia pendente dinanzi a un giudice nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, vuoi per effetto della concretezza che è data dall'esistenza di un interesse personale, diretto e attuale alla decisione che caratterizza l'ammissibilità dei giudizi in via di azione.

6. CONCLUSIONI: DALLA PREGIUDIZIALITÀ COSTITUZIONALE ALLA DEMOCRAZIA CONTENZIOSA

Ai tempi di Calamandrei e Cappelletti, si poteva studiare il processo costituzionale muovendo da categorie strettamente inerenti alla tutela processuale delle situazioni soggettive sostanziali come il diritto di azione o la pregiudizialità.

Oggi, è sicuramente molto più complesso fare uso di quelle categorie: lo spostamento dell'interesse per il processo costituzionale dai processualisti ai costituzionalisti è l'effetto dello slittamento del processo costituzionale dalla logica della legislazione negativa conseguenziale alla

teoria pura del diritto nelle assai più malleabili retoriche che sono caratteristiche del circuito della forma di governo: l'organo costituzionale che ha il compito di assicurare che il circuito della decisione politica non oltrepassi i limiti posti dalla forma di Stato, nel momento in cui il principio maggioritario per come si esprime nella rappresentanza politica non riesce più a concretizzarsi con efficacia e tempestività i valori costituzionali è costretto a quell'opera di supplenza che è stata criticamente osservata come suprematismo giudiziario e che qui si è cercato di ricostruire come democrazia contenziosa.

Sempre più di frequente i bisogni di giustizia costituzionali che vengono azionati dinanzi alla Corte riguardano lacune nell'attuazione della Costituzione piuttosto che violazioni della Costituzione stessa.

Sotto questo aspetto, le regole processuali che presiedono al funzionamento della Corte costituzionale e che sono per gran parte, ma non irreversibilmente, rimesse alla sua autonomia costituzionale non definiscono più il modo di accesso alla giustizia costituzionale ma piuttosto limitano un potere di decisione politica in forma giurisdizionale che altrimenti potrebbe annullare il principio di rappresentanza politica rendendolo assolutamente subalterno.

L'azione nella giustizia costituzionale, come ben segnalava Calamandrei, non esiste. Vi sono, semmai, degli interessi occasionalmente protetti per effetto del bilanciamento fra l'esigenza di costituzionalità determinata dalla struttura rigida della legge fondamentale, il singolo bisogno di giustizia costituzionale considerato come la proiezione in senso soggettivo di una norma costituzionale, la necessità di contenere l'autonomia costituzionale della Corte.

Nello stesso tempo, rilevanza, nel giudizio incidentale, e interesse al processo nei giudizi costituzionali a impulso di parte rendono concreta la giustizia costituzionale: obbligano il custode della Costituzione a operare senza eccessive astrazioni dal caso concreto che ha dato vita all'affare che gli è stato dedotto e così concorrono a limitare quella che si è chiamata democrazia contenziosa evitando che si trasformi in una decisione dotata di generalità e astrattezza.

La dimensione dell'azione, piuttosto, domina il giudizio *a quo*, dove si distingue nettamente dalla questione di costituzionalità, come ha ben dimostrato Cappelletti: l'oggetto del giudizio *a quo* deve essere una lite che deve essere risolta attraverso la soluzione di più questioni, una delle quali è la legittimità costituzionale di una delle disposizioni rilevanti ai fini della decisione.

E anche questo conferma che di azione nel processo costituzionale non si può parlare affatto.

Il vero punto è che l'idea di azione, intesa come situazione soggettiva che consente di ottenere attraverso il processo un determinato bene della vita, è incompatibile con il processo costituzionale, anche di parti.

Difatti, il problema non è se il processo costituzionale sia di parti oppure no. Il problema è la natura del bene della vita oggetto del processo e nel processo costituzionale, persino nel processo costituzionale a iniziativa di parte, non vi sono beni della vita suscettibili di appropriazione: non è suscettibile l'attribuzione in contestazione perché, per fare un esempio vetusto, la sfiducia individuale non riguarda né Mancuso né il Ministro della Giustizia né il Consiglio dei ministri, neppure considerati questi ultimi esclusivamente nella loro proiezione istituzionale, ma ha per oggetto la tenuta della forma di governo rispetto ai valori della forma di Stato.

Un sindacato di questo genere non resta identico a se stesso nella crisi della forma di governo rappresentativa che ha caratterizzato l'intera fase repubblicana della storia costituzionale italiana.

L'organo costituzionale che deve vigilare affinché il principio maggioritario per come si esprime per mezzo della rappresentanza politica non violi i vincoli che derivano dalla forma di Stato, nel momento in cui la rappresentanza politica non riesce più a concretizzare i valori costituzionali è chiamato a un'opera di vigile, sofferta e consapevole supplenza.

Perché nel vuoto della politica a un padre che non si rassegna a vedere la propria figlia ridotta a una flebo non resta che la Corte costituzionale.

E questo, appunto, è quello che si è chiamato democrazia contenziosa.

Nel prossimo numero...

E. BETTI, SUI PRINCIPI GENERALI DEL NUOVO ORDINE
GIURIDICO, IN STUDI SUI PRINCIPI GENERALI
DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO FASCISTA, PACINI MARIOTTI,
PISA, 1943, PP. 321-331

EDITORIALE

ISTRUZIONI PER L'USO DEI PRINCIPI DI OGNI “NUOVO” ORDINE
GIURIDICO

Silvia Niccolai*

SOMMARIO: 1. I principi del diritto. – 2. Lo stato dell’arte all’epoca del convegno pisano. – 3. I principi generali espressi del fascismo nell’elaborazione di Emilio Betti. – 4. Una lezione sui principi nuovi di ogni tempo.

«Si esige che l’insegnamento procuri ai giovani addirittura le nozioni pratiche attinte dall’esperienza della ‘vita reale’ che sono loro necessarie per l’esercizio della professione, quasi che questo fosse possibile senza una cultura giuridica nutrita di categorie sistematiche e di principi generali»
Emilio Betti, Prefazione al *Corso di Istituzioni di diritto romano*, 1935, p. XII.

* Università degli Studi di Cagliari, niccolai@unica.it



1. I PRINCIPI DEL DIRITTO

L'espressione “principi del diritto”, o anche “principi generali del diritto”, rinvia all'unità del diritto nel tempo e nello spazio. Betti era uno studioso fermamente convinto di una tale unità, che considerava espresiva del carattere spirituale, cioè poggiante sulla mente umana, del diritto.

La decostruzione di cui la nozione di principi generali è stata oggetto in particolare nel maturo Novecento è il frutto di una polemica contro un tale assunto, che è apparso metafisico, antistorico, giusnaturalistico, e perciò è stato combattuto dalle concezioni giuspositive e materialiste, analitiche, e per certi versi realiste, che hanno fatto il tono della cultura giuridica italiana a noi contemporanea, e basti pensare alle posizioni di Bobbio e di Guastini¹. Ma quando queste posizioni vennero formulate, la messa in discussione dei principi generali, e, attraverso essi, di una visione del diritto, e dell'uomo, così come della scienza giuridica, e della storia, aveva già compiuto molti passi, in una vicenda che si snoda a partire dal sorgere dello Stato italiano.

Buona parte della dottrina era giunta a quello snodo in un profondo, vivo legame con la tradizione di diritto romano-comune, la quale, data se non altro la «lunga permanenza dell'oggetto»², e vale a dire il *Corpus Iuris*, su cui si erano esercitate generazioni di giuristi, dell'unità del diritto non dubitava, così come del suo fondamento nell'uomo. Queste convinzioni si portavano dietro assunti come l'inscindibilità della questione di fatto dalla questione di diritto, il ricorso all'equità, la refrattarietà a separare i criteri interpretativi della legge da quelli adoperabili per i contratti, l'attingere a fonti che oggi considereremmo storiche e culturali, quali la trattatistica intermedia e il diritto romano, e, per l'appunto, l'indubbiata certezza sull'esistenza di principi propri del diritto, in tal senso generali,

¹ N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Novissimo Dig. It.*, XIII, Torino, Utet, 1966, pp. 887 ss.; R. GUASTINI, *Sui principi del diritto*, in M. BASCIU (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 67 ss. Per un confronto tra le concezioni di questi autori in ordine ai principi generali e quella di Betti v. A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 196 ss.

