

Giuseppe Severini (\*)

## **L'INTERESSE LEGITTIMO E LA SPECIALITÀ DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Relazione conclusiva nell'incontro di studio  
organizzato dalla SPISA e dalla Fondazione Umberto Borsi per la presentazione dell'opera di  
F.G. Scoca, "L'interesse legittimo, Storia e teoria", Giappichelli Editore, 2017  
Bologna, 19 febbraio 2018

Grazie agli organizzatori dell'incontro, in particolare al professor Caia, parliamo di un libro del grande diritto: di quelli che arricchiscono il lettore per come trattano di un tema fondamentale; che ricevono un posto preminente nelle biblioteche per resistervi indenni alle 'tre parole del legislatore' che infiniti ne mandano al macero. È una trattazione sistematica, storica e concettuale, di un oggetto che li tocca tutti e che da tempo ha il privilegio dell'attenzione dell'Autore: che lo ricostruisce nelle elaborazioni, implicazioni, trasformazioni sin dalla gestazione. In effetti, l'interesse legittimo è il tema onnipresente nel diritto amministrativo italiano, ne è il "convitato non di pietra" come sottolinea il professor Morbidelli ricordando che questa è in realtà la seconda vera monografia sul tema dopo quella del 1937 di Egidio Tosato; perché – ricorda il professor Dugato – è il tema più spinoso, più difficile, più controverso ma anche il più centrale e suggestivo, alle radici dell'autonomia del nostro diritto amministrativo dal diritto civile.

L'assunto di fondo è che l'interesse legittimo è un concetto metastorico, una categoria generale immanente al potere e alle sue regole e che supera le contingenze o le formule variabili delle leggi: è centrale nel diritto amministrativo, ma è presente ovunque sia previsto un potere regolato e, soprattutto, un soggetto direttamente interessato al suo uso conforme; così nel diritto privato come – qui ancora – hanno sottolineato le relazioni dei professori Biavati e Franzoni.

La virtù dell'opera sta nel riportarci, in quest'epoca di frammentazione e moltiplicazione, all'*ubi consistam* del diritto amministrativo italiano: per la cui specificità è centrale la teoria di questo concetto, a differenza di Paesi consimili –

---

\* Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

penso alla Francia e al suo archetipo di giurisdizione duale –. Su quest’idea si è formato il primo nostro diritto amministrativo con la riforma del 1889 che archivì il, qui evidenziato da Morbidelli, «*ch’ei si rassegni*» – cioè il diniego di tutela –, detto da P.S. Mancini alla Camera nel 1864, alle viste della legge del 1865, sulla base della separazione dei poteri per il cittadino senza un pieno *diritto*.

Di fronte a questa riproposizione così importante, sorge questione sulle odierne espressioni dei giudici. Mi riferisco al linguaggio della giurisprudenza recente, meglio, del diritto amministrativo come oggi trattato dai giudici amministrativi (riguardo ai giudici ordinari – Sezioni Unite incluse – il tema è altro: tuttora richiamano anche figure invalse prima della legge n. 241 del 1990 o delle trasformazioni degli ultimi tre decenni). Le spie linguistiche contrassegnano abiti mentali, schemi percettivi e di pensiero. È lecito domandarsi se un abbassamento nell’utilizzazione di certe espressioni non segnali nuove traiettorie di pensiero.

Insomma, è un dato che ormai nelle nostre sentenze si scandagli meno l’interesse legittimo. Ben più si fa riferimento alle incessanti, infinite declinazioni dell’interesse a ricorrere, rincorrendone o mettendone alla prova i confini: fintanto almeno che la legge lo vuole condizione dell’azione. E certe riflessioni anche in dottrina riguardo a riforme recenti, come per il rito specialissimo su ammissioni o esclusioni dalle gare pubbliche, sembrano più incentrate sul se esista un rapporto tra interesse a ricorrere e quell’azione che sul se esista un nuovo interesse legittimo alla giusta perimetrazione della platea dei concorrenti, una pretesa autonoma rispetto al bene della vita per cui si disputa, l’aggiudicazione del contratto pubblico.

