**PER UNA *VICINITAS* *ASSIOLOGICA*:**

**CERCANDO DI ACCRESCERE LA TUTELA PROCESSUALE DEI BENI COMUNI**\*

Sommario: 1. Il controllo giurisdizionale di meritevolezza dal dodicennio nero al suo rovesciamento *in bonam partem*. – 2. Ampliamento progressivo della legittimazione al processo e difesa nomofilattica della frontiera mobile. – 3. Il nuovo diritto giurisprudenziale: la “liberazione” della *vicinitas*. – 4. Oltre la soggettività nel dialogo conflittuale dei formanti.

1. *Il controllo giurisdizionale di meritevolezza dal dodicennio nero al suo rovesciamento* in bonam partem*.* – Se un compito primario può e deve affidarsi alla *scientia iuris*, e con essa al giudice, è quello di *sorvegliare il metodo*: riconoscendone il suo *rilievo costituzionale*[[1]](#footnote-1) e dunque la necessità imperiosa di non *usarne* mai in modo da consentire poi a ordinamenti illiberali di *abusarne*.

È più che mai centrale, qui, il principio di legalità: inevitabilmente esposto al terribile rischio di essere usato per occultare la «legalità del male»[[2]](#footnote-2), resta comunque, pur con tutte le sue insidiabili fragilità, il primo baluardo a protezione di un ordinamento e di un *ordo productionis* democratici e – in senso forte – costituzionali. Snervarne la tenuta denunciandone la caduta di traenza e di centralità a favore di sostanze normative a struttura reticolare, esiti di incerti e incontrollabili processi interpretativi ai quali forze autoreferenziali imprimerebbero dall’esterno il crisma – pur esso autolegittimantesi – della *giuridicità*, significa predisporre le condizioni migliori per la creazione di un *locus minoris resistentiae* disponibile all’aggressione di poteri indisponibili a rispettare le basi fondative di quell’ordinamento. Un punto d’attacco, cioè, per infiltrarsi nei centri vitali di un sistema istituzionale senza doverne neppure previamente abbattere il telaio primario e portante: la norma di legge, di cui in tal modo si celebra la triste *Dämmerung*[[3]](#footnote-3).

Ne discende un incremento del potere discrezionale del giudice: il quale diviene una valvola di ingresso o un filtro di barriera per l’acquisizione al processo di bisogni superiori e primaziali percepiti nella collettività, e ai quali soltanto – *più che al diritto positivo* – deve ispirarsi la pronuncia.

Possiamo, oggi come nei tragici totalitarismi del ’900, ritenere imperante il modello del *Weltanschauungsstaat*, per cui nessuna norma scritta può prevalere sulla visione del mondo, sulla tavola di valori professata dal decisore (o da lui profetata)[[4]](#footnote-4)?

La costruzione assiologica dell’ordinamento comporta una conseguenza necessitata, che fa deragliare ancor di più dal sistema a diritto legislativo: la lotta per affermare i valori – *quali che essi siano* – che ne costituiscono l’ossatura. Il che rischia di imprimere una torsione innaturale al diritto giurisprudenziale, che diviene appunto, a sua volta, un *diritto di lotta combattuta con le armi delle norme interpretate*: «lotta ermeneutica contro fenomeni che non si ritengono adeguatamente tutelati dalla legge»[[5]](#footnote-5), accesa sino al punto di poter sfociare nell’illecito interpretativo giurisprudenziale.

Nulla di nuovo, direi. Come nel *Reich* nazista, la figura del giudice si trova a essere, *mutatis mutandis*, un terminale militante di molte aspettative. Nel dodicennio aveva dismesso i panni del pacioso uomo di lettere lontano dalla realtà (*ein weltabgewandter Buchstabenmensch*), per divenire un guerriero del popolo ben piantato nel mezzo della vita (*ein mitten im Leben Kämpfer des Volkes*) che combatte per l’affermazione del suo credo ideologico, immancabilmente ritenuto benefico per la società.

La contesa, la battaglia sul metodo diventa allora decisiva. Sino a divenire più importante della stessa tavola di valori costituzionalizzati cui deve applicarsi: la questione interpretativa, insomma, ha rango supercostituzionale.

La trascrizione giurisdizionale di questo modello è immediata. Significa affidare al giudice il compito di governare il processo adoperando – con metodi ed esiti connotati da importanti ambiti di discrezionalità, dunque imprevedibili – criteri decisori ondivaghi ed evanescenti.

Non solo il merito della controversia, ma anche – e ancor prima – la configurabilità di un diritto alla tutela subisce di volta in volta un vaglio soggettivo di compatibilità con quella tavola. L’accesso stesso alla protezione giurisdizionale, in altri termini, diviene soggetto a un filtro i cui criteri il giudice-*gatekeeper* trae da «una superiore sorgente di legittimità»[[6]](#footnote-6) a sua volta genetica di *legittimazione* del soggetto all’instaurazione della controversia. Un modello che può facilmente essere strumentalizzato per governare in senso anche (o sopra tutto) *restrittivo* le vie di tutela processuale: o *negando* già *in limine* il diritto al giudizio; o ritenendo l’infondatezza meritale della domanda tutte le volte che l’azione collida con «valori emergenti dal basso, che finiscono per costituire le regole ordinative “inventate” dalla comunità interpretativa»[[7]](#footnote-7). La quale sarebbe «ormai orba delle sue categorie tradizionali e proiettata al governo del caso concreto»[[8]](#footnote-8).

L’ammissibilità della domanda, insomma, è rimessa alla prudente percezione del giudice circa la meritevolezza della stessa ove idealmente portata al cospetto della società, del sentire popolare: se – in questo teatro immaginario – ne difettasse, la porta del processo resterebbe serrata.

Ma anche questo è un modello teorico purtroppo già noto, e già sperimentato. che si deve, come noto, sopra tutto ad Adolf Schönke[[9]](#footnote-9), il quale fonda sull’esistenza del c.d. bisogno di tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzbedürfnis*), «il presupposto generale per la prestazione della tutela medesima»[[10]](#footnote-10) a cominciare dallo scrutinio circa l’*ammissibilità* della domanda (e poi di tutti i singoli, altri atti delle parti).

Mediante il vaglio circa l’esistenza o meno del *Rechtsschutzbedürfnis*, insomma, il processo – non più strumento troppo riduttivo («zu eng») di mera attuazione del diritto, ma teleologico, pubblicistico e moralizzato – può facilmente filtrare e selezionare tutte le “pretese” azionate, consentendo il *litis ingressum* solo a quelle non dissonanti col nebuloso sistema assiologico di regime così come percepito dal giudice caso per caso: in altre e più autentiche parole, alle domande che non incidano lesivamente gli interessi (più o meno travestiti come pubblici) del potere economico e politico, mediato e sussidiato dalla discrezionalità latissima del *Richter*, creatore del diritto e statuente la regola del caso concreto.

Qui un aspetto è tuttavia centrale e da sottolineare: il modello del *Rechtsschutzbedürfnis* non deve essere letto in modo neutro, come una sorta di pagina *bianca* che si consegna al giudice perché questi possa scrivervi la sua decisione sull’ammissibilità della *Klage*; ma come un costrutto teorico che si rivela funzionale a operare sopra tutto, se non esclusivamente, *in malam partem*: cioè – ecco il punto – per *negare* il diritto al processo a colui che pure fosse titolare di un diritto sostanziale. Attraverso il controllo *negativo* di meritevolezza, e la conseguente negazione del giudice, il regime si può assicurare il pieno controllo economico e politico del processo civile, al più torcendolo per farne anche “luogo” di ingegneria sociale.

Modello non nuovo, dicevo. E di indubbia adattabilità: il che si spiega facilmente analizzandone la macrostruttura, abbastanza lineare. Si tratta, in fondo, di un semplice “ricettore” di concetti giuridici imprecisi che il giudice – senza alcuna *gesetzliche Grundlage* – utilizza in funzione di *Verhinderung*, cioè per *paralizzare* l’azione del titolare di situazioni soggettive sostanziali, negandone l’ammissibilità. Quale sia l’*unbestimmte Rechtsbegriff* di volta in volta evocato, è aspetto irrilevante nel meccanismo di funzionamento. Conta che esso sia appunto indeterminato, come pure multiforme, impreciso e poco trasparente; e che il giudice – trascurando o addirittura contrastando una previsione di diritto positivo, ove esistente – si autoattribuisca il potere di “percepirne” per vie lattiginose il contenuto nella sua portata asseritamente effettiva e vivente[[11]](#footnote-11), applicandolo al caso concreto in funzione d’un personalissimo sindacato assiologico-causale.

Oggi – sia chiaro – lo schema registra una variazione importante, ma non strutturale quanto al sistema generale di funzionamento.

Se nel dodicennio nero la funzione giurisdizionale era servente rispetto al regime, ora il rapporto tende a mutare, se non proprio a invertirsi. Come detto, l’affrancamento dal diritto rappresentativo è strumentale alla rivendicazione autolegittimata di spazi di sovranità, non di rado in aperto contrasto col potere politico e coi suoi esponenti.