² A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 92.

validi per ogni branca, e capaci di operare, secondo una logica della rilevanza, in relazione a problemi diversi. Contro queste convinzioni operò, dopo l'unificazione, una dottrina modernizzante, che, portatrice di un senso della storia come progresso ed evoluzione, orientata alla ricerca di metodi nuovi che garantissero, al diritto, un'oggettività capace di stare al passo delle vere scienze, prese a bersaglio, qualche volta non senza ferocia, gli stili e i metodi della dottrina tradizionale³.

L'ultima difesa dei valori e degli ideali di quest'ultima, e sia pure una difesa formulata nei termini dell'idealismo filosofico neokantiano, fu quella di Giorgio del Vecchio col celebre saggio del Venti⁴, che additava nel diritto un «sostrato» che lo preservava dall'arbitrio, e che si fondava sull'essere il diritto, e cioè il nostro mondo civile, «fatto dall'uomo», dunque comprensibile alla nostra mente umana, come vuole un celebre passo vichiano. Un passo, questo della *Scienza nuova*, profondamente significativo anche per Betti, anzi emblematico della sua concezione della storia e del diritto⁵, quasi sigla di una vicinanza con le vedute delvecchiane più

³ In argomento v. se vuoi, per maggiore approfondimento, S. NICCOLAI, *Principi del diritto Principi della convivenza. Uno studio sulle regulae iuris*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, spec. pp. 551 ss.

⁴ *Sui principi generali del diritto*, poi in ID., *Studi sul diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 207 ss.

⁵ Per un ricorso in Del Vecchio dell'adagio vichiano «questo mondo civile è certamente stato fatto dagli uomini e però i suoi principi si debbono trovare nella nostra medesima mente umana» v. il saggio *Sui principi*, p. 229 (con enfasi); in Betti, v. in particolare, E. BETTI, *I principi della scienza nuova di G.B. Vico e la teoria della interpretazione storica* (1957), in ID. *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti a cura di G. Crifò*, Milano, 1991, p. 463, citato da F. CERRONE, *Natura delle cose è come esse effettivamente sono: Emilio Betti e il problema della storia in Vico*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, nn. 3-4, 2022, pp. 393 ss., in particolare p. 399, che al riguardo annota: «Se questo mondo civile, argomenta Betti, è stato fatto dagli uomini, il genio dell'intuizione vichiana sta proprio nell'aver compreso che, per quanto distanti siano nel tempo le azioni e realizzazioni umane, per quanto esse possano apparire coperte da una densa notte di tenebre, non ogni via è preclusa alla comprensione. È comune la mente umana, lo sono le sue modificazioni, gli 'atteggiamenti e modi di essere della nostra medesima mente umana', scrive Betti a chiosa dell'espressione vichiana *modificazioni*. È da queste modificazioni della mente che deriva l'energia formativa del mondo civile, da esse provengono i processi di formazione delle varie forme di civiltà». E v. anche il *CORSO DI DIRITTO ROMANO*, (E. BETTI, I, Padova, Casa Editrice Dott. A. Milani, 1935), in particolare *Prefazione*, p. XIX, con significativo rinvio, da parte di Betti, a Del Vecchio lettore e interprete di Vico.

volte ribadita, e non ultimo nel saggio sui principi “del nuovo ordine giuridico”.

2. LO STATO DELL’ARTE ALL’EPOCA DEL CONVEGNO PISANO

Quando ci si accosta alla discussione degli anni Quaranta sui principi generali espressi del fascismo occorre tener presente la lunga, complessa e stratificata storia che, come ora accennavo, il tema dei principi aveva già a quell’epoca alle spalle. Si osserva non di rado che la dottrina degli anni Quaranta disponeva di una nozione “tradizionale” che scolpiva i principi “generali” come: a) *impliciti* (che cioè si traggono dalle norme positive per generalizzazione/astrazione); b) aventi la funzione di *colmare le lacune*; c) dotati di *natura giuridica* sia perché generati da norme sia perché operanti nel momento dell’interpretazione, e ai fini dell’applicazione. Rispetto a questa nozione, i nuovi principi del fascismo si differenziavano perché esplicativi, perché dotati di una funzione “direttiva e normativa” che li rendeva operanti non soltanto in caso di lacune, e infine perché “politici”, anziché “giuridici”⁶.

Questo quadro⁷ corrisponde certamente per gran parte al vero, ma con almeno una coppia di precisazioni.

⁶ La schematizzazione è di P. COSTA, *I principi del diritto in epoca fascista*, in *Archivio Giur.*, CCXIII, 1993, pp. 49 ss. e pp. 73 ss. e la adotto per praticità di esposizione. Ma va tenuto presente quantomeno che la dottrina secondo cui i principi si estraggono per deduzione e astrazione dalle norme fu, da parte del giuspositivismo che la propugnò, una mediazione rispetto alla propria primaria e mai deposta aspirazione, che era quella di formulare espressamente i principi, onde, per prima cosa, limitare la “creatività” del giudice. Sulla tematica, che richiamo rapidamente nel prosieguo, v. F. CERRONE, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2019, pp. 590 ss.

⁷ Un quadro che spesso ci giunge insieme alla narrazione secondo cui allora la dottrina italiana riuscì a opporsi alla penetrazione nel diritto dell’ideologia fascista, sia pure rifugiandosi in un certo tecnicismo formalista: cfr. la *Relazione conclusiva* di P. RESCIGNO al convegno linceo del 1991, *I principi generali del diritto*, Roma, Accademia dei Lincei, 1992, pp. 331 ss., richiamandosi in particolare alle posizioni sostenute da F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei*

Intanto, la nozione di principi generali considerata “tradizionale” nel Quaranta era invece una nozione recente, frutto delle battaglie che ho poco sopra ricordato, che erano state indirizzate contro una nozione più antica, e davvero tradizionale, di principi del diritto (che del resto quelle battaglie non avevano del tutto cancellato, la più antica nozione essendo ancora ben presente anche alla mente di molti dei partecipanti alla discussione del convegno pisano sui principi del fascismo)⁸.

Era questa una nozione alla luce della quale, in primo luogo, i principi non erano affatto impliciti, e non venivano affatto dalle “norme”, ma erano *esplicati*, nel senso di noti ed enunciabili, e tali in effetti che qualunque giurista avrebbe potuto fornirne un esempio e un elenco. Essi ruotavano attorno alle *regulae iuris*, arrivate all’unificazione tramite il lavoro di una dottrina che, in gran parte, aveva abbracciato le vie sistematizzanti e geometriche dell’esegesi (a sua volta appoggiata sulla trattatistica moderna che aveva inventato le “parti generali”), ma che era ancora in accordo, anche, con la tradizione topica del vichismo giuridico italiano, che considerava invece le regole “sparse” nel Digesto, da intendersi cioè sempre legate ai casi rispetto ai quali erano state formulate, casi che aiutavano a comprendere i principi, insegnavano a usarli, evitando pericolose generalizzazioni⁹. In secondo luogo, si trattava di principi che non servivano

principi generali del diritto, in *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Arti Tipografiche Pacini Mariotti, 1943, pp. 332 ss.

⁸ Che di solito vi alludevano parlando di principi “generalissimi”; v. *infra* la nota n. 13.

