



SIMONE TORRICELLI*

MARIO NIGRO E L'INTERESSE LEGITTIMO**

SOMMARIO: 1. Il metodo di Nigro e la centralità della Costituzione. – 2. Le “mille e una interpretazioni” dell’interesse legittimo. – 3. I puntelli del ragionamento. – 4. Le premesse costituzionali della teoria delle situazioni soggettive. – 5. La decostruzione dell’idea della occasionalità della tutela. – 6. Le proiezioni dell’interesse legittimo.

1. Il metodo di Nigro e la centralità della Costituzione

Scrivere di Mario Nigro è cosa complessa, tanto più per chi abbia compiuto i suoi studi giuridici all’Università di Firenze. Gli scritti di Nigro, a partire da quello che anche a Firenze era il testo su cui si è studiata per molto l’allora giustizia amministrativa¹, hanno giocato un ruolo fondamentale nella formazione dei giuristi fiorentini e di chi poi abbia approfondito il diritto amministrativo in studi successivi.

Nigro stesso riporta, nella prefazione alla prima edizione del manuale, che proprio alla Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Firenze ha tenuto le lezioni che ad esso hanno dato origine. Ed il passaggio, invero breve, di Nigro a Firenze nei primi anni ’70, ha profondamente marcato una parte significativa della ricerca che negli anni a seguire si è dipanata e che proprio all’insegnamento di Nigro deve molte delle sue intuizioni successive.

Ma le ragioni dell’incidenza del pensiero di Nigro non sono solo ascrivibili al fatto che egli è stato professore a Firenze. Le ragioni sono piuttosto legate ad un tratto distintivo del suo approccio, che parte dalla contestazione di ciò che da molti era ritenuto un inespesso ma costante *a priori*: l’autoreferenzialità dell’autorità e del potere, la subalternità della persona, la sacralità dell’interesse pubblico. Tutti assiomi, questi, ribaltati attraverso una riflessione incastonata nella considerazione complessiva dei valori costituzionali e funzionalmente all’esigenza (costantemente tenuta presente) della piena attuazione della

* Professore ordinario di Diritto amministrativo – Università degli Studi di Firenze.

** Relazione presentata al Convegno “Mario Nigro Giurista della complessità”, tenutosi a S. Feli (CS) il 4-5 ottobre 2023.

¹ Il riferimento è per il manuale *Giustizia amministrativa*, edito da il Mulino, a cominciare dalla prima del 1976, nelle sue diverse edizioni. Di qui in avanti si farà riferimento alla seconda edizione, del 1979, leggermente arricchita rispetto alla precedente e che, sul capitolo delle situazioni soggettive, è rimasta poi sostanzialmente inalterata nella edizione dell’83.

Carta costituzionale. La sua innovazione, insomma, tende alla realizzazione effettiva della Costituzione, quale fatto anche direttamente regolativo dei rapporti giuridici. E proprio attraverso questo riferimento, alto ma concreto, Nigro svolge una ricerca nella quale il rigore scientifico non ridonda mai in esiti solo astratti o velleitari, ma, al contrario, produce risultati capaci di incidere sul carattere democratico dei processi amministrativi².

Nel quadro del progetto di ritessere le trame del diritto amministrativo per adeguarlo al suo dover essere, il tema del rapporto tra potere e situazioni soggettive non può che risultare centrale. È prima di tutto il contenimento del potere (attraverso il riconoscimento, la qualificazione e il dimensionamento degli interessi meritevoli che con esso si confrontano) che consente di garantire il legame funzionale tra potere e valori costituzionali. Questo tema è di fondo davvero nell'opera di Nigro. Lo affronta direttamente in due scritti³ ma, in verità, la sua idea innovatrice di potere e di interessi protetti permea tutta la riflessione sull'amministrazione e sulla giustizia. E sebbene il suo unico manuale sia consacrato appunto alla giustizia amministrativa, non è affatto neutra la scelta di dedicare in esso un intero capitolo all'interesse legittimo, dando di ciò una specifica motivazione: il tema delle situazioni soggettive è sì tema di diritto sostanziale, ma che ha comunque un'intima connessione con i tratti caratterizzanti il sistema delle tutele giurisdizionali. Questa affermazione esprime la consapevolezza del rischio che sia l'organizzazione della giurisdizione a conformare la situazione soggettiva protetta e sottintende la volontà di rimettere i termini del problema della effettività della tutela nel loro ordine costituzionale, utilizzando come leva la primazia della situazione sostanziale, da ricostruire in termini nuovi, per avviare un percorso di adeguamento delle regole del processo.