Eppure a me pare che possano esserci spazi e modalità di utilizzo *in bonam partem* del modello che sto rievocando.

Mi spiego.

Fondare su di un concetto indeterminato la premessa *maggiore* di un ragionamento ordinato *in malam partem* significa evidentemente non conchiudere, ma anzi espandere senza limiti (almeno in via tendenziale) il perimetro, l’estensione dell’area (o della casistica) che resterà *priva* di tutela: essa sarà infatti diversa a seconda dei concreti, variabili e insindacabili esiti percettivi dei valori cui *vorrà*[[12]](#footnote-12) pervenire il nostro giudice, libero inventore creatore percettore. E due volte interprete: anzitutto, del suo ruolo nuovo nel sistema; poi, del rapporto con la norma processuale, da lui non applicata, ma *governata*[[13]](#footnote-13).

Il costrutto di Schönke potremmo però *anzitutto* capovolgerlo, utilizzandolo per obiettivi *opposti* a quelli in vista dei quali era stato da lui teorizzato: non per una *Verhinderung*, una *restrizione* dell’area cui l’ordinamento processuale assicura tutela; ma per una *Ermöglichung*, cioè un *assenso ampliativo* dei varchi d’ingresso alla tutela stessa.

È vero. Posta *solo* in questi termini, la mia proposta continuerebbe tuttavia a scontare i limiti del modello schönkiano originario: sarebbe sempre il nostro percettore giusdicente a decidere discrezionalmente i sommersi e i salvati. Ma qui il *Rechtsschutzbedürfnis* – o, se si preferisce, il controllo sulla meritevolezza della domanda – sarebbe utilizzato *soltanto* in senso *ampliativo* delle vie di diritto (giurisprudenziale) sino a quel momento ricevuto e dunque stabilizzato. È in questi termini, simmetricamente opposti a quelli teorizzati da Maria Francesca Ghirga, che si può condividere la ricostruzione «della norma sull’interesse ad agire, quale matrice *altresì* di un controllo, nel caso concreto, sulla meritevolezza della tutela richiesta»[[14]](#footnote-14).

Questa ricostruzione fonda invero su una base sovrapositiva di *valori* e *principi* – friabile e dunque non affidante – conseguenze che sono (o comunque possono essere funzionali) alla *Verhinderung*, al *diniego* di tutela: centrale nel discorso della Ghirga è l’equazione per cui «*il controllo sulla meritevolezza sta al negozio come l’interesse ad agire sta all’azione*»[[15]](#footnote-15). Sia del negozio giuridico, pertanto, sia dell’azione si deve in tesi valutare la meritevolezza sotto il profilo della *causa in concreto*. E parametro di quell’indagine causale, *ça va sans dire*, sono ovviamente i principi dell’ordinamento e i valori nello stesso espressi: più precisamente, «le voci emergenti dalla società – o meglio [...] le opzioni di taluno, convinto di essere l’autentico interprete di quelle voci»[[16]](#footnote-16).

Devo fare una precisazione. Il punto critico non è tanto l’attribuzione (o l’autoattribuzione) di un potere discrezionale e creativo, anche perché è impossibile pervenire a una stringente regolazione positiva dell’interesse ad agire. L’insidia sta tutta, invece, nell’orientamento vettoriale *in malam partem* della teoria: il controllo di meritevolezza è in tesi una terza condizione dell’azione, cioè un *filtro ulteriore* (rispetto alla legittimazione e all’interesse) e *indeterminato* che la domanda deve superare per poter essere ritenuta ammissibile dal giudice.

Ma possiamo percorrere una direzione opposta, valorizzando – dinanzi a «tutti questi spazi aperti alla discrezionalità interpretativa e all’argomentazione» – non quelli «di carattere extra-legale e di segno *regressivo*», ma gli spazi «perfettamente legittimi e di carattere *progressivo* perché a garanzia dei diritti»[[17]](#footnote-17).

Il controllo di meritevolezza che propongo diviene pertanto funzionale all’apertura, all’espansione di siffatti spazi progressivi, per cui i “rischi” involutivi (e, *in deterius*, autoritari) derivanti dall’uso di criteri imprecisi al fine di negare l’azione si rovescerebbero nel loro opposto. Diverrebbero, cioè, fattori progressivi, tutti disponibili per accrescere lo strumentario di garanzia del singolo o della comunità che domanda tutela. Un controllo, dunque, che cessa di essere *Verhinderung*, ma agisce quale strumento “amichevole” votato *unicamente* all’*Ermöglichung von Rechtsschutz*.

Riorientato, questa volta, *in partem bonam*, il sistema assiologico opera in sintonia, anzi in alleanza con la comunità, sviluppando una circolarità virtuosa: prima criticato per la sua insidiosa assenza di direzionalità (essendo pura captazione soggettiva di valori sovrapositivi che ridiscende applicativamente per scopi eventualmente anche regressivi), quel modello può essere ora inalveato verso finalità solo *ampliative* del diritto al giudice.

Sul piano più concreto del controllo di meritevolezza, esso, oramai affrancato sia dalle tetraggini nefaste del dodicennio nero, sia dal suo inaffidabile utilizzo moderno *ad impediendum litis ingressum*, diviene strumento idoneo a trascrivere fedelmente l’emersione di nuovi e più progrediti valori sociali in termini *acquisitivi* di posizioni direttamente legittimanti (almeno) la domanda.

2. *Ampliamento progressivo della legittimazione al processo e difesa nomofilattica della frontiera mobile*. – Ma come individuare il vallo di *limes* (sempre “rilocalizzabile”, ma soltanto in posizione più avanzata rispetto alla precedente) che protegge le conquiste oramai acquisite al patrimonio assiologico ricevuto nella dimensione giuridico-ordinamentale, così che esse possano (meglio) resistere a eventuali pulsioni ermeneutiche poste a base di conati giurisprudenziali passatisti, se non proprio apertamente reazionari?

È qui, a mio avviso, che può trovare giusto risalto il ruolo *difensivo* della c.d. giurisprudenza stabilizzata: ritenuta dalla Consulta passibile di uno scrutinio di costituzionalità, come pure non tangibile da interventi del diritto legislativo in funzione interpretativa. Capace cioè di articolare quel controllo – *progressivo* e dunque *ampliativo* – di meritevolezza circa interessi che reclamano tutela perché ispirati da un quadro assiologico nel quale la comunità sente – nel tempo dato – di potersi riconoscere con spirito di coesione e condivisione.

Limito le mie osservazioni al ruolo del Consiglio di Stato, il cui ruolo di nomofilachia può svolgere bene quel ruolo di consolidamento della frontiera mobile di cui ho detto.

Certo, le possibilità di un ingessamento e di una cristallizzazione del diritto amministrativo giurisprudenziale sono oggettive: ma questo si mostra come un profilo insopprimibile ove si vogliano perseguire politiche di stabilizzazione del diritto che non viene dal sovrano e di fortificazione dei livelli essenziali di tutela conquistati nella storia di un paese e del suo ordinamento.

Il rischio, peraltro, è mitigato per due motivi. Uno, più generale, deriva dalla struttura stessa del nostro ordinamento: in quanto di *civil law*, il giudice tende non a scrutare euristicamente il passato, come nel *common law*, ma a volgersi al futuro, schierandosi cioè – almeno come tendenza – «dal lato della modernizzazione e del mutamento sociale, e non da quello della tradizione»[[18]](#footnote-18).

L’altro è specifico e concerne il Consiglio di Stato: mi sembra difficile negarne (persino durante il *nostro* ventennio nero) una presenza “ben temperata” per capacità di mediare fra tradizione e sperimentazione.

Queste dinamiche si colgono bene proprio nell’ambito specifico del diritto (o potere) di ricorso, dove modalità e criteri di raccordo con l’esistenza e la titolarità di una situazione soggettiva sostanziale legittimante al processo – ritenute non sempre necessarie[[19]](#footnote-19) – non sono tipizzabili dal diritto legislativo (tranne quando è la norma ad attribuire direttamente l’accesso al giudice).

Ma pure l’utilizzo degli altri formanti – il diritto dottrinale e giurisprudenziale – sconta una pregiudiziale di metodo la quale chiama a sua volta, sopra tutto nel primo campo, a una scelta intrisa di valore o, se si preferisce, a una metateoria.

Chiarisco. L’approccio al tema dell’accesso al giudice pone subito di fronte a un’alternativa metodologica. La prima è quella di elaborare questa o quella teoria generale “pura” del diritto, cercando di radicarvi i presupposti dogmatici onde dedurne logicamente, cioè per “cladi”, un sistema in sé coerente che perimetri e schematizzi estensione e casistica dell’*ingressum litis*. Ma la *Reinheit* di questa scelta è solo apparente. Nella realtà, essa accetta – o deve accettare – *qualunque* esito concreto, innanzi al quale resta – o deve restare – indifferente. Il che è già uno schierarsi, seppur dissimulato. Sempre con le categorie schmittiane: l’atteggiamento impolitico è in sé politico, e implica *comunque* una decisione[[20]](#footnote-20).