⁹ Esempi della prima concezione, più influenzata da una razionalità giuridica di tipo moderno, cioè geometrizzante e logicista, sono giuristi come V. Cattaneo e C. Borda, convinti che i principi del diritto, di cui all’art. 3 delle *Preleggi* al Codice del 1865, si potessero trovare già pronti «per la maggior parte in bello e elegante fascio raccolti nei titoli del Digesto *De Regulis Iuris* e *De Verborum Significatione* tanto egregiamente commentati dal grande Pothier nelle sue Pandette» (*Il codice civile italiano annotato dagli Avvocati*, II ed., Torino-Napoli, L’Unione Tipografico-Editrice, 1882, p. 35). Della seconda concezione è campione F. Buonamici, custode della tradizione delle regole sparse, secondo la quale i principi erano «contenuti non solamente nei titoli [del Digesto] che parlano della giustizia, delle diverse regole del diritto, o della vera significazione delle parole giuridiche ma anche negli altri titoli e nelle leggi che li compongono», dove si trovano «applicati ai casi e adoperati a sciogliere delle questioni, per questo però che sono applicati non cessano di essere principi aventi una generalità relativa al diritto» (*Dell’uso del diritto romano nella giuria*

solo a colmare le lacune¹⁰, ma erano considerati come continuamente presenti nel lavoro dei giuristi, perché operanti come guide o “lanterne” che fornivano orientamento in ogni problema o caso. Infine, se erano principi “giuridici” lo erano perché frutto del diritto, quale sapere teorico-pratico, e cioè quale attività che, pur ponendosi problemi pratici, riflette sul proprio operato, nominando i criteri, le valutazioni e i punti di vista adoperati (i principi, appunto), per renderli disponibili a chi si porrà problemi simili

risprudenza italiana moderna, prelezione detta nella R. Università di Pisa, il 23 novembre 1876, Pisa, 1877, p. 37). Per l’ipotesi che la tradizione delle *regulae iuris* – principi del diritto abbia da noi seguito le due vie, diverse ma comunicanti, della moderna sistematica e della concezione topica delle regole sparse, mi permetto di rinviare al mio *Principi del diritto*, cit., spec. pp. 91 ss., dove, per riconoscere questa seconda via, mi avvalgo degli studi di Alessandro Giuliani. La dottrina, di solito, presta attenzione prevalentemente, o solo, alla prima (cfr. di recente A. SPINOSA, *Il Novecento dei principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 52, 2023, pp. 687 ss.). Per una attenta sottolineatura del «consapevole contrasto» tra le dottrine sull’interpretazione (in specie dei contratti) che si sono affermate in Italia a partire dalla metà del secolo scorso, e la «tradizione retorica», in cui «non ci si attende che le regole vengano applicate meccanicamente, in assenza di situazioni rilevanti», si v. però almeno V. CALDERAI, *La teoria classica dell’interpretazione dei contratti*, in *Diritto Privato 2001-2002*, VII-VIII, *L’interpretazione e il giurista*, Padova, Cedam, pp. 343 ss., pp. 390, 294, e passim.

¹⁰ Va del resto anche considerato lo stesso problema delle lacune sorge con la riduzione del diritto a complesso delle norme positive, che era nozione del tutto estranea ai giuristi della tradizione di diritto romano comune. Ai loro occhi le lacune che i principi potevano colmare erano, semmai, quelle del codice, cioè del diritto positivo (o, come un tempo ancora qualche volta lo si chiamava, “arbitrario”) mentre, riguardo al diritto portatore dei principi, risalente alle fonti romane elaborate dalla scienza giuridica, in altre parole al “diritto comune”, il problema delle lacune non poteva neppure porsi. È per effetto dell’esclusione delle *regulae iuris* dalla tematica dei principi che la dottrina costituzionalistica italiana ha potuto convincersi che i principi costituzionali si differenziano dai principi generali perché non servono solo a colmare le lacune (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, p. 159, che afferma «a differenza dei principi del diritto della tradizione i principi costituzionali non operano solo per colmare le lacune», uniformandosi al modo di pensare che tende a ridurre la “tradizione” in materia di principi generali alle elaborazioni della dottrina giuspositivistica del tardo Ottocento. Per la trasposizione di queste ultime nel dibattito repubblicano fu assai importante la voce di S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffré, 1986, pp. 494 ss.).

(era questo ciò che i giuristi romani avevano fatto e mostravano ai giuristi venuti dopo)¹¹.

L'altra precisazione che può essere utile introdurre quando ci si accosta alla discussione del Quaranta è che il terreno della formulazione legislativa dei principi era, allora, ormai tutt'altro che vergine.

Quando il regime fascista affacciò la sua idea di rendere espressi alcuni principi, la strada della formulazione legislativa, che consacrava in norme *alcune* delle antiche *regulae*¹², era in taluni campi già ben arata, in altri

¹¹ I caratteri dei principi antichi, cioè l'essere esplicati (noti), il non servire solo a colmare le lacune, e l'essere giuridici in quanto frutto di quel *lavoro dell'uomo* che è il diritto sono, punto per punto, quelli fatti valere, nel saggio del Venti, da Giorgio Del Vecchio, che perciò Giuliani considera esponente di una sistematica impegnata sul piano della ricerca dei principi propri del diritto, ovvero di una «dogmatica che riflette l'autonomia contenutistica del diritto» (*Ricerche*, cit., p. 93). Ricorrendo alla metafora della luce, che da sempre accompagna le *regulae iuris*, Del Vecchio sottolineava che, grazie al loro carattere generale i principi «servono di scorta e di lume negli ambagi della mutevole realtà» (*Sui principi*, p. 259); essi, che non entrano in causa solo davanti alle lacune, ma in ordine ad ogni problema di interpretazione e applicazione del diritto, sono criteri costanti di cui si avvale il giurista, che non si applicano meccanicamente ma permettono «un rinnovamento ossia la vita dell'organismo giuridico per il fecondo contatto tra la loro generalità e gli innumerevoli dati dell'empiria» (*ivi*, p. 253). A proposito del “sostrato” del diritto, «che si conserva e si tramanda attraverso le sue mutazioni», Del Vecchio citava un complesso di *regulae iuris* scrivendo (*ivi*, p. 255): «Che, per esempio, nessuno possa trasferire ad altri più diritto di quel che abbia egli stesso; che alla forza sia lecito opporre la forza (...); questi e altrettali criteri, desunti dalla ragione giuridica naturale, e in tal senso affermati già dai giuristi romani, denotano pure principi informatori delle leggi vigenti, sia che queste li formulino esplicitamente, sia che li presuppongano come massime implicite o sottintese, tolte le quali molte delle disposizioni particolari perderebbero il loro senso». Le immagini, a loro volta molto antiche e assai ricorrenti nella tradizione di diritto comune, cui Del Vecchio ricorre (“rinnovamento”, “contatto”) mi paiono risuonare in Betti allorché definisce i principi «giunture elastiche».

¹² Su come una tale selezione delle regole antiche, alcune elette a norme, altre lasciate in una sorta di limbo, abbia compromesso, da noi, «una percezione della giuridicità delle regole [...] a mezza via tra il preccetto autoritario e la massima di esperienza» familiare invece ai giuristi del XIX secolo, si v. V. CALDERAI, *La teoria classica*, p. 384 e pp. 421 ss., che ricorda altresì come i canoni ermeneutici fossero considerati «consigli» di origine «savante», finalizzati a persuadere e insegnare e dotati, aristotelicamente, di un effetto apagogico, e cioè capaci “di rendere etici i discorsi”. Della stessa Autrice si v. anche *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008.

era aperta e ben presente sullo sfondo. Il codice del 1865, con l'art. 3 preleggi (antesignano come si sa dell'odierno art. 12), non aveva fatto altro che codificare alcuni dei principi, alcune delle *regulae* di interpretazione della legge, che la trattatistica moderna, al cui lavoro il codice si appoggiava, aveva a sua volta già eletto nelle "parti generali"¹³. Se la scienza giuridica italiana si era opposta visceralmente a che lo stesso accadesse anche per i criteri di interpretazione del contratto, a una tale codificazione dei canoni ermeneutici, e peraltro sempre per il tramite del lavoro della scienza, si stava per l'appunto arrivando col codice del 1942¹⁴.

