

DIRITTO E SOCIETÀ
2/2025

Pier Luigi Portaluri

RUOLO DEL GIUDICE E GIACIMENTI ASSIOLOGICI
PER LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

[Estratto]

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI 2025

ISSN 0391-7428

RUOLO DEL GIUDICE E GIACIMENTI ASSIOLOGICI
PER LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

SOMMARIO: 1. Da Jhering a Sandulli: l'accesso al giudice come valore. – 2. L'incubo e il nobile sogno: diritto politico-rappresentativo e *judicial lawmaking*. – 3. Vedute pubblicistiche nel diritto civile: «la mia luce illumina un altro allo stesso tempo». – 4. Gozzano e Sandulli, ancora: le cose che potevano essere e gli interessi legittimi trans-soggettivi. – 5. Giacimenti assiologici per nuove legittimazioni ad agire: «il mare vero» o «l'annientante malinconia delle alghe morte».

1. *Da Jhering a Sandulli: l'accesso al giudice come valore*

Titolo secco come una fucilata, nello stile classico del *New York Times*: «Judges vs. Trump»¹. Non da meno il sottotitolo: «We explore how the judiciary is stopping parts of the president's agenda». Potere politico e contropotere giurisdizionale, allo stato puro, si affrontano per l'ennesima volta.

Tema del giorno è lo *ius soli*: pur garantito come diritto fondamentale dal glorioso XIV Emendamento, con un *executive order* (EO) l'Amministrazione Trump sta cercando di negarlo ai figli di persone entrate negli USA in modo illegale o provvisorio. Alcuni giudici distrettuali, però, si sono opposti, adottando *universal injunction* che inibiscono l'efficacia della misura governativa *su tutto il territorio statunitense*. Il General Solicitor *ad interim*, Sara Harris, si è quindi rivolto alla Corte suprema per ottenere la rimozione di quelle pronunce giurisdizionali.

La domanda del General Solicitor poggia su tre pilastri argomentativi. Il primo: le *universal injunctions* danno erroneamente tutela a soggetti che non sono parti dei giudizi (*improperly grant relief to non-parties*). Il

¹ G. LOPEZ, *Judges vs. Trump*, in *The New York Times*, 5.3.2025, consultabile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2025/03/06/briefing/supreme-court-donald-trump.html>.

secondo: quelle misure danno erroneamente tutela agli Stati (*improperly grant relief to States*). Il terzo: le stesse impediscono erroneamente all'Esecutivo di articolare politiche attuative dell'EO (*improperly prevent the Executive Branch from developing implementation guidance*)².

Come si vede, nella sostanza i temi sono due, che si embricano *ad invicem*: l'accusa – mossa a turno da uno dei due poteri, a seconda dei casi – di subire esondazioni provocate dall'altro; la contestata assenza di legittimazione (*lack of standing*) di coloro – Stati federali, associazioni o singoli individui³ – che hanno agito in giudizio per ottenere il blocco dell'EO; per dirla col General Solicitor: «Cosa importa a te?» («What's it to you?»)⁴.

Equilibrio dei poteri e accesso al giudizio continuano dunque, da gran tempo, il loro cammino in parallelo, condizionandosi reciprocamente: dove l'allargamento dei varchi a favore del secondo disegna inevitabilmente un “diritto” aperto, spalancato sulla dimensione politica della vita. Che lo alimenta, lo sostanzia nella sua interezza. Non riesco a concepire diversamente il tema dell'accesso al giudice, civile o amministrativo che sia. Inutile ripercorrere le strade che il pensiero ha battuto, con le sue polemiche sulla possibilità o comunque utilità di giuridicizzare le chiavi che aprono o chiudono quella porta: il cupo *Rechtsschutzbedürfnis* di Adolf Schönke (da lui, poi, prontamente denazificato nell'immediato dopoguerra, a seguito di ravvedimento tanto subitaneo, quanto – dobbiamo

² Traggio dalla *Application for a Partial Stay of the Injunction issued by the United States District Court for the Western District of Washington*, presentata appunto dall'Acting General Solicitor, Sara Harris (la si può leggere all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/24/24A885/352045/20250313134644359_Trump%20v.%20Washington%20Application.pdf).

³ Il General Solicitor ammette tuttavia l'esistenza di casi in cui v'è una «eccezione stretta» («*narrow exception*») al principio che preclude l'azione giurisdizionale a favore di terzi; e si ha quando l'attore ha una relazione di vicinanza («*a close relationship*») col titolare di un diritto il quale, a sua volta, si trova a dover fronteggiare un ostacolo («*hindrance*») che gli impedisce di tutelare i suoi interessi: cfr. *Application*, cit., 31, nt. 4 («This Court has separately recognized a narrow exception to the rule against third-party standing for cases where the plaintiff has “a close relationship” with the holder of the right and the holder of the right faces a “hindrance” to protecting his own interests. [...] Given that exception, the government has not disputed that individuals may assert the citizenship rights of their soon-to-be-born children. But state respondents have not seriously argued that they satisfy the conditions for that exception»).

⁴ «Even if respondents have standing to seek relief for themselves [...] they lack standing to seek relief for third parties, as to whom plaintiffs cannot “sufficiently answer the question: “What's it to you?”».

ritenere – sincerissimo...); il sarcasmo di Redenti sulla quinta ruota del carro; la pericolosa rinascita del controllo (sostanziale e) processuale sulla meritevolezza di tutela come terza condizione dell'azione (onde il tema dell'abuso); adesso la perfida cattiveria di Benjamin Pouchoux, che parla dell'interesse ad agire come pargoletto giuridico «né de norme inconnues»⁵, d'ignoti natali; stanno lì a dimostrare che quella serratura non funziona con i nostri arnesi.

È, in somma, *Prozessidee*. Ognuno ci mette quello che *avverte*, nel senso alto e pieno dell'etimo: quello, cioè, cui l'animo si volge perturbato e commosso, come direbbe il Gran Napoletano della *Scienza nuova*.

Marco Magri, per esempio, esprime così il *credo*, affiggendo alla porta del suo studio immaginale la propria, personalissima tavola dei valori: «Non è vero che l'accesso alla giustizia amministrava, più largo è, meglio è. Il suggestivo progetto di rinnovare la figura dell'interesse legittimo corredandola di imperativi morali o altruistici può forse essere adeguato ad altri contesti giudiziari, non, di certo, ai sistemi giuridici democratici, dove i rischi di deformazione del ruolo del giudice sono superiori ai benefici apportati dai concetti e dalle formule impiegate per dimostrare la soggettivazione di istanze pseudo-popolari»⁶. Un giurista statunitense di ispirazione liberale probabilmente lo considererebbe un *non relaxed or non softened approach*, una visione troppo restrittiva dello *standing to sue* in base alla *Case and Controversy Clause* di cui all'art. III della loro Costituzione.

A me pare, invece, che il tema presupponga una teoria o una teologia *politica* circa la funzione del giudice.

Parlo qui del giudice amministrativo.

Si può, per esempio, portare all'esasperazione persino grottesca il carattere *soggettivo* della sua giurisdizione. Un'operazione pesantemente ideologica, di stampo vetero-borghese e paleo-individualista. Ammettiamolo: da quel 9 giugno 1864 a oggi si sono acquietati gli echi del «ch'ei si rassegni», gli alti lai per i vuoti di tutela verso il cittadino angariato dagli attacchi del bieco e feroce potere amministrativo al suo

⁵ B. POUCHOUX, *Accès au juge administratif et intérêt à agir: je t'aime... moi non plus?*, in A.G. OROFINO, O. RENAUDIE (a cura di), *L'accès au juge administratif. Tensions et évolutions*, Milano 2025, 11 ss., spec. 12.

⁶ Dice così M. MAGRI, *Genesi e protezione delle posizioni giuridiche soggettive avverso il potere pubblico: per un ripensamento della "delegittimazione" ad agire nel processo amministrativo*, in *Persona e Amministrazione*, XII, (n. 2), 2023, 1 ss., spec. 10.

personalissimo patrimonio, alla sua amata «roba». Tutti Mazzarò⁷ in eterno pericolo.

È passato tanto, troppo tempo. Faccio una gran fatica a immaginare – nella parte dei predatori cattivi – quattro sindaci squattrinati⁸ e terrorizzati dallo strapotere delle procure penali (aggiungo quelle contabili)⁹; o comunque un'amministrazione pubblica egra e slabbrata, ben lontana dall'essere quel monolite misterioso e inesorabile¹⁰ combattuto dai *patres*, quando i percorsi di giuridicizzazione e di giustiziabilità erano accidentati cammini semitali.

Nel XXI secolo ergersi *ancora* a paladini e difensori della giurisdizione soggettiva, ritenendola una conquista *ancora* minacciata, mi sembra – sono sincero – risibile.

I tempi di Mantellini, Orlando e Chiovenda, ma anche dell'inevitabile (a citarsi) Calamandrei, sono alle nostre spalle¹¹. La *damnatio me-*

⁷ *La Roba* di Verga, ovviamente.

⁸ Disposti persino a “svendere” il proprio territorio e la qualità dell'abitare ricorrendo a quell'ignobile *monstrum* etico-giuridico che va sotto il nome di monetizzazione delle opere di urbanizzazione: tutto, pur di incamerare danaro per risanare (?) il bilancio.

⁹ Resta poi da vedere se ci sarà *Tod und Verklärung* per l'abrogato abuso d'ufficio, fra le tante rimessioni alla Consulta (una gara presenzialista, perché con argomentazioni abbastanza sovrapponibili, a investire la Corte: Tribunale di Firenze 24 settembre 2024; Tribunale di Locri 30 settembre 2024; Tribunale di Firenze 3 ottobre 2024; Tribunale di Busto Arsizio 21 ottobre 2024; ma ce ne sono altre, credo. Il 7 ottobre 2024 il Tribunale di Reggio Emilia ha saputo invece respingere la richiesta della procura) e le probabili strategie ermeneutiche pericolosamente dimentiche del *nullum crimen*, volte a compensare la perdita di potere attraverso l'estensione dell'area coperta dagli altri reati contro la p.A.

¹⁰ Farei poche eccezioni. Fra queste, il potere d'interdittiva antimafia. Ma qui siamo in pieno diritto amministrativo (e penale) del nemico: tutta un'altra storia, quindi, ai limiti persino del *Rechtsstaat*.

¹¹ Un elenco degli “obiettivisti” lo fece A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli 1963, 38, nt. 2. Grazie all'iniziativa dell'Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza il libro è oggi disponibile online nella collana *La memoria del diritto*, preceduto da una bellissima prefazione di Guido Greco («Una pietra miliare»). L'insegnamento del Maestro è ancora attuale – dice giustamente Greco – «anche perché il sistema è rimasto nelle sue grandi linee invariato, almeno per quel che concerne il giudizio di impugnazione degli atti amministrativi, che è poi la principale azione accordata ai cittadini innanzi al Giudice amministrativo». E aggiunge subito dopo una cosa per noi significativa: «si tratta, allora come oggi, di “processo accusatorio, di parti, di impulso rimesso alle parti”. Inoltre, l'impostazione di fondo, accolta dall'Autore, è che si tratti di una giurisdizione di tipo soggettivo (e non oggettivo) e che le posizioni giuridiche coinvolte (gli interessi legittimi) siano vere e proprie posizioni giuridiche soggettive. Il che potrà apparire scontato oggi, ma non lo era all'epoca dell'opera in commento (sulla scia di un orientamento contrario proveniente

moriae della giurisdizione oggettiva è completa, a causa del suo peccato imperdonabile: la troppa intelligenza col nemico, l'interesse pubblico, il *nemicissimo*¹².

Il punto è un altro. In sé e per sé il “sintagma della conquista” ci dice poco, forse nulla, se prima non ne definiamo il perimetro: chi è il soggetto per cui la giurisdizione – appunto, soggettiva – è costruita, nella quale si specchia? È quello dei primordi albari, gli stessi – in fondo – in cui Sandulli ancora si muoveva definendo i connotati del nuovo processo in termini modernissimi sì, ma di necessità ancorati alla coeva lettura liberale e quindi restrittiva dell'accesso al giudice?

Poiché è dei grandi e liberi l'antivedere, il Maestro napoletano è il simbolo di un'insofferenza, di un tormento intellettuale. Traspare dalle sue pagine, che sembrano trasmetterci la voce che non ho potuto ascoltare.

Ecco il suo pensiero, quando parla degli interessi legittimi colti nella prospettiva della loro tutela giurisdizionale: «Non si tratta di meri interessi di fatto. È sicuro che non l'incidenza di un provvedimento amministrativo nei confronti di un qualsiasi interesse di fatto apre l'adito al giudizio amministrativo. Ciò vale anche quando trattisi di interessi differenziati rispetto a quelli della generalità dei soggetti: la semplice differenziazione soggettiva di un interesse (p. es., l'interesse del frontista alla manutenzione di un parco pubblico è certamente differenziato rispetto a quello degli altri cittadini) non vale a farne un interesse legittimo. Deve trattarsi invece di interessi *qualificati*: interessi i quali vengano fatti oggetto dall'ordinamento – esplicitamente o implicitamente, immediatamente o mediamente – di una qualche particolare considerazione. Naturalmente non al punto che una o più norme dell'ordinamento siano state poste e operino espressamente e specificamente in funzione della loro tutela piena e diretta: se così fosse, si sarebbe in presenza di veri e propri diritti soggettivi. La considerazione, dunque, di cui gli interessi in questione devono esser fatti oggetto dall'ordinamento – funzionalmente

da dottrina autorevolissima, che andava da Mantellini a Salandra, da Vittorio Emanuele Orlando a Chiovena, a Calamandrei e, nei tempi più prossimi, anche a Guicciardi)».

¹² Fatemi ricordare il Vate a Buccari, il dieci e l'undici febbraio 1918: «In onta alla cattissima Flotta austriaca occupata a covare senza fine dentro i porti sicuri la gloria di Lissa, sono venuti col ferro e col fuoco a scuotere la prudenza nel suo più comodo rifugio i marinai d'Italia, che si ridono d'ogni sorta di reti e di sbarre, pronti sempre a osare l'inosabile. E un buon compagno, ben noto – il nemico capitale, fra tutti i nemici il nemicissimo, quello di Pola e di Cattaro – è venuto con loro a beffarsi della taglia».

collegata alla strutturazione del potere pubblico e del suo esercizio –, pur non potendo mancare del tutto, deve esser semplicemente accessoria. Le norme alle quali essa deve far capo non devono infatti esser dettate in funzione della delimitazione della posizione giuridica del soggetto in questione rispetto (e cioè *in relazione*) a quelle degli altri soggetti; bensì devono esser dettate in sede di disciplina del modo di operare (e cioè dell'azione) della pubblica Amministrazione. Nel determinare in qual modo questa *azione* debba svolgersi, l'ordinamento (non quindi necessariamente la stessa norma organica che riguarda il potere *de quo*) non di rado considera *in qualche modo* – più o meno esplicitamente – singole situazioni di altri soggetti, vuoi in quanto si tratti di soggetti nei confronti dei quali l'azione amministrativa debba svolgersi (di volta in volta sacrificandoli o avvantaggiandoli: si pensi rispettivamente alla posizione del proprietario nei cui confronti si svolga una procedura espropriativa e a quella del partecipante a una gara o a un concorso), vuoi in quanto si tratti di soggetti le cui situazioni debbano, in base alle norme da applicare, esser tenute, in un modo o nell'altro, presenti nell'operare nel settore di cui si tratti (si pensi, a es., alla posizione del farmacista in prossimità del cui esercizio debba essere autorizzata una nuova farmacia; alla situazione del proprietario di un fabbricato di fronte al quale si intenda autorizzare una nuova costruzione; alla situazione del titolare di una concessione di autolinee, in concorrenza, sia pur parziale, con la quale si voglia attribuire un'altra concessione): e, ciò facendo, li fa assurgere a interessi giuridicamente *qualificati* rispetto a quelli della generalità degli altri soggetti»¹³.