2. Le “mille e una interpretazioni” dell'interesse legittimo

Scrivendo Nigro a mo' di premessa alla rilettura di Giovanni Miele, che «la riflessione sull'opera di un giurista [...] non può venire condotta [...] in una prospettiva che neutralizzi l'inesorabile trascorrere della storia»⁴. Non è infatti facile percepire *ex post* e fino in fondo il carattere innovativo di una riflessione per chi, successivamente, assuma il frutto di quella riflessione come premessa acquisita. Lo si capisce bene rileggendo la teoria delle situazioni soggettive di Nigro, visto che molti, ancor oggi, considerano la sua definizione di interesse legittimo il dato di partenza di ulteriori ragionamenti. L'interesse legittimo è «la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse

² Su questi aspetti del metodo di Nigro, si veda A. SANDULLI, *Mario Nigro giurista dello Stato democratico-sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, spec. 653.

³ In uno dei capitoli più significativi del manuale di Giustizia amministrativa e nel saggio *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, V, 1987, 469 ss.

⁴ Rileggendo Giovanni Miele, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1988, 271.

al bene»⁵. È una definizione, questa, che non ha affatto perso di attualità e che risulta ancora perfettamente plausibile. D'altra parte a Nigro va ascritto il merito di essere riuscito ad anticipare gli sviluppi dell'ordinamento, calibrando la propria analisi non solo su ciò che era, ma anche su ciò che doveva essere e (auspicabilmente) sarebbe stato. Ciò al punto che quell'analisi può calarsi oggi in un contesto mutato, mantenendo in larga parte il suo senso, la sua utilità, la sua spinta propulsiva.

Il carattere innovativo della teoria delle situazioni soggettive si può però cogliere appieno solo in considerazione del tempo in cui Nigro ne scriveva⁶. Prima (all'interno del manuale), poco dopo la metà degli anni '70, di fronte ad un interesse legittimo che la dottrina tendeva a schiacciare in una dimensione processuale, ma che sembrava prossimo a sfuggire al confino del processo; poi, alla fine degli anni '80 (nel saggio *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*), in un momento in cui la dottrina pareva disinteressarsi al tema⁷, ma alle soglie della fibrillazione prodotta dalla legge sul procedimento amministrativo che prometteva di dare all'interesse legittimo nuove proiezioni. Mentre Nigro riflette, dunque, l'interesse legittimo soffre ancora di retaggi culturali autoritari, inaccettabili di per sé, ma che le trasformazioni ordinamentali rendono vieppiù odiosi e spingono a ridiscutere. Il contesto scientifico e normativo è però instabile e la sua magmaticità si pone come un ostacolo a che l'interesse legittimo possa dispiegare le proprie potenzialità e imporsi al potere come situazione soggettiva protetta.

Non a caso Nigro riprende l'argomento delle situazioni soggettive denunciando che la riflessione giuridica si era al tempo anchilosata e che non era stata in grado di dare al tema delle situazioni giuridiche una sistemazione «tranquillante»⁸, tanto più di fronte alla tecnicizzazione dell'attività amministrativa che poneva nuovi e irrisolti problemi sul fronte degli interessi protetti⁹. Egli rifiuta di accettare la soggezione al potere come un dato di fatto da assumere in modo acritico e di ammettere che la figura dell'interesse legittimo sia da considerare «una figura mitologica che non si può comprendere né discutere»¹⁰. Non aiutano certo, nel rendere l'interesse legittimo un utensile per il contenimento dell'autorità, il fatto che di esso siano state offerte «mille e una interpretazioni»¹¹, conferma di come l'analisi del potere sia una analisi che non può non principiarsi dalle regole che lo definiscono (prima ancora di contenerlo) e dagli interessi che lo fronteggiano (e, forse sarebbe meglio dire, che danno contenuto al suo esercizio), sulla premessa per cui il potere esiste per come

⁵ *Giustizia amministrativa*, cit., 112.

⁶ Sul contributo di Nigro, nella evoluzione della nozione, B. SORDI, *Interesse legittimo* (voce), in *Enc. dir.*, spec..724-726.

⁷ Mentre l'attenzione della dottrina, rileva Nigro, si era spostata sul processo (*Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., 470). Si riproduce dunque la contraddizione di una dottrina che riflette sul processo senza avere chiarito cosa sia e in cosa consista la situazione soggettiva cui il processo dovrebbe dare tutela effettiva.

⁸ *Giustizia amministrativa*, cit., 101

⁹ [È] spiacevole – osserva – che la giurisprudenza non riesca a correlare coerentemente natura tecnica della valutazione e tipo di situazione giuridica soggettiva, per cui, a valutazioni che sono praticamente dello stesso genere, si fanno corrispondere situazioni giuridiche diverse (a volte i diritti soggettivi, a volte interessi dei diritti): *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, V, 124.

¹⁰ *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., 470.