La seconda alternativa invece è quella che preferisco. Restando saldi all’interno di una scelta positivista moderna ed evoluta, si può esprimere un *favor* per la massima estensione possibile delle posizioni legittimanti. Ritenendo cioè un valore il loro progressivo allargamento e, nello stesso tempo, la difesa nomofilattica della frontiera progressivamente mobile via via conquistata.

Metateorica (o meta-assiologica) è la stessa scelta fra le due strade, nessuna delle due recando in sé un criterio di preferenza sull’altra se non all’esito, appunto, di una logica di “schieramento”: ancora, di valore.

La prima delle due alternative muove da un’esplicita premessa – direi *iperpositivistica* – per cui il diritto di ricorso può derivare solo da una norma che, concernendo un bene della vita, individui in modo intenzionale il destinatario della protezione da essa assicurata nella fruizione del bene stesso.

Le ricadute applicative sono immaginabili. Resterebbero esclusi dall’accesso al giudice tutti i soggetti che non possono essere ricompresi all’interno di un rapporto amministrativo sia pur multipolare, e in particolar modo coloro che non sono di- retti destinatari del provvedimento o *intended beneficiaries* della norma invocata: sono quelle estese categorie di “terzi” invece legittimati dal diritto giurisprudenziale, il quale li riconosce come tali pur in assenza – palese o dubbia – di una norma che li prenda esplicitamente in considerazione in relazione al bene della vita oggetto di regolazione[[21]](#footnote-21).

Paradigmatico è il caso della *vicinitas* come fattore genetico del diritto al processo: un dato fisico-fattuale – dunque metanormativo – oggi ritenuto dal giudice come sufficiente (se accompagnato dalla prova di un concreto pregiudizio derivante dall’atto gravato) per rendere ammissibile il ricorso.

Nella veduta che prediligo, la legittimazione è (anche) uno strumento di *contropotere* a disposizione del privato, che in tal modo si erge a fronteggiare – paritariamente, se si vuole – l’antagonista (soggettivamente) pubblico.

Dico meglio. La legittimazione presuppone, *in apicibus*, il carattere *normativo* dell’interesse del terzo: colto, tuttavia, non tanto con riferimento a un singolo bene fisico di proprietà, bensì come “interesse organico”, risultante da una pluralità di fattori ordinati a un assetto finale ritenuto meritevole di tutela da un *corpus* normativo di protezione.

Penso, per esempio, al mantenimento della qualità della vita nella maglia urbana dove quel soggetto terzo vive, ottenuta in virtù di un’armatura a standard particolarmente riuscita e di cui egli intende continuare a godere. A questo fine, costui può domandare l’annullamento di successive scelte pianificatorie o localizzative che abbiano ivi previsto un’infrastruttura pregiudizievole in violazione di norme recanti una protezione di quell’interesse organico.

Se si condivide la scelta per la natura normativa dell’interesse sostanziale che consente l’accesso al giudice, il ruolo del formante giurisprudenziale può serenamente svilupparsi inalveato nei *ductus* legislativi, al loro interno trovando gli ambiti per un’elaborazione che – come detto più sopra – possa e sappia strutturare, anche coltivando il “terreno proibito” dei valori, frontiere *mobili*. Che siano, cioè, sempre disponibili ad avanzare: sapendo di aver comunque le spalle protette – grazie a un’avveduta nomofilachia stabilizzatrice – dalle insidie di cedimenti regressivi.

3. *Il nuovo diritto giurisprudenziale: la “liberazione” della* vicinitas. – È il caso della Plenaria 20 febbraio 2020, n. 6. Una sentenza a mio avviso paradigmatica circa il ruolo che svolge il Consiglio di Stato nel difendere il progresso giurisprudenziale raggiunto; anzi, il rammarico è solo per non aver essa sospinto ancora più in avanti un sistema di tutele adeguato alla complessità crescente dei rapporti sociali.

La Plenaria muove da un assunto metodologico-esegetico generale che a me pare difficilmente criticabile: «l’evoluzione del dato normativo positivo non può certamente essere letta in una chiave che si risolva nella diminuzione della tutela»[[22]](#footnote-22), anzi si deve ritenere che «il percorso compiuto dal legislatore sia stato piuttosto contraddistinto dalla consapevolezza dell’esistenza di un diritto vivente [sviluppatosi: n.d.a.] secondo una linea di progressivo innalzamento della tutela».

Di qui il passo teoricamente successivo, che distingue bene la *diversità* di posizione fra p.A. e formazioni sociali nel rapporto con l’interesse pubblico: «le situazioni sono infatti diverse ed eterogenee: l’amministrazione ha il dovere di curare l’interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività e sulle categorie (potestà); *le associazioni rappresentative delle collettività o delle categorie invece incarnano l’interesse sostanziale, ne sono fruitrici*», dice esattamente la Plenaria.

L’interesse legittimo disvela bene la sua natura di *Gegenrecht*[[23]](#footnote-23), di controdiritto: un agente di *contrasto*[[24]](#footnote-24) che opera come “diritto” di opposizione-resistenza derivante da una visione divergente rispetto alla concreta gestione istituzionale dell’interesse pubblico.

Il secondo binario di legittimazione alla tutela dell’interesse diffuso trova insomma la sua fondazione sedimentale una volta che quest’ultimo, per un verso, sia colto nella sua “incarnazione” di interesse materiale e affatto privato: quindi *distinto* da quell’interesse che diciamo “pubblico” sol perché soggettivamente regolato dall’ente (pubblico, appunto) cui la norma ne affida la gestione; e sia, per altro verso, riferibile a figure soggettive le quali non si riconoscono affatto in quella determinata regolazione, ma anzi intendono appunto *contrastarla* processualmente, ritenendola pregiudizievole.

È infatti necessario vedere quel bene (privato) materiale nella sua accezione complessiva e organica, esito e risultante di una molteplicità complessa di fattori causali fra loro interagenti verso quell’assetto finale, meritevole di tutela: per restare a un esempio che ho già fatto più sopra, la qualità della vita in una determinata maglia urbana, conseguita grazie a una dotazione di standard particolarmente ricca[[25]](#footnote-25). In questi termini, trova conferma il noto sintagma concettuale di Cassese, secondo cui questa tipologia di beni sfugge al «paradigma bipolare» in quanto frammista di profili per un verso tradizionalmente privatistico-dominicali; per l’altro verso, innovativamente pubblicistico-valoriali.

Mi pare questo il senso condivisibile – proprio della nota teoria di Scoca e oggi ripreso dalla Plenaria – della *correlazione* fra interesse (privato) e potere (pubblico). Quest’ultima diverrebbe altrimenti un’espressione vuota, priva di rilevanza giuridica: cosa significa in concreto “correlarsi”, se non consentire il controllo (indiretto: un effetto appunto di trasmissione meccanica) del potere?

Ecco perché ritengo più lineare la tesi della Plenaria, che non utilizza lo schema della legittimazione straordinaria *ex lege* (questa sì, indice di una innegabile oggettivizzazione del processo), ma fa commendevolmente derivare il diritto di ricorso dagli artt. 2 e 118 Cost.[[26]](#footnote-26): non m’appare quindi errato il passaggio in cui la Nomofilachia afferma che il diritto di ricorso può «prescindere da espliciti riconoscimenti normativi»[[27]](#footnote-27), così rimarcando la non esclusività del primo binario, cioè dell’accesso *ope legis*.

Il concetto centrale, infatti, è espresso nello stesso punto, dove – ripetuto due volte – si legge il ruolo del giudice dinanzi al *Rechtsschutzbedürfnis*, cioè nei confronti delle pretese che domandano tutela: la Plenaria ci parla di «interessi sostanziali (cd. “beni della vita”) meritevoli di protezione *secondo l’apprezzamento che ne fa il giudice amministrativo sulla base dell’ordinamento positivo*»[[28]](#footnote-28), seguendo «*una linea di progressivo innalzamento della tutela*»[[29]](#footnote-29).

Il riferimento ai due articoli della Carta, e il suo “tono”, mi sembrano di notevole importanza. Sopra tutto il richiamo esplicito alla sussidiarietà orizzontale di cui al comma 4 dell’art. 118 cit., è però motivo valido per non ignorare il senso e la portata di quel comma, confinandolo così nell’isola, tradizionalmente infrequentata, della ottatività più o meno utopica.

Pongo qui l’accento sul “privato qualificato”, cioè sul “cittadino” in senso forte e pieno. Il *civis* – pure associato – si presenta come titolare di una sua propria missione: lo svolgimento in sussidiarietà di attività d’interesse generale sulla base di un potere d’iniziativa che non è eteronormato, ma trova in sé le proprie regole, in quanto autonomo. Come pure è stato notato, il comma 4 guarda al cittadino – singolo o associato – come soggetto costituzionale[[30]](#footnote-30).

La modernità della Plenaria, il suo *essere di frontiera*, mi pare risieda in questo: nell’aver finalmente superato talune esitazioni che la precedente giurisprudenza denotava circa la valenza dell’art. 118 u.c. quale fonte di accesso al giudizio, non facendo derivare il diritto al ricorso dall’emersione costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

La Plenaria insomma ha difeso la linea di vallo, e lo ha fatto nel modo appena visto: fondando direttamente sulla sussidiarietà orizzontale per respingere l’attacco regressivo.