Ecco, il percorso di crinale sandulliano è già pronto ad affrancarsi dalle strettoie¹⁴ della *Schutznormtheorie*. Sandulli sembra affidarci – con la sua consueta delicatezza aperta al futuro, la sua non perentorietà di voce e pensiero – un compito: la legittimazione – è vero – non è accordata al *quavis de populo* e a interessi di mero fatto. Sicché è essenziale individuare un criterio di selezione, che egli individua negli interessi «qualificati»: ma perché siano tali, è sufficiente che «vengano fatto oggetto – esplicitamente o *implicitamente*, immediatamente o *mediatamente* – di una *qualche* particolare considerazione» ordinamentale. Basta che si trat-

¹³ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 41 ss.

¹⁴ «Zu eng», avrebbe detto Adolf Schönke, muovendo però dalla visione *opposta* di un processo completamente asservito agli interessi del nazismo, quindi accessibile solo a titolari di pretese non egoistiche, ma (discrezionalmente, ovvio) ritenute compatibili con i valori etico-politici di quel regime. Rinvio al mio *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli 2021, spec. 100 ss.

ti, in somma, di soggetti «le cui situazioni debbano, in base alle norme da applicare, essere tenute, *in un modo o nell'altro*, presenti nell'operare nel settore di cui si tratta», almeno «*in qualche modo*» (qui il corsivo è già nell'originale), «più o meno esplicitamente». E quella *consideratio* deve essere «semplicemente accessoria».

Il fascino di questa lettura è nella sua *classicità conservatrice*, intesa nel senso ideologicamente più pieno, quindi più fecondo.

Non quello teorizzato da Luciano Canfora con riferimento alla dorsale culturale che andrebbe dritta da Wilamowitz al *Mein Kampf*¹⁵ passando per l'immane *Germania* tacitiana e le *virtutes Arminii* («Classicità in quanto paradigma è la forma suprema di limitazione del discorso, di rifiuto preventivo della parola altrui. L'idea di un discorso fatto una volta per sempre, e che fornisce a ogni possibile altro discorso non solo le forme ma anche i contenuti. Al fondo vi è, evidentemente, l'inclinazione a intendere come valide in assoluto *determinate* forme di pensiero, poetiche ecc.»)¹⁶.

È a Jhering, invece, che si deve andare. Un uomo il quale sa distinguere il «conservatorismo» *deteriore*, che «desidera conservare ciò che è diventato di per sé, e che sottrae al presente ciò che riserva al passato: il diritto di divenire, [...] dal «conservatorismo» *autentico*, che non conserva ciò che è diventato di per sé, ma perché e nella misura in cui racchiuda in sé le condizioni di un nuovo divenire, rigettando ciò che è morto»¹⁷.

Dice Pasquale Femia: «il futuro non si attende, si costruisce», perché «il diritto del divenire non è il destino inevitabile – è [...] il diritto di comprendere come funziona la realtà e orientarne il corso [...] senza macchine ideali mosse come marionette dai fili della ristretta comunità ieri dei sapienti, oggi degli esperti»¹⁸. Guardando indietro. O – meglio –

¹⁵ L. CANFORA, *Ideologie del classicismo*, Torino 1980.

¹⁶ Ivi, 281.

¹⁷ «Das Gewordene seiner selbst wegen erhalten möchte, und der Gegenwart vorenthält, was sie der Vergangenheit einräumt: das Recht des Werdens [...] Aber von dem echten Conservativismus, der das Geworbene nicht seiner selbst wegen conservirt, sondern weil und insofern es die Bedingungen eines neuen Werdens in sich schließt, das Erstorbene aber abthut»: R. VON JHERING, *Friedrich Karl von Savigny*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, 354-377, spec. 368. Nel testo l'enfasi è mia.

¹⁸ P. FEMIA, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Bologna 2024, 133.

*sapendo come guardare indietro. Ci guida Walter Benjamin, le sue Tesi sul concetto di storia*¹⁹. La XIV, «il balzo di tigre nel passato»²⁰.

«Die Bedingungen eines neuen Werdens», dunque: le condizioni di un nuovo divenire; e quindi il *diritto* di divenire («das Recht des Werdens»).

Ritengo che il *progressismo giuridico* passi anche da una nuova visione del giudice, del suo ruolo e della sua presenza nel governo dei processi reali. E, venendo a noi, che la giustizia amministrativa possa e debba nel suo complesso ripensare il proprio *Beruf*, nel duplice significato di *compito* e *vocazione*. Per farlo, mi sembra indispensabile che si sgravi finalmente da fardelli polverosi e opprimenti, da anticaglie d'occasione – ma poi purtroppo radicatesi – come la lettura “materialista” della *vicinitas*.

2. *L'incubo e il nobile sogno: diritto politico-rappresentativo e judicial lawmaking*

Come abbiam visto sopra a proposito della lotta asperissima fra esecutivo e giudiziario che sta caratterizzando l'esordio dell'Amministrazione Trump, persino in ambiti giudiziari conservatori sembra riconoscersi che la *closeness* possa prescindere dalla contiguità fisica fra *plaintiff* e persona/luogo su cui incide il fatto/evento lesivo.

C'è da fare una scelta di campo. Che non è giuridica. Se considerare o meno *valore positivo* un *ampliamento progressivo* della legittimazione. Discende da qui il passo successivo. Se la risposta fosse – come io credo – affermativa, si devono elaborare tutte le tesi discorsivamente sostenibili in punto di diritto per arrivare a questo risultato politico: forse non è piacevole dirlo, ma per me le basi giuridiche vengono dopo. *L'intendance suivra*²¹.

¹⁹ «Der Tigersprung ins Vergangene»: W. BENJAMIN, *Thesen über den Begriff der Geschichte*, in Walter Benjamin, *Gesammelte Schriften*, I-I, hrsg. von R. Tiedemann und H. Schweppenhäuser, Frankfurt am Main 1991, 701.

²⁰ Femia ricorda un passo di Dario Gentili, *Il tempo della storia. Le tesi*. Sul concetto di storia di Walter Benjamin, Macerata 2020, 185: «il passato non è un archivio inerte, deputato a testimoniare il corso evolutivo necessario scritto dai forti; il passato è invece un immenso aperto campo, nel quale ancora e sempre si rinvergono occasioni di lotta per la liberazione dall'ingiustizia».

²¹ Sulla scia di A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss., spec. 513, che con riferimento alla legittimazione a ricorrere parla di un vero e proprio «impegno civile» del giudice amministrativo. I contorni incerti

Le implicazioni – ripeto: politiche – di questo orientamento vanno ben oltre il tema in sé, cioè l'estensione dell'accesso al giudice.

La questione vera – la grande montagna che si vede sullo sfondo, neanche molto lontana – consiste nell'immagine dello Stato di diritto che vogliamo avere nel XXI secolo, visto nella declinazione specifica della separazione dei poteri e – in modo ancor più particolare – del *judicial lawmaking*.

Siamo – inutile nasconderselo – su di un piano inclinato, sempre più inclinato. Aumentare le vie di accesso alla tutela significa accrescere anche la legittimazione *democratica e popolare* del giudice: in una parola, significa spianare la strada a rivendicazioni di *sovranità* da parte della magistratura²².

dell'interesse legittimo han fatto sì che «nella giurisdizione amministrativa, in ampia misura, è lo stesso giudice chiamato a decidere la controversia, che decide anche chi possa rivolgersi a lui».

²² Il punto è messo perfettamente a fuoco da Carol Harlow a proposito dei gruppi di pressione (*campaigning groups*) e della loro sempre crescente legittimazione processuale, che mette a rischio la natura stessa della giurisdizione: «Il procedimento politico può essere paragonato a una superstrada, alla quale tutti i cittadini di una democrazia moderna dovrebbero avere accesso. Allo stesso modo, essa è libera, nel senso che, nei limiti della libertà di parola, tutti dovrebbero poter dire la loro. Il processo giudiziario, invece, è apprezzato per diverse qualità. Ha un carattere formale, le sue conclusioni sono – o dovrebbero essere – raggiunte attraverso un metodo artificiale di prova ragionata, basato su argomenti presentati dalle parti a un giudice indipendente e imparziale. Il suo obiettivo è principalmente la tutela degli interessi giuridicamente protetti, per cui è opportuno che l'accesso sia limitato a coloro che possono dimostrare la titolarità di tale interesse. Si tratta, ovviamente, di uno stereotipo. Tuttavia, sto suggerendo che, se ci allontaniamo troppo dallo stereotipo, potremmo finire col banalizzarlo. Se permettiamo che lo stile *campaigning* della politica invada il processo giurisdizionale, potremmo finire per minare le qualità stesse di certezza, di funzionalizzazione e soprattutto di indipendenza, per le quali il processo giudiziario ha una sua ragion d'essere, compromettendo così la sua legittimità» («The political process can be compared to a freeway, to which all the citizens of a modern democracy should have access. Equally, it is a free-for-all in the sense that, within the limits of free speech, everyone should have their say. The judicial process is valued for different qualities. It is formal in character, its conclusions are – and should be – reached through an artificial method of reasoned proof based on arguments submitted by the parties to an independent and impartial judge. Its objective being primarily the protection of legal interests, it is appropriate for access to be limited to those who can show such an interest. This is, of course, a stereotype. I am suggesting, however, that, if we move too far away from the stereotype, we may end by stultifying it. If we allow the campaigning style of politics to invade the legal process, we may end by undermining the very qualities of certainty, finality and especially independence for which the legal process is esteemed, thereby undercutting its legitimacy.») (C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, in *The Modern Law Review*, 2002, 1 ss., spec. 2).

La separazione dei poteri è una grande e faticosa conquista della civiltà occidentale, come pure una delle principali espressioni in cui si manifesta la sovranità *popolare*. Entrambe in crisi, per molte ragioni. Come in crisi è l'idea stessa di legalità, dilaniata da un uso ipocrita: una sorta di santino, una immaginetta sacra utile per coprire qualunque disinvoltura interpretativa a fini politici, nobili o meno che siano. Le cose – come tutti vedono – sono peggiorate con l'ingresso nell'Unione europea, il cui diritto prevale su quello degli Stati membri: un giudice comune può infatti disapplicare una norma anche di rango primario se ritenuta in palese contrasto con l'ordinamento UE. Valutazione non priva di discrezionalità, e quindi esposta a insidiosi soggettivismi manipolativi²³.

Vi sono state risposte, anche recenti. E con padri certamente nobili. Che a me comunque sembrano, pur con tutte le cautele di cui sono circondate, abbastanza preoccupanti.

Si vorrebbe concepire la sovranità come spettante non solo al popolo (e quindi agli organi democraticamente eletti), ma anche – quantomeno per la tutela dei diritti fondamentali – alla magistratura. La quale in questo modo si vedrebbe riconosciuto un ruolo di *contropotere sovrano*, volto a proteggere i principî costituzionali da azioni in maggiore o minore misura violative che fossero commesse – *à la* Schmitt – dai mutevoli detentori del *potere politico*.

È, come ho appena detto, un disegno già noto alla nostra cultura istituzionale. Sentiamone direttamente le voci, anche critiche. Nel suo *Repertorio di fine secolo* Stefano Rodotà sosteneva che «l'investitura popolare non è l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in senso largo, una funzione di governo». Posizione abbastanza scivolosa, anche se mitigata subito dopo: «questo non significa che la magistratura diventa tramite (o addirittura

²³ Ne è assai poco mirabile esempio ciò che sta accadendo nella vicenda – tutta politica, al di là delle vestizioni di comodo in termini di esegesi “innocente” e avalutativa – dei c.dd. paesi di origine sicuri. Sezioni di alcuni nostri tribunali, specializzate in materia d'immigrazione, disapplicano le designazioni di alcuni paesi come sicuri, avvenute con provvedimenti amministrativi e legislativi, asserendone il contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'atteggiamento antiggiuridico di questi giudici territoriali prosegue anche dopo le sostanziali, recenti sconfessioni da parte della Cassazione (sent. n. 33398/24 e ord. n. 34898/24): il cui *dictum*, a sua volta, subisce lo stesso processo manipolativo orientato in senso pesantemente ideologico.

protagonista) di esplicite politiche “di minoranza”, così violando le regole di base di un sistema rappresentativo»²⁴.

²⁴ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 187 s. Per la loro pregnanza trascrivo i passi centrali del suo pensiero, solo una cui parte è nel testo. «È ormai chiaro, però, che l'investitura popolare non rappresenta l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in largo senso, una funzione di “governo”. La presenza di questo tipo di legittimazione può essere dedotta, ad esempio, dall'“esposizione al controllo” di una istituzione determinata. Al Tribunale costituzionale federale tedesco è stata riconosciuta una legittimazione crescente quanto più erano argomentate le sue sentenze, quanto più erano ricche di riferimenti non solo interni, quanto più si aprivano alle opinioni dissenzienti, evitando quella “danza sulle uova” che sfuma i conflitti, prepara i compromessi e impoverisce le motivazioni delle decisioni degli organismi che all'esterno devono presentare un'unica immagine. La presentazione di una decisione giudiziaria in tutta la sua ricchezza e complessità favorisce la comprensione e il controllo diffuso da parte dell'opinione pubblica, che costituisce sicuramente un forte strumento di legittimazione della decisione e dell'organo che l'ha presa. Questa, peraltro, è una indicazione di tendenza più generale e che vale sicuramente anche per soggetti formalmente legittimati da una investitura popolare, che poi può essere sostanzialmente contraddetta da un modo d'essere fondato sulla segretezza e sul rifiuto del controllo. La trasparenza istituzionale, in altri termini, si presenta ormai come un complemento, o un fondamento, della costituzione della legittimazione democratica, o del suo permanere. La legittimazione democratica si accresce quando la sede giudiziaria si presenta, almeno tendenzialmente, come luogo di rappresentanza di soggetti e interessi altrimenti esclusi, condannati al silenzio. Dar voce ai cittadini, infatti, è funzione tipica della democrazia. E perché la funzione di inclusione nel processo democratico sia effettiva, non basta il riconoscimento della libertà d'espressione, ma è indispensabile la predisposizione di sedi istituzionali diversificate. Questa funzione di partecipazione, e dunque la legittimazione democratica, risultano accresciute quando si costruisce la sede giudiziaria, il processo, come un luogo nel quale si possono manifestare voci non ridicibili a quelle delle parti, quali ci sono indicate dalla tradizione. L'abituale articolazione delle parti processuali non corrisponde più alla reale articolazione degli interessi in gioco. Non ci si può continuare a muovere in un mondo a due dimensioni, quella della parte privata e quella della parte pubblica, quando ormai, e sempre più spesso, la realtà si presenta come tridimensionale. [...] Questo non significa che la magistratura diventa tramite (o addirittura protagonista) di esplicite politiche “di minoranza”, così violando le regole di base di un sistema rappresentativo. La sua funzione è diversa: quella di dare attuazione piena a diritti riconosciuti, di offrire legittimazione, e quindi tutela, a interessi nuovi nel quadro di valori fondamentali già definiti, anche se a loro volta destinati ad un processo continuo di ridefinizione e di adeguamento alle dinamiche sociali. In questo senso si può dire che il sistema giudiziario si realizza come “sede di rappresentanza”, come luogo espressivo della pluralità di posizioni che si manifestano nella società. E tutto questo è coerente con una evoluzione complessiva che lo ha portato ad essere, da mero luogo di garanzia, *strumento* necessario per l'attuazione di politiche legislative». Già in precedenza Rodotà aveva affrontato il tema della legittimazione democratica, mantenendo posizioni forse più “moderate”: «... in tutta una serie di aree, ormai, la ripartizione di compiti e di poteri non può essere più quella del passato, spettando al legislatore l'indicazione dei fini ed essendo