¹¹ *Giustizia amministrativa*, cit., 101

conformato dagli elementi che definiscono il suo spazio e le modalità per il suo svolgimento. Se non esiste un potere senza limiti, la stessa idea di limite è in fondo da rimettere in discussione. Le regole del potere appaiono piuttosto come un suo stesso elemento costitutivo.

Ciò che spinge la riflessione, allora, è un bisogno al contempo scientifico e civico, avendo chiaro l'intento di superare ogni deficit di tutela che la scoperta della dimensione effettiva dell'interesse legittimo (nonché di sue possibili nuove dimensioni) potrebbe manifestare. E questo rende subito chiaro come il portato ultimo della riflessione sulle situazioni soggettive di Nigro non potesse che riverberarsi nella conformazione delle regole processuali in funzione di una protezione più completa ed effettiva. Il giudizio sull'esistente è impietoso: la struttura del contenzioso è «rozza, invecchiata, asfittica»¹², incapace di soddisfare «una richiesta di giustizia [sempre più] vissuta come un preciso e fondamentale diritto», in un contesto inciso dalla «trasformazione della società civile e politica nei cento anni e più che dividono dalla data, o dalle date, di impianto di una giustizia amministrativa»¹³.

3. I puntelli del ragionamento

Non sempre il giurista lavora con ciò di cui dispone. Ancor meno frequentemente lo fa quando si ponga l'obiettivo di tracciare il dover essere delle cose, obiettivo che potrebbe sembrare ammettere un discorso da condurre in termini solo teorici, indifferente alla realtà materiale, normativa, culturale su cui dovrebbe incidere. Sottrarsi alla difficoltà del confronto con lo stato del reale e con la complessità è operazione che può non essere inutile, ma che risulta inevitabilmente pericolosa. Esaltando la distanza tra ciò che è e ciò che deve essere, trascurando i possibili punti di contatto, rifiutando linguaggi condivisi, allontanandosi da terreni comuni, la presa dell'analisi non può che depotenziarsi. Un discorso giuridico così costruito finisce con il calarsi come un corpo estraneo sull'ordinamento e, incapace di fertilizzarlo, rischia invece il rigetto. In questa prospettiva, la riflessione di Nigro sulle situazioni soggettive permette di trarre una ulteriore esemplare lezione di metodo, legata alla scelta di valorizzare, come collanti tra l'assetto effettivo dell'ordinamento e quello normativamente necessario, tutti gli attori che nell'ordinamento variamente operano: il legislatore, il giudice, lo studioso.

Alla metà degli anni '70 Nigro ha a disposizione alcuni fermenti della dottrina e li coglie subito per tessere una tela. L'analisi vorticoso delle molte tesi proposte sull'interesse legittimo si traduce nella selezione certosina di ciò che è in ciascuna da respingere e di ciò che è invece da accogliere e nella oculata estrazione, da ognuna (e anche da quelle più lontane dalla sua impostazione), degli elementi utili da mettere da parte in vista di un diverso assemblaggio.

¹² È ancora attuale una giustizia amministrativa, in *Foro it.*, 1983, V, 249.

¹³ È ancora attuale una giustizia amministrativa, cit., 250.

Così, nella tesi che costruisce l'interesse legittimo come occasionalmente protetto, «c'è la consapevolezza, la quale resta fondamentale per il nostro argomento, del collegamento fra la posizione fatta al privato (per la tutela del proprio interesse) e la funzione della pubblica amministrazione, e c'è ancora l'intuizione che l'interesse legittimo si muove sul piano sostanziale». L'idea dell'interesse legittimo come pretesa alla legittimità degli atti «ha avuto il merito di cominciare ad elaborare il profilo della relazione fra interesse individuale e norma protettiva dell'interesse». Chi ha legato l'interesse legittimo ad un preesistente diritto soggettivo ha toccato un «problema ulteriore, quello della individuazione dell'interesse legittimo». La identificazione dell'interesse legittimo come vettore di una reazione processuale ha «richiamato[to] l'attenzione su di un profilo fondamentale [...] e cioè sul modo di protezione dell'interesse singolo, o, per meglio dire, sull'elemento della situazione d'interesse legittimo costituito dagli strumenti di tutela accordati dall'ordinamento»¹⁴. La proiezione in positivo degli elementi estratti già descrive, in dialogo con l'allora presente, la mappa di una nuova e composita definizione.