Nessuna «fuga in avanti» o «ritorno al passato», dunque; né esibizioni di inopportuna muscolarità da parte di un giudice «erculeo»[[31]](#footnote-31), ma un semplice «combattere per non arretrare»[[32]](#footnote-32).

Se una critica si può in realtà muovere alla Plenaria n. 6/’20, essa consiste a mio avviso nella ragione esattamente opposta: per la timidezza cioè con cui s’è limitata a un (pur in sé meritorio) ruolo – come detto – meramente difensivo, senza cioè far progredire la freccia evolutiva circa il diritto al giudice.

Una volta infatti consolidato, con la decisione in esame, il fronte *attuale* di tutela, rimangono ancora oggi poco penetrabili, com’è noto, almeno due varchi, di grande importanza entrambi: l’accesso al giudizio da parte dei comitati spontanei *ad hoc* e del soggetto *uti civis*.

Quanto ai primi, un orientamento giurisprudenziale – non solo territoriale – più avanzato[[33]](#footnote-33) ne ha riconosciuto il diritto di ricorso, opportunamente distinguendosi da posizioni conservative che li qualificano ancora come sospette associazioni di comodo[[34]](#footnote-34). In realtà, il profilo che il diritto giurisprudenziale vigente ritiene preclusivo dell’accesso al giudice, cioè il costituirsi dei comitati spontanei solo in occasione dell’«evento scatenante», è proprio quello che genera l’oggettiva necessità che essi si costituiscano per agire in giudizio. Il nodo, insomma, sta tutto nel superamento di un requisito irragionevole: la stabilità *temporale*.

Qualche speranza sembrava esserci. Per esempio, Cons. Stato, V, 27 luglio 2011, n. 4502, pur essendo sin troppo “occupativa” nel rivendicare «esclusivamente» al diritto giurisprudenziale l’identificazione dei criteri extrapositivi di accesso al giudice (ancorché «sulla scorta di dati normativi e di argomentazioni giuridiche»), riconosce apertamente l’esistenza di «situazioni che manifestano una particolare pregnanza assiologica» proprio con riferimento alla tutela degli interessi superindividuali; e a questo scopo essa valorizza gli orientamenti, da poco emergenti, che accolgono «un nuovo criterio di riconoscimento della legittimazione ad agire, individuandolo nel principio di sussidiarietà orizzontale, ormai costituzionalizzato nell’art. 118, comma 4, Cost.».

Le conclusioni erano di grande apertura, futuribili quasi: «la piena valorizzazione di tale principio, vale a dire dell’apporto diretto dei singoli e delle loro formazioni sociali nella gestione diretta di attività amministrative (in modo che l’intervento pubblico assuma appunto carattere sussidiario rispetto alla loro iniziativa), impone che esso debba trovare *immediata applicazione pure in sede processuale* al fine di garantire, a quegli stessi soggetti cui viene rimessa l’iniziativa sul piano sostanziale, la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale la funzione amministrativa, per ottenere un controllo sociale diffuso anche dopo il suo esercizio da parte dei poteri pubblici: *per questa via si riconosce così la legittimazione ad agire in giudizio a comitati spontanei di cittadini, benché privi di significativi livelli di rappresentatività e organizzazione*»[[35]](#footnote-35), nella scia di «un’insopprimibile tendenza all’allargamento delle situazioni legittimanti a tutela del cittadino ai fini di un sempre più corretto e migliore esercizio della funzione amministrativa». Si consideri l’endiadi: come è stato notato, profili soggettivi e oggettivi del processo amministrativo si congiungono. Onde la «necessità di ripensare la distinzione fra ricorrente “*uti singulus*” e “*uti civis*”, superando questa sorta di schizofrenia che appare il precipitato a livello individuale della tradizionale antitesi pubblico/privato, scossa alle fondamenta dall’emergere del principio sussidiario»[[36]](#footnote-36).

Ma questo fronte di tutela più progredito, pur delineatosi da circa un decennio, non è stato purtroppo riconosciuto e fortificato nella Plenaria n. 6/’20, la quale ha invece ribadito l’assetto tradizionale. Il pernicioso requisito della stabilità temporale continua dunque a operare, senza tener conto delle conseguenze dissonanti rispetto all’art. 118, comma 4, Cost.

Il secondo varco – il diritto al ricorso del soggetto *uti civis* – incontra nella *vicinitas* uno sbarramento ancora operante nel restringere quella via di accesso al giudice. Non restano dunque che i sentieri di accesso consueti, con i loro crinali malcerti: la *qualificazione* e la *differenziazione*, le quali però possono, *devono* essere almeno rilette nel prisma della sussidiarietà. Per “andare oltre”. Per non limitarsi cioè a considerare – come fattore legittimante – soltanto l’attività e l’«impegno» preprocessuali svolti da un soggetto attivo in quel determinato contesto socio-territoriale in cui si verifica l’«evento scatenante» che fa emergere il bisogno di tutela[[37]](#footnote-37) secondo un modello di frontiera che è condivisibile, ma che resta ancora confinato nell’alveo concettuale della vicinanza *fisica* del ricorrente rispetto al luogo interessato dalla decisione contestata).

È allora necessario, a mio avviso, “liberare” la *vicinitas*, espanderne il più possibile il senso e l’effetto giuridico, sino a ritenerla esistente anche quando la relazione di prossimità non sia *fisica*, ma solo *assiologica*[[38]](#footnote-38). Si tratta, in altre parole, di riconoscere il diritto di ricorso pure a figure soggettive *prive* di un collegamento *materiale* col luogo di impatto della decisione che s’intende gravare. Mi sembra un passo necessario per consentire la tutela di interessi non sempre riferibili soltanto all’area strettamente geo-territoriale di ricaduta di un determinato provvedimento. Difficile però precisarne i parametri di selezione: operazione che lascia sempre ambiti rimessi all’apprezzamento giurisdizionale, cioè alla valutazione circa la *meritevolezza* dell’interesse caso per caso azionato. Il sostrato *lato sensu* politico è insomma difficile da eliminare, costituendo l’accesso al giudice la zona grigia, il momento di raccordo fra tavole di valori insidiose perché inevitabilmente soggettive e dunque di ardua giuridificabilità.

Un fattore compensativo potrebbe però essere individuato – come ho cercato di sostenere più sopra – nell’azione congiunta di due meccanismi: da un lato, l’attivazione di quel filtro di meritevolezza solo a fini di *Ermöglichung* (e mai di *Verhinderung*) della tutela; dall’altro, la funzione nomofilattica, la quale stabilizza la linea di progresso via via “conquistata”[[39]](#footnote-39), contrastando iniziative regressive e – con ciò – oscillazioni pretorie discrezionali, dunque perniciose.

Se si accetta questo modello, troverebbero ingresso nel giudizio figure soggettive di volta in volta *legittimate da una pluralità tipologica di vicinanze*. A quella oramai ricevuta, che guarda al dato fisico-territoriale, si aggiungerebbero infatti prossimità di contenuto vario: da un catalogo sempre in corso di scrittura traggo le ipotesi della *vicinitas culturale* ovvero quella (di natura economica) *di comparto produttivo*.

Qualche esempio.

Un’associazione costituita per conservare le vestigia fisiche – la casa di abita- zione, ad esempio – di un insigne personaggio del passato potrebbe, secondo questo assunto, insorgere avverso un permesso di costruire che assentisse modifiche ritenute lesive della memoria storica a lui riferibile.

Così come, venendo alla seconda vicinanza, un’associazione per la tutela dell’enologia, pur priva dei requisiti *ex* artt. 13 e 18 citt., avrebbe diritto a impugnare un provvedimento di localizzazione di una discarica in prossimità di un’area con vigneti ad altissima vocazione produttiva e qualitativa: agirebbe infatti a difesa di un interesse specifico diverso da quello espresso dalla collettività insediata *in loco* e intestato al relativo ente esponenziale territoriale, *ma comunque meritevole di tutela*.

Ma s’intravedono spiragli che fanno ben sperare.

La recente, ottima decisione dell’Adunanza plenaria 9 dicembre 2021, n. 22 (Pres. F. Patroni Griffi, Est. H. Simonetti), infatti, ha puntualmente avvertito la pressione benefica sottesa a istanze di giustizia formulate a tutela di interessi sì individuali, ma idonei a riflettersi in senso positivo – con un mutuo gioco di specchi – sulla protezione di esigenze della collettività.

La Plenaria ha ripercorso – con inconsueta e apprezzabile autenticità di toni – talune remote vischiosità giurisprudenziali (incluse quelle ascrivibili alla stessa nomofilachia di Palazzo Spada), per poi registrare le tesi “moderniste” che il pensiero giuridico ha elaborato negli ultimi tempi nel senso di favorire l’accesso al giudice utilizzando lo strumento della *vicinitas*.