Il rispetto più profondo per quel grande Maestro – non solo di di-

conferita al giudice una sorta di delega per ciò che riguarda i mezzi attraverso i quali tali fini possono poi essere realizzati. Si viene così ricondotti – ed è antica discussione, svolta anche all'interno di Magistratura democratica – alle questioni della legittimazione del giudice per compiere questo tipo di operazioni e del tipo di controlli a cui il giudice deve essere a sua volta sottoposto nel momento in cui si amplia la sua discrezionalità. Io non torno sulle varie riflessioni che sono state fatte, in Italia e fuori, sulla legittimazione democratica del giudice, uscendo dallo schema per cui sarebbero democratici solo i poteri legittimati attraverso un voto popolare e mettendo l'accento (come è stato fatto soprattutto in Germania, con suggestioni nordamericane molto evidenti) sul controllo dell'opinione pubblica, sulla visibilità dei conflitti, sul canale giudiziario come veicolo di inclusione di soggetti ed interessi che non trovano altrimenti possibilità di ingresso nei tradizionali canali istituzionali. Dalla somma di tutti questi elementi si è dedotta una legittimazione democratica che a sua volta dovrebbe legittimare quello spettro più ampio di discrezionalità attribuito al giudiziario. [...] Se la ridefinizione dei nostri sistemi si compie attraverso i diritti fondamentali, ciò comporta una variazione molto notevole. Qualcuno ha parlato, in modo ironico e forse spregiativo, della prospettiva di un'amministrazione giudiziaria del diritto naturale, come una delle caratteristiche della fase che si è appena aperta. Al di là della formula, è certo che si delinea una serie di problemi. Non è un caso che si sia riaperta, proprio nell'ultimo anno, negli Stati Uniti, una forte discussione sulla interpretazione della Costituzione. Probabilmente questa discussione è ora destinata a declinare; ma non per una ragione teorica, bensì per una ragione tutta pratica. Quella discussione sull'interpretazione della Costituzione si era svolta infatti nell'ottica di nomine alla Corte suprema tendenti ad accentuare il self restraint della Corte e sembrava perciò orientata – lo dico in termini estremi – a considerare legittima solo un'interpretazione della Costituzione in linea con le opinioni dei padri fondatori e quindi a mettere in discussione tutta la logica evolutiva dell'interpretazione costituzionale» (S. RODOTÀ, *Il potere giudiziario nelle moderne democrazie: ruolo, limiti e controlli*, in N. ROSSI (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano 1994, 193 ss., spec. 198 s.). L'*idem sentire* di Rodotà con le correnti magistratuali "progressiste" è ovviamente amplissimo. Ecco N. ROSSI, *I tratti dell'esperienza italiana: l'indipendenza della magistratura e l'attiva presenza di una magistratura progressista*, in N. ROSSI (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano 1994, 283 ss., spec. 297 s.: «In conclusione: durante tutto il loro percorso culturale e politico i magistrati democratici si sono interrogati sulla possibilità di una loro legittimazione democratica. Apparentemente un problema insolubile. Come possono aspirare ad una tale legittimazione magistrati di professione? L'esperienza, la prassi, l'ispirazione ideale dei magistrati progressisti stanno tutte racchiuse nel tentativo di dare una risposta a questo dilemma. Dilemma insolubile sul piano di un'astratta logica istituzionale. Interrogativo destinato a restare senza risposta senza mettere in campo la storia, i valori, la politica, l'esperienza concreta del rendere giustizia. Se democrazia fosse solo regola di maggioranza, solo procedura, solo forma e tecnica, l'aspirazione alla legittimazione democratica di una magistratura non elettiva resterebbe relegata tra le ideologie, sarebbe una forma tra le tante di erronea rappresentazione del proprio ruolo, di falsa coscienza. Incompatibile con una visione semplificata della democrazia (concepita come tecnica decisionale ed

ritto, ma anche di alta coscienza civile – non può impedirmi, però, di considerare almeno ottativa la sua posizione: quella cioè di ritenere per un verso possibile (se non proprio auspicabile) la legittimazione democratica della magistratura (alle condizioni viste sopra); ma poi – per altro verso – di predicarne la doverosa distanza da un ruolo esplicitamente e *legittimamente* politico in senso oggettivamente *countermajoritarian*.

Tutto questo mi ricorda troppo il *Noble Dream*²⁵ di Hart, pronto in

esclusivamente imperniata sullo schema maggioritario), l'idea di una legittimazione “democratica” (e cioè non esclusivamente formale della magistratura) ritrova però una sua cittadinanza all'interno di una concezione non solo formale di democrazia. Mi riferisco ad una concezione che, accanto al principio di maggioranza, contempra l'esistenza di diritti non conculcabili delle minoranze: e non solo i diritti essenziali di libertà, ma anche fondamentali diritti sociali dei cittadini che non possono essere elusi, pena la delegittimazione dello Stato. Una concezione che identifichi nella democrazia un regime preordinato al raggiungimento di mete sociali, alla realizzazione di valori essenziali di eguaglianza e di emancipazione, di salvaguardia dei soggetti deboli, delle molte minoranze che popolano le moderne società. Per inverare questa idea di democrazia, nitidamente scritta nella Costituzione repubblicana, la magistratura può svolgere un ruolo significativo ed insostituibile svolgendo il suo quotidiano lavoro e seguendo il tracciato segnato dal Costituente oggi e nel futuro non facile che attende il nostro paese. Un percorso impervio, irto di ostacoli. Ma rimuovere ostacoli – allo sviluppo della libertà, dell'eguaglianza, della partecipazione – non è stato sempre, per i magistrati progressisti, un compito strettamente intrecciato al mestiere di giudicare?».

La domanda, a mio avviso, resta sempre la stessa. Qual è il punto di arrivo di questo pur nobile progredire verso una legittimazione democratica della magistratura? Come si concilia con la separazione dei poteri? Di questi nodi, che pure sono il *punctum crucis* del discorso, non trovo nessuna elaborazione teorica.

²⁵ H.L.A. HART, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in *Georgia Law Review*, 1977, 969 ss., spec. 978. Gran bella pagina. Merita la trascrizione. «Come la sua antitesi, l'Incubo, ha molte varianti, ma in tutte le forme rappresenta la convinzione, forse la fede, che, nonostante le apparenze superficiali del contrario e nonostante interi periodi di aberrazioni ed errori giudiziari, si possa ancora fornire una spiegazione e una giustificazione per l'esperienza comune dei contendenti, secondo cui i giudici dovrebbero applicare ai loro casi la legge esistente e non crearne di nuova, anche quando il testo di particolari disposizioni costituzionali, leggi o precedenti disponibili sembra non offrire una guida determinata. E insieme con ciò procede la convinzione della possibilità di giustificare molte altre cose, come ad esempio la forma delle argomentazioni degli avvocati che, in base alle stesse aspettative, nei tribunali si rivolgono ai giudici come se stessero cercando, e non creando, il diritto» («Like its antithesis the Nightmare, it has many variants, but in all forms it represents the belief, perhaps the faith, that, in spite of superficial appearances to the contrary and in spite even of whole periods of judicial aberrations and mistakes, still an explanation and a justification can be provided for the common expectation of litigants that judges should apply to their cases existing law and not make new law for them even when the text of particular constitutional provisions, statutes, or available precedents appears to offer no determinate guide.

un attimo a tramutarsi in un *Nightmare*²⁶: dove «il diritto di ottenere dai

And with this goes the belief in the possibility of justifying many other things, such as the form of lawyers' arguments which, entertaining the same expectations, are addressed in courts to the judges as if he were looking for, not creating, the law»).

²⁶ Anche qui, una prosa stupenda di Hart. «L'Incubo è questo. Le parti ritengono di avere il diritto di ottenere dai giudici un'applicazione alle loro controversie del diritto esistente, non di avere un nuovo diritto, fatto per loro. Naturalmente si accetta che ciò che il diritto esistente è non sia necessariamente – e molto spesso non è – ovvio, e che sia necessaria l'esperienza qualificata del giurista per estrarla dalle fonti appropriate. Ma per il pensiero convenzionale, l'immagine del giudice, per usare la frase di un eminente giudice inglese, Lord Radcliffe, è quella del “dichiaratore oggettivo, imparziale, erudito ed esperto del diritto”, da non confondere dunque con l'immagine – molto diversa – del legislatore. L'Incubo è che questa immagine del giudice, che lo distingue dal legislatore, sia un'illusione, e le aspettative che essa suscita sono destinate a essere deluse – in una visione estrema, sempre; e in una visione moderata, molto spesso. Certamente un esame lucido delle decisioni costituzionali americane sembra sostenere la visione da incubo delle cose e suggerisce a un inglese un'interpretazione cinica dell'osservazione di Tocqueville che le questioni politiche negli Stati Uniti prima o poi diventano questioni giudiziarie. “Forse è così”, potrebbe dire l'inglese, “ma il fatto che siano decise dai giudici nei tribunali americani non significa che non siano decise politicamente. Quindi, se la vostra Costituzione ha reso diritto ciò che altrove sarebbe politica, lo ha fatto con il rischio di politicizzare i vostri tribunali” [...] l'uso da parte dei tribunali dei loro poteri di revisione giudiziaria per realizzare importanti riforme legislative, che in altri Paesi sono state realizzate, se mai, solo dopo aspre battaglie parlamentari, ha fornito un'altra serie di esempi a sostegno della visione da incubo del processo giudiziario come mera cripto-legislazione»; («The Nightmare is this. Litigants in law cases consider themselves entitled to have from judges an application of the existing law to their disputes, not to have new law made for them. Of course it is accepted that what the existing law is need not be and very often is not obvious, and the trained expertise of the lawyer may be needed to extract it from the appropriate sources. But for conventional thought, the image of the judge, to use the phrase of an eminent English Judge, Lord Radcliffe, is that of the “objective, impartial, erudite, and experienced declarer of the law,” not to be confused with the very different image of the legislator. The Nightmare is that this image of the judge, distinguishing him from the legislator, is an illusion, and the expectations which it excites are doomed to disappointment – on an extreme view, always, and on a moderate view, very frequently. Certainly a clear-eyed scrutiny of the course of American constitutional decision seems to support the Nightmare view of things and suggests to an Englishman a cynical interpretation of de Tocqueville's observation that political questions in the United States sooner or later become judicial questions. “Perhaps they do so,” the Englishman may say, “but the fact that they are decided in American law courts by judges does not mean that they are not there decided politically. So, if your Constitution has made law of what elsewhere would be politics, it has done so at the risk of politicising your courts”. [...] the courts' use of their powers of judicial review to effect major law reforms, which in other countries have been brought about, if at all, only after bitterly fought parliamentary battles, has provided a different series of examples to support the Nightmare view of the judicial process as mere crypto-legislation»).

giudici un'applicazione alle loro controversie del diritto esistente, non di avere un nuovo diritto, fatto per loro», finisce per essere un'illusione, poiché nella realtà le corti usano il loro potere per fare una insindacabile e quindi pericolosa cripto-legislazione.

Contromaggioritario, ho appena detto. Mi riferisco ovviamente al terribile *dilemma* messo spietatamente a nudo più di sessant'anni fa da Alexander Bickel²⁷, e rimasto senza risposta²⁸: «Il problema di fondo è che il controllo giudiziario è una forza contromaggioritaria nel nostro sistema. [...] Quando la Corte Suprema dichiara incostituzionale un atto legislativo o l'azione di un governo eletto, essa vanifica (*thwarts*) la volontà dei rappresentanti del popolo su cui esercita il controllo, non a favore della maggioranza prevalente, ma contro di essa. Questo, senza eccessi misticheggianti, è ciò che accade realmente [...] ed è il motivo per cui si può imputare al controllo giudiziario di essere antidemocratico». D'altra parte – rincara la dose Harry Wellington – «la maggior parte degli studiosi oggi condivide una delle preoccupazioni principali di Alex²⁹: il controllo giudiziario è una pratica contro-maggioritaria. I giudici del-

²⁷ E da qui viene la *countermajoritarian difficulty*, il ben noto – e paradossale – “problema contromaggioritario”. «The root difficulty is that judicial review is a countermajoritarian force in our system. [...] When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. [...] and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic» (A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis-New York 1962, 16 s). Nella II edizione, del 1986 (Yale University Press), compare la prefazione di Harry H. Wellington di cui traduco un brano più avanti nel testo.

²⁸ S. SHERRY, *Judges of Character*, 38 Wake Forest L. Rev. 793, 2003, 793 ss., spec. 793: «Per quarant'anni, gli studiosi di diritto si sono persi in una selva nata dalla difficoltà del contro-maggioritario. Nonostante un pedigree di due secoli, stiamo ancora discutendo sulla legittimità del controllo giurisdizionale e ci chiediamo se sia una maledizione o una benedizione. Molti dei nostri studiosi costituzionali più importanti sono impantanati nel tentativo di limitare il controllo giurisdizionale in modo da conciliarlo con la loro visione idealizzata di un regime costituzionale fondato sul maggioritarismo puro. Nessuno ci è riuscito» (For forty years, legal academics have been lost in a wilderness born of the countermajoritarian difficulty. Despite a two-century pedigree, we are still arguing about the legitimacy of judicial review and asking whether it is a curse or a blessing. Many of our most prominent constitutional scholars are mired in attempts to constrain judicial review so as to reconcile it with their idealized vision of a constitutional regime grounded in pure majoritarianism. None has succeeded»).

²⁹ «Alex» è – appunto – Alexander Bickel. Wellington lo chiama sempre così, ed è una cosa deliziosa...

la Corte Suprema sono nominati a vita. I legislatori sono responsabili elettoralmente. Come non essere in apprensione quando i primi dichiarano invalido il lavoro dei secondi appellandosi a un documento del XVIII secolo che è, per dirla in modo eufemistico, a trama aperta (*open textured*)?»³⁰.

Qui Justice Gorsuch³¹ ci ricorda qualcosa di molto naturale, ma che fatichiamo ad ammettere: «con molto rispetto, non sarebbe un po' assurdo riconoscere, da una parte, la separazione tra i poteri legislativo e giudiziario imposta dalla Costituzione, nonché il dovere dei giudici di applicare quest'ultima, salvo poi lodare i giudici che si fanno beffe di tutto ciò, per poter perseguire ciò che essi hanno divinato essere il miglior risultato in termini di politiche pubbliche? E non sarebbe folle non temere che, se i giudici si sentono liberi di non rispettare la separazione dei poteri costituzionalmente definita, essi finiranno presto per trovare altre fastidiose parti della Costituzione ugualmente indegne di essere applicate alla lettera?»³².

Dare legittimazione democratica in senso stretto al giudice è insomma un'operazione molto insidiosa, sopra tutto in realtà come quella italiana in cui il terzo potere non trabocca certo di «virtù passive»³³: non

³⁰ HARRY H. WELLINGTON, *Foreword*, cit., X s.: «Most scholars today share one of Alex's central concerns: namely, that judicial review is a countermajoritarian practice. Supreme Court justices are appointed for life. Legislators are electorally accountable. How can one fail to be apprehensive when the former declare the work of the latter invalid by appealing to an eighteenth-century document that is, to put it euphemistically, open textured?»

³¹ All'interno della Corte suprema USA Neil Gorsuch fa parte della c.d. *conservative supermajority*: sei giudici (Roberts, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett) sono infatti conservatori; tre (Sotomayor, Kagan e Brown Jackson) sono invece di vedute *liberal*.

³² N. GORSUCH, *Di leoni e di orsi, di giudici e di legislatori*, 5, consultato all'indirizzo https://www.brunoleoni.it/wp-content/uploads/2023/12/IBL-OP_111-Gorsuch.pdf (traduzione italiana parziale di ID., *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2016, 905 ss., spec. 911: «And, respectfully too, wouldn't we have to be at least a little crazy to recognize the Constitution's separation of judicial and legislative powers, and the duty of judges to uphold it, but then applaud when judges ignore all that to pursue what they have divined to be the best policy outcomes? And crazy not to worry that if judges consider themselves free to disregard the Constitution's separation of powers they might soon find other bothersome parts of the Constitution equally unworthy of their fidelity?»).