Ve ne è abbastanza per comprendere la vastità del tema dei principi generali, che coinvolge le fonti del diritto (comprendono esse o meno la

¹³ In argomento, dove è classico lo studio di Gorla, su *I precedenti storici dell'art. 12 Disp. prel. cod. civ.* (1969), poi in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 445 ss.), si veda però in particolare E. SPAGNESI, *Re-miniscenze storiche di una formula legislativa*, in *Foro it.*, 1994, V, pp. 99 ss., il quale, con l'avvertenza che la parola "principio" ha un'«accezione tanto lata da coprire sia il brocardo volgare che la teorica scientifica», e richiamando gli studi di Niccolini e di Bricola, ricostruisce puntualmente i «molti aforismi e principi, che si sono presentati nel tempo, in rapporto all'interpretazione» che furono ricolati in specie nel primo comma dell'art. 3 delle disp. gen. del codice del 1865. Non posso soffermarmi qui, per ragioni di brevità, sull'aggettivo "generale"; segnalo solo che esso entra nell'uso italiano anche per riflesso della dizione utilizzata nell'art. 3 delle preleggi (principi generali, appunto), una dizione che, come accenno nel testo, si appoggiava sulla trattatistica moderna, la quale aveva costruito le "parti generali" utilizzando e organizzando una parte del patrimonio delle *regulae iuris*, che invece a lungo sono state chiamate semplicemente "principi". Dopo che i "principi generali" vennero canonizzati nella definizione giuspositiva (tratti dalle norme, utili per le lacune, ecc.), per le *regulae iuris* è invalso l'aggettivo di principi "generalissimi"; di questo uso si trovano ricorrenze nel dibattito pisano sui principi del fascismo (che v. se vuoi esaminare nel mio *Principi*, pp. 767 ss.) e nell'odierna letteratura (un esempio in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 2012, p. 404); è un uso che segnala l'incerta giuridicità ormai spettante a questi principi (valgano al riguardo le considerazioni di Calderai che riporto alla nota precedente).

¹⁴ V. CALDERAI, *La teoria classica*, cit., pp. 452 ss., ricordando l'opera di C. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici*, Padova, Cedam, 1938, prodromica al riconoscimento della portata legale di alcuni canoni tradizionali di interpretazione del contratto operata dal codice del 1942 e, secondo l'A. quasi vero «lavoro preparatorio» di quest'ultimo. Convinta invece che «altro è l'ufficio del legislatore, altro l'ufficio dell'interprete» la dottrina ottocentesca si era opposta alla codificazione dei canoni ermeneutici, ossia delle *regulae iuris*, che essa era abituata a utilizzare «tutte, insieme alle opere dei più illustri trattatisti anche molto antichi» (*ivi*, p. 424-425).

scienza giuridica?), e cioè investe, e alle radici, il rapporto tra scienza e legislazione e quello tra ordinamento positivo e autonomia privata (ha quest'ultima in sé un “principio di regolamento”, o è mera “fattispecie” di norme¹⁵), dunque i fondamenti stessi del diritto e la sua ragione d’essere¹⁶.

3. I PRINCIPI GENERALI ESPRESSI DEL FASCISMO NELL’ELABORAZIONE DI EMILIO BETTI

Pur essendo di certo per più versi interconnessa con quella che da tempo aveva investito i principi generali, la discussione degli anni Quaranta aveva anche un elemento nuovo. Non si trattava più dell’ennesimo regolamento di confini tra scienza giuridica e legislatore, non si poneva, cioè, il problema, ben noto, attinente al se e cosa, codificando in norme alcuni antichi canoni, e lasciandone fuori altri, il legislatore può fare di materiali e di procedimenti che la scienza giuridica ha elaborato. Perché ora si trattava di dettare i principi che un regime politico sentiva come propri, e di farli diventare “giuridici” (il fascismo lo considerava essenziale per la propria effettività e stabilizzazione¹⁷). Non si trattava più, cioè, di prendere qualcosa dal gran corpo del “diritto” e farlo diventare “legge”; ma della pretesa di far diventare “diritto”, e di far operare nel diritto, qualcosa che, consapevolmente, veniva da altrove, nasceva con altra natura.

In tal senso, si trattava effettivamente, come talvolta si dice, di una *costituzionalizzazione* dei principi del fascismo nel senso di traduzione in forme giuridiche di principi, enunciazioni, valori, concetti, scopi la cui

¹⁵ La prima è l’idea che «va in crisi» negli anni Trenta: V. CALDERAI, *op. ult. cit.*, p. 445, ricordando che Del Vecchio ne fu difensore, contro le concezioni “eteronome” che, quanto al diritto e alle sue fonti, hanno dominato in seguito.

¹⁶ In punto ancora, *ivi*, spec. pp. 441 ss.

¹⁷ «Nessuna concreta e stabile realizzazione si può avere nel campo morale, sociale e politico, se non si traduce in istituti giuridici»: *Relazione al disegno di legge “Valore giuridico della Carta del lavoro”*, in *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, Camera dei Deputati, 1943, p. 5 (accessibile dal sito del Consiglio Nazionale Forense).

fonte, e natura, è politica. Betti aveva chiarissima questa portata della vicenda, e la espone con estremo nitore in apertura del suo scritto, quando precisa che *una cosa* sono i principi elaborati dalla scienza giuridica o dalla giurisprudenza, *altra cosa* sono i principi, su cui i giuristi riuniti nel convegno pisano erano chiamati a pronunciarsi, posti dal legislatore perché riflettenti i valori, i contenuti, i caratteri, delle sue proprie scelte: le «esigenze etiche e politiche che il legislatore attinge dalla coscienza sociale e che ispirano e informano la sua opera», come scrive.

Invero, qualche riserva si potrebbe avanzare sulla netta distinzione dei confini tra i nuovi principi e quelli dogmatici e della giurisprudenza, che Betti pone. Se si tiene conto che i principi “espressi” del fascismo erano i principi dell’ordine corporativo¹⁸, e che in questi ultimi non poco risuonava dei contenuti che, sin dalla fine dell’Ottocento, aveva propugnato la dottrina del “diritto privato sociale” – nelle sue varie declinazioni, tra cui quelle dei giuristi del sindacalismo rivoluzionario¹⁹ – il lavoro del legislatore del Quaranta non appare affatto privo di una certa preparazione in alcune parti della scienza giuridica italiana (e, si noti, erano quelle stesse che con maggiore forza, e spesso in nome della *solidarietà*²⁰, avevano lottato contro i principi della tradizione, le *regulae iuris*, considerate cariche dell’“individualismo” del diritto romano ed espressive di un *forma mentis* del giurista da condannare, perché incapace di registrare le nuove mosse della storia che metteva in primo campo le esigenze e i bisogni della società²¹).

¹⁸ In tema, con puntuale analisi della discussione dottrinaria, I. STOLZI, *L’ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell’Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 295 ss. (dove anche, per il giudizio dell’A. sulla posizione di Betti, le pp. 448 ss.).

¹⁹ Si v. il serrato dialogo che Sergio Panunzio conduce con Cesare Vivante, Giuseppe Salvioli, Enrico Cimbali ne *Il socialismo giuridico (esposizione critica)*, Genova, Libreria Moderna, 1906. La «solidarietà nazionale» sarebbe stata del resto, per Panunzio, tra i primi principi generali del diritto fascista (cfr. ID., *I principi generali del diritto fascista (contributo alla loro determinazione)*, in *Studi*, cit., pp. 1 ss.).

²⁰ Valga a dimostrarlo il saggio di Francesco Buonamici, in difesa della tradizione di diritto romano comune contro le tesi del diritto privato sociale, *Questione sociale e diritto romano*, in *Arch. Giur.*, 1894, pp. 415 ss.

²¹ È interessante notare che, secondo i giuristi del diritto privato sociale, i valori della solidarietà e dell’utilità sociale costituivano acquisizioni dei tempi odierni, ed erano ignote al diritto romano “individualista”; perciò, essi propugnavano il distacco

È un fatto però che Betti ponga quella distinzione di confini, e che lo faccia con una certa perentorietà. Egli, come ripeto, sottolinea che i principi, che il fascismo si accinge a formulare, sono altrettante esigenze etico-sociali che esso ha prescelto, *senza alcun contributo preparatorio* della scienza o della giurisprudenza, e perciò si distinguono sia dai principi elaborati «dalla scienza sulla base delle norme e del complesso del diritto» (che corrispondono, nel suo pensiero, al lavoro della dogmatica “rappresentativa”, specie quando, in modo generale e con finalità strumentale, raffigura gli istituti del diritto odierno), sia da quelli elaborati dalla giurisprudenza (che compiono l’altrettanto necessaria opera dell’”adeguamento”).