Fra queste, la Plenaria parrebbe aver recepito anche la mia prospettazione: «[…] 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».

Da qui, poi, uno dei principî di diritto ivi enunciati, cui si deve dare completa adesione: «Nelle cause in cui si lamenti l’illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l’immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell’accertamento dell’interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l’annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo».

Si noti. La Plenaria, sia pur con un soffio di dubbio, ha impostato il proprio ragionamento proprio sul rapporto che lega il *civis* alla qualità dell’ambiente circostante, infulcrandovi senza ulteriori mediazioni le condizioni dell’azione: «Il ragionamento intorno all’interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, si lega quindi necessariamente all’utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall’effetto ripristinatorio; utilità che a sua volta è in funzione e specchio del pregiudizio sofferto. Tale pregiudizio […] a fronte di un intervento edilizio *contra legem* è rinvenuto in giurisprudenza, non senza una serie di varianti, nel possibile deprezzamento dell’immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell’ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata. Si può discutere se tali beni siano il risultato della scomposizione di un unico interesse per così dire riassuntivo, quello alla qualità dell’insediamento abitativo (espressione presente già nella ricordata sentenza 523/1970), o se debbano essere considerati per forza atomisticamente, sull’assunto che non sarebbe dato un interesse inerente all’insediamento abitativo come tale. Il riferimento al godimento dell’immobile in uno con il richiamo a salute e ambiente è peraltro un piano di indagine già sufficientemente ampio ed è su di esso che la giurisprudenza ha fatto leva per ravvisare il pregiudizio sofferto dal terzo non solo ad esempio nella diminuzione di aria, luce, visuale o panorama, ma anche nelle menomazioni di valori urbanistici e nelle degradazioni dell’ambiente in conseguenza dell’aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento, aumento del traffico (v., ancora da ultimo, Cons. St., IV, n. 6130/2021)».

4. *Oltre la soggettività nel dialogo conflittuale dei formanti*. – Forse si può progredire ancora. Già da qualche tempo ci si può imbattere in alcuni avamposti giurisprudenziali che hanno legittimato l’accesso diretto del singolo – pur sempre qualificato e differenziato – alla tutela processuale dell’interesse sovrapersonale, la cui connotazione assiologica particolarmente intensa imprime – come ha osservato Cons. Stato, IV, 9 gennaio 2014, n. 36, – una curvatura nuova alla concezione classica delle condizioni dell’azione. Le attribuzioni normative di legittimazione speciale hanno la loro *ratio* nella primazialità dei settori rispettivi a cui ineriscono, in attuazione dell’art. 118 Cost.: il quale – prosegue quella decisione – genera e radica, ancor prima, una legittimazione *generale* che non si collega più «alla “angusta” titolarità di una posizione soggettiva, bensì ad una materia e ad un valore costituzionalmente garantito». Allo stesso modo – essa continua ancora – una «tale maggiore ampiezza di legittimazione attiva determina, inevitabilmente, anche una diversa considerazione dell’interesse ad agire, che deve essere riguardato non già con riferimento alla singola posizione giuridica soggettiva per la quale si postula tutela in giudizio, bensì al “bene o valore comune”, alla tutela del quale occorre parametrare la “utilità” della pronuncia del giudice». A questo genere di rapporti, ritenuto dalla giurisprudenza come differenziante e qualificante, fra l’utente di un servizio pubblico e i provvedimenti concernenti il relativo assetto organizzativo-prestazionale, si potrebbe forse aggiungere quello che collega personalità particolarmente rappresentative in determinati “ambienti” della vita di relazione con decisioni incidenti in quello stesso contesto e considerate come lesive. Sono le ipotesi, cennate più sopra, delle vicinanze culturali e di comparto produttivo, qui però declinate “al singolare”. Un’*ampliatio* che m’appare importante anche da un punto di vista strettamente giuspolitico, poiché sottrae all’associazionismo, non sempre irreprensibile nelle sue scelte strategiche, il monopolio dell’iniziativa giurisdizionale a tutela del sovrapersonale[[40]](#footnote-40).

E se provassimo infine a infrangere la barriera stessa del soggetto, cioè della *subiettivazione necessaria* di una pretesa?

Mi domando, cioè, se sia possibile superare il requisito della *determinatezza* anzitutto *soggettiva* della situazione sostanziale e della relativa domanda come confine invalicabile dell’accesso al giudice. La necessità, cioè, che il titolare del “diritto”, quindi l’attore, sia ben delineato nella sua individualità (al pari del suo avversario: qui non rileva se le parti siano o meno articolate in uno o più soggetti distinti).

Si torna così al tema del diritto soggettivo, cioè – parlando di un sistema duale come quello italiano – alla necessità che l’*Anspruch* (abbia essa natura di diritto soggettivo o d’interesse legittimo) si coaguli attorno a una figurazione soggettivante. Il che è – o diviene oggi – un limite. Singolare traiettoria. Strumenti – le situazioni soggettive – con cui fronteggiare (come pure controllare, se si accetta questa lettura) il potere; mediante i quali un tempo si è «combattuto contro le negazioni tardo-assolutiste dei diritti, soprattutto nel costituzionalismo continentale europeo del XIX secolo, in cui i diritti rappresentavano garanzie»[[41]](#footnote-41); e che per questo sono stati a loro volta combattuti dalle declinazioni totalitarie dell’*imperium*, oggi invece «usualmente circoscrivono l’accesso ai processi giurisdizionali»[[42]](#footnote-42). Come ci ricorda sempre Andreas Fischer-Lescano, «ancora oggi, la rivendicazione soggettiva è la stella fissa dell’universo giuridico»[[43]](#footnote-43). Ma con i suoi lati oscuri: «i diritti soggettivi privatizzano la sfera pubblica. Essi impongono la titolarità dei diritti, vincolano i guardiani della legge a un soggetto specifico (e non generico) e i soggetti a percorrere individuali vie private nel mondo del diritto. [...] I diritti soggettivi, quindi, non solo aprono le porte delle istituzioni della giustizia, ma ne limitano anche l’accesso. Coloro che, secondo la teoria della norma protettiva, non possono dimostrare alcun diritto soggettivo, ma possono solo invocare un presunto “diritto oggettivo”, non possono, di norma, ricorrere al diritto amministrativo (§ 42.2 VwGO)»[[44]](#footnote-44).

Una teoria generale di matrice privatistica[[45]](#footnote-45) definisce criticamente – con formula di sintesi – *binarismo*[[46]](#footnote-46) questa impostazione, la quale riduce le dinamiche *politiche* a (una trama di) modelli *giuridici* predeterminati[[47]](#footnote-47) nei quali il soggetto può entrare e agire solo a condizione che esso sia ben identificabile attraverso il possesso di precisi requisiti sostanziali e poi processuali: «la complessità del problema sociale è ridotta nella formula: quale azione in giudizio e contro chi?»[[48]](#footnote-48). Una vecchia storia, poiché le sue radici – si osserva – riconducono sino a Jhering e alla insistita necessità che ogni pretesa (e anzitutto il suo titolare) sia *determinabile*[[49]](#footnote-49).

Vi è, insomma, ancora giuridicità «quando i limiti della facoltà di desiderare non si ispirano più al lessico del conflitto binario»[[50]](#footnote-50)? Senza volerle qui neppure sfiorare, siamo di fronte alle implicazioni processuali della teoria del bene comune. L’ordinamento non vi ricollega ancora domande giustiziabili, la cui ammissibilità condurrebbe alla rottura della rete binaria delle categorie giuridiche attuali e richiederebbe punti di vista ben più complessi di quelli che vengono in rilievo in una controversia binaria: cioè – sempre nel senso appena chiarito – tra “attore” e “convenuto”.

La risposta è di grande apertura, una parenesi alta e nobile. È oramai il tempo – sostiene Pasquale Femia – d’immaginare una giuridicità *transitiva* (*transitive Rechtlichkeit*) in cui l’azione del titolare del diritto non è né a vantaggio di lui, né a beneficio di terzi, né della comunità, se quest’ultima continui a essere riduttivamente intesa come un’entità con confini definiti, cioè come un semplice spazio legale: un luogo dunque in cui tutto è, in modo artificioso, diviso in soggetti e oggetti, in attività e passività[[51]](#footnote-51).

In altri termini, la freccia del progresso andrebbe in direzione di un ordinamento non più ossessionato dal mito positivista della determinatezza e del “dato”; una *Rechtsordnung* che superi il rifiuto, «la maledizione dell’indeterminatezza» (*der Fluch der Unbestimmtheit*) e invece accetti, finalmente, l’idea di poter intrappolare le «nuvole della trascendenza». Servono però «sacchi» nuovi, ben diversi dall’ormai logoro diritto soggettivo[[52]](#footnote-52).