³³ Quelle che sempre Bickel compendia come «l'uso strategico da parte dei tribunali (in particolare della Corte Suprema) delle dottrine sulla giustiziabilità e di altre tecniche processuali per evitare di decidere questioni che si ritiene preferibile rinviare a una data

pratica cioè la cristianissima strada dell'astensione dalle spire della tentazione, che assume qui il sembiante malioso dell'attivismo marcatamente interventista, anche a carattere extra-giudiziale (mediatico, istituzionale, etc.)³⁴.

Non potrei quindi sentirmi rassicurato neppure dai tentativi che chiamerei *mediali*. Di chi forse spera che l'equilibrio del sistema possa scaturire dalla prospettazione delle contraddizioni presenti nell'ordinamento, capace – come tale e per forza ingenita – di trovare una sintesi.

Una analisi – elegante e sottile – di questo tipo la disegna un altro Maestro, Giuseppe Zaccaria³⁵. Ascoltiamolo. «Da una parte stanno le «voci» indubbiamente positive, rappresentate dall'affermarsi di una visione più complessa ed articolata del diritto, costituito non più soltanto da testi ed enunciati scritti, ma anche da principi, da valori, da concetti dottrinali e da istituzioni politiche. [...] In questo quadro, molto più mosso, flessibile e pluralistico rispetto alle semplificazioni ed ai riduizionismi giuspositivistici della centralità della legge e dell'identificazione tra legge e diritto positivo, si consolida il ruolo sempre più incisivo della giurisdizione [...]. Dall'altra parte stanno i dubbi e le preoccupazioni inevitabili circa la compatibilità della sempre più marcata creatività giudiziale con i principi di certezza e di separazione dei poteri, garanti delle libertà individuali nelle società liberali. [...] In un contesto nel quale è la stessa inarrestabile globalizzazione del diritto a rendere cruciale il lavoro ricostruttivo ed interpretativo dei giudici, il recupero del valore della certezza come valore assoluto diviene nient'altro che mera utopia». Ed ecco la risposta, in cui Zaccaria richiama proprio Rodotà: «l'investitura

successiva» («the strategic use by courts (particularly the Supreme Court) of justiciability doctrines and other procedural techniques to avoid deciding issues the Court believes are best deferred to a later date»). Da leggersi qui H. HERSHKOFF, *State Courts and the "Passive Virtues": Rethinking the Judicial Function*, in *Harvard Law Review*, 2001, 1833 ss.

³⁴ Come potrei, a questo punto, non ricordare le parole di Gaetano Silvestri? Queste: «Abbiamo assistito, negli ultimi decenni, a troppe epopee di giudici "salvatori della Patria", alcuni autentici eroi, altri autentici furbacchioni, per sottovalutare il pericolo rappresentato dalla perdita del senso del limite, dallo spirito di crociata, fanatica o opportunistica, dalle carriere politiche costruite all'ombra del controllo di legalità piegato spesso alle esigenze di uno strumentale pan-penalismo. Nel riconoscere tutto ciò, come giuristi costituzionalisti abbiamo nondimeno il dovere di distinguere l'uso dal cattivo uso degli strumenti che un ordinamento costituzionale, improntato sì alla separazione dei poteri, ma anche all'effettività del *Bill of rights*, della sua Costituzione rigida, mette a disposizione degli operatori del diritto, a tutti i livelli» (G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 2020, 4).

³⁵ G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022, 32 ss.

popolare non è l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in senso largo, una funzione di governo»³⁶.

Non solo i giusfilosofi, ma anche *in partibus poenaliūm* la tentazione estensiva alligna. Incontriamo un altro Maestro, Giovanni Fiandaca. Il quale pochissimo tempo fa ha posto una domanda secca: quale debba essere la «concezione della sovranità nel contesto di una democrazia costituzionale», e se essa debba essere «ancora intesa come spettante esclusivamente al popolo e ai suoi organi rappresentativi». Non pochi studiosi – questa la sua risposta – «tendono a reinterpretare la sovranità democratica in maniera “dualistica”, cioè fondata sulla sovranità popolare e al tempo stesso sulla tutela dei diritti fondamentali da parte del potere giudiziario. Approccio che consente di ritenere più compatibili (o meno incompatibili) principio democratico e giurisdizione costituzionale, con l'attribuzione a quest'ultima della funzione (cosiddetta contromaggioritaria) di salvaguardare i principi costituzionali, tenendoli al riparo dalle fluttuazioni delle contingenti maggioranze politiche»³⁷.

Storia vista, in realtà, anche nel concreto. In Italia basta riandare alla fine degli anni '60, con la fuoriuscita di alcuni giudici da Magistratura Democratica – come Raffaele Bertoni – proprio per il dissenso dal «mito di una giustizia che potesse risolvere i problemi sociali, il mito della palingenesi sociale realizzata anche nei tribunali»³⁸. Chi rimase – come Domenico Pulitanò – non esitò a sostenere invece che «è possibile sostenere applicazioni eterodosse, minoritarie, anche ferocemente avversate, pur-

³⁶ Onde l'assioma. «Più che alla legge il giudice è dunque soggetto alla Costituzione», cioè – osservo – alle immagini che egli ne scorge: in ultimo, a sé stesso. Subito il contrappunto serenante: «il fisiologico spazio di valutazione che la ricostruzione dei fatti porta con sé, accresciuto dall'incertezza e dalla mancata precisazione di un contenuto di disvalore tipico, si amplia ulteriormente, dischiudendo all'interprete uno spazio rilevantissimo ed indefinito, destinato ad introdurre nuove fattispecie. Sia per alcuni giudici sia per alcuni pubblici ministeri il rispetto dei termini per le indagini preliminari ed il controllo effettivo del rispetto delle leggi da parte del giudice delle indagini preliminari finiscono per diventare elementi secondari rispetto alla celebrazione di processi mediatici insensibili al principio della durata ragionevole del processo [...] Esorbitando nel suo potere, il giudice rischia di divenire così non colui che colma delle lacune, ma il giudice moralizzatore e giustiziere» (G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., 127).

³⁷ G. FIANDACA, *I giudici non eccedano in discrezionalità, ma la politica faccia il suo*, in *Il Foglio*, 29 dicembre 2024.

³⁸ S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti. Magistratura Democratica nel quadro della Associazione Nazionale Magistrati*, Milano 1987, 251. Quelle riportate nel testo sono proprio le parole pronunciate da Bertoni nell'intervista raccolta da Pappalardo.

ché radicate in punti di vista socialmente significativi e, *in qualche misura*, ricollegabili ai dati testuali», poiché «la “creatività” dell’interpretazione e applicazione del diritto [...] deve pur sempre essere una “creazione” sociale quanto più possibile comunitaria»³⁹.

Uberto Scarpelli replicò con molta ironia, parlando di «democrazia totalitaria», che «si affida a un rapporto diretto fra il portatore del potere ed il popolo, all’intuizione che il portatore del potere abbia della volontà generale [...]. Nel nostro caso, un po’ curiosamente, il portatore di potere che intuisce, oltre la legge, la volontà generale e sa di sicuro (senza indicare nessuna tecnica per controllare la sua credenza) che il consenso del popolo è con lui, non è il capopopolo cui siamo abituati a pensare in simili casi, bensì un magistrato entrato in carriera attraverso un regolare concorso e regolarmente stipendiato»⁴⁰.

E Sergio Pappalardo, che fu l’iniziatore degli studi su questa importante corrente: «Operando, in sostanza, un rifiuto del principio della separazione dei poteri a favore dell’unità della sovranità popolare [gli esponenti di MD: n.d.r.] ponevano il giudice a rappresentanza di quella sovranità. Lo Stato non viene così più scorto come un comitato di affari della classe borghese ma, alla stessa stregua di Rousseau, come struttura comunitaria, e alla legge scritta viene anteposta, così come faceva il filosofo ginevrino, una legge “incisa nei cuori”⁴¹. Di tale legge e dell’ethos

³⁹ D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, Bari 1977, 64.

⁴⁰ U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, in *Riv. dir. proc.*, 646 ss., spec. 652.

⁴¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contract social ou, principes du droit politique*, Amsterdam, Rey, 1762. Mi avvalgo dell’edizione bilingue edita – con una importante introduzione di Tito Magri – da Laterza (VII ed., 2010). Il passo si trova a p. 78 s.: «la più importante di tutte, che non s’incide sul marmo o sul bronzo, ma nei cuori dei cittadini; che fa la vera costituzione dello Stato; che si arricchisce ogni giorno di nuovo vigore; che, quando le altre leggi invecchiano o vengon meno, le rianima o ne fa le veci, conserva il popolo nello spirito della sua costituzione, e sostituisce un po’ alla volta la forza dell’abitudine a quella dell’autorità. Parlo dei costumi, delle usanze, e soprattutto dell’opinione, settore sconosciuto ai nostri politici, ma da cui dipende il successo di tutti gli altri; il grande legislatore se ne occupa in segreto, mentre sembra limitarsi a particolari regolamentazioni che sono solo il sesto della volta di cui i costumi, più lenti a formarsi, costituiscono alla fine l’incrollabile chiave» («qui ne se grave ni sur le marbre ni sur l’airain, mais dans les coeurs des citoyens; qui fait la véritable constitution de l’Etat; qui prend tous les jours de nouvelles forces; qui, lorsque les autres loix vieillissent ou s’éteignent, les ranime ou les supplée, conserve un peuple dans l’esprit de son institution, et substitue insensiblement la force de l’habitude à celle de l’autorité. Je parle des moeurs, des coutumes, et surtout de l’opinion; partie inconnue à nos politiques, mais de laquelle dépend le succès de toutes les autres: partie dont le grand Législateur s’occupe en secret, tandis qu’il paraît se borner

sociale che la pervade il giudice viene – ai sensi di tale concezione – auto-elettivamente designato quale interprete privilegiato»⁴².

Potremmo risalire ancora il corso della storia. Ci ritroveremmo in un altro Stato, in un dodicennio nero. Vedremmo che “interpretare” la giurisdizione come partecipe della sovranità ha radici oscure.

I would prefer not to⁴³: in uno Stato costituzionale la sovranità si mostra solo nel momento pre-giuridico: nell’attimo, nella fase costituente. Finché il suo effetto giuridico, cioè la Carta, è vigente, la sovranità resta *latente*⁴⁴.

3. *Vedute pubblicistiche nel diritto civile: «la mia luce illumina un altro allo stesso tempo»*

Sopra tutto dopo aver ricordato la necessità, nello Stato costituzionale moderno, di porre la sovranità *al di qua e prima* dell’ordinamento giuridico concreto, ogni perplessità che ho espresso sulla “conquista” della legittimazione democratica da parte del *Judiciary* mi sembrano diminuire se si parla di accesso al processo, e a quello amministrativo in particolare.

Non solo perché qui non si controverte *de libertate* (anche se gli interessi in gioco possono essere di rango comunque elevatissimo, come da ultimo ci ha insegnato la tragedia pandemica), ma per la plurisecolare “cultura del ritegno” che tradizionalmente caratterizza la giurisdizione nostra.

È questa la ragione per cui l’ampiezza della legittimazione deve essere assunta come vero e proprio valore processuale cui ispirare il diritto

à des règlements particuliers qui ne sont que le cintre de la voûte, dont les moeurs, plus lentes à naître, forment enfin l’inébranlable Clef»).

Ho riportato il passo perché esprime molto bene il senso della primazia attribuita da Rousseau ai costumi (*moeurs*), alle usanze (*coutumes*) e all’opinione (*opinion*) rispetto alla legge, cioè al diritto politico rappresentativo, quando essa invecchi o sia venuta meno (*lorsque les autres lois vieillissent ou s’éteignent*). Inutile dire quale sarebbe la figura – legittimata non si sa bene da chi o da cosa – idonea a percepire questo allontanamento dei *costumi*, delle *usanze* e dell’*opinione* dalla legge scritta, che ne verrebbe infirmata al di fuori di qualunque procedimento – modificativo o addirittura abrogativo – strutturato in termini di trasparenza e garanzia.

⁴² S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti*, cit., 294.

⁴³ G. DELEUZE, G. Agamben, *Bartleby. La formula della creazione*, Macerata 1998.

⁴⁴ D. GRIMM, *Sovranità. Origine e futuro di un concetto chiave*, Roma-Bari 2023, 75.

giurisprudenziale: che quindi nei casi dubbi orienterà il giudice verso la sentenza di merito in luogo di quella ostantiva in rito⁴⁵.

Fermi i *caveat*, la posizione di Rodotà tocca comunque un punto condivisibile: occorre andare oltre il binarismo giuridico sostanziale e processuale, superando la visione del rapporto processuale in senso angustamente *adversarial*.

Disponiamo di una grande riflessione teorica: è di Jhering, come ho detto prima. Il più moderno e sorridente giurista dell'800. Poeta e musicista mancato. Convertito, teatralmente, nella notte di San Silvestro del 1858, quando il gran Tedesco dice di ricevere la Luce. È la svolta (*Umschwung*, la chiama): il diritto non vive nel «cielo dei concetti» (*Begriffshimmel*), poiché deve rispondere ai bisogni della vita, ai fini che realizza, ai problemi che risolve. Ecco la celeberrima «giurisprudenza degli interessi», che porta la scienza giuridica dalla parte della realtà. Fu vittima di gravi disletture: lo si vide ora come precursore del diritto libero, che a cavaliere dei due secoli predicava l'indipendenza del giudice dal testo della legge, se avvertita come inadeguata (onde la teoria dell'obbedienza intelligente, del *rationabile obsequium*). Ora considerato – all'opposto – come arido stenografo logicista del pensiero giuridico. Infine, marginalizzato in quanto rozzo darwinista di complemento. Anche nel dodicennio nero l'ombra di Jhering è demonizzata. Chi – come lui⁴⁶ – pensa al diritto in termini di interessi, cioè di «disposizioni a desiderare» (*Begehrungsdispositionen*), «ha già scelto un determinato mondo spirituale», dunque è estraneo alla neohegeliana idea nazista di diritto: secondo la quale «non è lo scopo a essere il creatore del diritto, ma l'idea di diritto determinata secondo il popolo, cioè lo spirito del popolo come conferimento di senso ultimo (*Sinngebung*) della vita della comunità»⁴⁷.

⁴⁵ Più in generale, l'ordinamento avrebbe a mio avviso da incorporare l'esito meritale come un paradigma assiologico cui conformare, anche mediante un'interpretazione adeguatrice, la lettura della norma che rileva nel caso concreto.

⁴⁶ Il passo nel testo è di Karl Larenz, il gran giurista di regime, a proposito del pensiero di Philipp Heck (K. LARENZ, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Eine Erwiderung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1937, 257 ss., spec. 275): «Chi parla come Heck, chi riferisce il diritto solo agli "interessi" e lo intende come "disposizioni a desiderare", ha già deciso a favore di un certo mondo spirituale» («Wer so redet, wie Heck, wer das Recht lediglich auf „Interessen“ zurückführt und darunter „Begehrungsdispositionen“ versteht, der hat sich eben für eine bestimmte geistige Welt entschieden»).

⁴⁷ Ancora lui, Karl Larenz. Il passo è tratto questa volta da *Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule*, in *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, 1935, 40 ss., spec. 44 s. («Nicht der Zweck ist der Schöpfer des Rechts,

Curioso. Nel dopoguerra l'accusa si rovescia in suo esatto contrario: il positivismo vitalista e senza valori di Jhering avrebbe spianato il campo ai totalitarismi. Al contrario, Jhering ci chiama, *inter alia*, a *balzare* su due suoi temi, per i quali combatté. Il primo, dove fu in parte vincente: il diritto soggettivo *oltre* il soggetto e *oltre* il patrimonio; l'altro, dove *all'epoca* si celebrò la sua sconfitta: la proprietà di cose comuni diversa da quella riferibile allo Stato (o ad altra figura pubblica istituzionalizzata).

Organicismo, Stato etico, dissoluzione dell'individuo nella macchina statale, e così via? Da un conservatore intriso di liberalismo come Jhering non possiamo di certo aspettarcelo. E così infatti non è. C'è solo una lezione – attenuo i toni: un monito – per l'amministrativista che esalta soggettivazioni e soggettivismi sempre più estremi, sempre più intransigenti.