Oltre dieci anni dopo l'ordinamento si è evoluto. Nel contempo «[i]l legislatore ha compiuto importanti riforme, generazioni di giudici e di studiosi hanno lavorato ad ammodernare il sistema, ad attenuarne gli inconvenienti, ad aprire varchi all'irrompere delle nuove esigenze». Procedimentalizzazione della funzione, accentuazione del suo carattere tecnico, utilizzazione di moduli convenzionali e contratti: queste profonde trasformazioni «hanno fatto esplodere gravi contraddizioni interne, e sottolineato ancora più crudelmente la rigidità del sistema»¹⁵. Ma in particolare, quando Nigro si chiede di nuovo direttamente cosa sia l'interesse legittimo, è anche la giurisprudenza ad offrire nuovi spunti.

«Non vi è dubbio che vincoli e/ o utilità (che possiamo chiamare innominati perché sono i più vari) emergono attraverso il processo e la sentenza che lo conclude, e che la giurisprudenza ha una grossa funzione nell'individuarli»¹⁶. Il contenuto ordinatorio della sentenza e la valorizzazione del giudicato è l'indice della scoperta o della trasformazione. L'interesse legittimo, nota, «progressivamente soprattutto in alcune materie, sta assumendo la figura di un diritto di credito, ma non già, secondo note vedute, di credito alla legittimità dell'azione amministrativa, bensì di credito ad una concreta utilità; sta diventando in realtà un vero e proprio diritto soggettivo»¹⁷.

In termini di metodo, il tentativo di legare la riflessione ad un ordinamento vivente, valorizzando ogni spinta innovativa presente e ben oltre la considerazione del mero dato positivo, porta Nigro ad utilizzare in modo originale il rapporto con la giustizia amministrativa. Il discorso sull'interesse legittimo soffre da sempre, al di là delle premesse che chiunque ne scriva pone sempre, del condizionamento dettato dalla configurazione del processo amministrativo. Nigro ribalta la prospettiva. Non rinuncia ad enfatizzare i profili critici del difetto di tutela, ma utilizza gli approdi della giurisprudenza, soprattutto in tema di esecuzione del giudicato, per dimostrare che, se la tutela della situazione soggettiva porta

¹⁴ *Giustizia amministrativa*, cit., 102-105.

¹⁵ È ancora attuale una *giustizia amministrativa*, cit., 252.

¹⁶ *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., 471-472.

¹⁷ È ancora attuale una *giustizia amministrativa*, cit., 255.

a quei risultati, evidentemente essa deve avere un contenuto che sino a quel momento non era stato scoperto. Ed è solo retorico il disinteresse dichiarato per la questione circa il se i vincoli e le utilità derivanti dalla decisione del giudice dipendano «da un moto spontaneo del processo» o se invece il giudice, attraverso il processo, «non faccia che riconoscere e ricostruire l'originaria struttura dell'interesse legittimo che quantomeno potenzialmente le conteneva» allo scopo di «eliminare il *vulnus*» che già esisteva¹⁸. In realtà, l'alternativa non esiste e la contrapposizione si scioglie in una premessa teorico-pratica originale. Anche il giudice è chiamato a scoprire e determinare almeno in parte il contenuto dell'interesse legittimo, se non anche, di fronte a norme incerte, a compiere preliminari giudizi di valore ai fini della elevazione dell'interesse materiale ad interesse protetto¹⁹, assumendo un ruolo creativo che contribuisce a tenere in equilibrio interessi protetti e sistema costituzionale²⁰. Ecco perché, per dirlo con Alberto Romano²¹, il processo e la sostanza, nell'approccio di Nigro, sono un tutt'uno e si alimentano a vicenda, evidenziando l'uno l'insufficienza dell'altro, in un'opera incessante di fertilizzazione reciproca.

È grazie a questi innesti, attinti da diverse fonti e realizzati dai diversi attori dell'ordinamento, che Nigro arriva a coniare una delle più fortunate definizioni che dell'interesse legittimo siano state date.

4. Le premesse costituzionali alla teoria delle situazioni soggettive

È possibile a questo punto provare a ricondurre ad unità le fila sino ad ora tessute intorno ad un tratto che caratterizza l'opera di Nigro: l'innovazione. L'innovazione, come si è visto, sta nel metodo, innanzitutto, e poi, per conseguenza, nei risultati.

L'innovatività del metodo è frutto, per usare le parole di Paolo Grossi²², di una impostazione storicistica, che dà conto e tiene conto della complessità dell'universo giuridico: il “suo” diritto amministrativo, continua Grossi parlando di Nigro, è scienza dell'esperienza giuridica. Della complessità giuridica la teoria di Nigro sulle situazioni soggettive dà ampiamente conto, legando l'esigenza di una revisione di quella teoria che tenga conto delle trasformazioni della società, della crisi delle istituzioni e delle ideologie, ma anche, e anzi forse proprio per questo, della Costituzione (formidabile strumento per veicolare la trasformazione nel ragionamento giuridico).