Per questa fascinosa impostazione teorica i conflitti *politici* multipolari non possono essere risolti nella loro “binarizzazione” *giuridica*, a causa della quale tutto ciò che resta al di fuori di questo schema costrittivo è di per sé *indeterminato* e di conseguenza *extragiuridico*: si tratta, in sostanza, di superare in radice la costruzione tradizionale del diritto soggettivo tradizionale, «di modificare il nostro pensiero: dal pensare per statuti di soggettività giuridica a un pensare processualmente senza soggetti»[[53]](#footnote-53). Dunque senza il diritto soggettivo, che deve lasciar finalmente luogo a un modello non più riconducibile alla soggettività (individuale o associativa che sia), ma aperto a una nuova situazione spiccatamente transizionale. Sono i diritti *trans-soggettivi*: i quali «né si terminano in un oggetto, né si esauriscono in un soggetto, piuttosto li attraversano per propagarsi altrove, senza mai soffermarsi su un titolare. Sono diritti senza padrone»[[54]](#footnote-54). E ancora: «né nuovi diritti né nuovi soggetti, e neppure l’abolizione della soggettività attraverso diritti meta-soggettivi, per superare la soggettività: si tratterebbe soltanto di una formula fuorviante. L’annientamento delle molteplici soggettività nel nome di un’oggettività che include tutto (per es. Madre natura), non sarebbe nient’altro che una formula velata della creazione di una nuova soggettività. Immediatamente verrebbero alla luce sentinelle dei confini di questi nuovi supersoggetti plasmati nelle corti. Soggettività nuove, terribili, fondamentalistiche»[[55]](#footnote-55).

Un modo nuovo e più fascinoso, in fondo, per evocare l’*actio popularis*? Sentiamo Schmidt-Aßmann: «ci si può chiedere a buon diritto se l’interesse “privato” la cui tutela dovrebbe costituire la sostanza soggettivo-giuridica di un’azione giurisdizionale, non sia stato finora interpretato in modo troppo erratico, e se le connessioni e le sovrapposizioni reciproche di interessi pubblici e privati siano state correttamente colte. Non ci sono anche costellazioni – in determinati settori del diritto, ad esempio il diritto ambientale o della regolazione – in cui gli interessi individuali includono il perseguimento di interessi pubblici e non perdono il loro carattere “privato” sol perché si presentano come *interessi aggregati*?»[[56]](#footnote-56). Di qui, a sua volta, l’esortazione di Schmidt-Aßmann a una lettura dell’ordinamento in termini *procuratorî*, tutta protesa in favore della *Mobilisierung des Bürgers*: onde «la consapevolezza che l’esecutivo in democrazia non ha il monopolio della definizione del bene comune»[[57]](#footnote-57).

Ovviamente imprevedibili nei loro sviluppi, le vie del diritto al giudice e le traiettorie della teoria dell’interpretazione (con le quali le prime intrecciano un viluppo irrisolvibile) continueranno a conservare profili di indeterminatezza, la cui compensazione *interna* sarà ancora rimessa all’apprezzamento del singolo decisore giurisdizionale.

Questa cosa mi appare come un dato di fatto. Ma quanto insidioso? La domanda secondo me va riformulata, anzi *spostata* circa il suo oggetto. Così: *dove* quel potere discrezionale può – forse, *deve*; forse, *non può che essere* – lasciato libero di effondersi? Rispondo: solo in rito, nel regolare l’accesso al giudizio; solo *ad augendum et in bonam partem*.

Non credo quindi d’esser contraddittorio sostenendo, per un verso, la necessità di fuggire modelli *decisori* che fondano su tecniche di interpretazione assiologico-ermeneutiche. Per usare le parole di Luigi Mengoni, che rappresentano molto bene il metodo qui avversato: «l’interprete non può accedere al significato della legge se non elabora il suo orizzonte ermeneutico assumendo i punti di vista valorativi che il modello positivistico della sussunzione vorrebbe escludere siccome pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore e non suscettibili di analisi scientifica. Se non include i punti di vista extrasistematici tra i referenti della sua riflessione, egli non è in grado di intendere il problema in funzione del quale il testo deve essere interpellato e al quale devono commisurarsi, affinché sia assicurata l’oggettività del risultato interpretativo, le anticipazioni di senso e i progetti di soluzione che si formano nella sua precomprensione»[[58]](#footnote-58).

Il punto diviene allora quello di contrastare, *dall’esterno*, l’arbitrario potere *regressivo*, cioè di arretramento della soglia di accesso al giudice. Per quanto lenta, la transizione ordinamentale da una nomofilachia di *persuasione* a una nomofilachia di *vincolo* consente di stabilizzare la linea di tutela, lasciando ai giudici amministrativi territoriali e sezionali l’irrinunciabile ruolo di *sperimentare* sì, però solo per *progredire*; e stimolati, come pure controllati[[59]](#footnote-59), da una *scientia iuris* mai compiacente, ma libera e severa.

Mi rendo conto dei pericoli insiti in un modello che accentuasse troppo il valore vincolante del precedente: una corrispondente marginalizzazione del formante dottrinale (ammesso che, nel declino di effettività che lo connota, lo si possa ancora definir tale), a vantaggio di un indolente conformismo giurisprudenziale. Ma, di contro, conosciamo sin troppo bene le conseguenze di un modello opposto: il proliferare di molteplici diritti positivi giurisprudenziali. Ascoltiamo di nuovo la riflessione di Palazzo: «L’individualismo e la riottosità dei magistrati rischierebbe cosi di alimentare un fenomeno definibile come polverizzazione giurisprudenziale […]: distinzioni e suddistinzioni tipologiche sarebbero lo strumento necessario per aggirare un vincolo eventualmente sentito come eccessivo. Il pregiudizio per la certezza sarebbe in agguato»[[60]](#footnote-60), scadendo in tal modo anche il concetto stesso di diritto, come ci ha ricordato Bobbio[[61]](#footnote-61).

Né valga evocare nebulose concettuali – l’età della complessità, per esempio – per farne derivare l’ineluttabilità di un diritto vago e sfuggente. Prendo da Vito Velluzzi: «l’età dell’incertezza deve porsi in cerca della certezza del diritto; quest’ultima e la giustificazione delle decisioni giudiziali si legano, infatti, proprio nell’evitare la cattiva retorica dei diritti fondamentali e dello Stato costituzionale, una cattiva retorica che innalza molto il rischio di enfatizzare la soluzione giusta secondo i desideri dell’interprete di turno occultata dall’etichetta dei diritti e dei principi costituzionali»[[62]](#footnote-62).

Pure mi rendo conto che queste parole possono restare un auspicio fra i tanti consimili, dunque vacuo e ineffettivo. E che la scienza giuridica rischia di «perdere d’identità, […] a maggior ragione in vista dell’inclinazione della giurisprudenza a farsi dottrina. Più che un’alleanza, allora, un assorbimento. O peggio». A poco o a nulla serve sostenere, come fanno gli ermeneutici, che «quando viene meno il primato della legislazione è necessario che riacquisti forza il ruolo della dottrina se si vuole evitare il governo assoluto della giurisdizione»[[63]](#footnote-63): dove il problema è nell’accettazione rassegnata, se non addirittura auspicata, della premessa.

In realtà, si delinea un’«endiadi in odore di *reductio ad unum*», tale da far ritenere che «l’esaltazione della creatività del giudice miri […] a comprimere ulteriormente la pattuglia dei signori del diritto. O, comunque, a imporre e rendere esplicita una nuova gerarchia, indifferente alla mancanza di legittimazione democratica (a creare diritto) del nuovo protagonista assoluto»[[64]](#footnote-64). Aggiungo: legittimazione che oramai il *Richtertum* ritiene invece esistente, perché proveniente «formalmente, dal fatto che il giudice è deputato secondo le leggi della Repubblica a decidere “in nome del popolo”, come direttamente prevede l’art. 101, primo comma, Cost.»; anzi, con la maliziosa osservazione «che un’analoga previsione per la Corte costituzionale [è] contenuta in una legge di rango inferiore: la n. 87 del 1953, art. 18, terzo comma)»[[65]](#footnote-65).

Ecco perché mi sembra ottimista, se non proprio superata dalla schiacciante preponderanza attuale del diritto giurisprudenziale, la posizione di Guastini: per lui, «molto di ciò che consideriamo diritto vigente è *Juristenrecht*, diritto creato appunto dai giuristi, […] perché è precisamente la dottrina che fornisce ai giudici gli strumenti sia concettuali, sia “metodologici” (alludo ai cosiddetti metodi di interpretazione) necessari alle loro argomentazioni: dopo tutto, i giudici si formano nelle Facoltà di giurisprudenza, e la dottrina determina la loro stessa *forma mentis*»[[66]](#footnote-66).

Ma sarei felicissimo di sbagliarmi.