Ascoltiamola, chiedendoci se forse non sia il caso di riprenderci il posto che ci spetta, invece di inseguire nuove fughe nel diritto dell'egoismo che guardano all'interesse privato: «Chi non fu mai uso a difendere coraggiosamente il suo proprio diritto, come mai potrà sentire la spinta ad esporre volenteroso la vita e gli averi per quello della comunanza? Chi non ha mai mostrato d'intendere lo sfregio ideale, cui egli nell'onore e nella persona sua si sobbarca, allorché, per non darsi noie e fastidî, abbandona il suo buon diritto; e chi rispetto al Diritto non ha mai conosciuto altra misura che quella dell'interesse materiale, come potrà levarsi a concepire ed impiegare altra stregua, ove si tratti invece del diritto e dell'onore della nazione? Donde e come potrebbe svegliarsi d'un colpo l'idealismo del sentimento in chi lo ha sempre negato? No! L'unico, che possa e sappia lottare per il diritto dello Stato e della nazione, è il medesimo che lotta per il suo diritto privato. Le qualità stesse di cui s'è appropriato nelle relazioni sue private sono quelle che lo regolano e accompagnano anche nelle relazioni pubbliche, e in fondo lo determinano. E ciò che dalla nazione è stato seminato e fecondato nel campo del diritto privato produce poi i suoi frutti in quello del diritto pubblico e del popolo. Negli umili strati del diritto privato, nelle piccole, anzi nelle minime relazioni della vita deve, quasi stilla a stilla, formarsi e raccogliersi quella forza, accumularsi quel capitale morale, onde lo Stato ha bisogno per poter attuare i suoi fini universali. *Non il diritto pubblico ma il privato, è la vera scuola di educazione politica di un popolo* e se si vuole sapere come una nazione difenderà, se necessario, i propri diritti politici e la propria

sondern die völkische bestimmte Rechtsidee, d. h. der Volksgeist als letzte Sinngebung des Gemeinschaftslebens»).

posizione nel diritto internazionale, si deve vedere come il singolo membro fa valere i propri diritti nella vita privata»⁴⁸.

Jhering teorizza una oggettivante funzionalizzazione – se non *giuridica*, al meno *politica* – persino della situazione (attiva) privata per eccellenza: il diritto soggettivo. E lo fa dalle sponde del diritto – appunto – privato: che eleva immediatamente, e nella sua interezza, a «wahre Schule der politischen Erziehung», cioè a «palestra autentica di civismo» (vorrei volgere così).

Gli odiatori – dalle nostre parti (sia geografiche, sia disciplinari) – di qualunque lontano sentore che possa evocare il lezzo dell'interesse pubblico, farebbero bene a soffermarsi su quelle pagine. E magari domandarsi se proprio questa privatizzazione – prima morale e poi giuridica⁴⁹ – del diritto amministrativo attuale non stia contribuendo, a mo' di una «wahre Schule» che insegni però l'individualismo egotista, ad allontanarci sempre di più dall'idea del *civis*: inteso però nel senso delle sue origini.

Ne abbiamo perso il senso profondo⁵⁰. Questo: «Il termine *cives*, che viene definendo il suo significato, non designa originariamente coloro che abitano una città: esso è il termine matrice di *civitas*. Il suffisso – *tas* in latino indica una “condizione”, un “modo di essere” e quindi *civi-tas* indica innanzitutto la “condizione giuridica, lo *status* di *civis*”, e, come

⁴⁸ «Wer kein Verständniss gezeigt hat für den idealen Schaden, den er an seiner Ehre und Person erlitt, indem er aus Bequemlichkeit oder Feigheit sein gutes Recht preisgab, wer gewohnt war, in Dingen des Rechts bloss den Maßstab des materiellen Interesses anzulegen: wie kann man von dem erwarten, dass er einen andern Maßstab zur Anwendung bringe und anders empfinde, wenn es das Recht und die Ehre der Nation gilt? Woher sollte hier plötzlich der Idealismus der Gesinnung kommen, der sich bisher stets verläugnet hat? Nein! der Kämpfer um das Staatsrecht und Völkerrecht ist kein anderer als der um's Privatrecht; dieselben Eigenschaften, die er in den Verhältnissen des letzteren sich angeeignet hat, begleiten ihn auch in den Kampf um die bürgerliche Freiheit und gegen den äussern Feind — was gesäet ist im Privatrecht, trägt seine Früchte im Staatsrecht und Völkerrecht. In den Niederungen des Privatrechts, in den kleinen und kleinsten Verhältnissen des Lebens muss tropfenweis sich jene Kraft bilden und sammeln, sich jenes moralische Kapital anhäufen, dessen der Staat bedarf, um für seine Zwecke im Grossen damit operiren zu können. *Das Privatrecht, nicht das Staatsrecht ist die wahre Schule der politischen Erziehung der Völker*, und will man wissen, wie ein Volk erforderlichen Falls seine politischen Rechte und seine völkerrechtliche Stellung vertheidigen wird, so sehe man zu, wie das einzelne Mitglied im Privatleben sein eignes Recht behauptet.»

⁴⁹ Con le sue immediate ricadute processuali in termini di vieta *estremizzazione* della natura soggettiva che certamente connota il nostro sistema giurisdizionale di tutela nei confronti della p.A.

⁵⁰ Di una vera e propria «ideologia della cittadinanza come comunità tra eguali» parla L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le vie del diritto romano*, Bologna 2023, 22.

è stato sottolineato, esso, spesso accompagnato dall'aggettivo possessivo 'mio' fin da usi antichi, esprime un significato di "con-cittadino": *cives* sono i "con-cittadini" l'uno dell'altro, in una strutturale relazione di reciprocità, di mutualità, di condivisione»⁵¹.

Jhering ci ha indicato almeno due strade da prendere.

La prima è la sua lettura dell'interesse, di ciò che lui chiama «il sentimento della condizionalità della vita» (*Gefühl der Lebensbedingtheit*), il nostro esistere attraverso qualcosa di esterno a noi: una parte di me – dice – è inscritta nell'alterità, un pezzo di me è conficcato in ciò che è altro da me (*ein Stück von mir steckt im Fremden*).

Il suo discorrere è sublime: «interesse è il sentimento della condizionalità del nostro esistere attraverso qualcosa che è fuori di noi: persone, cose, stati, eventi. Chi è interessato a qualcosa riconosce che il suo esistere, il suo benessere (sensibile, spirituale, morale) è condizionato in ciò che esso è come un suo tratto prolungato, una parte di se stesso. [...] Nei nostri interessi dipingiamo noi stessi, essi danno prova di quanto lontano si estenda il nostro io nel mondo («In unseren Interessen malen wir uns selber, sie beweisen, wie weit unser Ich in der Welt sich erstreckt»); per l'uno essi terminano con la sua casa e la sua famiglia, per l'altro abbracciano l'intera umanità; per quello, perché sente la sua vita condizionata soltanto dalla sua casa e dalla sua famiglia; per questo, perché non ripone

⁵¹ S. SCHIPANI, *Le vie dei codici civili. La codificazione del diritto romano comune e l'interpretazione sistematica in senso pieno. Per la crescita della certezza del diritto*, 2023, che rimanda a É. BENVENISTE, *Deux modèles linguistique de la cité*, in J. POUILLON, P. MARANDA (a cura di), *Échanges et communications. Mélanges offerts à Claude Lévi-Strauss à l'occasion de son 60ème anniversaire*, I, Mouton-L'Aia 1970, 589 ss., ora in ID., *Problèmes de linguistique général*, II, Parigi 1974, 274: «La costruzione con il possessivo rivela di fatto il vero significato di *civis*, che è un termine di valore reciproco e non una designazione oggettiva: è *civis* per me colui del quale io sono il *civis meus*; per cui *civis* non può significare altro che "il mio concittadino"».

Ma forse non v'è neppure necessità dell'imaginifico, del *verborum conditor*. Basta iniziare il desiato viaggio fantastico a ritroso nel tempo, abbracciati a una parola. Come Louis Lambert, l'eroe dell'omonimo romanzo di Balzac: «Spesso [...] ho compiuto viaggi meravigliosi negli abissi del passato a bordo di una parola, come un insetto che galleggi sopra a un filo d'erba in balia del fiume. Partito dalla Grecia, arrivavo a Roma e attraversavo la distesa delle epoche moderne. Che libro meraviglioso si potrebbe comporre narrando la vita e le avventure di una singola parola! È probabile che ogni vocabolo sia stato modellato dalle diverse occasioni in cui se n'è fatto uso e, secondo i luoghi, abbia significato concetti differenti [...]. Ma non è forse così per ogni parola? Tutte sono impregnate di un potere vitale che ricevono dall'anima, a cui lo restituiscono in virtù dei misteri di un'azione e reazione meravigliose tra parola e pensiero».

la determinazione della sua stessa vita nel suo proprio misero io, ma nel metterla al servizio dell'umanità»⁵².

Jhering contrappone quindi – ma nello stesso tempo considera *entrambi* giuridicamente meritevoli di tutela, pur nella loro profondissima differenza assiologica – due tipi di interesse: quello generato da un egoismo «meschino» (*kleinliche Selbstsucht*) e quello nascente da un interesse «grandioso» e «magnanimo» (*grandiose, großartig Selbstsucht*), tale – quest'ultimo – perché teso al bene pubblico⁵³.

Il punto è molto importante. Il Nostro lo considera – giustamente – uno snodo fondamentale della sua riflessione sulla portata, cioè sull'ampiezza, della situazione soggettiva intesa come interesse giuridicamente protetto.

Di nuovo le sue parole: «Chiunque voglia dedicare un po' d'attenzione allo sviluppo della nostra Amministrazione statale negli ultimi secoli, troverà che una serie di compiti sociali che lo Stato oggi ha assunto, originariamente sono stati perseguiti per mezzo di libere associazioni:

⁵² R. V. JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena 1889, 25, nt. 1: «Interesse ist das Gefühl der Bedingtheit unseres Daseins durch etwas außer uns: Personen, Sachen, Zustände, Ereignisse. Wer sich für etwas interessirt, erkennt damit an, daß sein Dasein, Wohlsein (sinnliches, geistiges, moralisches) dadurch bedingt ist, es ist ein erweitertes Stück von ihm selber, ein Theil von ihm [...] In unseren Interessen malen wir uns selber, sie beweisen, wie weit unser Ich in der Welt sich erstreckt, bei dem Einen enden sie mit seinem Hause und seiner Familie, bei dem Anderen umfassen sie die ganze Menschheit, bei jenem, weil er sein Leben nur durch sein Haus und seine Familie bedingt fühlt, bei diesem, weil er die Bestimmung desselben nicht in sein eigenes Dürftiges Ich setzt, sondern darin, es im Dienste der Menschheit zu verwerthen».

⁵³ R. V. JHERING, *Geist des römischen Geists auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, II ed., Lipsia 1866, 319 s.: «C'è un egoismo piccolo, piccolo in termini morali e intellettuali, miope nei suoi calcoli, senza energia nella sua realizzazione, che trova la sua soddisfazione in vantaggi momentanei e gretti. Ma c'è anche un egoismo grandioso, magnanimo nelle mete che si è prefissato, ammirevole nelle sue concezioni, nella sua logica e lungimiranza, impressionante nell'energia, nella perseveranza e nel fervore con cui persegue i suoi obiettivi remoti. Questo secondo tipo di egoismo ci offre lo spettacolo del massimo esercizio dei poteri morali e intellettuali, ed è la fonte di grandi azioni e virtù» («Es gibt eine kleinliche Selbstsucht, kleinlich in moralischer und intellectueller Beziehung, kurzsichtig in ihren Berechnungen, ohne Energie in der Ausführung, in augenblicklichen, kleinlichen Vortheilen ihre Befriedigung findend. Es gibt aber auch eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele, die sie sich Gesetz hat, bewundernswürdig in ihren Conceptionen, ihrer Logik und Fernsichtigkeit, imponirend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Singebung, mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt. Diese zweite Art der Selbstsucht gewährt uns das Schauspiel der vollsten Anspannung der moralischen und intellectuellen Kräfte, sie ist die Quelle großartiger Thaten und Tugenden»).

l'istruzione mediante le associazioni scolastiche, il sostegno ai non abbienti attraverso le società per la loro assistenza, la costruzione di strade, l'erezione di dighe e così via. E il diritto dovrebbe porre il veto a questi sforzi così straordinariamente efficaci per la prosperità della comunità, e dovrebbe intimare ai privati, i quali dedicano il loro tempo, i loro sforzi e il loro denaro a scopi di interesse comune (*gemeinnützige Zwecke*): «Occupatevi degli affari vostri, non di quelli pubblici?»⁵⁴.

In sintesi. Jhering teorizza la funzione (anche) pubblica del diritto privato: la cui situazione soggettiva attiva per eccellenza può infatti derivare da un interesse sostanziale che resta giuridicamente rilevante – e azionabile nel processo – anche se orientato *soltanto* verso fini non egoistici.

Vedo un paradosso molto amaro. La stessa impostazione teorica jheringhiana è invece inammissibile nel campo del diritto amministrativo, dove una “privatizzazione” esasperata del bisogno sostanziale sotteso alla situazione soggettiva dell'interesse legittimo ha espunto la dimensione pubblica dallo spettro del giuridicamente rilevante, facendola regredire a profilo occasionalmente protetto. Si andrebbe completando così un assai discutibile percorso storico-istituzionale e di pensiero che dalla originaria compressione del privato, schiacciato nel dialogo impossibile col potere inesorabile, porterebbe oggi al risultato opposto di precludere al privato stesso – pur differenziato dalla generalità dei consociati mediante adeguati filtri selettivi (sganciati però dall'angusta *Schutznormtheorie*) – di agire a tutela dell'interesse pubblico. E tutto questo in un ecosistema giuridico-normativo qual è il nostro, che fa della strutturale *Öffentlichkeit*, quindi della specialità, una ragion d'essere costitutiva: sia sostanziale, sia processuale.

⁵⁴ R. VON JHERING, *Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungs-Comité's der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn betreffend die Vollendung und den Betrieb der Wasserfallenbahn und ihrer Fortsetzung von Solothurn nach Schönbühl erstattet auf Ansuchen des klägerischen Comité's*, Olten 1878, 118 s.: «Wer die Entwicklung unserer modernen Staatsverwaltung in den letzten Jahrhunderten einer flüchtigen Aufmerksamkeit widmen will, wird finden, dass eine Reihe von gesellschaftlichen Aufgaben, die heutzutage der Staat in die Hand genommen hat, ursprünglich auf dem Wege der freien Association verfolgt worden sind: der Unterricht durch Schulverbände, die Unterstützung der Armen durch Armenvereine, der Bau von Strassen, Errichtung von Deichen u. s. w. Und diesen für das Gedeihen des Gemeinwesens so ausserordentlich wirksamen Bestrebungen sollte das Recht ein Veto entgegen setzen, es sollte den Privaten, die ihre Zeit, Mühe, Geldmittel gemeinnützigen Zwecken widmen, zurufen: bekümmert Euch um Eure eigenen, nicht um die öffentlichen Angelegenheiten?».

Veniamo così alla seconda strada mostrata da Jhering: pur assiso, non dimentichiamolo, sul massiccio – plurimillenario nella sua sapienzialità – del diritto *civile*. Luogo che non impedisce certo al genio tedesco di esplorare nuovi percorsi di giuridicizzazione muovendo sempre dall'osservazione della realtà concreta, della vita vera.

Ho ricordato sopra l'esortazione di Rodotà ad andare oltre il giusbinarismo: in senso non solo sostanziale, così da infrangere finalmente lo stereotipo del rapporto processuale in senso gretto, perché soltanto *adversarial*.