Mi pare che proprio grazie alla perimetrazione, così operata, del campo di indagine, l’esplorazione, che Betti svolge del tema dei principi generali del fascismo, si fa riconoscere come tutta ancorata alle linee generali del suo pensiero intorno al “fenomeno giuridico”, quali da non molto egli, dopo una continua e profonda elaborazione, le aveva preciseate nella Prefazione al *Corso di diritto romano* del 1935 (e le avrebbe riprese, nel 1941,

del diritto “moderno” da quello antico, sentito come ostacolo all’affermazione dei nuovi valori, e pertanto al progresso. Com’è ben noto, Betti a sua volta era tutt’altro che insensibile alle esigenze di coordinamento tra l’interesse individuale e quello sociale, anzi era convinto della superiorità, a certe condizioni, del secondo sul primo (lo afferma anche nel saggio sui principi del fascismo) ma era convinto anche che quel coordinamento, perfino quella superiorità, fossero un patrimonio, e una consapevolezza *già presenti* nel diritto romano e comunque non tali da consegnare il diritto romano ai libri di storia, rendendolo inservibile al giurista d’oggi (egli come si sa combatté con ogni forza contro questo esito; e si doleva che vi fosse giunta la Germania nazista; sottolineava, e lo menzionerò anche più avanti nel testo, «l’omogeneità» tra le problematiche odierne del diritto e quelle che costitutivamente lo attraversano). Si potrebbe dire che l’opposizione di Betti al “dogma della volontà” – una opposizione in cui si coagulano le sue vedute critiche verso gli eccessi di individualismo, o verso il “liberalismo” – mentre, ed è superfluo dirlo, non lo poneva contro il diritto romano, lo poneva semmai contro il volontarismo tipico dei socialisti giuridici, polemico verso il passato e di esso sovvertitore, e come tale ostativo a ogni comunicazione del giurista (o dell’uomo) d’oggi con la storia che lo precede e di cui, secondo Betti, è figlio.

con se possibile maggiore vigore, nella Prefazione alla seconda edizione delle *Istituzioni*)²².

Non è infatti difficile percepire come, all'interno delle visuali che Betti aveva sviluppato nei suoi studi romanistici, si trovi prefigurata la risposta, che egli indirizzerà al problema dei principi espressi del fascismo, e a cui perviene una volta articolato il tema intorno alle tre domande concorrenti, l'una, la legittimità/competenza del legislatore a dettare principi siffatti; la seconda, l'opportunità che lo faccia; la terza, i contenuti che questi principi dovrebbero avere. È una risposta che, per argomentare la legittimità e l'opportunità della formulazione dei principi, ricorre alla bellissima immagine del legislatore che si ripiega sulla propria opera, che vi riflette, e, ponendo i principi, nomina le istanze etico-politiche che ha inteso far proprie e che intende continuare a promuovere, e che dovrebbe far ciò, egli raccomanda, «né troppo presto né troppo tardi», badando a porre principi che corrispondano a quanto effettivamente è stato fatto, che vi rinviano continuamente, che non si pongano cioè come “superiori” alle altre norme, onde evitare il pericolo dell'*interpretatio abrogans*, in cui è caduta la Germania nazista. Un pericolo che (in parole mie), con la certezza, mette a repentaglio l'esistenza stessa di ciò che si afferma di creare (il diritto, il quale, per Betti, non esiste senza certezza, nel senso di coerenza)²³.

Mi par trasparente che quando Betti argomenta, nel modo che ho appena detto in sintesi, la legittimità e l'opportunità che il legislatore formuli principi espressi, egli lo faccia in modo profondamente armonico con tutta la sua visione del fenomeno giuridico, il quale è composto da atti, relazioni e pratiche sociali, in cui si manifestano valori e interessi, che a loro volta naturalmente racchiudono una *intenzione regolatrice*, e

²² Rispettivamente: *Prefazione*, in *Diritto Romano* I, cit., pp. VII-XV; *Prefazione*, in *Istituzioni di diritto romano*, II ed., vol. I, Padova, Casa Editrice Dott. A. Milani, 1942, pp. V-XVI.

²³ L'insegnamento su come non vi debba essere contraddizione tra i principi generali e l'ordinamento nel suo complesso risaliva a sua volta a Del Vecchio, per il quale i principi devono essere «un mezzo di integrazione», «non mai di contraddizione» delle norme positivamente stabilite (*Riforma del codice e principi generali del diritto* (1936), poi in *Studi*, I, cit., p. 271 ss., p. 274). Betti ribadirà il punto nella *Teoria generale*, II, Milano, Giuffrè, 1955, p. 843 ss.

che però l'ordinamento vaglia dal punto di vista della loro effettiva capacità di *diventare regola*²⁴, e pertanto ricevono “sanzione giuridica” solo nella luce, o alla condizione, di questa valutazione (volta a escludere, per esempio e in particolare, che «sia elevato a diritto ciò che, per le sue possibili implicazioni, mette in gioco le condizioni di sussistenza del contesto in cui si opera»²⁵).

Quanto al terzo punto, che attiene al *contenuto* dei principi, la risposta si completa con la raccomandazione che nel formularli, il legislatore fascista abbia cura di mostrarne *il raccordo* con le basi stesse della civiltà giuridica europea, e cioè: «la dignità morale che al singolo deriva immediatamente dal suo essere uomo» e talune libertà fondamentali, come la

²⁴ Come è stato evidenziato da A. BANFI (*Volontà, individuo e ordinamento. Alcune riflessioni sul pensiero di Emilio Betti*, in A. BANFI, M. BRUTTI, E. STOLFI (a cura di), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, RomaTre Press, 2020, pp. 117 ss., pp. 125-126), nel corso di Istituzioni del 1929 Betti «delinea il percorso evolutivo da una ‘regola’ costituente il contenuto dell’atto (...) ‘considerata già dalla coscienza sociale impegnativa per le parti che lo pongono’ (...) a un negozio vero e proprio, nel quale ‘le sanzioni sociali saranno, in parte assorbite e sostituite, in parte fiancheggiate e rafforzate’ da una sanzione più energica e sicura, quella giuridica» (il rinvio è alle pp. 311 ss. del *Corso*). Per Betti dunque, conclude Banfi, «un atto è giuridico solo in quanto il diritto, volgendosi verso tale atto, lo fa in qualche modo proprio». Mi pare che in questa stessa ottica Betti si confronti col problema di come far diventare diritto i principi del fascismo, che hanno origine etico-politica e non giuridica. In ambo i casi (la nascita del vero negozio giuridico, la nascita di un vero principio giuridico) il presupposto è che un elemento regolatorio, di dover essere, sia certamente già racchiuso nei “fatti”, ma che esso sia capace di diventare diritto non come tale, per forza propria, ma grazie a una valutazione giuridica, che può essere la “concettualizzazione”, la riconduzione a una “categoria giuridica” di quel fatto, di quella condotta, di quel regolamento di interessi. Tutto ciò non è che un ribadire che il diritto, con le sue “categorie”, cioè con le sue esigenze, i suoi principi, i suoi concetti, *esiste*, e come tale *vaglia e seleziona*, dal proprio punto di vista, ciò che emerge dalla coscienza sociale; questo è un aspetto fondamentale e a mio giudizio particolarmente attuale delle concezioni bettiane, che richiamerò brevemente in chiusura.

²⁵ Nelle calzanti espressioni di un romanista che ha profondamente fatta propria la lezione bettiana: C. BEDUSCHI, *Scritti scelti*, a cura di L. NOGLER e G. SANTUCCI, Trento, Università degli Studi, 2017, p. 20. Mi pare che il monito di Betti contro i principi che si pongono come superiori alle norme, in quanto generano l'*interpretatio abrogans*, esprima questo stesso ordine di idee: siffatti principi mettono in gioco le condizioni del contesto in cui dovrebbero operare, il diritto, che non è tale quando mancano coerenza e certezza.

libertà di pensiero e di coscienza nel foro interiore, che formano l'«indispensabile presupposto di quell'autoresponsabilità privata in cui il diritto, nella concezione romana, trova il suo cardine fondamentale».