Se è così, perché? Più domande sorgono ed è bene formularle. Quali le ragioni di quest’effetto, specie a fronte delle tante indagini sull’interesse a ricorrere? Siamo tornati a un’accezione processuale dell’interesse legittimo, che Scoca ci ricorda risale ai tempi di V. Scialoja e di Filomusi Guelfi (pag. 122)? Siamo troppo presi, anche nello scrivere fuori dalle decisioni, dai dati analitici che inflazione e dequotazione normative ci somministrano? O siamo inconsapevoli o inconfessati portatori di quell’idea negazionista, al fondo contingente, dell’interesse legittimo di cui diceva Morbidelli, insomma abbandoniamo a sé l’improbabile *flogisto* di Ledda (pag. 328)? L’idea che altrove talora è sollevata – e che, per il vero, appare anacronistica in senso tecnico – di leggere il «*diritto civile o politico*» della legge del 1865 alla luce dei “diritti

fondamentali” della CEDU, allerta a non cercare più certezze nella giustapposizione tradizionale delle situazioni giuridiche? Il crescente dialogo con gli omologhi giudici di altri ordinamenti – Consigli di Stato o Corti amministrative supreme, che ignorano il nostro valore dirimente dell’interesse legittimo – ci sta forse passando la presupposizione che possiamo abbandonare questa che era la consegna della nostra investitura? Il dialogo processuale con la Corte di Giustizia UE, che talora sembra non coglierne le implicazioni (non è solo una questione di significato onnicomprensivo del suo “diritto soggettivo”), ci convince forse ad accantonarlo per guardare passo passo a un’idea oggettivante della giurisdizione su cui convergono pienezza ed effettività e immanenza del valore generale della legalità? Com’era ai tempi che il libro (Capitolo III) ricorda, quando lo stesso Chiovenda concepiva l’interesse del ricorrente come un interesse semplice da vagliare come condizione per far valere in giudizio – attraverso la verifica della legalità dell’atto impugnato – non tanto l’interesse individuale quanto l’interesse generale? Se è lecita la metafora, forse che noi, giudici amministrativi di oggi, travolti dagli incessanti dettagli normativi e dall’incoerenza delle fonti, siamo divenuti come sacerdoti di una religione il nome del cui dio è divenuto quasi indicibile? O lo custodiamo per le grandi occasioni, per usualmente occuparci ormai – sospinti dal *Codice* - di infinite tecnicità processuali, minute e fragili? La spia significa che siamo di fronte a una deriva oggettivizzante nel nostro processo e che stiamo abbandonando l’idea sostanziale dell’interesse legittimo?

Il dubbio è ragionevole ma la risposta è negativa. Non detto, del resto, non significa non sottinteso.

Il libro supera, con argomento definitivo, la concezione processuale guardando all’interesse legittimo già nel procedimento amministrativo. Che sia una situazione soggettiva di diritto sostanziale è un punto di non-ritorno, come il tratto essenziale e dialettico di uno scenario eloquente: fuori dal giudizio l’interesse legittimo non si misura con l’interesse a ricorrere e mostra tutta la propria autonomia. Più radicalmente, si atteggia a interesse a una pronuncia dell’amministrazione che converga sulla soddisfazione del bene della vita, prima che a interesse a che il giudice neghi un uso illegittimo del potere riguardo a quel bene della vita.

In realtà, la concezione sostanziale è un dato acquisito che persiste quale sia il lessico del momento. Cedono gli argomenti contrari, anzitutto – per l’innovazione portata con

l'“epocale” sentenza (non nomofilattica, anzi esempio preclaro di nomotesia) Cass., SS.UU, n. 500 del 1999 – la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, o meglio del danno al meritevole e apprezzabile bene della vita cui quello è correlato, di suo non poggia su un'accezione processuale della figura: sentenza che comunque Scoca addebitò di cautela per il richiedere la “doppia lesione”, cioè anche la lesione dell'interesse al bene della vita cui l'interesse legittimo è correlato (e che di suo gli sarebbe estraneo: pag. 309), con duplicazione della valutazione e affermazione che in realtà è questo e non l'interesse legittimo a venir risarcito (pag. 297 ss.); sentenza poi consolidata nella legge processuale, che ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sul danno da provvedimenti illegittimi.

Testualmente, per l'Autore il *proprium* dell'interesse legittimo è insomma di essere “il mezzo per ‘dialogare’ con l'amministrazione, che ha il potere di togliere o aggiungere beni al patrimonio” (pag. 310); “l'interesse al provvedimento favorevole (non [...] al provvedimento legittimo), in vista (ma solo in vista) della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita” (pag. 313); è l' “interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere”, la cui violazione dà luogo alla tutela giurisdizionale (Capitolo VIII, pag. 459).