Se inteso in senso jheringhiano, cioè come sentimento della condizionalità, il concetto di interesse tende a mutare, ad ampliarsi. Non può più essere contenuto entro una soggettività *confinata*, agita solo da processi personali, emotivi o razionali che siano. Tutto è connesso: ogni fatto è indescrivibile se valutato unicamente come circoscritto nei limiti degli effetti giuridici imputabili ai titolari dei rapporti giuridici, diremmo oggi, dei quali quei fatti costituiscono vicende costitutive, modificative o estintive di rapporti⁵⁵.

Non è concepibile un «isolamento (*Isolierung*) assoluto di una cosa o di un fatto in se stesso», poiché ogni fatto-evento (*Ereigniß*) può spiegare anche un «effetto di retroazione» (*Rückwirkung*) su altre persone, al di là della sua peculiare sfera di efficacia stabilita dalla legge o dall'intenzione di chi agisca o sia legittimato.

È questo – dice Jhering – l'«effetto riflesso» (*Reflexwirkung*): il mio diritto, la mia azione proietta il suo riflesso nello spazio di interesse altrui; e usa poi un'immagine di limpida bellezza: «la mia luce illumina allo stesso tempo un altro» («mein Licht leuchtet zugleich einem Andern») ⁵⁶.

⁵⁵ R. V. JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 1871, 245 ss., spec. 245 s.: «Ma come nel mondo fisico o morale non è possibile un isolamento assoluto di una cosa o di un fatto in se stesso (ogni cosa, e ancor più ogni evento, se da un lato è condizionato e determinato dall'esterno, così dall'altro retroagisce di nuovo verso l'esterno), così avviene anche nel mondo giuridico. Non c'è quasi nessun fatto di diritto privato [...] al quale, oltre agli effetti previsti per i beneficiari, non siano collegati, allo stesso tempo, effetti per i terzi» («Aber so wenig in der physischen oder moralischen Welt eine absolute Isolierung eines Dinges oder einer Thatsache auf sich selber möglich ist, jedes Ding, jedes Ereigniß vielmehr, wie es einerseits von außen bedingt und bestimmt ist, so andererseits nach außen zurückwirkt, ganz so verhält es sich auch in der Rechtswelt. Es gibt kaum irgend eine privatrechtliche Thatsache, [...] an die sich nicht neben den bestimmungsmäßigen Wirkungen für die Destinatäre zugleich Wirkungen für dritte Personen knüpfen können»).

⁵⁶ R. V. JHERING, *Die Reflexwirkungen*, cit., 248: «Chiamo effetto riflesso l'effetto di

Femia puntualizza perfettamente questo aspetto della teoria jheringhiana: «Nel saggio sugli effetti riflessi – una delle tante innovazioni terminologiche che dobbiamo a questo giurista geniale – Jhering avverte ben prima di ogni altro quale fosse il limite cognitivo cui si sottoponeva la dogmatica civilistica [...]: la binarizzazione, la riduzione del significato sociale di ogni interazione in un confinamento giuridico costituito da una fattispecie, dai suoi effetti e da due soggetti che di tali effetti erano destinatari delle conseguenze attive e passive. Ciò che è socialmente complesso, è ridotto a relazione binaria, alle parti del rapporto, isolando tutto il resto nella irrilevanza. Il punto di partenza è pertanto una critica della fattispecie, nel momento stesso della sua costituzione. Il fatto reale che accade nella società, costituito in fattispecie giuridica perde potenza cognitiva, poiché restringe indebitamente il suo ambito epistemico»⁵⁷.

La teoria da cui l'assetto tradizionale – la *Schutznormtheorie* – muove è chiaramente inattuale. Come lo è, in particolare, lo schema binario/confinativo, col suo rapporto tendenzialmente a due: attore vs. convenuto; provvedimento amministrativo vs. destinatario. Onde poi le sue note ricadute *restrittive* sulla costruzione delle situazioni soggettive e sulle condizioni dell'azione: in pratica, sull'accesso al giudice.

Resterebbero infatti esclusi dall'accesso al giudice tutti i soggetti che non sono “riconosciuti” all'interno di un rapporto amministrativo multipolare⁵⁸, poiché – oltre a non essere, ovviamente, destinatari diretti del

retroazione che un fatto giuridico o economico ha su terzi al di là della sua effettiva sfera di influenza, determinata dalla legge o dall'intenzione di chi agisce o è autorizzato ad agire. Il mio diritto, la mia azione, proietta il suo riflesso, per così dire, nella sfera di interessi altrui – la mia luce illumina allo stesso tempo un altro. [...]» («Die Rückwirkung, welche eine rechtliche oder ökonomische Thatsache über ihre eigentliche, durch das Gesetz oder die Absicht des Handelnden oder Berechtigten Gesetze Wirkungssphäre hinaus für dritte Personen äußert, bezeichne ich als Reflexwirkung. Mein Recht, meine Handlung wirft ihren Reflex, so zu sagen, in ein fremdes Interessengebiet – mein Licht leuchtet zugleich einem Andern»).

⁵⁷ P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Bologna 2024, 151.

⁵⁸ Rispetto al terzo, giustamente «si è sostenuto che esso è da considerare come destinatario del provvedimento, ovvero come destinatario di effetti meramente riflessi. Fattispecie unitarie sono state scomposte in varie porzioni non comunicanti, quasi mai rilevando che, nella previsione normativa, terzo e destinatario sono posti tra loro in una data relazione, stabilita dalla stessa norma attributiva del potere. Si è insomma trascurata l'unitarietà della fattispecie, in ragione della centralità del provvedimento amministrativo»; mentre «dal riconoscimento della norma multipolare deriva [...] il superamento della logica, tipicamente liberale, prettamente bipolare, in forza della quale il diritto am-

provvedimento – non sono neppure *intended beneficiaries* della norma invocata: sono quelle sempre più estese categorie di “terzi” in via di progressiva legittimazione a opera del diritto giurisprudenziale, il quale li va riconoscendo pur se non vi sia una norma che li prenda esplicitamente in considerazione in relazione al bene della vita oggetto di regolazione⁵⁹.

Lo dico di nuovo. In questa mia visione non vi sono affatto «incrozzazioni oggettivistiche»⁶⁰ da rimuovere, né «un fardello oggettivizzante dell’interesse pubblico»⁶¹ che inquina la purezza della giurisdizione soggettiva e del processo di parti. È l’opposto. Il ricorrente non è affatto una trascurabile e scolorita figurina aggogata solo per veicolare un’evanescente e imprecisata tutela di un altrettale interesse pubblico: il cui gran burattinaio – non si sa bene se il ripristino della legalità ordinamentale, o l’*imperium*, o qualche altro dio delle astrazioni istituzionaleggianti – la degraderebbe a ruoli serventi, svilendo sul piano sostanziale la titolarità della sua situazione attiva, e su quello processuale la piena praticabilità del suo *Klagerecht*.

No. Continuo a credere che la teoria della legittimazione debba essere costruita avendo ben ferma sullo sfondo (anche) l’idea del cittadino come contropotere civilissimo, che in tal modo si erge a fronteggiare nel processo – paritariamente, certo! – l’antagonista (soggettivamente) pubblico col suo non condiviso assetto regolativo della vicenda concreta. Nessuna ancillarità, quindi, ma una funzione di contrasto: per dirla con Jhering, il cittadino legittimato che si fa, sì, gli affari suoi, ma anche (e nello stesso tempo) gli affari pubblici.

E nessun ritorno – più o meno dissimulato – a vetustà oggettivistiche, come spero di aver chiarito.

ministrativo si disinteressa delle relazioni tra soggetti privati, rimesse in toto al diritto civile, essendo inteso unicamente alla cura dell’interesse pubblico» (L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino 2005, 237 e 241).

⁵⁹ Lo ha messo bene in evidenza Guido Corso recensendo G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini 2016, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 517 ss., spec. 520: «il Consiglio di Stato e poi i tribunali amministrativi regionali hanno allargato la protezione del cittadino proprio perché non hanno preteso di subordinarla all’accertamento di una situazione soggettiva preesistente all’esercizio del potere».

⁶⁰ Ivi, 105 e 113.

⁶¹ Ivi, 346.

4. *Gozzano e Sandulli, ancora: le cose che potevano essere e gli interessi legittimi trans-soggettivi*

Proviamo a fare il punto. Il sistema attuale sembra invece bloccato nella articolazione fra:

a) il soggetto pubblico (nelle tante sue articolazioni figurative) che storicamente si è appropriato dell'interesse pubblico, esercitando il *potere* di gestione ed escludendo il privato;

b) il soggetto privato "organizzato"⁶², che accentra su di sé il *contropotere forte* di gestione dello stesso interesse;

c) il soggetto privato "disorganizzato" ma mosso anche da spirito di tutela dell'interesse pubblico («*public-spirited*»)⁶³, il cui *contropotere* debole – perché residuale – necessita ancora oggi dell'armamentario classico con tutti i suoi limiti: fra cui gli antiquati cascami riduzionisti della *vicinitas*, se e quando intesa in senso fisico e necessariamente accompagnata dalla prova del danno. Verso di lui la giustizia amministrativa si rivolge quale strumento di tutela *a corto raggio*, poiché limitato da uno – se non da due – fattori restrittivi del suo utilizzo: in primo luogo, la sfera di interessi sarà giustiziabile se direttamente incisa o quantomeno situata

⁶² Per esempio, i *campaigning groups*, su cui C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, cit. e i soggetti dotati di legittimazione speciale, *ex lege*.

⁶³ «Sarebbe a mio avviso una grave lacuna nel nostro sistema di diritto pubblico, se a un gruppo di pressione, come la federazione, o anche un singolo contribuente mosso da spirito di tutela dell'interesse pubblico fosse impedito, a causa di regole tecniche 'obsolete' sulla legittimazione ad agire, di portare la questione in tribunale.» («It would, in my view, be a grave lacuna in our system of public law if a pressure group, like the federation, or even a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of *locus standi* from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped»). Sono le note parole che si leggono nella *dissenting opinion* espressa da Lord Diplock in *Inland Revenue Commissioners v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, decisa nel 1981 dall'Appellate Committee of the House of Lords. Il quale aggiunge, più in generale: «Le regole sulla "legittimazione ad agire" [...] come la maggior parte del diritto pubblico inglese, non si trovano in alcuno statuto. Sono state elaborate da giudici e da giudici possono essere modificate; e così è stato nel corso degli anni per soddisfare la necessità di preservare l'integrità dello Stato di diritto nonostante i cambiamenti nella struttura sociale, nei metodi di governo e nella misura in cui le attività dei privati cittadini sono controllate dalle autorità governative[...]» («The rules as to "standing", [...] like most of English public law, are not to be found in any statute. They were made by judges, by judges they can be changed; and so they have been over the years to meet the need to preserve the integrity of the rule of law despite changes in the social structure, methods of government and the extent to which the activities of private citizens are controlled by governmental authorities [...]»).

praticamente a ridosso del punto su cui impatta fisicamente il provvedimento; in secondo luogo, essa – almeno nei casi in cui la giurisprudenza lo esige in aggiunta al primo fattore – da quell’atto deve subire un pregiudizio diretto.

Se lasciamo finalmente perdere le onfaloscopie veteroborghesi e ci decidiamo ad alzare lo sguardo, ci rendiamo conto di quanto sia anacronistico, pericoloso perseverare nel XXI secolo – in piena e violenta dialettica fra Antropocene ed Ecocene degli iper-oggetti – con una teoria angustamente unitaria della legittimazione.

Mentre il diritto civile – l’abbiamo visto – cerca di scrollarsi l’immagine individualista di derivazione borghese per aprirsi verso tecniche di tutela dell’interesse pubblico, mettendo giustamente in crisi la Grande Dicotomia⁶⁴, il processo amministrativo sembra muoversi in direzione vietamente ostinata e contraria; o, peggio, resta proprio fermo, inchiodato a un grigio iperprivatismo, privo di sogni e di speranze.

Non ho mai condiviso gli eccessi teorico-ricostruttivi secondo cui occorrerebbe uscire dall’assolutismo giuridico stato – e legolatrino che avrebbe distrutto un deposito plurimillenario di *sapientia*, sostituito con la visione illusoria di un re Mida – il legislatore, appunto – capace di razionalizzare l’ordinamento attraverso la normazione⁶⁵.

⁶⁴ J.-E. SCHIRMER, *Das Private ist politisch. Warum das Mietendeckelurteil eine gute Nachricht für ein progressives Privatrecht ist*, in *VerfassungsBlog.de*, 15 aprile 2021, nel ritenere che la sentenza della Corte di Karlsruhe del 25 marzo 2021 sui tetti agli affitti, pur avendo dichiarato nulla per incompetenza la legge del Land berlinese, sia comunque una buona notizia per il diritto privato “politico” e “progressista” poiché al punto 129 ha affermato che «Il legislatore può perseguire obiettivi sociali e di altro tipo, in particolare strutturando a tal fine il diritto civile» («Der Gesetzgeber kann insbesondere mit der entsprechenden Ausgestaltung des bürgerlichen Rechts soziale und andere Ziele verfolgen»), osserva: «Cosa già ammessa da molti, talvolta dai sostenitori stessi della distinzione pubblico-privato. Ma ora la tesi del diritto privato come “spazio di libertà” è stata riconosciuta dalle massime autorità per quello che è ed è sempre stata: un castello di sogni» («Das wussten zwar viele schon vorher, mitunter selbst die Anhänger:innen der *public private distinction*. Aber jetzt ist die These vom privatrechtlichen „Freiheitsraum“ von höchster Stelle als das identifiziert, was sie ist und immer war: ein Traumschloss.»).

⁶⁵ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari 2020, 9: «All’isolamento torreggiante del potere legislativo, grazie al principio di legalità si accompagnava, ben oltre l’indubbio esito garantistico, la gigantizzazione di quel potere. Il principio di legalità era, infatti, sorretto da una sola finalità: la creazione da parte dello Stato di un diritto legislativo espressione della sua volontà, né letto né inventato altrove. Con un ulteriore ed essenziale punto fermo: al di là di questo v’era solo il vasto territorio della irrilevanza giuridica, una complessa realtà socio-economica trasformabile in diritto unicamente mediante un atto di volontà dello Stato, un novello re Mida, l’unico capace di mutare in oro (ossia in

Questa impostazione di pensiero, che Ferrajoli riferisce criticamente a Paolo Grossi e ben definisce come «neopandettista»⁶⁶, coglie però un punto importante. L'espansione del potere statale ha progressivamente occupato spazi pubblici prima condivisi con l'azione del soggetto privato a vantaggio della collettività.

Le variegate teorie sui beni comuni sono uno degli esempi, ancora *in fieri*, di questa riappropriazione. Un altro ambito – che forse altro non è che la declinazione processuale di settore – di questa “riconquista” può essere il processo amministrativo: a condizione che se ne slarghi anzitutto il varco d'accesso.

Ora, sarà pur vero che *entia non sunt multiplicanda*, ma il celebre ra-soio qui non taglia: a me sembra infatti evidente la *necessitas* di una teoria *separata* per la legittimazione a insorgere contro i provvedimenti a impatto *lato sensu* territoriale, o comunque trascendenti la sfera d'interessi

leggi) l'incomposta fattualità pullulante nel basso della società». Ottant'anni prima, più o meno. Siamo nel dodicennio nero. Valori assolutamente opposti, ovviamente. Ma l'immagine metodologica è la stessa. I nazisti avevano mostrato la loro vera faccia. Eppure, un giurista che si dimostrerà capace di (auto)critica come Forsthoff è incredibilmente pieno di scetticismo per l'idea di un “legislatore re Mida” (*der Midas Gesetzgeber*) e irride alla possibilità di razionalizzare l'ordinamento attraverso la normazione. Occorre – egli dice – concepire il giuridico eticamente, cioè irrazionalmente, donde il suo dubbio che l'oro del diritto non derivi affatto dalla regolazione positiva («Aber davon abgesehen muß uns die Einsicht in die Rationalisierung durch Normierung gegenüber dem Midas Gesetzgeber mit Skepsis erfüllen, den sofern wir das Recht ethisch, d.h. irrational begreifen, muß es uns erscheinen zweifelhaft, ob aus der Normierung notwendig das Gold des Rechtes hervorgeht»). La norma in sé – prosegue – non porta a nessuna decisione razionale: raramente potrà essere una norma a indicare a un buon giudice la strada della sentenza eticamente corretta («Eine Norm kann nichts entscheiden, sondern nur zur Entscheidung anleiten oder hin-führen. Die Entscheidung entzieht sich gemeinhin der rationalen Auflösung. [...] Ein guter Richter wird nur in den seltensten Fällen den Weg zu der als ethisch richtig erkannten Entscheidung durch eine Norm verstellt sehen») (E. FORSTHOFF, *Grenzen des Rechts*, Königsberg 1941, risp. 12 e 14).