**Pier Luigi Portaluri**  *Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università del Salento*

Pubblicato il 7 marzo 2023

1. \* È la traduzione italiana della relazione al Convegno internazionale del 6-9 febbraio 2023 organizzato a Doha (Qatar) nei giorni 6-9 febbraio 2023 dall’*International Institute of Administrative Sciences* (IIAS) e dalla *School of Economics, Administration and Public Policy* (SEAPP) su *Developmental States and Professionalization of Public Administration and Public Policy.*

 Secondo l’impostazione, condivisibile e da lui tenacemente sostenuta, di B. Rüthers, *La rivoluzione clandestina*, cit. [↑](#footnote-ref-1)
2. S. Gentile, *La legalità del male. L’offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938- 1945)*, Torino, Giappichelli, 2013. [↑](#footnote-ref-2)
3. Mi riferisco a J. Goldschmidt, *Gesetzesdämmerung*, in *Juristische Wochenschrift*, 1924, p. 245 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 517 ss., spec. p. 542 s.: «[…] la diffusa “giurisprudenzializzazione” del diritto contemporaneo porta con sé alcuni problemi», e cioè «[…] il rischio che il diritto dello Stato costituzionale diventi non solo sempre più giurisprudenziale, ma anche sempre più sapienziale (nel senso di “tecnico”, esoterico, iniziatico) […] con evidenti ripercussioni sul valore della certezza del diritto, tanto più quando la pratica dell’interpretazione conforme si spinge fino alla disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni». Cfr. anche Luciani, *L’eclissi della certezza del diritto*, in *Libero osservatorio del diritto*, 2015, p. 4: «La tecnica di normazione per princìpi implica un tasso maggiore di incertezza nel riferimento alla Costituzione e suggerisce la distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione. In teoria, la prima dovrebbe essere riservata al legislatore, mentre la seconda dovrebbe spettare all’amministrazione e alla giurisdizione, ma in pratica i confini si sono offuscati, per la sempre più frequente pretesa della giurisdizione (costituzionale e non) di attuare i princìpi costituzionali prescindendo dalla previa mediazione legislativa. La giurisdizione, così facendo, si impossessa di spazi che dovrebbero essere riservati alla legislazione, pretendendo di identificare direttamente i tempi e i modi dell’attuazione costituzionale». [↑](#footnote-ref-4)
5. Detto efficacemente in chiave penalistica: M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 23. [↑](#footnote-ref-5)
6. Così, in termini critici, R. Villata, *Ancora in tema di inammissibilità dell’appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017 p. 1110, nt. 93, con riferimento alla situazione ordinamentale *attuale* del rapporto fra diritto legislativo e giurisprudenziale. [↑](#footnote-ref-6)
7. R. Villata, *Ancora in tema di inammissibilità*, cit., p. 1115; A. Gentili, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 75: «La comunità dell’interpretazione non è che il nome collettivo di giuristi che si segnalano per le loro continue diatribe». [↑](#footnote-ref-7)
8. Così, fra critica e ironia, R. Pardolesi-G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 113 ss., spec. c. 115. [↑](#footnote-ref-8)
9. A. Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis. Ein zivilprozessualer Grundbegriff*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1949, p. 216 ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. A. Schönke, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, cit., p. 219. [↑](#footnote-ref-10)
11. Riappaiono qui *figurae* come carnalità del diritto, fattualità, concretezza, correnti profonde della società, *unmittelbare Lebens- und Rechtsanschauung*, *etc*. L’elenco può proseguire a lungo. Aggiungo per intero, vista la strettissima connessione di materia con i temi qui trattati (infatti torneremo presto sul pensiero dell’Autrice, condivisibile almeno in parte), un passo di M.F. Ghirga, *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 13 ss., spec. p. 20: «la stessa attività della Corte Costituzionale, chiamata costantemente al bilanciamento tra principi spesso non riconducibili ad una puntuale enunciazione, in funzione della specificità di casi sempre mutevoli, più che rafforzare la gerarchia delle fonti, *obbliga a calarsi nella realtà sociale e identitaria della comunità*, *per individuare, partendo dalla base, il senso del diritto posto*. *Ma si tratta della stessa attività compiuta dal giudice ordinario* chiamato ad offrire della norma da applicare una interpretazione conforme e adeguata ai principi costituzionali. È evidente allora che *in questa rivisitazione del sistema, che mette in dubbio lo stesso criterio della gerarchia delle fonti*, anche *principi apparentemente fondativi come quello di legalità perdono il loro tradizionale significato, e si afferma la necessità di impostare in termini nuovi il tema della legalità*» (corsivi miei). Si v., ancora, l’ulteriore passo sempre di M.F. Ghirga, *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, cit., p. 21: «se è vero che i giudici nel rendere giustizia vanno alla ricerca di “un diritto che si coglie anche nella vita quotidiana delle persone, nel terreno solido di un popolo che vive la sua storia quale comunità fondata su valori diffusi e condivisi”, la legalità come principio viene dopo e non prima di questo procedimento applicativo». Il brano ivi riportato è tratto da N. Lipari, *A partire da “*L’invenzione del diritto” *di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 349, spec. p. 358. [↑](#footnote-ref-11)
12. In un contesto siffatto è evidente il carattere *volitivo* e non *cognitivo* della pronuncia giudiziale. Più in generale, ove si trasmodasse (come in passato si è più che trasmodato), potremmo dire di «una concezione del diritto violentemente volontaristica» (M. La Torre, *La «lotta contro il diritto soggettivo»*, cit., p. 22). [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. G. Verde, *L’abuso del diritto e l’abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1088, che così prosegue: «se questa è un’evoluzione inevitabile, non possiamo che prenderne atto. Dobbiamo, però, denunciare l’obsolescenza delle norme costituzionali che avevano assegnato al giudice ben diverso ruolo e che su tale presupposto avevano designato una nomina e una carriera di tipo burocratico, quale male si adatta all’attuale loro funzione». [↑](#footnote-ref-13)
14. M.F. Ghirga, *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, cit., p. 14 (ho aggiunto il corsivo). [↑](#footnote-ref-14)
15. Tutti i passi citati nel periodo del testo sono in M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., p. 139 (è mio solo il primo corsivo). [↑](#footnote-ref-15)
16. R. Villata, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell’apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 106 ss., spec. p. 111. [↑](#footnote-ref-16)
17. Oltre alla già ricordata quinta ruota del carro di Enrico Redenti, v. per esempio E. Allorio, *Bisogno di tutela*, cit., p. 548: «Ora a me pare che i processualisti tedeschi abbiano qui sciupato la fortuna, che essi avevano tra le mani, d’un codice vergine del concetto equivoco che stiamo vagliando». [↑](#footnote-ref-17)
18. Così E. Scoditti, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Questione giustizia*, 2016, p. 129 ss., spec p. 130. [↑](#footnote-ref-18)
19. La necessità che il ricorrente debba essere titolare di una situazione soggettiva a carattere sostanziale è stata da tempo messa in dubbio, come noto, da A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 310, nel senso che tutti gli interessi meritevoli di tutela «nel processo amministrativo possono trovarla, pur se sostanzialmente protetti come situazione soggettiva non possano dirsi, perché sindacati e annullati possano venire gli atti che comunque li ledano, se violano norme oggettive, per quanto deboli o addirittura inesistenti siano i collegamenti tra queste norme e quegli interessi». [↑](#footnote-ref-19)
20. L’atteggiamento “agnostico”, ma non per questo meno “politico”, è ben descritto – sul piano della teoria generale – da R. Pardolesi-G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore*, cit., c. 117: «questo margine di creatività è presente, paradossalmente, anche quando l’interpretazione sembri attestarsi sul significato più ovvio, letterale, del testo normativo da interpretare: se non altro perché anche in questi casi si sarà operata una scelta, “negativa”, di escludere altri possibili significati, meno ovvi ma pur sempre giuridicamente accettabili e argomentabili». [↑](#footnote-ref-20)
21. Il punto è evidenziato da Guido Corso nella recensione a G. Mannucci, *La tutela dei terzi*, cit., in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 517 ss., spec. p. 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». [↑](#footnote-ref-21)
22. Come quello nel testo, pure i brani successivi – se non diversamente indicato – sono tratti da A.p. n. 6/’20, cit. [↑](#footnote-ref-22)
23. Il riferimento è alla teoria dei contro-diritti di C. Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin, Suhrkamp, 2015. [↑](#footnote-ref-23)
24. P. Femia, *Il civile senso dell’autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, Issue 1, p. 1 ss., spec. p. 9. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cfr. F. Trimarchi Banfi, *L’interesse legittimo attraverso il filtro dell’interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 ss., spec. p. 799: «il bene cui l’ordinamento conferisce tutela è proprio l’insediamento abitativo nel suo insieme, e la scomposizione dell’insieme in singoli beni, che viene compiuta ai fini della personalizzazione del danno che il suo deterioramento produce, ha l’effetto di rendere irrilevanti alcuni profili della qualità dell’insediamento abitativo, o di ammetterne eventualmente la rilevanza come fattori di deprezzamento della proprietà immobiliare, anziché come elementi dell’interesse materiale protetto». [↑](#footnote-ref-25)