Per Scoca, dunque, il bene della vita è non l'oggetto ma il *fine ultimo*, ulteriore, dell'interesse legittimo perché – lo mostra il caso del ritardo – oggetto dell'interesse legittimo è la sola formazione del provvedimento che quel bene possa soddisfare (pagg. 310, 313). Soprattutto, per la concezione sostanziale milita il dato – che il libro esplora al Capitolo IV – che la Costituzione, menzionandolo tre volte (artt. 24, 103 e 113), costituzionalizzi l'interesse legittimo per farne, nella tradizione dell'imperfetto dualismo giurisdizionale italiano, il criterio preminente di riparto della giurisdizione: non per soggetti del rapporto, come nel modello francese, ma appunto per intensità di rispettive posizioni; anche se – aggiungiamo qui – con un giudice della giurisdizione che conosce unilateralmente delle situazioni soggettive e da solo decide sul regolamento dei propri confini, usando della contrapposizione al diritto soggettivo. Eppure questa contrapposizione oggi dovrebbe essere in crisi perché tra diritto

soggettivo e interesse legittimo ormai si va a vedere un rapporto di inclusione (pag. 349 ss.) che moltiplica le perplessità su questa troppo risalente asimmetria.

Qui subentra l'impatto del fenomeno di sistema degli ultimi decenni: la frammentazione-moltiplicazione per settori del diritto amministrativo malgrado la legge n. 241 del 1990 abbia sublimato un diritto amministrativo a sistema unitario. Un fenomeno paradossale, visto che quella legge rappresenta la veste formale del procedimento cui il libro guarda per confermare l'idea sostanziale dell'interesse legittimo come situazione al fondo orientata alla realizzazione del bene della vita.

La frammentazione-moltiplicazione è però fenomeno generale che si incentra, più che sulla settorialità degli interessi curati ambito per ambito, sulle variegata e disomogenee caratterizzazioni degli specifici poteri. Il lungo catalogo di competenze in giurisdizione esclusiva tracciato dall'art. 133 del *Codice del processo amministrativo* ne è, mi pare, solo il riflesso processuale: per l'effetto di emancipare i giudici amministrativi, e le parti con loro, dal faticoso compito di distinguere tra situazioni soggettive per vagliare, se si può dire, il diritto. Insomma, l'art. 133 risponde a una necessità di mettere ordine a questo crescente disordine. Il catalogo è questo: per quanto *ictu oculi* possa apparire bulimico, non è frutto del piacimento di un legislatore che a discrezione spartisce la potestà di giudicare locupletando il giudice amministrativo oltre il naturale interesse legittimo; ma è specchio naturale, oggettivo, della crescente frammentazione delle manifestazioni del potere pubblico; di vari, anche inediti, poteri: dove, settore per settore, costrutti organizzativi a sé e fonti autonome introducono tipologie mutevoli per incidenza, forme unilaterali nuove o forme ibride di negoziazione, commistioni e conflitti tra soggetti pubblici o semipubblici.

In breve: si delineano più diritti amministrativi settoriali, speciali in sé e tra loro e speciali rispetto a quel diritto amministrativo generale che per astrazione, supportati dalla legge sul procedimento, vogliamo continuare a figurare uno. In questi disordini, dove prevale la norma speciale, l'idea di ripartire la giurisdizione per situazione giuridica soggettiva perde di presa perché si rovescia in causa di ulteriore complicazione: smarrisce la sua capacità razionalizzante e anzi aumenta i rischi complicando i percorsi processuali all'interno di nebulose già complicate di loro. Prevale piuttosto per la società l'esigenza superiore e crescente di *sicurezza giuridica*,

di certezza dei percorsi processuali e delle forme del contraddittorio, di prevedibilità delle decisioni. Tuttavia – ecco la persistenza attuale dell'interesse legittimo, che si sottrae alla mera strumentalità per il riparto di giurisdizione – non si sfugge al tema dell'uso del potere non conforme a regole o distorto: che anche in questi casi resta a base e a giustificazione della giurisdizione amministrativa, quale che sia l'intensità delle situazioni soggettive nel rapporto giuridico.