Con queste caratteristiche, e in particolare con quest'ultima, i principi generali espressi del “nuovo ordine” fascista ricordano molto da vicino la figura, elaborata nelle due Prefazioni, delle categorie concettuali e logiche *odierne*, eppure dotate di una «efficienza dogmatica che trascende» il diritto vigente, e che si collegano al “sostrato” della civiltà giuridica, rendendolo con noi comunicante e da noi conoscibile²⁶. Anche da questo punto di vista, allora, dei pilastri su cui le Prefazioni poggiano, e che sono a loro volta al cuore del modo bettiano di intendere la storia, così come la natura e il senso, del diritto, il saggio sui principi del fascismo può considerarsi un coerente svolgimento, che si dirige, però, non tanto a spiegare perché sia legittimo, e opportuno, avvalersi dei principi di oggi per conoscere il diritto del passato, e così risalire alle costanti che formano l'unità del diritto²⁷, quanto a immaginare una possibilità, per i principi d'oggi, di

²⁶ Riprendo il punto celeberrimo dalla *Prefazione alle Istituzioni di diritto romano*, p. IV: «Certamente anche la dogmatica ha solamente una funzione strumentale, rappresentativa (...) onde a un diritto positivo diverso deve corrispondere una dogmatica specifica diversa. Ma con codesta esigenza non è punto escluso (...) che, nell'ambito di questa dogmatica, possa e debba sceverarsi quanto vi ha di esclusivamente particolare e specifico del diritto positivo odierno, da quei concetti che, sebbene scoperti e applicati di solito sul terreno del diritto odierno, hanno tuttavia una efficienza dogmatica che lo trascende e sono utilizzabili anche per lo studio di un diritto diverso. (...) Perché altra cosa è (...) la consapevolezza raggiunta dai giuristi contemporanei circa il diritto positivo vigente al proprio tempo, altra cosa è questo diritto in se stesso, nella struttura, nella concezione e nella logica coerenza che effettivamente lo domina». (Nella *Prefazione al corso di diritto romano*, cit., si v. la p. XVII per il punto corrispondente.) Sono com'è ben noto queste le idee che col loro sentore “metafisico” tanta diffidenza e polemica hanno generato nei confronti dell'opera di Betti, da parte dei portatori, antichi e nuovi, di quello che egli chiamava «il pregiudizio storicista», i fautori cioè di uno studio «puramente filologico della storia» o di un «tecnicismo», che impediscono tanto di comprendere «l'unità fondamentale del fenomeno giuridico» («non esclusa dalla molteplicità degli ordinamenti, ma da quella molteplicità presupposta») quanto di tener presente che il soggetto del diritto, e pertanto anche il destinatario dell'educazione giuridica, è «l'uomo nella sua totalità».

²⁷ La prospettiva che domina nelle Prefazioni, preoccupate di difendere la bontà del tanto criticato metodo storico di Betti. Su quest'ultimo sono insuperate le pagine di G. CRIFÒ, *Emilio Betti, note per una ricerca*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica*

emanciparsi dalla dimensione contingente e atomistica di principi di un particolare ordinamento vigente, e se si vuole di mere “norme positive”, per partecipare, invece, della natura di autentici principi del diritto. Questa possibilità risiede nel collegarsi, da parte dei principi nuovi, a quel substrato.

E dunque, il legislatore fascista può dettare norme che esprimano i principi del suo regime, ma se vuole che essi davvero diventino diritto, che siano capaci di *fare* diritto, che abbiano cioè durata, capacità sistematica e ordinante (e anche educativa), dovrà raccordarli non solo a quelle certe esigenze etiche e sociali a cui, del resto, sempre il diritto si ricollega, ma anche con gli elementi costitutivi di quest’ultimo (e di questo raccordo fa parte il tenere in conto l’elemento cairotico del “momento giusto”, che è di per sé un rinvio alla prudenza).

In altri termini, mi pare che così come, nelle due Prefazioni, Betti sottolinea che nel diritto odierno vi sono elementi che non valgono solo per esso, ma si raccordano all’unità del diritto, al legislatore fascista egli raccomanda – affinché i suoi odierni, nuovi “principi” possano davvero esser quelli di un “ordine giuridico” – di prestare attenzione, nel formularli, a che quei principi non siano solo relativi a se stesso, alle sue proprie scelte e al suo proprio contingente operato, ma siano invece *comunicanti* con l’unità del diritto, il che significa, nel suo modo di pensare, “concettualizzabili” o esprimibili in “categorie” giuridiche.

Ciò implica affermare che la “costituzionalizzazione” non è la mera operazione della formulazione di comandi, in questo senso di norme superiori, che racchiudano dati indirizzi²⁸. Per riuscire come tale, la “costituzionalizzazione” deve invece contenere una congiunzione coi principi costitutivi. Il che implica anche il dire che non è sperabile possa davvero diventare *indisponibile* (superiore, irrivedibile...) un patrimonio normativo nuovo, se non tiene conto, allacciandosi ad essi, degli elementi a loro

del Novecento, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 7, Milano, Giuffré, 1978, pp. 165 ss.

²⁸ La soluzione che, ed è quasi superfluo ricordarlo, fu propugnata nel convegno pisano da Crisafulli, che tanta influenza ha poi avuto sul costituzionalismo italiano, e con la quale Betti polemizza apertamente anche nella *Teoria generale*, II, cit., in pagine nelle quali l’omaggio a Del Vecchio, dai cui insegnamenti tanto imperiosamente Crisafulli si discostava, è per converso continuo e profondo.

volta e davvero indisponibili, che compongono il diritto, e che provengono dalla storia, quale frutto del «lavorio imponente di generazioni», della «tradizione più che millenaria che ha le sue radici nel diritto romano»²⁹.

Di qui, ripeto, le raccomandazioni al legislatore fascista (esprimere i principi di libertà e responsabilità individuale, basi della civiltà giuridica europea) e di qui il richiamo a Paolo, all’ “aurea regola” *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*, da solo uno spaccato che collega tutto il ragionare di Betti alla “tradizione plurisecolare” che egli richiama nelle Prefazioni³⁰.

La formula paolina, mille volte citata e adattata alle più diverse concezioni del diritto³¹, ha in questa pagina trasparentemente il senso, che è lo stesso che la tradizione di diritto comune ad essa aveva riconosciuto, per cui ogni qual volta ci si pone un problema in diritto occorre non accontentarsi dello strato superficiale, con cui esso a noi si presenta (le regole-norme) ma attivare le correnti profonde, quel «gusto di equanimità e senso di giustizia»³² che il giurista apprende nella sua formazione, che ne fa la *forma mentis* e l'*ethos*, sicché davanti a ogni singolo fatto, al caso singolo, davanti alla stessa norma da applicare, occorre ricercare soluzioni, che si intonino a quelle correnti profonde, a quelle istanze di fondo, affinché esse perdurino. Nell’innervare il diritto e le sue modificazioni³³,

²⁹ Si vedano le vibranti pagine X-XII della *Prefazione al Corso di Istituzioni* citata.

³⁰ La proposizione, di cui Betti cita il passaggio più emblematico, apre il libro 50.17 del Digesto sulle *regulae iuris antiqui*.

³¹ Per una primissima mappatura dei “ricorsi” della formula di Paolo nella letteratura giuridica, una mappatura che forse dovrebbe essere la pagina prima e fondamentale di un dizionario delle idee giuridiche, v. ancora, se vuoi, S. NICCOLAI, *Principi*, cit., pp. 25 ss.

³² *Prefazione al Corso di Istituzioni*, cit., p. V.

³³ La regola paolina ammonisce a non guardare al fatto come alla mera fattispecie di una norma prestabilita, ma di indagarlo attentamente, per verificare, *ex iure*, cioè dal punto di vista delle esigenze costitutive del diritto (la *commutatio*, la riparazione del torto, ecc.) a chi, in un conflitto di interessi, spetta la ragione; il fatto dunque contiene al suo interno un principio di regola, e una potenzialità modificatrice, perché esso, mostrando chi ha agito con dolo, chi ha abusato, ecc., indica già l’equità, che dovrà essere poi racchiusa nella decisione, e che potrebbe ben condurre a modificare una mera regola preesistente, introducendone una nuova, adatta al caso, la quale però non farebbe che ribadire l’istanza permanente di equità. L’intera tradizione di diritto romano comune ha perciò intesa la formula paolina nel senso della

dovute alla varietà dei casi umani, esse assicurano, al diritto, la possibilità di esprimere *ordine*, nel senso di coerenza, o certezza, o sistematicità, che risponde a esigenze giuridiche non meno che etiche, ed è sua propria.