Per un giurista come Nigro, attento alla teoria della Costituzione materiale (che aveva affrontato direttamente nel saggio *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*²³) e ispirato dai lavori di Mortati²⁴, questo riferimento alla Costituzione ha un valore doppio. Ancorare la teoria delle situazioni soggettive alla pluralità dei valori

¹⁸ *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., 472.

¹⁹ *Giustizia amministrativa*, cit., 127.

²⁰ *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 162 e 165.

²¹ In *Mario Nigro giurista*, Milano, 1998, 25.

²² In *Mario Nigro giurista*, cit., 9.

²³ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 162 ss.

²⁴ Come osserva S. Cassese, in *Mario Nigro giurista*, cit., 16.

costituzionale vuol dire renderla parte del progetto democratico riassunto nell'art. 3 Cost. e al contempo e conseguentemente legarne il senso al mutare del contesto sociale in cui quel progetto prende concretamente corpo. Ciò pone le premesse per il consolidamento di interessi già riconosciuti, ma in modo solo a volte consapevole costruiti come un *posterius* rispetto al potere e dunque come strumenti di sola reazione.

È significativo il fatto che il punto di partenza della riflessione sull'interesse legittimo sia la definizione del diritto soggettivo, sulla quale solo apparentemente Nigro lavora per differenza. Avendo notato l'ambiguità dell'approccio comune agli interessi legittimi (nel quale essi «sono e non sono diritti soggettivi»²⁵, secondo un'alternanza che bascula privilegiando la subalternità al potere ogniqualvolta vi sia il rischio di metterlo davvero in discussione), egli si pone subito il tema della misura dell'assimilabilità delle due situazioni soggettive, esaltando il loro ruolo di protezione dell'individuo dall'autorità. Ciò produce nella riflessione due conseguenze fisiologiche.

Da un lato, l'accostamento dà evidenza alla necessità di identificare gli elementi di contatto, consentendo ai diritti di esercitare una forza trainante nel dare contenuto all'interesse legittimo e nel potenziare la sua funzione di garanzia. Dall'altro, il confronto tra nozioni diverse ma pur sempre ascrivibili al medesimo *genus* delle situazioni soggettive protette, fa risaltare l'inadeguatezza delle ricostruzioni correnti dell'interesse legittimo, imponendo di chiedersi con quali strumenti, percorrendo quali strade e in quali modi si possano superare le insufficienze. E, a chiudere il discorso, è netta l'affermazione per cui non può essere il carattere occasionale e indiretto della tutela a distinguere le due situazioni soggettive²⁶, premessa di fondo per ricomporre l'aporia prodotta dal sommarsi dell'affermazione per cui l'interesse legittimo è una situazione soggettiva protetta e quella per cui tuttavia la tutela sarebbe riflessa, cioè sarebbe, al fondo, una non tutela.

Il problema del rapporto tra interesse pubblico e interesse legittimo è dunque l'altra faccia del problema del rapporto tra interesse legittimo e diritto soggettivo ed è, in fondo, il nodo da sciogliere in via prioritaria. Se la rilevanza dell'interesse pubblico, nella ricostruzione dell'interesse legittimo, non può essere disconosciuta, può però essere relativizzata: chi sottolinea tale rilevanza, secondo Nigro, sottolinea qualcosa di vero, «ma il vero - dice anche continuando il ragionamento - è incompletamente espresso e commisto con tali inesattezze da uscirne travisato». Premesse e implicazioni sono molte. Si demitizza l'interesse pubblico e l'assolutezza della sua forza travolgente. Si esclude che l'interesse pubblico sia in grado di ridurre l'interesse del privato a mero accidente o a ergersi a parametro assoluto di indirizzo della funzione. Non si ammette lo svilimento della tutela del privato, declassandola a tutela solo occasionale e dipendente dagli esiti di una azione amministrativa che lo prescinde. Non si considera accettabile ritenere o presupporre che il soddisfacimento dell'interesse del privato sia un fatto accidentale, di per sé irrilevante ai fini della valutazione circa la legittimità dell'azione amministrativa.

²⁵ È ancora attuale una *giustizia amministrativa*, cit., 251.

²⁶ *Giustizia amministrativa*, cit., 102.

In questo ragionamento a ritroso ma incrementale, emerge l'idea del condizionamento che l'interesse legittimo è in grado di realizzare sulla definizione di interesse pubblico e dunque della sua capacità di contribuire alla determinazione dell'obiettivo ultimo della funzione. Questa la considerazione di passaggio per invocare la necessità che la questione dell'interesse legittimo si radichi nei principi costituzionali, dai quali si irradia il dover essere dell'organizzazione amministrativa in termini di apertura alla partecipazione e al procedimento.