26. A.p. n. 6/’20, cit., punto 5.2.2. [↑](#footnote-ref-26)
27. A.p. n. 6/’20, cit., punto 7.3. [↑](#footnote-ref-27)
28. A.p. n. 6/’20, cit., punto 7.3. [↑](#footnote-ref-28)
29. A.p. n. 6/’20, cit., punto 5.2. [↑](#footnote-ref-29)
30. G. Arena, *Il principio di sussidiarietà nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, I, 179 ss. [↑](#footnote-ref-30)
31. Così invece G. Mannucci, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 529 ss., spec. p. 535. [↑](#footnote-ref-31)
32. A. Schiavone, *Progresso*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 33. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cfr. per esempio TAR Umbria, 2 settembre 2016, n. 581, preceduta da Cons. Stato n. 4502/’11, n. 4532/’12 e n. 36/’14, citt. e da Cons. giust. amm., 27 settembre 2012, n. 811, [↑](#footnote-ref-33)
34. Cons. Stato, IV, 9 febbraio 2022, n. 937; Tar Salerno, III, 21 aprile 2022, n. 1050. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ho aggiunto il corsivo. [↑](#footnote-ref-35)
36. P. Duret, Taking “commons” seriously: *spigolature su ambiente come bene comune e* legitimatio ad causam, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2013, p. 3 ss., spec. p. 44. [↑](#footnote-ref-36)
37. È questa la tesi, che mi persuade, di F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell’ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 413 ss., spec. p. 452 ss., il quale riconduce la qualificazione legittimante alla «*dimostrazione di un impegno svolto* che precede il momento del ricorso al processo quale condizione di tutela degli interessi generali», cioè a «*un impegno provato per il perseguimento di interessi generali che si svolge al di fuori del processo e nelle dinamiche sociali reali*» (corsivo mio). [↑](#footnote-ref-37)
38. Molto bene dice C. Cudia, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *P.A. - Pers. amm.*, 2019, p. 99 ss., spec. p. 103: «se il cammello (l’interesse legittimo) non passa dalla cruna (legittimazione a ricorrere) e non possiamo (*ex* art. 24 Cost.) rinunciare al cammello, può rivelarsi necessario trasformare la forma della cruna». [↑](#footnote-ref-38)
39. Che – come abbiamo visto a proposito della posizione conservativa della Plenaria n. 6/’20 in tema di comitati spontanei – non coincide necessariamente con la linea in assoluto più avanzata. [↑](#footnote-ref-39)
40. Interessante, per il suo dichiarato radicalismo, la base da cui muove B. Giliberti, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, Wolters Kluwer CEDAM, 2020, secondo cui centro *generale* di attribuzione delle funzioni amministrative è anche la persona (singola o associata), onde l’apertura di «ampi spazi giuridici alla rivisitazione della struttura del processo amministrativo, che da un’impostazione essenzialmente soggettivistica può aprirsi a ponderate e circoscritte rivisitazioni oggettivistiche, le quali, attraverso l’istituto della sussidiarietà orizzontale, nelle forme della legittimazione civica, favoriscano la saldatura tra dimensione strettamente individualistica e partecipativa delle persone» (p. 179). Ne discende, per Giliberti, un ampliamento notevole del diritto di ricorso, poiché sarà legittimato «qualunque soggetto del quale possa dirsi che sia stato interessato da una vicenda di potere, che abbia, cioè, subito gli effetti di una decisione amministrativa, perché il potere – nel farsi concreto (nel farsi, cioè, amministrativo) – ha incrociato la sua vita costituendo, modificando o estinguendo le sue condizioni di esistenza (o negando che una modificazione richiesta si produca), per come de- terminatesi precedentemente all’esercizio del potere medesimo» (p. 182). [↑](#footnote-ref-40)
41. A. Fischer-Lescano, *Subjektlose Rechte*, in *Kritische Justiz*, 2017, p. 475 ss., spec. p. 475. [↑](#footnote-ref-41)
42. A. Fischer-Lescano, *Subjektlose Rechte*, cit., p. 475. [↑](#footnote-ref-42)
43. A. Fischer-Lescano, *Subjektlose Rechte*, cit., p. 476. [↑](#footnote-ref-43)
44. A. Fischer-Lescano, *Subjektlose Rechte*, cit., p. 475. [↑](#footnote-ref-44)
45. P. Femia, *Il civile senso dell’autonomia*, cit. [↑](#footnote-ref-45)
46. Essa assume infatti a ipostasi del modello in esame il rapporto obbligatorio creditore-debitore, o comunque la sua corrispondente ricaduta processuale nei termini della relazione tipizzante fra attore e convenuto. Questa dualità non è dunque descrittiva (in termini cioè *sensu stricto* numerici), ma teorizzativa di un sistema *generale* nel quale il fenomeno giuridico è pensabile e può esprimersi solo a condizione di una rigida e previa individuazione dei soggetti – due o più, purché ben individuati – che “entrano” nello schema precostituito. [↑](#footnote-ref-46)
47. Nel nostro ambito la crisi del concetto classico di diritto soggettivo è evidenziata da G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in F. Grassi, O. H. Kassim (a cura di), *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo. Elementi essenziali e metodo gradualista. Dibattito sugli scritti di Giampaolo Rossi*, Roma, Roma Tre-Press, 2021. Rossi sottolinea «il carattere relazionale di tutte le situazioni soggettive» (p. 34), per cui a ciascuna di esse fanno capo posizioni giuridiche di vario tipo delle quali sono titolari altri soggetti. In altre parole, «ogni situazione giuridica soggettiva ha carattere prismatico» (p. 36), come per esempio il diritto di proprietà, che «non è un rapporto tra un soggetto e un bene, ma un rapporto tra un soggetto e gli altri soggetti in relazione ad un bene» (p. 68). Il diritto del proprietario di un suolo, infatti, «convive con i […] diritti del coniuge e dei figli, con il diritto di un istituto di credito che abbia effettuato un prestito con ipoteca, con eventuali diritti di servitù, con diritti di altri a transitarvi e cacciare, con il potere del comune di mutare il tipo di disponibilità e di valore attraverso gli strumenti urbanistici o di espropriarlo in tutto o in parte per costruire un’opera pubblica» (p. 36). [↑](#footnote-ref-47)
48. P. Femia, *Il civile senso dell’autonomia*, cit., p. 7. [↑](#footnote-ref-48)
49. R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 1. Aufl., III, 1, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1865, p. 329: «Il giudice civile può proteggere solo gli interessi di co- loro i quali mostrano l’immagine di un corpo stabile; quando abbandona questa forma e si trasforma nello stato di aria, si perde completamente nell’indeterminato, la sua forza finisce – non si possono catturare le nuvole in un sacco o in una capsula (*man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen*) –; il giudice deve, invece, poter cogliere ed afferrare le cose per giudicare con sicurezza». [↑](#footnote-ref-49)
50. P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte*, *oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki, J. Horst, (per cura di), *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, p. 343 ss., spec. p. 344. [↑](#footnote-ref-50)
51. P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte*, cit., p. 344. [↑](#footnote-ref-51)
52. Entrambi i passi sono di P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte*, cit., risp. p. 345 e p. 346. [↑](#footnote-ref-52)
53. A. Fischer-Lescano, *Subjektlose Rechte*, cit., p. 488. [↑](#footnote-ref-53)
54. «Rechte ohne Herrscher»: P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte*, cit., p. 351. [↑](#footnote-ref-54)
55. P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte*, cit., p. 351. [↑](#footnote-ref-55)
56. Così E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 113. [↑](#footnote-ref-56)
57. E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., p. 114. [↑](#footnote-ref-57)
58. L. Mengoni, *Teoria generale dell’ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, cit., p. 18. [↑](#footnote-ref-58)
59. Come ammonisce Rüthers (in F. Pedrini, *Colloquio su Metodo, Interpretazione e* Richterstaat*. Intervista al Prof. Bernd Rüthers (Konstanz, 14 novembre 2015)*, in *Lo Stato*, p. 189 ss., spec. p. 212. cit.), «la loro, secondo me, non è mai l’ultima parola» («Aber das ist, aus meiner Sicht, nicht das letzte Wort»). [↑](#footnote-ref-59)
60. F. Palazzo, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, cit., p. 11. [↑](#footnote-ref-60)
61. N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss., spec. p. 147. E così L. Gianformaggio, *Certezza*, cit., p. 84: «[…] il diritto per questo c’è: per esser certo; cosa che evidentemente non potrà mai compiutamente essere, ma a cui altrettanto evidentemente ogni operatore giuridico non potrà non tendere (così come ogni scienziato non potrà non tendere alla – inattingibile – compiuta conoscenza della realtà che è oggetto del suo studio)». [↑](#footnote-ref-61)
62. V. Velluzzi, *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale: note (convergenti) sulle riflessioni di Fabio Ciaramelli*, in *Etica & Politica*, 2022, p. 373 ss., spec. p. 377. [↑](#footnote-ref-62)
63. F. Viola, *La legalità del caso*, cit., p. 327. [↑](#footnote-ref-63)
64. Tutti i brani sono di R. Pardolesi-G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore*, cit., c. 117. [↑](#footnote-ref-64)
65. Come sottolinea proprio un esponente della “dottrina togata”: A. Lamorgese, *L’interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 4, 2016. [↑](#footnote-ref-65)
66. R. Guastini, *Teorie dell’interpretazione. Lo stato dell’arte*, in *Lavoro e diritto*, 2014,p. 235 s. [↑](#footnote-ref-66)