4. UNA LEZIONE SUI PRINCIPI NUOVI DI OGNI TEMPO

Il problema, o l'esigenza, per il presente, di durare, di non conchiudersi in se stesso, è dunque la “prospettiva” (per usare una parola a lui cara) da cui Betti guarda il tema dei principi generali del fascismo; ed è la prospettiva che anima la sua opera di studioso, così preoccupata che il diritto odierno, e il giurista odierno, siano *in comunicazione* con il passato. Nelle Prefazioni, egli insiste sulla possibilità e sulla necessità di riconoscere la logica che c'era nelle decisioni dei giuristi antichi, di *nominarla* e così portarla a saldatura con l'oggi, sicché anche il giurista moderno ne sia parte. In gioco, anche in quelle pagine, non vi è tanto l'esigenza di garantire durata al passato, ma quella di garantire durata *al presente*.

È evidente, e affiora d'altrononde dallo stesso fraseggio usato da Betti nei suoi studi (allorché parla di categorie «dotate di una efficienza dogmatica che trascende il diritto odierno») che il bisogno, a cui rispondeva l'esigenza di saldare presente e passato, così forte nella sua opera, è un bisogno di *trascendenza*, e cioè di *cultura*³⁴, che di certo Betti sentiva personalmente come uomo e professionalmente come giurista e come studioso³⁵. Senz'altro, il legislatore che «si ripiega su se stesso e riflette sul

inseparabilità del fatto dal diritto, e confidato sulla capacità del diritto di adattarsi e modificarsi, aderendo a contesti e situazioni particolari o nuove, rimanendo però se stesso, sempre lo stesso, e con ciò certo e coerente, perché operante in ogni *caso diverso* secondo la *medesima logica*, l'equità.

³⁴ Quale capacità di una esperienza di superare il confinamento nell'immanenza e nella fatticità, facendo di sé stessa pensiero e parola.

³⁵ E del resto, i giuristi sanno bene quanto possa essere deprimente il dedicare tutta la vita a un dato cangiante, contingente, non comunicante con lo “spirito”, alcuni, questa la mia impressione, reagiscono rivendicando che proprio il concepire il diritto come un dato meramente tecnico ed empirico è un modo di pensare spregiudicato, “libero e moderno”, che fa dei giuristi gli uomini, e le donne, di domani. Ma non è forse anche questa una ricerca di trascendenza?

suo operato» esprimendolo in principi generali è la trascendenza del fascismo, il fascismo che si fa cultura (perché, in un certo modo di pensare, quello di Betti, o una esperienza si fa cultura, o si trascende, diventando linguaggio, comunicazione, o non è; nel senso umano, e non meramente naturalistico, del verbo *essere*).

Sapersi trascendere è durare; saper cercare la trascendenza, la «logica stessa, delle cose»³⁶, è dare alle cose durata. Ecco perché i principi di Betti non sono “superiori” alle leggi; perché o, in quanto *riflessione* su di esse, a quelle rinviano (come loro trascendenza) o sono prova della incapacità di quelle leggi di trascendersi, e dunque di durare (il monito contro l’*interpretatio abrogans*, lo richiamo di nuovo, va inteso nel senso che “principi” nuovi, che abrogano il passato, col far ciò eliminano la logica che potrebbe sostenerli, dichiarano di non avere alcuna logica, si suicidano, privandosi di una genealogia). Egli non a caso inizia il saggio sui principi raffigurando una rivoluzione compiuta come una che pensa, e pronuncia, ciò che è *stata* (non ciò che farà, o sarà). Ed ecco del resto una ragione per cui i principi sono piaciuti tanto poco (a meno di non intenderli come norme o come meri schemi descrittivi) alla dottrina dei nostri tempi: perché essi sono “fondamenti” (e certamente “nascimenti”³⁷, e non vi è nascita senza origine, o genealogia). Ed ecco che diviene visibile il collegamento tra il coltissimo, rarefatto, contemporaneissimo orizzonte filosofico con cui Betti colloquiava e la tradizione di diritto romano comune, che per tanti versi può apparire ben più rozza, praticona, di lui (o di un Del Vecchio); egli del resto dichiara un tale collegamento, ne è consci e

³⁶ «Sotto la specie di certi concetti, parla a noi la logica stessa delle cose», *Prefazione al Corso di Istituzioni*, cit., p. IX.

³⁷ Rinvio alle riflessioni di chi ha individuato nel tema del “nascimento” delle cose il nevralgico punto di congiunzione tra Vico e Betti, sottolineando che per il secondo, come per il primo, «l’interpretazione del mondo storico richiede immersione nel *nascimento* delle relative cose, contatto con la loro dimensione immaginativa, ed esige altresì capacità di seguirne le vicende nelle tradizioni interpretative che ne hanno costellato gli sviluppi, poiché sempre l’interprete si accinge al suo compito in un contesto di interpretazioni già date» (F. CERRONE, *Natura delle cose*, cit., p. 411, dove sottolinea dell’attenzione di Betti anche verso “il principio del senso comune del genere umano”, e la sua condivisione dell’interesse di Vico per “il tipico” anziché per l’individuale. E ben si potrebbe dire, forse, che tutto lo studio sui principi espressi è uno studio su come il diritto nasce).

orgoglioso, quando congiunge il proprio all'insegnamento dei passati interpreti del diritto romano, con cui condivide «la consapevolezza dell'unità del fenomeno giuridico e della omogeneità della sua problematica con quella del diritto attuale»³⁸. Il collegamento corre, intanto, su una certa idea del rapporto tra teoria e pratica, racchiuso nel pensare il diritto come sapere teorico e pratico. E cioè come un sapere cui è estranea la dicotomia, o la gerarchia, tra pensiero ed esperienza, e il rapporto tra le due è invece circolare, di riconoscimento e nominazione: la “dogmatica rappresentativa” di Betti altro non essendo che un “pensiero dell'esperienza”³⁹, dove la teoria, cioè, porta a consapevolezza, e rende circolanti, le componenti valide, si potrebbe dire deontiche, di quel che, altrimenti, istituti e concetti giuridici compresi, non sarebbe che “empiria”. Corre altresì, quel collegamento, sulla convinzione che il diritto attinge sempre alla vita reale, ma la conosce e la registra, la riconosce e vi si adegua, attraverso le sue categorie e i suoi principi, come dice anche il passo che ho messo ad esergo di questo scritto, e che a sua volta racchiude un rinvio alla formula paolina⁴⁰.

Betti era fascista e certamente pensava che il fascismo avesse fatto qualcosa, che nel regime vi fossero realizzazioni che i principi potevano esplicitare, e tali da raccordarsi a istanze eterne e costitutive: lo «spirito di autoresponsabilità» in cui egli traduce l'individualismo romano, era sinceramente, per lui, una di queste, tutta la sua opera sul negozio giuridico sta a testimoniarlo. Ma grazie al richiamo alla formula Paolo, che

³⁸ Vedendo in ciò «la ragione profonda dell'efficacia che il loro insegnamento ebbe», *Prefazione al Corso di Istituzioni*, cit., p. XV. Ma si pensi al celebre passo: «Le categorie della nostra odierna dogmatica non sono se non il frutto di un lavoro imponente di generazioni, di una tradizione più che millenaria, che ha le sue radici nello studio del diritto romano, in Italia e in Europa, e si svolge attraverso le interpretazioni che ne sono state date dalle varie scuole di giuristi succedutesi sino a noi», *ivi*, p. XI.

³⁹ Il primo passo per vagliare la possibilità di formulare i principi di un nuovo ordine giuridico, per Betti, è chiedersi se quello abbia «dietro di sé una sufficiente esperienza di vita». Su cui riflettere, da trasmettere, che può essere nominata e comunicata.

⁴⁰ Cfr. sopra la nota 33.

evoca lo *ius quod est*, il suo discorso appare scindibile dai principi del fascismo ed è discorso sul diritto, i suoi valori, i suoi principi, e cioè sulla sua unità, e racchiude proposte interessanti e attuali.