Proprio il procedimento è il perno della svolta, se lo si considera, come Nigro, alla stregua di una tecnica di distribuzione del potere, che non spetta solo all'autorità, ma anche al titolare dell'interesse legittimo e che è di quest'ultimo elemento costitutivo. Un potere da esercitare in modo partecipato, in collegamento con il principio democratico: la democrazia e le sue implicazioni sono invero, il riferimento di fondo che apre e chiude il discorso, determinando, si potrebbe forse aggiungere, il modo di essere dello Stato di diritto e conformando a sua immagine il principio di legalità. Si celebra così, attraverso «la diluizione del potere tra più centri di organizzazione o più soggetti», il passaggio «dall'interesse pubblico (unico) agli interessi pubblici (plurimi)», che emergono nella complessità di processi decisionali aperti²⁷: una idea che trova poi il suo compimento nella definizione in positivo dell'interesse legittimo come situazione soggettiva che incide sul potere, sempre, però, avendo presente l'esistenza di un interesse materiale in funzione del quale il privato opera²⁸ e che non può essere trascurato per non continuare a tollerare, anche solo implicitamente, la sua subalternità.

5. La decostruzione dell'idea della occasionalità della tutela

È in questo modo fondata la base per sgomberare il campo dall'equivoco circa le norme dalle quali l'interesse legittimo ricava la propria protezione, per uscire dalla contraddizione per cui l'interesse legittimo trarrebbe origine da una norma che non si occupa di esso, osserva Nigro citando Guarino²⁹. Nel farlo aderisce, con qualche titubanza³⁰, all'impostazione di chi lega quella situazione soggettiva ad un rapporto giuridico³¹ e non ad un solo contatto occasionale e in sé giuridicamente non significativo. A ben vedere, d'altra parte, proprio nella non giuridicità del contatto tra amministrazione e privati vi è la radice profonda della soggezione, cosicché il suo superamento è condizione imprescindibile per un seppur parziale riequilibrio.

Gli elementi che Nigro ritiene consentano una revisione aggiornata dell'interesse legittimo divengono gli studi sul procedimento, sulla discrezionalità, sulla legalità, che,

²⁷ È ancora attuale una giustizia amministrativa, cit., 255.

²⁸ Giustizia amministrativa, cit., 105.

²⁹ Giustizia amministrativa, cit., 103.

³⁰ Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza, cit., 126.

³¹ Giustizia amministrativa, cit. p. 104; Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione, cit., 479. Anche F.G. Scoca ascrive a Nigro la riconduzione dell'interesse legittimo al rapporto amministrativo, in *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 223.

osserva, «riportano al problema essenziale del diritto amministrativo, il problema dell'interesse pubblico visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi gli interessi degli amministrati», in un quadro nel quale comincia ad affacciarsi l'idea della cooperazione dei privati all'esercizio della funzione³². È consequenziale allora rileggere alla luce della Costituzione la norma attributiva di potere per dire che essa, permeata dalle disposizioni costituzionali, «è norma regolativa, direttamente e volutamente regolativa, sia dell'interesse pubblico, sia degli interessi privati»; cioè, si potrebbe dire, di tutti gli interessi per i quali è rilevante il rispetto dei limiti posti da quella norma. Il potere, insomma, è un fenomeno avvolgente che abbraccia senza esclusioni gli interessi rilevanti in una fattispecie. Ciò tanto è vero che «l'attribuzione del potere e la sua concreta configurazione [...] si compiono a tutela e soddisfazione insieme dell'interesse pubblico e degli interessi dei singoli»³³.

È forte la valenza democratica di un interesse pubblico che non esiste davvero se non in concreto, nel confronto con il tessuto degli interessi su cui si riflette e che ne trasformano fisionomia e contenuti, in un quadro nel quale il rapporto tra norma e amministrazione è sotto questo profilo un rapporto di gerarchia inversa: al centro vi è l'amministrazione preposta alla risoluzione di conflitti e alla realizzazione di un interesse pubblico che tende ad essere, per quanto possibile, un interesse composito, un interesse comune, un interesse che apre alla pace sociale. La norma attributiva di potere, a sua volta, cessa di essere la clava della attuazione dell'autorità³⁴, per diventare norma organizzatrice finalizzata a creare una sede per l'armonizzazione. Quale degli interessi finisca con risultare recessivo, in questo quadro, diventa un fatto solo amministrativo.

Di qui tre premesse necessarie a continuare un ragionamento: l'aggancio dell'interesse legittimo ad una norma che lo protegge, foss'anche quella che regola l'azione amministrativa³⁵; la nascita dell'interesse legittimo a fronte dell'esistenza di un potere che esiste in potenza (per averlo previsto la norma che fonda la situazione soggettiva³⁶), ma a prescindere dal suo effettivo esercizio; la necessità di una tutela, adeguata ed efficace, indifferente al fatto che, attraverso di essa, si tuteli o meno anche l'interesse pubblico. Di fronte al privato che si tutela, è l'interesse pubblico a ricevere occasionale e accidentale protezione. Il collegamento con la funzione è ribaltato.