Certe volte, come per gli appalti pubblici, la disputa virtuale su un uso illegittimo del potere pare oscurarsi sotto la dominanza di una disputa reale tra imprese private su cosa altrui: orientata com'è, più che alla formale tutela cassatoria dell'atto amministrativo illegittimo, alla sostanziale tutela restitutoria specifica sul caducando contratto, o quanto meno alla tutela risarcitoria per equivalente verso la stazione appaltante, cui si riferisce il bene disputato; insomma a un risultato economico soddisfacente o comunque riparatorio, grazie a pienezza ed effettività della tutela. Il che travalica l'idea – su cui fa fulcro l'interesse legittimo - della riconduzione dell'ordinamento a stretta legittimità dell'azione. Finisce per prendere questo sopravvento l'incremento di tutela che oggi – sottolinea Scoca (pag. 344) – dopo il *Codice* processuale del 2010, il giudice amministrativo può assicurare con migliore capacità per tempi e per soddisfazione. Per taluni questa pienezza della tutela, ormai generalizzata ma qui particolarmente evidente, rende inutile la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo (pag. 352). Si potrebbe pensare, infatti, che esista un rapporto biunivoco tra interesse legittimo e tutela di annullamento, sicché se si supera questa, si supera quello. Ma forse è solo, appunto, una questione di concentrazione sull'interesse a ricorrere rispetto all'esercizio di un potere: in realtà – avverte ancora Scoca (pagg. 352, 373) – il profilo di tutela, di giurisdizione più o meno piena, non diviene per ciò solo determinante dello schema della situazione soggettiva. Probabilmente buona parte di quel discostamento è da riferire alla gran frequenza dei casi dove il giudice amministrativo deve oggi immediatamente confrontarsi col rapporto tra utilità della domanda e utilità della risposta di giustizia, prima che guardare alla perimetrazione del proprio potere di intervento rispetto a quello del giudice civile. È l'orientamento che – ricorda il professor Biavati – grazie alla giurisdizione esclusiva avvicina giudizio amministrativo e giudizio civile, ad essere messo in sicurezza in tutti i casi del “lungo” art. 133. L'elenco, come detto, è specchio

della frammentazione sostanziale ed è per questo che nell'esperienza giudiziaria si finisce per privilegiare la concentrazione sull'interesse a ricorrere piuttosto che sull'interesse legittimo. Ma, di fondo, resta al centro la questione dell'indebito o improprio uso del potere pubblico come anche è stato mostrato da Corte cost. n. 204 del 2004, che già per l'art. 34 d.lgs. n. 80 del 1998, temperando il riparto "per blocchi di materie", aveva detto la giurisdizione esclusiva poter riguardare solo controversie riferite a un pubblico potere.

Il libro però mette in guardia dalle contingenze e dalla confusione sull'interesse di fondo, che comunque permane legato alla pretesa all'uso legittimo del potere per chi ha ragione di ottenere la soddisfazione effettiva. E ribadisce che, con la presenza già nel procedimento amministrativo, l'interesse legittimo è comunque strumento dell'interesse finale al bene della vita (pag. 422). Poi, nel contenzioso, davanti al giudice la disputa resta sulla conformità alle regole dell'uso del potere pubblico e solo chi ne è toccato può muoverla. Pienezza ed effettività della tutela, mezzi processuali, restano dunque correlati all'idea di interesse legittimo. Se tutti gli strumenti non sono subito a disposizione è per imperfezione del legislatore, non per mancanza della figura, che ne trascende.

Recentemente, sulla storia infinita del ricorso incidentale escludente per gli appalti pubblici – infinita specie dopo la sentenza della Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica –, si è parlato tra i giudici di "interesse legittimo intermittente" o "a geometria variabile" riguardo all'interesse del ricorrente principale dopo che è stato accolto il ricorso incidentale escludente: interesse che si estingue pur avendo provocato l'intervento del giudice e rendendolo doveroso, per mano – è stato detto – del suo ... Caino. O forse c'è la chiave di un ennesimo inserto di giurisdizione *oggettiva* in un sistema concepito di giurisdizione *soggettiva*, un veicolo processuale per un *interesse generale* all'imparzialità dell'azione amministrativa, forse per noi auspicato in sede europea. E pur in quel contesto triangolare dove appunto, ben più che solo contrastare un torto amministrativo, al fondo due o più privati si disputano una "cosa" altrui, «*in condizioni di parità*» sotto il nuovo art. 111 Cost.: l'essere il contraente dell'appalto; o chiedono a quell'appaltante riparazione per non esserlo stato. L'effetto patrimoniale qui è diretto, non mediato dal provvedimento.

Ma la configurazione processuale non inganni: quel che entra in gioco non è, a ben vedere, l'interesse legittimo, che resta fermo rispetto ai modi delle dispute; ma l'interesse a ricorrere. L'interesse legittimo sta fuori da quelle: e si misura autonomamente col potere e le sue regole perché soddisfi la ragione di fondo che muove il suo portatore e che già nel procedimento amministrativo ha avuto modo di manifestarsi.

Ben viene, dunque, questo libro di prim'ordine a ribadire la specialità del nostro diritto amministrativo: il pretorio non ne è spogliato, l'interesse legittimo vi resta al centro.