Rileggere oggi questo saggio, specialmente per chi è costituzionalista, è intanto un'occasione per liberarsi tanto dal peso di un eccessivo specialismo, in particolare quello che ha spezzato gli itinerari del diritto privato e quelli del diritto costituzionale, quanto da quello di un eccessivo tecnicismo, che, mentre ha separato il diritto dalla cultura, e cioè dai problemi eterni della condizione umana, col far ciò, e cioè col negare al diritto una propria realtà, quale esperienza, quale fenomeno (la sua unità), ha sottratto ad esso capacità critica, correttiva e se si vuole anche di indirizzo, nei confronti della realtà storico-sociale, o politica, come pure nei confronti delle ideologie⁴¹.

Da un lato, benché, e anzi, proprio in quanto, si rifiuta di considerare i principi “costituzionali” in quanto espressi da altrettante norme superiori, Betti mette in primo piano quale *contenuto* inescapabile per i principi proprio quello che attiene al pensare il rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico. Noi, che della intensa, si direbbe irriducibile, portata costituzionale di questo rapportoabbiamo ogni giorno sotto gli occhi le prove (quando registriamo il contrasto tra autodeterminazione, libertà di scelta, dignità “soggettiva”, da un lato, e, dall’altro lato, la dignità “oggettiva” e i diritti indisponibili), spesso ci rendiamo conto che non possiamo discutere, da giuristi, quel rapporto, se non interrogandoci, di nuovo, su che cosa è il contratto, se non ripartendo, cioè, nel senso bettiano, dalla categoria dogmatica⁴². Dall’altro lato, nell’argomentazione giuridica odierna sono fortissimi, continui, i richiami ai mutamenti sociali, a cui il diritto dovrebbe adeguarsi, abbandonando (abrogando) principi “superati”, qualche volta condannati come paternalistici o antiquati,

⁴¹ Paiono queste le ragioni che hanno portato un costituzionalista come A.A. Cervati, scavalcando ogni steccato ideologico, a valorizzare profondamente l’opera di Emilio Betti. Cfr. A.A. CERVATI, *Emilio Betti e i mutamenti della cultura giuridica europea*, in *Dall’esegesi*, cit., pp. 299 ss., p. 300.

⁴² Oggi, chi si pone il problema delle derive soggettive e decostruzioniste dell’interpretazione, ricorda che, se non avviene *iuxta propria principia*, l’interpretazione giuridica è solipsismo, o ideologia camuffata (V. CALDERAI, *La teoria classica*, cit., p. 467).

in nome di un adattamento alla “vita reale” e alle sue esigenze. Ben diversa, assai meno romantica, ben più rigorosa, era l’idea di Betti (e l’idea di Paolo): il diritto esiste, è un modo di pensare, è una *forma mentis*, è un complesso di ideali e di valori, che si sono tradotti in concetti, in istituti, in forme, le quali si modificano, cambiano, ma non sono pieghevoli a qualunque esito. Essi non sono a nostra disposizione, come non lo sono del potere politico (spetta semmai a noi giuristi capirli e apprenderli, e alla politica riconoscerli) e porgono uno specifico punto di vista, quello del diritto, da cui vagliare, ogni volta, quell’ “inizio” di nuove regole che può essere racchiuso nelle relazioni e nelle azioni umane (anzi certamente vi è racchiuso, e per questo i giuristi della tradizione mai avrebbero separato il fatto dal diritto), interrogandone l’attitudine a valere per la convivenza.

Anche da questo punto di vista la proposta di Betti⁴³ è di vivo interesse e di profonda attualità per chi si pone oggi i problemi dell’interpretazione costituzionale. Frequente come sto dicendo è l’invocazione di nuovi “principi”, che vanno insieme a “nuovi diritti” in nome dei quali l’interpretazione costituzionale andrebbe orientata, benché questo possa significare il sacrificio, il superamento o l’abrogazione di alcune sue componenti (cittavo poco sopra il corpo a corpo tra dignità oggettiva e soggettiva, tra autodeterminazione e diritti indisponibili).

A ogni nuovo principio del diritto che venga invocato, o di cui si chieda la “costituzionalizzazione” (anche per via giurisprudenziale) si potrebbe applicare il metodo, consigliato da Betti: quello di vagliarne, di cercarne, di saperne nominare, il contatto con esigenze proprie e costitutive del diritto, la capacità di comunicare con esse, e pertanto di farle parlare *ancora*. Senz’altro un compito non da poco, e tale certamente da impegnare «tutti i giuristi nostri», come Betti auspicava per il caso dei principi del fascismo; e un compito che traduce tutto il senso, e il profondo valore,

⁴³ Che, «improntata alla ricerca di una mediazione tra il diritto civile nel suo complesso e quasi patrimonio indisponibile allo stesso legislatore e i principi che dovrebbero orientarne l’applicazione» è così sintetizzabile: «l’ordinamento giuridico non si limita più a sanzionare tutto quel che accade nella realtà sottostante, né i due ordini si coordinano spontaneamente; l’autonomia privata è tutelata solo se persegue funzioni socialmente utili, non basta che la causa non sia illecita» (*ivi*, pp. 459 e 462).

delle sue obiezioni al “dogma della volontà”, che sono altrettante obiezioni contro il pericolo di scambiare il valore dell’individualità con un soggettivismo solipsistico, incapace di *comunicazione*⁴⁴.

In cambio di questa postura, che anziché azzerare il passato lo assume come interlocutore generativo, le nuove soggettività, i nuovi diritti e i nuovi principi di ogni tempo scoprirebbero l’opportunità, straordinaria, di riconoscersi, invece, dotati di una storia, parte di una genealogia; tutti noi, che operiamo nel diritto, scopriremmo di poter prendere voce, ed effettività, in quella, e proprio grazie ad essa. L’“eccedenza assiologica” dei principi altro non è se non la loro capacità di porgerci la strada per contribuire a creare, mantenendolo vivo, “questo mondo comune degli uomini”, del cui farsi condividiamo la responsabilità. Il primo passo di questa opera di civiltà, a me pare, è non perder di vista l’aggettivo “comune”, che rinvia al postulato della nostra comune natura di esseri umani: un prezioso antidoto, con la molteplicità e la differenza che porta in sé, sia al proliferare di diversità soltanto «informi e estrinseche»⁴⁵, sia alla «boria dei dotti»⁴⁶ che troppo spesso cadono nella tentazione di abrogare il passato.

⁴⁴ Lo fa cogliere perfettamente questa frase, pronunciata da Emilio Betti nell’immaginario dialogo col fratello Ugo che F. Cerrone ha composto attingendo a opere di entrambi (*Un dialogo fraterno tra il poeta e il professore: Emilio e Ugo Betti*, in G. BASCHERINI, G. REPETTO (a cura di), *Per una storia costituzionale italiana attraverso la letteratura*, Milano, Franco Angeli, 2022, pp. 258 ss., p. 265): «Non tutto può essere attribuito all’opera della volontà se, più in profondità, l’uomo non sente il vivo richiamo – oltre il mondo del reale fattuale – di un cosmo altrettanto reale ma ideale, fatto di valori. Contro ogni soggettivismo e relativismo ingenuamente materialista, si dovrebbe riconoscere che il nostro senso morale non sia (ricordi i miei *Prolegomeni*) ‘impotente ad attingere valori etici oggettivi e costanti (ancorché storicamente condizionati nella loro problematica) e [non] brancoli nel buio perenne di una soggettività incomunicabile e sempre variabile’». Il virgolettato interno alla citazione è preso dalla *Teoria generale dell’interpretazione*, vol. I, nella riedizione curata nel 1990 da Giuliano Crifò.

⁴⁵ Riformulo i passaggi finali della *Prefazione al corso di diritto romano*, cit., p. XXVII, dove l’espressione virgolettata è in realtà al singolare.

⁴⁶ Sul tema vichiano della boria dei dotti, e il suo profondo risuonare in Betti, v. F. CERRONE, *Un dialogo*, cit., pp. 401 e 484.

Antologia di Diritto Pubblico

Fascicolo n. 2/2025

Autori

Gian Luca Conti è Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università di Pisa;
gianluca.conti@unipi.it

Chiara Cudia è Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo e pubblico presso l'Università degli studi di Firenze;
chiara.cudia@unifi.it

Giovanni D'Angelo è Professore ordinario di Diritto amministrativo e pubblico presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore;
giovanni.dangelo@unicatt.it

Silvia Niccolai è Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Cagliari;
niccolai@unica.it