In questo quadro, e per il tramite di una rilettura dell'art. 97 Cost.³⁷, Nigro pone anche le premesse per l'emersione di nuovi interessi³⁸, potenziando l'interesse legittimo in una

³² *Giustizia amministrativa*, cit., 106

³³ *Giustizia amministrativa*, cit., 109.

³⁴ *Giustizia amministrativa*, cit., 107.

³⁵ *Giustizia amministrativa*, cit., 125.

³⁶ *Giustizia amministrativa*, cit., 138.

³⁷ *Giustizia amministrativa*, cit., 108.

³⁸ Lo rileva Domenico Sorace (in *Mario Nigro giurista*, cit, 37), rileggendo il Nigro che commenta il potere di escludere discrezionalmente candidati a concorsi pubblici chiedendosi (in *Le norme-principio della Costituzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1951). Ricorda Sorace come Nigro si chieda se l'insindacabilità di quel potere sia ammissibile «in pieno regime democratico, vigente una Costituzione che afferma nel modo più minuzioso e categorico l'uguaglianza dei cittadini e la subordinazione degli organi statali al rispetto, prima dei singoli diritti fondamentali dei cittadini creando uno stato di inferiorità sociale e di disagio morale?»

dimensione non solo qualitativo-verticale, ma anche quantitativo-orizzontale. Fenomeni di esercizio del potere vengono giuridicizzati tramite l'emersione di interessi protetti che fanno risaltare le regole a cui il potere si deve conformare. Non a caso uno dei campi di esplorazione della riflessione di Nigro è quello dei nuovi settori nei quali possono emergere situazioni soggettive sino ad allora misconosciute: servizi pubblici, pianificazione, rapporti infraorganizzativi³⁹. L'ordinamento si apre per accogliere la complessità di uno Stato ormai mutato e viene complessivamente irradiato dalla funzione protettiva delle norme.

6. Le proiezioni dell'interesse legittimo

E che cos'è, allora, questo interesse legittimo? Alla problematicità della risposta che solo in controtela si coglie nel saggio in cui la domanda è posta, si contrappone la definizione in positivo che inevitabilmente il manuale, strumento didattico, si trova a dover dare.

L'interesse legittimo è innanzitutto una "posizione di vantaggio" rispetto ad un bene investito dal potere amministrativo, intorno alla quale si coagulano poteri diretti "ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene". Così Nigro, trovandosi a chiudere ragionamenti complessi, li condensa intorno a due elementi che più degli altri emergono da questa definizione di sintesi: l'interesse (protetto) al bene, i poteri di incisione sulla funzione.

La rilevanza dell'interesse sostanziale sotteso alla situazione soggettiva è, come si è visto e come ora occorre dire con maggiore chiarezza, la diretta derivazione del radicamento costituzionale del problema delle situazioni soggettive. Essa, peraltro, bilancia l'intuizione del ruolo cooperativo che l'interesse legittimo svolge rispetto all'esercizio del potere. L'espressione, presa tal quale, è scivolosa, ma va intesa alla luce di una considerazione complessiva delle argomentazioni che la sostengono. 'Cooperazione', in quell'argomentare, è termine antitetico a 'soggezione': è capacità di permeare l'azione amministrativa e sottolinea il profilo attivo del ruolo del privato rispetto agli esiti della funzione. Il fatto che esistano interessi legittimi rispetto al potere amministrativo, come si è visto, può condizionare il risultato della scelta da compiere: l'interesse legittimo è l'involucro che racchiude questo potere di condizionamento. Ma la cooperazione va intesa bene. È cooperazione per la definizione di quell'interesse di sintesi che Nigro concepisce come frutto dell'armonizzazione (non una cooperazione del privato in funzione di un interesse pubblico astratto e autoreferenziale), da costruirsi nell'incontro del procedimento⁴⁰ e da garantire anche attraverso la reazione processuale. Considerazione importante, perché non schiaccia il privato in un ruolo servente, rendendo la partecipazione l'ennesimo canale per riaffermare la subalternità del privato all'autorità, ma esalta l'interesse privato al bene come elemento rilevante di una complessa composizione.

³⁹ *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., 476.

⁴⁰ E questo si coglie bene nel rilievo per cui, nel procedimento, gli interessi legittimi "si rivelano e prendono le distanze dall'interesse pubblico" (*Giustizia amministrativa*, cit., 129) che, si potrebbe aggiungere, è l'interesse pubblico astratto, codificato dalla norma attributiva del potere.