⁶⁶ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari 2024, 86: «Appartiene infine a un orientamento analogo a quello realista, pur se talora si richiama all'ermeneutica giuridica, il creazionismo giudiziario in senso forte di Paolo Grossi, il quale parimenti enfatizza il diritto come fatto anziché come norma, squalifica i principi di legalità e di soggezione dei giudici alla legge come “mitologie della modernità” e propone, in alternativa alla crisi giudicata irreversibile della legge, un rinnovato “ruolo dei giuristi” ispirato a una chiara opzione giusnaturalista e anti-illuminista. È un approccio che chiamerò “neopandettista”, nostalgico del diritto giurisprudenziale premoderno che Grossi, tuttavia, vede riprodotto nell'odierno dialogo tra le corti dei diversi paesi, e perciò nello sviluppo di una giurisprudenza costituzionale transnazionale, oltre che nelle forme della globalizzazione liberista dell'economia».

del singolo. Espunta definitivamente – a torto o a ragione, ormai non importa più – l’azione popolare (con le note e limitatissime, qui irrilevanti, eccezioni), il modello vigente si è infatti rattrappito nel suo opposto: la contiguità fisica, un criterio *confinativo* (quanto ai pochi fatti-eventi giuridicizzati, quindi ai pochi soggetti legittimati, i *viciniores*) e dunque escludente (quanto a tutti gli altri fatti-eventi e soggetti).

Resta in somma misterioso – o comunque irrazionale – il motivo per cui la costruzione del processo amministrativo per la tutela del soggetto *privato*⁶⁷ debba comportare preclusioni al diritto di accesso qualora si tratti di un cittadino egualmente differenziato dagli altri in quanto oggettivamente *public-spirited*.

Non sto ipotizzando – sia chiaro – meccanismi di più o meno latente autoqualificazione: sarebbe uno scoperto tentativo di dissimulare un’azione popolare. Penso invece a schemi di legittimazione che derivino da concreti assetti decisorii, i quali di fatto “incidono” – in questo modo differenziandoli – solo su alcuni soggetti privati, portatori di una visione alternativa, antagonista, dissidente quanto alla gestione dell’interesse pubblico coinvolto dalla scelta amministrativa.

Una base teorica può trovarsi nella celeberrima lettura «dialogica» dell’interesse legittimo che dobbiamo a Scoca⁶⁸. Il Maestro già nel 1985 antivede la necessità di un «*allargamento della nozione di interesse legittimo, che andrebbe collegato a meri interessi di ordine culturale*»⁶⁹. Non credo di eccedere nell’interpretazione di questo passo se attribuisco alla parenesi scochiana l’invito a ripensare tutta la teoria del substrato di interesse *lato sensu* materiale da porre a base delle situazioni soggettive, in particolare dell’interesse legittimo.

La giuridicizzazione dell’interesse culturale – cogliendone i frutti quarantennali – credo ci spinga ad andare oltre.

Mi avvalgo, a questo scopo, di una teoria che proviene – col paradosso consueto – dai civilisti. Col paradosso consueto (solo apparente, forse), è proprio da quelle parti che viene la dicotomia fra *appropriabile* e *inappropriabile*. Lascio ancora una volta la parola a Pasquale Femia: «il non patrimoniale, del quale abbiamo parlato per decenni, è ancora l’ap-

⁶⁷ Il che è vero nei limiti in cui il contenzioso non si svolge – cosa frequente – fra figure soggettive pubbliche.

⁶⁸ F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017.

⁶⁹ F.G. SCOCA, *Tutela dell’ambiente: la disforme utilizzazione della categoria dell’interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.*, 1985, 637 ss., spec. 644.

propriabile: la *mia* salute, la *mia* libertà, la *mia* riservatezza – è la logica dell'interesse individuale appropriativo: il *mio* diritto della personalità, e quindi il *mio* risarcimento. Ma potremmo dire, senza essere ridicoli: il *mio* clima, la *mia* cultura, la *mia* libertà di non essere informativamente manipolato? Questi sono *diritti senza solitudine*, diritti fraterni: non si dà godimento né esercizio del diritto, in senso tecnico, se non assicurando paritariamente agli altri clima salubre, cultura, non manipolazione. E ciò implica un concetto del diritto soggettivo nuovo e un risarcimento eterodestinato: se non è il *mio* danno, non ne ricaverò *miei* soldi»⁷⁰. V'è quindi – prosegue Femia (rifacendosi ancora a Jhering) – «un diritto delle cose appropriabili e un diritto delle cose inappropriabili. Limitare la tutela giuridica offerta dal diritto soggettivo esclusivamente al modello appropriativo significherebbe limitare il sistema giuridico alla tutela del *commercium*; ma ciò sarebbe una contraddizione in sé, poiché nessun *commercium* può sostenere sé stesso, se non vi siano strutture giuridiche comuni, spazi liberi di *condotte non appropriate* entro i quali soltanto circolano le *condotte appropriate*»⁷¹.

Alla base v'è quindi la diade non dialettica fra interesse appropriativo e non: si configura il primo quando la sua lesione e il relativo ristoro (non importa se di natura cassatoria o risarcitoria) andranno a beneficio esclusivo del soggetto inciso *contra ius*. L'assetto non muta anche quando «il danno lamentato costituisca il riflesso di un danno all'ambiente sia patrimoniale (ad es. danno alle proprie coltivazioni o allevamenti) che non patrimoniale (danno alla persona)», atteso che «il bene tutelato dal rimedio resta pur sempre individuale, corrispondente alla tutela di un interesse appropriativo (tale è anche il danno alla salute: è il risarcimento alla *propria* salute che si chiede nelle forme della *class action*, non certo alla salute degli altri, per la quale in tale processo vi sarebbe un difetto assoluto di legittimazione)»⁷².

Si inserisce a questo punto l'effetto sistemico distorsivo di un fatto storico-istituzionale. Torno a Femia: «la pubblica Amministrazione [...] ha espropriato la moltitudine del suo potere civile di tutelare situazioni soggettive che non siano collegate direttamente a diritti della personalità del titolare o alla conservazione della sua ricchezza, incluse le sue possi-

⁷⁰ P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., 22 s.

⁷¹ Ivi, 179.

⁷² Ho riportato due brani di V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in *DPCE online*, 2023, 669 ss., spec. 674, nt. 25.

bilità di arricchimento. In una parola: il diritto privato è stato espropriato dal diritto pubblico della dimensione non appropriativa. Appropriativo, infatti, non significa non patrimoniale: anche ai diritti della personalità corrispondono interessi (non patrimoniali) appropriativi: la *mia* salute, la *mia* riservatezza e così via – l’equivoco che sarebbe bastato introdurre la non patrimonialità per assicurare la civiltà del diritto privato deve essere assolutamente superato. Tutto ciò che è sotto il controllo del soggetto è appropriativo; per pervenire alla dimensione non appropriativa bisogna postulare la trans-soggettività⁷³.

L’interesse non appropriativo identifica due categorie di soggetti astrattamente idonei a tutelarlo. Quello pubblico, l’“espropriante” di cui ho appena detto. E quello privato – storicamente espropriato, ma teso alla riconquista del suo ruolo⁷⁴ – *purché attivi in giudizio situazioni soggettive di cui è sì titolare uti singulus, ma non esclusivo: i diritti o gli interessi legittimi trans-soggettivi*.

È utile, per una migliore comprensione, contrapporre la situazione attiva *appropriativa*⁷⁵ (patrimoniale o non patrimoniale che sia: l’ho chiarito più sopra) a quella *non appropriativa*. Nella prima, l’azione a tutela va a vantaggio esclusivo del relativo titolare. Nella seconda, invece, no. Gli effetti favorevoli dell’azione non si fermano nella sola sfera giuridica dell’attore o ricorrente, ma *transitano* oltre: la *attraversano*, beneficiando

⁷³ P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., 202.

⁷⁴ Se non se ne sviliscono le enormi potenzialità applicative, l’art. 118, u.c., Cost., può dare all’operazione dogmatica una solida base di copertura nel registro normativo più alto. P. FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, in *Enc. dir. – I tematici*, VII (*Resp. civ.*), 2024, 847 ss., spec. 866 s.: «L’ostacolo teorico al riconoscimento di diritti trans-soggettivi proviene da una inesatta valutazione del significato dell’affermazione storica del diritto pubblico mediante il riconoscimento della personalità giuridica dello Stato. Compiuta sul piano teorico nell’Ottocento la soggettività dello Stato (confinamento soggettivo), tutto ciò che non è individuale tende a rientrare nell’orbita della titolarità di un soggetto pubblico. Che questa sia una formula di sussidiarietà e non una realtà naturale è apparso chiaro nella seconda metà del Novecento, quando la giurisprudenza ha cominciato a discorrere di interessi diffusi. L’approccio è tuttavia viziato, poiché muove pur sempre dalla necessità di un soggetto pubblico titolare di diritti e investito di sovranità regolativa, più o meno temperata da garanzie partecipative associative. Che tutto ciò abbia una sua razionalità, fin troppo ben tutelata da molti cultori del diritto amministrativo (e dalle istituzioni che in quei discorsi si rispecchiano) è innegabile; ma il dato negativo — sia pure con eccezioni molto meritorie — è l’aver così indotto la convinzione che per l’iniziativa individuale a beneficio collettivo non vi siano spazi giuridici diversi da quelli degli enti e delle organizzazioni non governative».

⁷⁵ Che può essere – come ho detto più sopra – sia patrimoniale (il mio terreno, il mio danaro, *etc.*), sia non patrimoniale (la mia salute, la mia cultura, *etc.*).

anche altri soggetti. Questa situazione attiva (diritto o interesse), azionata dal soggetto legittimato perché differenziato, ha natura *trans-soggettiva*.

Ne deriva che questa situazione attiva, e quindi l'azione in trans-soggettività, non sono strutturalmente pensati per locupletare il patrimonio del ricorrente, il quale non può quindi accedere a definizioni risarcitorie della lesione in forma transattiva: «l'*eterodestinazione* del risarcimento a iniziative di rilevanza collettiva e, meglio ancora, le riparazioni in forma specifica nelle nuove forme della obbligazione rimediale sono rivolte al circuito collettivo, soltanto dal quale ogni diritto trans-soggettivo trae legittimazione giuridica»⁷⁶.

Ci sono spazi teorici, in sintesi, per elaborare una nuova declinazione della situazione attiva che – a seconda dei casi – “dialoga” o “confligge”⁷⁷ col potere amministrativo: l'interesse legittimo è adesso categorizzato nella *species* trans-soggettiva, azionabile dal singolo (differenziato e qualificato) che ne è – come ho detto prima – attraversato.

In questo modo i principî generali del nostro diritto amministrativo vivente – sostanziale e processuale – non sono indubbiati; né persevero – «piuttosto che indagare sulla configurabilità di situazioni soggettive private su beni comuni» – nel «torcere all'inverosimile la categoria degli interessi legittimi» senza risolvere il problema vero: cioè la «configurabilità di spazi di azione popolare non espropriabili dalla logica dell'azione degli apparati del potere esecutivo. Spazi quindi di diritto civile, riservati alla cognizione del giudice civile»⁷⁸.

Che la controazione rispetto a quell'“esproprio” sia affatto necessaria; che sia anche assiologicamente condivisibile l'uso pubblico del diritto privato in funzione rigenerativa e restitutiva degli “spazi di azione” occupati dal potere amministrativo, autolegittimatosi con la forza del tempo profondo, della storia; tutto ciò non toglie comunque la stringente necessità, a mio avviso, dell'arsenale processuale amministrativo. Poiché diversi sono – nel conflitto – i rispettivi terreni d'elezione.

Da una parte, il *politisches Zivilrecht*, emblematizzato dal diritto trans-soggettivo: che par calibrato a fronteggiare la vasta platea degli eventi (omissivi o commissivi) lesivi di beni inappropriabili rispetto ai

⁷⁶ P. FEMIA, *Responsabilità civile*, cit., 868 s.

⁷⁷ Il “dialogo”, *à la* Scoca, non nasconde certo la possibilità di un rapporto aspro, di scontro aperto. Allo stesso modo dell'altro “dialogo”, quello fra le Corti alte: dove l'eufemismo non deve occultare la sostanza di una dialettica spesso molto accesa.

⁷⁸ È il rilievo che P. FEMIA, *Responsabilità civile*, cit., 864, fa – nei passi riportati – alla strategia dogmatica degli amministrativisti.

quali il potere pubblico – il Grande Espropriante – non può o non intende reagire, così rinunciando ad aprire il conflitto col danneggiante. Definiamola come vogliamo: surrogatoria, vicaria, sostitutiva, riacquisitiva (se restiamo nell'immagine dell'Esproprio); resta comunque fermo che la funzione del diritto trans-soggettivo (meglio, del suo titolare) si pone sulla *stessa* linea dell'azione pubblica mancata, cioè non intrapresa dalla p.A. nella vicenda concreta. Se si preferisce, potremmo dire che senza l'inazione del pubblico, esso e il privato sarebbero stati *alleati* o quantomeno *cobelligeranti*.

Dall'altra parte, il campo di battaglia confacente all'interesse legittimo trans-soggettivo, perfettamente a suo agio come esponente di un *politisches Verwaltungsrecht* indispensabile per le sfide globali del XXI secolo. Già per genesi storico-funzionale⁷⁹ più che avvezza a reggere e affrontare lo sguardo della Medusa amministrativa, questa situazione è opposta a quella del diritto trans-soggettivo. Nessun *idem sentire* potenziale con la p.A., qui: scontro aperto, invece, per ottenere l'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti che ledono il bene inappropriabile. In breve, l'interesse legittimo trans-soggettivo ha natura avversariale ma non binaria: il suo titolare (lo ripeto: qualificato e differenziato) domanda la rimozione della decisione amministrativa, consapevole che dell'esito in ipotesi accoglitivo beneficerà – oltre a lui – una ben più ampia platea di soggetti. L'azione – è appena il caso di dirlo – non è rinunciabile, né sono ipotizzabili esiti transattivi o risarcitori che si esauriscano nella sfera patrimoniale del ricorrente, arricchendola.

Tutto questo potrebbe apparire come una via di diritto impraticabile nella sostanza, più *wishful thinking* che costruzione giuridica. Utopia.

⁷⁹ Come ho detto, purtroppo equivocata dal pensiero e dalla giurisprudenza amministrativi, i quali hanno sovrapposto l'oggettivismo delle origini con le immense potenzialità del processo amministrativo, sino a oggi sacrificando queste pur di non rischiare (rischio peraltro inesistente) l'accusa di anacronismo statalista e autoritario. Emblematica di questa tendenza è Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, che evidenzia «l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali. La necessità di dimostrare nei fatti tale evoluzione appare anche coerente con la recente affermazione – che il collegio condivide pienamente – secondo la quale, avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo».

Forse è così. Ma potremmo pure non abbandonarci a una malinconica ucronia, al rimpianto gozzaniano per le cose che potevano essere e non sono state.