In questo senso, il ‘corretto esercizio del potere’, che Nigro richiama, rileva per la tutela dell’interesse del privato non solo nel senso che questi può pretendere dall’esterno che il potere sia esercitato correttamente (i.e. funzionalmente all’interesse pubblico da perseguire, nel rispetto delle garanzie procedimentali, osservando gli altri principi circa il modo in cui la discrezionalità deve essere esercitata), ma anche nel senso che esso può contribuire a determinare l’assetto interno della legittimità, condizionando la definizione dell’obiettivo da perseguire e che poi funzionalizza l’azione da svolgere. Si possono intravedere i prodromi dell’idea per cui non può essere davvero ‘pubblico’ un interesse svincolato dagli effetti che l’azione amministrativa produce su interessi privati coinvolti nella fattispecie: discorso che, oggettivato, porta a considerare che l’impatto su interessi privati altri finisce con l’averne comunque anche un impatto di sistema, che è di per sé parte dell’interesse pubblico da considerare.

E così, nel farsi dell’azione amministrativa, prende corpo non solo l’interesse pubblico, ma anche l’interesse legittimo di cui l’istruttoria precisa contenuti e potenzialità; l’istruttoria prosciuga la discrezionalità e, prefigurando i risultati doverosi dell’azione, limita la scelta e chiarisce cosa il privato titolare della situazione soggettiva protetta possa davvero pretendere. Il resto è conseguenza. Il discorso sul giudicato non è che la trasposizione dell’andamento del processo decisionale, perché i vincoli che esso pone e che da esso si traggono dipendono non solo dal fatto che il giudice può leggere norme e fatti in modo diverso da quello dell’amministrazione, ma anche dal fatto che egli prende atto e evidenzia quanto l’istruttoria ha prodotto (a prescindere da che l’amministrazione ne abbia o meno tratto le necessarie conseguenze). Ciò sino a potere eventualmente esigere l’attribuzione al privato dell’utilità sostanziale cui aspira, ove (si può dire utilizzando una successiva terminologia), alla discrezionalità in astratto segua in concreto un vincolo esaustivo.

Ecco allora che, nella lettura di Nigro, emerge l’idea che «l’interesse legittimo non sia sempre uguale a se stesso e che talvolta esso consista in (o produca) un’utilità conoscibile a priori, talvolta sia il giudice, in sede di cognizione o di esecuzione, a trovare (scoprire? inventare?) le utilità di cui l’interesse legittimo è capace»⁴¹. Molto e forse troppo (almeno all’apparenza) si concede alla giurisprudenza. Tuttavia, la proposta di non irrigidire l’interesse legittimo in una aprioristica codificazione del suo contenuto, almeno in relazione alle utilità poi concretamente esigibili, e di affidarne la valorizzazione concreta alla sensibilità del giudice, rappresenta un *escamotage* pratico affinché proprio la giurisprudenza possa proseguire l’opera già intrapresa di implementazione della sua tutela.

La lontananza dall’interesse legittimo sino ad allora tratteggiato appare siderale. D’altra parte, «[s]e per disposizione costituzionale il processo amministrativo deve avere come chiave ed oggetto l’interesse legittimo, non si può toccare il *nomen* della situazione giuridica, ma nulla impedisce di modificarne il contenuto e la funzione: come accade a certi palazzi di cui il vincolo artistico impedisce di toccare la facciata, ma non di rifare, anche radicalmente, l’interno»⁴². C’è forse una vena di malizia, in questa considerazione. Ma c’è

⁴¹ *Ma che cos’è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., 472.

⁴² *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, cit., 127.

anche la convinzione che il rigore scientifico debba coniugarsi con consapevolezza e impegno civico, affinché la riflessione trovi i canali per produrre gli esiti costituzionalmente necessari: non altrimenti si può affrontare la crescente complessità sociale e ordinamentale che invece il discorso giuridico dovrebbe contribuire a governare. E Mario Nigro è giurista della complessità, è giurista capace di affrontare la complessità, coglierne l'intreccio, dipanarne le trame.

Uno studioso che certo non eccede con le parole come Domenico Sorace ha parlato di Nigro descrivendolo come un maestro «per tutti quelli che hanno avuto la fortuna di conoscerlo fin da quando erano giovani»⁴³: senza quelle conclusioni che Nigro suggerisce che non si facciano⁴⁴, è da chiudere così, un discorso su Mario Nigro, aggiungendo solo anche che oggi egli continua ad essere un maestro per chi abbia e avrà la fortuna di conoscerne il pensiero fin dalla propria gioventù di studioso.

⁴³ È ancora attuale *una giustizia amministrativa*, cit., 258.

⁴⁴ In *Mario Nigro giurista*, cit, 44.