Riascolteremo di nuovo la voce di Sandulli, che nel 1968 – proseguendo una battaglia per la legalità urbanistica – si oppose alla lettura del «chiunque» in termini di *vicinitas* fisica, affermando che si trattava di un'azione popolare cui erano legittimati tutti i cittadini residenti nel Comune interessato⁸⁰. Tenne il punto anche quando la sua posizione era stata definitivamente sconfitta dal diritto vivente. E lo fece con finezza estrema: se nel *testo* del suo celebre manuale diede puntualmente atto che la giurisprudenza aveva negato il carattere di azione popolare al ricorso contro i titoli edilizi⁸¹, riservò però a una nota⁸² l'autocitazione, rinviando a quel suo scritto del 1968 in cui aveva (inutilmente, purtroppo) contrastato il riduttivismo interpretativo del diritto pretorio.

Se avesse prevalso la tesi di Sandulli, forse il pensiero giuridico avrebbe elaborato modelli di legittimazione non troppo dissimili da quello che ho appena proposto.

⁸⁰ A.M. SANDULLI, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, in *Riv. giur. ed.*, 1968, 3 ss.; poi in ID., *Scritti giuridici*, VI, Napoli 1990, 373 ss.: «l'azione di cui ci occupiamo non può spettare se non ai componenti della comunità comunale. Componenti da identificare, in mancanza di restrizioni legislative, – tanto più in quanto il nostro è un ordinamento a base democratica – in tutti i cittadini capaci di agire» (p. 6). E ancora: «La parte che ci occupa fu aggiunta al 9° comma su proposta dell'on. Todros nella seduta del 22 giugno 1967 della Commissione lavori pubblici della Camera dei deputati, che esaminava la legge in sede deliberante. Evidentemente l'emendamento fu ritenuto talmente chiaro da non abbisognare né in quella sede, né nell'ulteriore corso dell'iter legislativo, di alcuna illustrazione o di alcun commento; né diede luogo a dibattito alcuno» (p. 4, nt. 5).

Di Alberto Todros, noto urbanista piemontese e amministratore comunale, sopravvissuto al campo di concentramento di Mauthausen, devono essere letti gli interventi di denuncia durante l'iter approvativo della legge ponte: pagine che non sono purtroppo ingiallite.

⁸¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Napoli 1982, 1254: «Nonostante la formulazione dell'a. 31 l. urb. (così come modif. dalla l. 6-8-1967 n. 765), il quale dice che "chiunque" può impugnare le licenze edilizie (ora concessioni: l. 28-1-1977 n. 10) contrastanti con le leggi o con le disposizioni urbanistiche locali, la giurisprudenza esclude che tale disposizione abbia configurato una nuova ipotesi di ricorso popolare».

⁸² È la nt. 479: «Nel senso che la riferita disposizione amministrativa ammetterebbe il ricorso popolare, A.M. SANDULLI, *L'azione popolare contro le licenze edilizie*, cit..

5. *Giacimenti assiologici per nuove legittimazioni ad agire: «il mare vero» o «l'annientante malinconia delle alghe morte»*

Il nostro giudice amministrativo è a metà del guado, ma in cammino verso l'altra riva, quella del *progresso*.

Come abbiamo appena visto, vi sono pronunce che segnano una stasi, un mancato inizio. Prendo a esempio Cons. Stato, 10 marzo 2025, n. 1945. Sembra rifarsi ancora alla *Schutznormtheorie* quando afferma che in un ricorso avverso un'autorizzazione commerciale può esser fatta valere solo la lesione degli interessi specificamente censiti nella norma di legge⁸³ recante limiti all'apertura di nuovi esercizi sul territorio: identificandoli (in base al testo vigente *pro tempore*) nella «tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali». Ad avviso della sentenza, «ammettere il ricorso alla tutela giurisdizionale per interessi di tipo diverso comporterebbe una limitazione della libera concorrenza, a salvaguardia di posizioni commerciali già acquisite e in contrasto con il principio eurounitario di libera concorrenza cui debbono ispirarsi le attività commerciali».

Desto qualche dubbio, infatti, far discendere l'accesso al giudice dal contenuto di una disposizione che non solo è (di necessità) ricca di concetti indeterminati, ma anche fisiologicamente esposta alle modifiche apportate dal diritto positivo sopravvenuto: quindi a strati normativi che complicano in maniera forse insuperabile l'opera dell'interprete che volesse distillarne il senso onde ricavarne il perimetro degli interessi ivi protetti: proprio come accaduto nel nostro caso, in cui quella disposizione ha conosciuto ben cinque novellazioni, quasi tutte incidenti proprio sull'elenco degli interessi pubblici che potrebbero ostacolare o impedire l'insediamento commerciale (e quindi legittimare il gravame nei confronti del titolo abilitativo). La postura metodologica preferibile mi pare invece quella che, sopra tutto di fronte a disposizioni con maglie così larghe, le consideri alla stregua di veri e propri *giacimenti assiologici* da cui estrarre ogni fattore di accesso al giudice in termini, appunto, di interessi protetti⁸⁴.

⁸³ Si tratta dell'art. 31, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, modificato dalla legge di conversione 22 dicembre 2011, n. 214.

⁸⁴ Se si confrontano l'*Urtext* della disposizione e quello vigente mentre scrivo, appaiono evidenti sia, in generale, la difficoltà pratica di ragionare in termini di *Schutznormtheorie*; sia, in particolare, la "dissipazione", per mancato sfruttamento di "materiale" normativo via via incrementantesi, di occasioni per costruire strutture discorsive e dispo-

Se, e in che misura, il processo amministrativo italiano – con i suoi protagonisti – accoglierà il modello dell'azione in trans-soggettività dipenderà anzitutto dalla disponibilità a non opporsi, anzi a essere sulla frontiera dello spirito nel cammino già da tempo avviato dagli ordinamenti verso l'allargamento dei varchi di accesso al giudice.

Se volessimo usare un sintagma tipico del discorso performativo, si potrebbe dire che quella “macchina” ha ancora – sul punto – enormi margini di miglioramento.

La costruzione in senso strettamente fisico – mediante il criterio della *vicinitas* – del modello legittimante ha a mio avviso causato un fenomeno di stenosi autoindotta, restringendo senza motivo l'ambito dei processi reali, cioè dei fatti materiali storicamente situati, che possono essere portati alla cognizione di quel giudice. E ciò suona ancora più strano – onde l'innaturalità di quel fenomeno – se si pensa che dell'interesse pubblico, gestoriamente espropriato o meno, egli è il controllore assolutamente naturale: per scelta istituzionale costituzionalizzata e, ancor prima, per mirabile esperienza ultrasecolare nel somministrare tutele sempre crescenti nei confronti dell'*imperium*.

Liberare le potenzialità del processo amministrativo eliminando una

sitivi di accesso al giudice sempre più affidanti *quoad legitimationem*. Ecco, di seguito, le due versioni. «Secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali». «Secondo la disciplina dell'Unione europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali nel territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali, nonché alla salvaguardia della sicurezza, del decoro urbano o delle caratteristiche commerciali specifiche dei centri storici o di delimitate aree commerciali. Per tali finalità le regioni, le città metropolitane e i comuni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 52 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, possono prevedere, d'intesa con le associazioni degli operatori e senza discriminazioni tra essi, limitazioni all'insediamento di determinate attività commerciali in talune aree o l'adozione di misure di tutela e valorizzazione di talune tipologie di esercizi di vicinato e di botteghe artigiane, tipizzati sotto il profilo storico-culturale o commerciale, anche tramite costituzione di specifici albi volti a valorizzarli. I comuni possono altresì promuovere percorsi conciliativi tra esercenti e proprietari dei locali, volti a evitare fenomeni di espulsione di operatori commerciali qualificati dai centri storici. Le presenti disposizioni si applicano decorso quattro mesi dalla data della loro entrata in vigore».

strozzatura (*Verhinderung*) all'ingresso (onde la restrizione dell'area cui l'ordinamento processuale assicura tutela), sostituendola con l'opposto vettoriale, l'ampliamento (*Ermöglichung*) del diritto al giudice.

Il Consiglio di Stato, anzitutto, ha riconosciuto che la *vicinitas* può essere transfrontaliera, poiché può superare i confini nazionali⁸⁵. Questo orientamento ha indotto il pensiero giuridico a ritenere che possa configurarsi una posizione legittimante di «*vicinitas* globale»: basata su «un ampio concetto di *vicinitas*, comprendente nello spettro dei soggetti legittimati anche associazioni ambientaliste non nazionali, che risultino comunque implicate nella tutela di un interesse ambientale, il quale per sua natura spesso trascende la realtà meramente locale»⁸⁶.

Sempre il consesso amministrativo supremo mostra – si noti, in sede plenaria – di volersi prospetticamente liberare dalle angustie della *vicinitas* intesa in senso tradizionale, interessandosi discorsivamente a modelli dottrinali di contiguità legittimante *sganciati* dalla gretta fisicità: «sempre nel quadro della tutela degli interessi meta-individuali, si invoca una sorta di “liberazione” della *vicinitas* dal suo perimetro originario, sino a ritenerla esistente anche quando la relazione di prossimità tra il soggetto ed il bene protetto non sia fisica ma assiologica»⁸⁷.

Da poco tempo, poi, vacilla – o forse è collassata definitivamente – un'altra assurda posizione di *Verhinderung*: lo sbarramento alla legittimazione dei comitati di occorrenza.

Anche qui il Consiglio di Stato ha dato ottima dimostrazione di *progressismo* giuridico. Nel 2024 quell'alta corte lo ha finalmente affermato: «in alcun modo può assumere rilevanza decisiva in senso negativo la circostanza della costituzione poco prima della proposizione del ricorso, poiché in tal modo si impedirebbe in modo irragionevolmente discriminatorio a formazioni sociali di nuova costituzione di accedere agli stru-

⁸⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4775, che applica il criterio della *vicinitas* anche a enti associativi stranieri laddove l'attività amministrativa possa produrre effetti «immediatamente e macroscopicamente transfrontalieri».

⁸⁶ S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano 2018, 269.

⁸⁷ Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22. La letteratura osserva da tempo questo fenomeno: Duret, *Taking “commons” seriously*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2013, 35, per esempio, coglie molto bene la traiettoria della *vicinitas*, oramai «necessariamente piegata alle esigenze indotte dalla *res* oggetto di tutela, sottoposta quasi ad una torsione rispetto al suo significato etimologico, e dunque sempre più “de-spazializzata” [...] e dilatata a “valore elastico” e modulabile, in realtà dotato di una *vis* definitoria sempre più evanescente» (il sintagma «valore elastico» è tratto da Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554).

menti che l'ordinamento mette a disposizione per la tutela di situazioni giuridiche protette, in violazione dei principi espressi dagli artt. 2, 3 e 39 Cost.»⁸⁸.

Oltrelpe la tendenza ampliativa trova riscontro positivo, almeno con riferimento alla giustizia costituzionale. Mi riferisco, per esempio, alla celebre decisione del *Bundesverfassungsgericht* resa il 24 marzo 2021 circa il diritto fondamentale alla giustizia (climatica) intergenerazionale (*Grundrecht auf Generationengerechtigkeit*): «i ricorsi costituzionali non sono nemmeno un'*actio popularis* inammissibile. Il semplice fatto che un numero molto elevato di persone sia interessato non esclude che le persone siano individualmente interessate nei loro diritti fondamentali [...] Nei procedimenti per reclamo costituzionale, non è generalmente richiesto che i ricorrenti siano particolarmente incisi – al di là del semplice fatto di essere individualmente interessati – in qualche modo particolare che li differenzi da tutte le altre persone»⁸⁹.

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. VII, 18 marzo 2024, n. 2616. Ma v. già Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2023, nn. 7952, 7953, 7954, 7956. Ottima l'indagine di V. TOFFALETTI, *Riflessioni sulla figura del ricorrente ad hoc in materia ambientale nel processo amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2024, 54 ss., con una conclusione equilibrata: «Il grado di apertura del processo alle istanze sociali e, di conseguenza, anche la sua struttura attengono, in ultima analisi, ad una scelta di politica del diritto, le cui eventuali implicazioni processuali, pertanto, dovranno essere valutate considerando che – come si è mostrato – i singoli istituti non sono monadi a sé stanti ma si inseriscono in un complesso tessuto ordinamentale in cui agire su un singolo filo della trama può ripercuotersi anche sugli altri, con il rischio, se non si adotta la dovuta cautela, di danneggiare il disegno complessivo che da tale tessuto emerge» (p. 84). Da segnalare anche l'ordinanza della Cassazione, SS.UU., 18 gennaio 2024, n. 2000, che ha affermato la sufficienza del criterio della *vicinitas* a radicare sia la legittimazione, sia l'interesse a ricorrere.

⁸⁹ Punto 110 della sentenza: «Es handelt sich auch nicht um unzulässige sogenannte Popularverfassungsbeschwerden. Allein der Umstand, dass eine sehr große Zahl von Personen betroffen ist, steht einer individuellen Grundrechtsbetroffenheit nicht entgegen. [...] Im Verfassungsbeschwerdeverfahren wird eine über die bloße eigene Betroffenheit hinausgehende besondere Betroffenheit, die die Beschwerdeführenden von der Allgemeinheit abheben würde, regelmäßig nicht verlangt».

«Nor are the constitutional complaints an inadmissible *actio popularis*. The mere fact that very large numbers of people are affected does not exclude persons from being individually affected in their own fundamental rights [...]. In constitutional complaint proceedings, it is not generally required that complainants are especially affected – beyond simply being individually affected – in some particular manner that differentiates them from all other persons [...].».

«Le recours constitutionnel ne constitue pas non plus une action populaire, laquelle n'est pas admise par la Loi fondamentale. Le simple fait qu'un très grand nombre de personnes est concerné ne fait pas obstacle à ce que les droits fondamentaux de l'individu

Qui il filtro di differenziazione, la *Abhebung*, è molto sfumato: secondo Vincenza Conte, infatti, «il *Bundesverfassungsgericht* ha cura di precisare che il diritto di azione per la tutela intertemporale delle libertà fondamentali non ha carattere di *actio popularis*. È tuttavia evidente che la Corte estende così tanto il senso di interesse individuale da condurlo esattamente nel punto nel quale giunge la teoria della trans-soggettività; ovvero che l'interesse agito dall'individuo transiti la sua soggettività, rivolgendosi immediatamente alla collettività»⁹⁰.

Tempo di chiudere.

I possenti moti *generali* del diritto occidentale sembrano tracciare linee andamentali convergenti verso l'ampliamento del diritto al giudice. Sono traiettorie spesso misteriose: volute dallo Spirito, o forse dalle «idee casuali di tanti casuali», dalle «intuizioni di tanti nessuno»⁹¹. Oppure dal Caso in sé, semplicemente dal Caso. Arduo prevederne la meta.

Segni fausti, comunque, non mancano. Si potrebbe restar fermi, vinti dalla rinuncia, dall'«annientante malinconia delle alghe morte». O li si potrà seguire, pur rischiando di andare alla deriva, per iniziare una nuova navigazione. Dove c'è «soprattutto il mare, il mare vero»⁹².

se trouvent affectés [...]. Dans la procédure du recours constitutionnel, il n'est en principe pas exigé que le requérant soit affecté d'une manière particulière le distinguant des membres du grand public [...].»

⁹⁰ V. CONTE, *Per una teoria civilistica*, cit., 681.

⁹¹ F. PESSOA, *Una sola moltitudine*, I, Milano 1979, 366: «[...] E le metafisiche dimenticate nei canti dei caffè d'ogni dove, / le filosofie solitarie dei solai di tanti falliti, / le idee casuali di tanti casuali, / le intuizioni di tanti nessuno, / forse un giorno, in fluido astratto e sostanza implausibile, / si coaguleranno in un Dio e occuperanno il mondo. [...]» («[...] E as metafísicas perdidas nos cantos dos cafés de toda a parte, / As filosofias solitárias de tanta trapeira de falhado, / As ideias casuais de tanto casual, as intuições de tanto ninguém – / Um dia talvez, em fluido abstracto, e substância implausível, / Formem um Deus, e ocupem o mundo. [...]»).

⁹² Ho preso da una immensa poesia di S. TOMA, *Alla deriva*, in ID., *Canzoniere della morte*, a cura di M. Corti, Torino 1999, 36.

